

V. 20 • N. 2 • MAIO/AGOSTO • 2018

ISSN 2236-8957

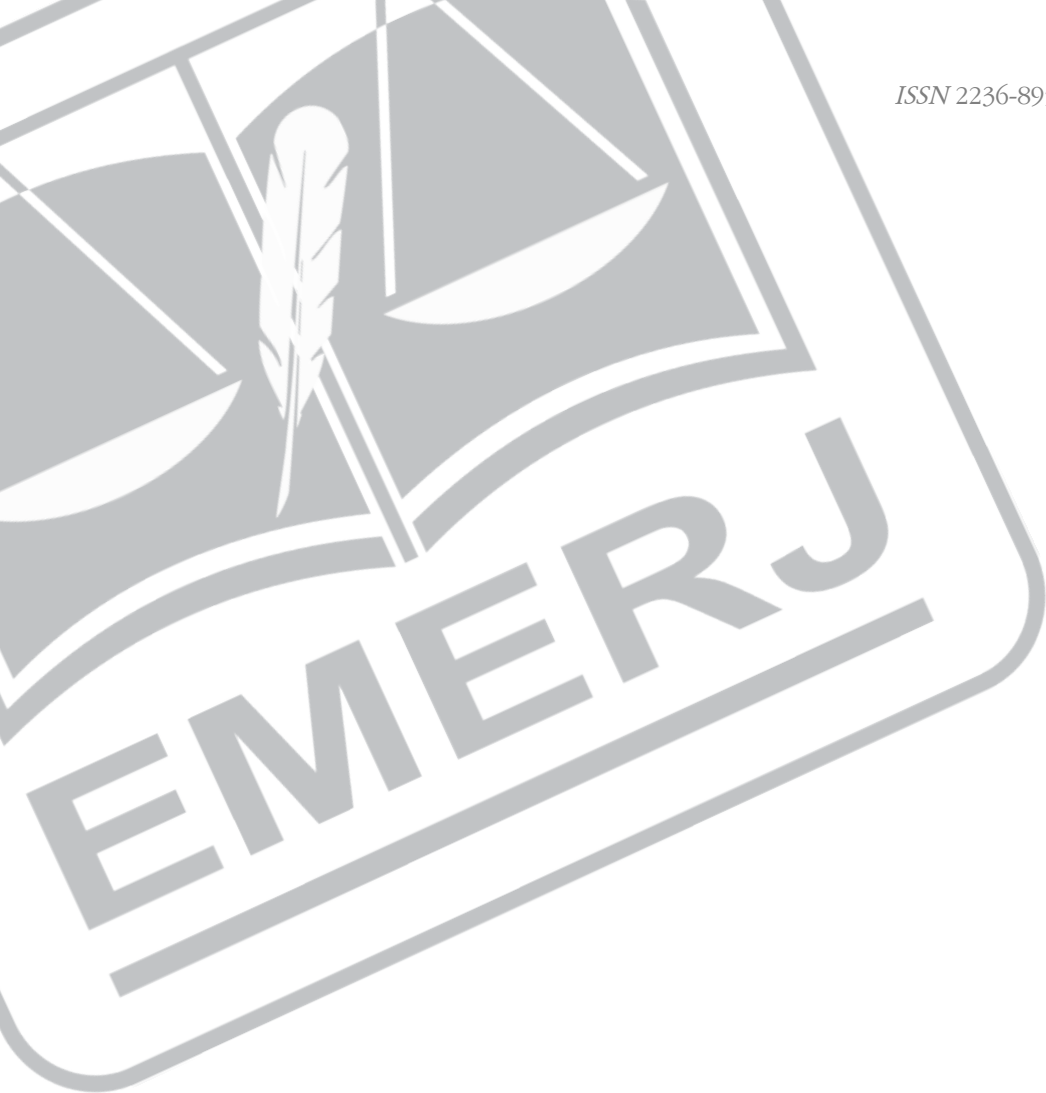
REVISTA DA

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

Maio/Agosto
V. 20 - n. 2 - Ano 2018

Rio de Janeiro

© 2018 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 Aurélio 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 20/2018](#)

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, Juiz de Direito Ricardo Lafayette Campos, Mestre Thaís Boia Marçal.

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

Rio de Janeiro: EMERJ,

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: Marcelo Melim

Capa: Marcelo Melim

Foto: Banco de Imagens

Revisão Ortográfica: Ana Paula Maradei, Clara Bastos, e Sergio Silvaes

Sumário

7 | Apresentação

Fredie Didier Jr.

8 | Bush v. Gore Through the Lens of Constitutional History

Michael J. Klarman

54 | La Actuación de Oficio del Juez Nacional Europeo

Jordi Nieva Fenoll

73 | ADR in 24 Countries : Mediators and Ombudsmen

Who can mediate? Is there a law that defines who can perform mediation?

Stelios Asproftas, Giovanni Matteucci, Fatma Nursima Arslan, Olga Tsiptse, Šarunas Maciulis, David Shimoni, Ramon Tena, Marin Padeanu, Srdjan Šimac, Dmitry Davydenko, Ursula Caser, Sylvie Mischo Fleury, Maksud Karaketov, Eugenia Ruiz Alvarado, Elizabeta Spiroska, Sophia Zheng Tang, Judit Glavanits, Dominic D'Abate, Medhat El-Banna, Gunavathi Subramaniam, Cezary Rogula, Frantisek Kutlik, Marine Cornelis

116 | “Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad

Ricardo Robles Planas

147 | A Distribuição Legal, Jurisdicional e Convencional do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro

Fredie Didier Jr.

174 | Conversão de Multas Ambientais

Jessé Torres Pereira Junior

Thaís Boia Marçal

181 | A Cooperação como Elemento Estruturante da Interface entre o Poder Judiciário e o Juízo Arbitral

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Marcelo Mazzola

202 | O Conceito de Crimes Militares e seus Reflexos Processuais: do “Universo Particular” dos Crimes Militares Próprios e Impróprios ao “Juízo Universal” da Auditoria de Justiça Militar

Décio Alonso Gomes

Pedro Rabello Mariú

244 | Precedentes e a Valorização da Unidade Decisória

Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte

261 | A Semântica como Mediadora entre o Fenômeno e o Magistrado

Alexandre Chini

Marcelo Moraes Caetano

277 | O Inquérito Policial como Instrumento de Garantia – Uma Análise Prática a Partir de sua Função Controladora de Prisões Ilegais.

Raphael Jorge de Castilho Barilli

291 | A Tutela Material e Processual da Privacidade no Meio Ambiente Digital

Rafael Penna Franca

Rodrigo Vieira Farias

312 | A Súmula e o Sistema de Precedentes do Novo CPC

Ronaldo Cramer

325 | Reflexões sobre a Alteração da Lei Nº 11.101/05 para Inclusão do Financiamento do Devedor à Luz da Teoria da Análise Econômica do Direito

Gustavo Licks

368 | Bom Senso e Senso Jurídico

Nelson Monteiro Neto

377 | Abrangência dos Limites Objetivos da Coisa Julgada no Novo CPC à Prescrição

Felipe Barreto Marçal

Maurício Rafael Antunes

Apresentação

O Rio de Janeiro tem tradição de alta qualidade nas revistas jurídicas de seus órgãos públicos. A Revista da Procuradoria do Estado, por exemplo, abrigou trabalhos clássicos, como o texto de Barbosa Moreira sobre questões prejudiciais. A Revista do Ministério Público, sob coordenação de Emerson Garcia e Robson Godinho, atingiu recentemente patamar de excelência.

A Revista da Escola da Magistratura do estado do Rio de Janeiro mantém e respeita essa tradição.

O v. 20, n. 2, que ora tenho a honra de prefaciá-lo, traz um conteúdo impressionante, seja pela diversidade dos temas (análise econômica do direito, ônus da prova, princípio da cooperação, semiótica, meios adequados de solução de conflitos etc.), seja pelo rol de autores, muitos deles internacionalmente conhecidos, como Jordi Nieva Fenol, um dos mais influentes processualistas espanhóis. Não tenho receio em vaticinar que muitos desses textos entrarão no rol dos mais consultados e referidos em suas respectivas áreas.

Parabéns à EMERJ, sempre na vanguarda.

Salvador, Bahia, em maio de 2018

Fredie Didier Jr.

Membro honorário do Instituto Carioca de Processo Civil

Bush v. Gore Through the Lens of Constitutional History

Michael J. Klarman

James Monroe Professor, University of Virginia School of Law. I have benefitted from the comments of Jim Ryan and Daryl Levinson, and from numerous conversations with Mike Seidman. I am also grateful to Barbie Selby, Kent Olson, and other reference librarians at the University of Virginia School of Law for helping to educate me about Florida election law during the election controversy and for research help with this Article. Peggy Cusack and Michelle Morris provided very helpful research assistance.

On December 12, 2000, the United States Supreme Court, for the first time in its history, picked a president.¹ By shutting down the state-wide manual recount that had been ordered just days earlier by the Florida Supreme Court, the High Court Justices ensured that George W. Bush would become the forty-third president of the United States.

In this essay, I shall speculate on the long-term implications of this controversial ruling for the Court's institutional standing and legitimacy. My strategy will be to canvas some of the landmark decisions in American constitutional history—*Dred Scott v. Sandford*,² *Brown v. Board of Education*,³ *Furman v. Georgia*,⁴ *Roe v. Wade*,⁵ and others—with the aim of deriving a list of factors that predict how particular rulings will affect the Court's reputation. Then I shall consider how those variables apply to *Bush v. Gore* and predict that decision's long-term consequences.

1 Bush v. Gore, 121 S. Ct. 525 (2000).

2 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

3 347 U.S. 483 (1954).

4 408 U.S. 238 (1972).

5 410 U.S. 13 (1973).

The premise of this Article is that history's verdict on a Supreme Court ruling depends more on whether public opinion ultimately supports the outcome than on the quality of the legal reasoning or the craftsmanship of the Court's opinion. I do not intend to defend that premise here, other than to say that history's judgment on *Brown v. Board of Education*—the ultimate feather in the Court's constitutional cap—seems to confirm its plausibility. The legal reasoning in *Brown* was widely ridiculed at the time, both by white southerners distraught over the threat posed by the decision to their cherished “way of life”⁶ and by elite legal academics and judges deeply invested in the enterprise of “reasoned elaboration.”⁷ The *Brown* Court's dubious rendition of the original understanding of the Fourteenth Amendment, its willingness to overturn decades' worth of precedent sustaining the constitutionality of racial segregation, and its unprecedented invocation of sociological data in support of its legal conclusion rendered the decision susceptible to criticism, both from defenders and supporters of racial segregation.⁸ Yet, over the course of ensuing decades, *Brown* became a cultural icon, and the Court's vanguard role in the civil rights movement (at least relative to that of other governmental institutions) has enormously enhanced its prestige among the American people.⁹ This conversion of *Brown* from a target of vituperative legal and sociopolitical criticism into a cultural icon may suggest that the Court's long-term standing depends more on getting its decisions right—by which I mean ruling in a manner consonant with long-term public opinion—than on the quality of its legal reasoning.

Of course, this premise may be mistaken. The Justices themselves, for example, seem convinced of the opposite view—that the Court's legitimacy depends on its ability to convince observers that its rulings are based on sound legal principle, rather than political calculation or personal preference. Thus, in reaffirming the vitality of the

6 See, e.g., Tom Brady, *Black Monday* (1955); James J. Kilpatrick, *The Southern Case for School Segregation* (1962).

7 See, e.g., Learned Hand, *The Bill of Rights* 55 (1958) (“I have never been able to understand on what basis it [Brown] does or can rest except as a coup de main.”); Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 *Harv. L. Rev.* 1, 32-34 (1959) (criticizing the Court in *Brown* for its failure to justify its result on any “neutral principle”).

8 See, e.g., sources cited *supra* notes 6-7; Edmond Cahn, *Jurisprudence*, 30 *N.Y.U. L. Rev.* 150 (1955). See also Michael J. Klarman, *Brown*, *Originalism*, and *Constitutional Theory: A Response to Professor McConnell*, 81 *Va. L. Rev.* 1881, 1931 (1995) (noting that in 1954 *Brown* “was not seen to be so obviously correct”).

9 See, e.g., John C. Jeffries, Jr., Justice Lewis F. Powell, Jr. 330 (1994) (stating that *Brown* “is universally approved as both right and necessary[.] . . . [m]ore powerful by far than any academic theory of constitutional interpretation is the legend of *Brown*”). For other similar statements, see the sources cited in Klarman, *supra* note ___, at 1928 n. 125.

Court's landmark abortion rights decision, *Roe v. Wade*, the plurality opinion in *Planned Parenthood v. Casey* declared that "the underlying substance of [the Court's] legitimacy is of course the warrant for the Court's decisions in the Constitution and the lesser sources of legal principle on which the Court draws."¹⁰ Further, the plurality stated, "a decision without principled justification would be no judicial act at all" and "[t]he Court must take care to speak and act in ways that allow people to accept its decisions on the terms the Court claims for them, as grounded truly in principle, not as compromises with social and political pressures. . . ." ¹¹ Likewise, the plurality opinion in *Bowers v. Hardwick* observed that "[t]he Court is most vulnerable and comes nearest to illegitimacy when it deals with judge-made constitutional law having little or no cognizable roots in the language or design of the Constitution."¹²

For the sake of the Court's legitimacy, one must hope that the Justices are wrong about this, for it will be difficult to find reputable lawyers who believe that *Bush v. Gore* was "grounded truly in principle" or "in the language or design of the Constitution," rather than in the conservative Justices' partisan preference for George W. Bush in the 2000 presidential election.¹³

In the first part of this Article, I shall try to demonstrate that the *Bush* result can be explained only in terms of the conservative majority's partisan political preferences. Part II will consider the likely impact of this ruling on the Court's long-term institutional standing.

10 505 U.S. 833, 865 (1992).

11 *Id.*

12 478 U.S. 186, 194 (1986) (plurality opinion).

13 For some representative critiques of *Bush*, see Ronald Dworkin, "A Badly Flawed Election," *New York Review of Books*, Jan. 11, 2001, at 53 (calling *Bush* "one of the least persuasive Supreme Court opinions that I have ever read"); Jeffrey Rosen, "Disgrace," *New Republic*, Dec. 25, 2000, 18 (noting that the Justices, "by not even bothering to cloak their willfulness in legal arguments intelligible to people of good faith who do not share their views, . . . made it impossible for citizens of the United States to sustain any kind of faith in the rule of law. . ."); Anthony Lewis, "A Failure of Reason: The Supreme Court's Ruling isn't Convincing," *Pittsburgh Post-Gazette*, Dec. 18, 2000, A-13 (judging the decision "a dismal failure," judged by the standard of providing "reasoned arguments," and concluding that it "invites people to treat the court's aura of reason as an illusion"); Neal Katyal, "Politics over Principle," *Washington Post*, Dec. 14, 2000, A35 (calling decision "lawless and unprecedented"); J. Dionne Jr., "So Much for States' Rights," *Washington Post*, Dec. 14, 2000, A35 (accusing the majority of "contort[ing] their own principles and creat[ing] new law"); Scott Turow, "No Turning Back neFrom the Dart the Court has Thrown," *Washington Post*, Dec. 17, 2000, B1 (quoting Dean Terry Sandalow to the effect that the decision was "incomprehensible" and "an unmistakably partisan decision without any foundation in law").

I. *BUSH V. GORE*: LAW OR POLITICS?

Just one day after the Court rendered its decision in *Bush v. Gore*, Justice Clarence Thomas appealed to a group of high school students visiting the Court not to attribute the ruling to the Justices' partisan preferences: "I have yet to hear any discussion, in nine years, of partisan politics among members of the court."¹⁴⁴ Chief Justice Rehnquist, asked by the press to comment on Thomas's remarks, agreed "absolutely" with his brethren's statement.¹⁴⁵ It is an interesting question whether these two Justices genuinely believe their pretensions to nonpartisan decisionmaking. Court watchers, possibly less in need of self-delusion, are likely to regard such claims as preposterous.

As a preliminary matter, it is helpful to identify precisely what distinguishes *Bush v. Gore* from other cases of constitutional interpretation. Any serious student of constitutional law appreciates that political ideology necessarily influences constitutional interpretation. The text of the Constitution is so open-ended, and the debate over permissible sources of interpretation so inconclusive, that it is virtually impossible for a judge not to be influenced by political ideology when construing the Constitution.¹⁶ Thus, we should not be (and most of us are not) surprised when the Justices divide, along predictable political lines, when adjudicating the constitutionality of abortion restrictions, school prayer, gay rights, affirmative action, minority voting districts, and a wide variety of federalism issues—just to name some of the more prominent constitutional disputes adjudicated by the Rehnquist Court.¹⁷

Yet, *Bush v. Gore* is importantly different from these other constitutional cases. It is one thing to say that a judge's *political ideology* influences her constitutional interpretations. It is quite another to say that her *partisan political preferences* do. The *Bush* outcome was not a product of the conservative Justices' political ideologies. As we shall see, these Justices' oft-professed commitment to federalism and to judicial restraint logically should have led them to the opposite result.

14 Robert G. Kaiser, "Opinion is Sharply Divided on Ruling's Consequences," Washington Post, Dec. 14, 2000, A25.

15 Id.

16 See, e.g., Michael J. Klarman, Fidelity, Indeterminacy, and the Problem of Constitutional Evil, 65 Fordham L. Rev. 1740 (1997).

17 See cases cited *infra* notes ____.

Rather, the *Bush* outcome was a product of these Justices' partisan political preference for George W. Bush, which, for at least a couple of them, may have been enhanced by their desire to retire from the Court while a Republican President is in office to pick their replacements. Another way of stating the point is this: Had all the other facts in the Florida election imbroglio remained the same, but the situation of the two presidential candidates been reversed, does anyone seriously believe that the conservative Justices would have reached the same result?¹⁸ It is telling how even Republican commentators defending *Bush* generally have refrained from arguing for this conclusion.¹⁹

This means that the result in *Bush v. Gore* depended on the order in which the parties' names appeared on the case caption. This is extraordinary. Every first year law student is taught that a minimum requirement of the rule of law is that the outcome of cases ought not to vary simply as a result of reversing the parties to the litigation. It may simply be a failure of imagination, but I cannot think of another Supreme Court decision about which one can say with equal confidence that switching the parties to the litigation, and nothing else, would have changed the result.

18 Republican defenders of *Bush* probably would respond that the liberal Justices likewise voted their partisan political preferences. Yet, it is not so clear that this is true. First, two of the *Bush* dissenters, Justices Souter and Stevens, were Republicans for most of their adult lives, and for all we know still consider themselves to be such. While both of these Justices do evince liberal voting patterns in constitutional cases, it seems unjustified to assume that either or both of them necessarily supported the Democratic presidential candidate in the 2000 election. More importantly, it is unfair to the four dissenters to assume that they would have voted the opposite way had the parties been reversed. The majority and dissenting opinions are similar in that each set of Justices reached results that seem consistent with their partisan political preferences (on the dubious assumption, questioned above, that Souter and Stevens preferred Gore to Bush). The two sets of opinions are dissimilar, as I hope to show, in that the dissenters followed existing law, while the majority made up new (bad) law. Under these circumstances, it seems a compelling inference that the Justices in the majority allowed their political preferences to trump the law. It is far more dubious to infer that the dissenters followed their political preferences rather than the existing law.

19 Republican commentators defending the Court's ruling have tended to emphasize that the Court saved the country from a constitutional crisis, or that it was Gore who initially invited judicial resolution of the election controversy (and thus scarcely can be heard to complain when the Supreme Court provided that resolution), or that Democrats are hypocritical to complain of judicial activism, which they invented. See, e.g., Paul A. Gigot, "Liberals Discover the Tyranny of the Courts," *Wall Street Journal*, Dec. 15, 2000 (noting that "having turned the Supreme Court into a superlegislature, the left is now horrified to see what it's created" and defending the decision on the ground that "it saved the country another month of fighting before reaching the same result"); Charles Krauthammer, "Defenders of the Law . . ." *Washington Post*, Dec. 15, 2000, A41 (defending *Bush* on the ground that Democrats "turned this into a lawyers' contest" and that the Court averted "a true constitutional crisis"); David G. Savage & Henry Weinstein, "Right to Vote led Justices to Ruling," *Los Angeles Times*, Dec. 14, 2000 (reporting the views of lawyer Carter Phillips, who defended the result but not the reasoning of *Bush*, and of law professor John Yoo, who agreed with the result but was "surprised" by the equal protection rationale subscribed to by the five conservative Justices); Fred Barbash, "A Brand New Game," *Washington Post*, Dec. 17, 2000, B1 (conceding that the decision may have been "poorly reasoned" or attributable to "partisan motives," but denying that this makes it "illegitimate," and noting that Democrats frequently have embraced judicial activism). Few conservative commentators have undertaken the onerous burden of defending *Bush* on its merits.

See, e.g., Michael W. McConnell, Two-and-a-Half Cheers for *Bush v. Gore*, U. Chi. L. Rev. (forthcoming 2001).

If we broaden our perspective beyond constitutional *litigation*, however, an analogous instance does come to mind—the recent Clinton impeachment episode. Many observers plausibly concluded that the two parties’ positions on the substantive standard for impeachment, as well as on related procedural issues, were entirely a product of their partisan commitments. That is, had it been a Republican president being impeached for identical behavior, the Democrats would have insisted on a lower threshold standard for impeachment, the desirability/necessity of the Senate pursuing an impeachment trial to its bitter end, and so forth.

I think this is the right way to understand the Clinton impeachment,²⁰ yet that still leaves one crucial distinction between that constitutional controversy and *Bush v. Gore*. The constitutional law of impeachment is highly indeterminate. The constitutional text is spare, the original intent evidence is conflicting and inconclusive, and precedents on impeachment are few and far between.²¹ Given this degree of constitutional indeterminacy, it was inevitable that partisan preferences would drive post hoc constitutional interpretations regarding Clinton’s impeachment. *Bush v. Gore* was importantly different, because the constitutional law relevant to adjudicating that dispute was reasonably clear; the majority simply chose not to follow it. While the Clinton impeachment controversy illustrates partisan preferences dictating the resolution of constitutional indeterminacy, *Bush v. Gore* reveals partisan preferences *trumping* law.

This is a strong claim, though I believe it is one that virtually all Democratic lawyers, and a fair number of Republican ones, will agree with. Let us now take a close look at the reasoning of the majority and concurring opinions in *Bush* to see if this serious charge is a fair one.

The per curiam opinion, representing the views of the five conservative Justices, relies on two bases for its reversal of the Florida Supreme Court’s decision ordering a state-wide manual recount of presidential undervotes—those ballots for which the voting machines could not ascertain the voter’s intention, but a manual inspection might. First, the majority rules that a manual recount of improperly-

20 See Michael J. Klarman, Constitutional Fetishism and the Clinton Impeachment Debate, 85 Va. L. Rev. 631, 654-55 (1999) (arguing that, in light of the “legal indeterminacy” surrounding impeachment, “it is natural and perhaps inevitable that the personal values of the interpreters will determine legal outcomes”).

21 See id. at 631-50.

-marked ballots, if conducted pursuant to standards no more precise than ascertaining the “intent of the voter,” would violate the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment. This is, primarily, because of the risk that identical ballots—from different counties or even from the same county—might be evaluated differently.²² Specifically, punch card ballots with partially detached chads or indented chads might be counted by one counting team based on its interpretation of the “intent of the voter” standard, but not by another applying a disparate interpretation. Second, the majority ruled that a remand to the Florida Supreme Court for an opportunity to devise more precise, uniform standards to guide the manual recount, which might alleviate any equal protection concerns, was impossible because of looming time constraints. Specifically, *Bush v. Gore* was handed down roughly two hours before midnight on December 12—the day on which resolution of the election contest had to be completed, if Florida’s slate of presidential electors was to enjoy the “safe harbor” from congressional challenge afforded by federal statute. Neither aspect of the majority opinion is persuasive.

The majority’s equal protection rationale creates entirely new law.²³ Never before had the Supreme Court (and perhaps not any other court either) intimated that application of a vague statutory standard like “intent of the voter” in a manual recount (or any other vote count, for that matter) violated the Equal Protection Clause because of the risk that identically-marked ballots might be counted differently.²⁴ Of course, to say that *Bush v. Gore* creates new equal protection law is not to say that it is wrong (except, of course, for Justice Scalia, who is on record as rejecting novel constitutional inter-

22 *Bush v. Gore*, slip opinion at 8-9. This was not the only equality concern the majority raised. The majority also suggested that limiting a manual recount to undervotes (and excluding overvotes) and using untrained personnel as vote counters raised equal protection concerns.

23 The plethora of states employing the “intent of the voter” standard in a wide variety of contexts, including manual recounts and the counting of write-in and absentee ballots, no doubt were surprised to learn that they have been acting unconstitutionally all along. For these state laws, see *Bush*, slip opinion at 3 n.2 (Stevens, J., dissenting). See also Brief of Respondents, *Bush v. Gore*, at 36 (noting that before voting machines were invented, the “intent of the voter” standard was universally employed).

24 See Brief of Respondent, *Bush v. Gore*, at 44-45 (noting the prevalence of the “intent of the voter” standard and listing numerous judicial decisions applying it). It is worth pointing out that had the Florida Supreme Court prescribed a more specific formula for ascertaining the “intent of the voter,” the conservative Justices probably would have ruled that the state court was changing state law and thus violating Article II. See *Bush v. Gore*, slip opinion at 7 (refusing to decide whether the state supreme court had authority under state statute to prescribe a more specific standard for manually counting votes); see also *Gore v. Harris*, 2000 WL 1867628 (Fla. 2000) (per curiam) (noting that a more expansive definition “would have raised an issue as to whether this Court would be substantially rewriting the Code after the election”).

pretations that forbid longstanding practices).²⁵ The Supreme Court often is called upon to resolve novel constitutional controversies, and inevitably on such occasions it creates new law.

The majority's equal protection rationale is objectionable not because it represents new law, but rather because it represents bad law—and law that the conservative Justices almost certainly would have rejected in any other setting. If it violates the Equal Protection Clause to conduct a manual recount under a vague standard that might result in identical ballots being counted differently, then certainly it should be unconstitutional to use different ballot designs or different ballot-reading technologies, if these yield substantially different likelihoods of a particular vote being counted.²⁶ Studies have shown that undervotes were five times more likely in Florida counties using punch-card ballots than in those using more modern, optical-scan ballots.²⁷ Similarly, a potentially confusing “butterfly” ballot employed by Palm Beach County led to a much higher-than-normal rate of presidential overvotes, as did ballots in other counties

25 See, e.g., *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 568 (1996) (Scalia, J., dissenting); *Rutan v. Republican Party of Illinois*, 497 U.S. 62, 95 (1990) (Scalia, J., dissenting).

26 Justice Souter, who disagreed with most aspects of the majority and concurring opinions, agreed that standardless manual recounts were “wholly arbitrary,” and thus unconstitutional. *Bush*, slip opinion at 7 (Souter, J., dissenting). Unlike the majority, Souter did proffer an explanation for why standardless recounts were constitutionally distinct from the use of disparate voting mechanisms likely to yield different rates of nonvotes. Souter argued that local variety in the use of voting technology could be justified on the grounds of cost concerns, the desire for experimentation, and so forth. Standardless manual recounts, on the other hand, were simply arbitrary. While Souter purports to find the Florida manual recount unconstitutional on the basis of a minimum rationality standard, this is not the way that standard generally has been applied by the Court. See, e.g., *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456 (1981); *Williamson v. Lee Optical*, 348 U.S. 483 (1955). It is not hard to conjure possible explanations for a court (or legislature) to decline to specify standards more specific than “the intent of the voter” to guide a manual recount. First, the same value in experimentation that Souter identifies with regard to voting machines seems to apply in the context of vote tabulation standards. The best way to decide upon the optimal standard might be for different counties to experiment with different standards and then compare notes. Second, “local variety” also might justify leaving it to county canvassing boards to use their discretion in defining more precise standards. It is easy to imagine the desirability of applying a different standard in evaluating ballot markings in precincts with lots of elderly voters, who might experience greater difficulty punching out chads. This sort of imagined justification is all that minimum rationality review generally requires. See, e.g., *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420, 426 (1961) (“A statutory discrimination will not be set aside if any state of facts reasonably may be conceived to justify it.”). Finally, the Florida courts’ refusal to prescribe a more specific standard is compellingly justified by its desire not to transgress on the state legislature’s prerogatives with regard to the selection of presidential electors. For the state courts to have prescribed a standard more specific than the legislature’s “intent of the voter” would have invited Supreme Court reversal on Article II grounds. Under these circumstances, it was not “wholly arbitrary” for the Florida Supreme Court to refrain from prescribing more specific standards.

27 See Ford Fessenden, “Contesting the Vote: The Voting Machines,” *New York Times*, Dec. 1, 2000, A29. See also *Bush*, slip opinion at 4 (Breyer, J., dissenting) (noting that voters in counties with different voting machines arrived at the polls “with an unequal chance that their votes will be counted”); *id.* at 4 n.4 (Stevens, J., dissenting) (noting that the percentage of nonvotes—undervotes and overvotes together—in Florida counties using punch card ballots was 3.92%, while the same rate in counties using optical scan systems was only 1.43%).

that listed presidential candidates on two separate pages.²⁸ Moreover, these county-to-county disparities in presidential undervotes and overvotes were correlated with race; heavily black precincts across Florida were more likely to use antiquated voting equipment, which substantially increased the chances of ballots failing to register a vote in the presidential election.²⁹ One principal objective of the court-ordered manual recount in Florida was the amelioration of these other inequalities that resulted from the use of disparate voting technologies in different counties.³⁰ Yet, the *Bush* majority does not deign to explain why these other ostensible equal protection problems do not invalidate the entire Florida presidential election vote (or, for that matter, the entire nationwide presidential election, given that other states exhibit the same lack of uniformity in the way they conduct presidential elections).³¹ All the majority says with regard to these seemingly analogous equal protection difficulties is that its holding is limited to “the special instance of a statewide recount under the authority of a single state judicial officer”³² and that “[t]he question before the Court is not whether local entities, in the exercise of their expertise, may develop different systems for implementing elections.”³³ Why was that question not before the Court? Well, because “[o]ur consideration is limited to the present circumstances, for the problem of equal protection in election processes generally presents many complexities.”³⁴ So much for the requirement that courts engage in “reasoned elaboration.”³⁵ No interpretation of the Equal Protection

28 See, e.g., Dan Keating, “Democrats Had Most Voided Votes in Fla.,” *Washington Post*, Jan. 27, 2001, A1; Theodore M. Porter, “It’s Not in the Numbers,” *Washington Post*, Nov. 26, 2000, B1. See also Jeffrey Rosen, “Speed Kills Misjudge,” *New Republic*, Nov. 27, 2000, 17 (noting that Bush’s equal protection argument would render the butterfly ballot unconstitutional).

29 See John Mintz, “Florida Ballot Spoilage Likelier for Blacks,” *Washington Post*, Dec. 3, 2000, A1; David Montgomery, “Simmering Election Anger Incites Rights Leaders,” *Washington Post*, Jan. 5, 2001, A10; see also Keating, *supra* note __ (noting that Republican-leaning counties were more likely to use modern vote-counting technology that reduces the likelihood of overvotes by alerting voters of the problem before they have left the voting booth).

30 See *Bush*, slip opinion at 3-4 (Breyer, J., dissenting); see also Rosen, *supra* note __ (“By preventing states from correcting the counting errors that result from different voting technologies, the conservatives have precipitated a violation of equal treatment far larger than the one they claim to avoid.”)

31 See, e.g., Savage & Weinstein, *supra* note __ (quoting law professor David Cole to the effect that the majority’s equal protection rationale means that “every state electoral system in the country is in violation,” and reporting law professor Pamela Karlan making a similar point).

32 *Bush*, slip opinion at 10.

33 *Id.* at 11.

34 *Bush*, slip opinion at 10-11.

35 For this notion, see, e.g., Henry M. Hart, Jr. & Albert M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and*

Clause that makes it impossible to conduct elections can be a sensible one; the majority's rationale in *Bush* does just that.

The Court's equal protection rationale was so novel and far-fetched that Bush's lawyers came exceedingly close not even bothering to raise it.³⁶ When they did, moreover, it was treated very much as an afterthought, receiving less than two sentences of attention at the very end of a forty-five page brief in the Florida Supreme Court.³⁷ I do not mean to suggest that a lawyer's failure to raise a particular legal argument, or her decision to raise it almost as an afterthought, proves that the argument is a bad one. Lawyers, like everyone else, sometimes make mistakes and miscalculations. Still, there is a sense in which the ex ante calculation of lawyers as to what qualifies as a good legal argument is more revealing than the Court's post hoc determination. The Supreme Court enjoys such immense prestige that the conclusion by a majority of Justices that "x" is a good legal argument almost conclusively proves it to be so.³⁸ Yet, unless we are to stipulate that the Court is not only "final" but also "infallible,"³⁹ it must be that the Justices occasionally vindicate bad legal arguments. Because of this tendency of Supreme Court decisions retrospectively to validate the arguments upon which they are based, the ex ante judgments of lawyers—at least highly proficient ones, possessed of adequate incentives to raise all credible arguments—may be more reliable indicia of what counted as a good legal argument at a particular point in time than are the Court's post hoc determinations. In this same sense, the nearly-universal conclusion of legal academics and political pundits, before the Supreme Court granted review on the second go-round in *Bush*, that no serious federal question existed indicates how far-fetched the ultimately victorious equal protection

Application of Law 164-70 (tentative ed. 1958); Wechsler, supra note __, at 11-12, 15-17.

36 See James V. Grimaldi & Roberto Suro, "Risky Bush Legal Strategy Paid Off," *Washington Post*, Dec. 17, 2000, A32 (noting that the equal protection argument was "initially thought so weak" that Bush's lawyers thought it did not raise a substantial federal question). See also David Von Drehle, "In Florida, Drawing the Battle Lines," *Washington Post*, Jan. 29, 2001, A1 (noting serious divisions within the Bush camp and among Republican lawyers more generally as to whether the equal protection argument was even worth raising).

37 See Amended Brief of Appellees, *Gore v. Harris* (Supreme Court of Florida, Case No. SC00-2431), p. 45. See also Brief of Respondents, *Bush v. Gore*, 35 (noting that petitioners raised their equal protection challenge to standardless recounts in just "one throwaway line" in the state supreme court).

38 See, e.g., Michael Perry, *The Authority of Text, Tradition, and Reason: A Theory of Constitutional "Interpretation,"* 58 S. Cal. L. Rev. 551, 566 (1985) ("[J]ust about any choice a majority of the Supreme Court is likely to make would probably fall within [the] boundary [set by] accepted canons of judicial behavior, even in conjunction with the constitutional text.").

39 See *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953) (Jackson, J., concurring).

argument was.⁴⁰ Given the skepticism that these same conservative Justices elsewhere have evinced toward equal protection challenges to state political processes,⁴¹ their willingness to intervene in *Bush* would not have been easy to predict.

Even after the majority identified an equal protection problem with the “standardless” recount, however, the ordinary remedy would have been to remand the case to the Florida Supreme Court, to afford it an opportunity to cure the problem. Instead, the per curiam opinion concluded that such a remedy would be pointless, since the December 12 “deadline” for resolving Florida’s election contest was immediately at hand.⁴² The Court manufactured this deadline out of thin air. The federal statute identifying December 12 as a relevant date in the presidential election process plainly is a “safe harbor” provision, to be utilized or ignored by the states at their discretion; it operates as an instruction to Congress, when that institution counts the states’ electoral votes, not as a command to the states, to be enforced by the federal courts.⁴³ Nothing in federal law requires that a state’s presidential electors be appointed until the date set for the electors to meet and cast their votes (December 18, on the 2000 election calendar). The majority opinion does not dispute this point. Rather, it reads the Florida Supreme Court decision under review as declaring the state legislature’s intention to take advantage of this federal safe harbor provision. Thus to remand *Bush* to the state court would have been pointless, according to the majority, since under

40 See, e.g., William Kristol & Jeffrey Ball, “Against Judicial Supremacy,” *Weekly Standard*, Dec. 4, 2000, 10 (noting that “[i]t would . . . be a mistake . . . for Bush to put too much hope in the federal courts” because “[m]ost GOP-appointed judges will vote as federalists, for the right of states to prevail on election law,” and thus will reject the equal protection argument); Charles Lane, “Bush’s Appeal to High Court Raises Issue of Fairness,” *Washington Post*, Nov. 23, 2000 (“Even Republican lawyers who sympathize with Bush’s case express doubt about the Bush campaign’s [equal protection] claim.”); Editorial, “The Election Road Narrows,” *New York Times*, A28 (noting, after the initial Supreme Court remand, that once the Florida Supreme Court revised its ruling to address the Court’s Article II concern, “there is unlikely to be any federal issue that would warrant further review by the United States Supreme Court”); Charles Lane, “Territory is Uncharted for Court Action,” *Washington Post*, Nov. 10, 2000, A1 (describing the various state law disputes generated by the election and then noting that “[f]ederal law generally leaves the administration of elections for federal office up to the states, so the matter is likely to be settled in Florida’s courts, with no ultimate appeal to the U.S. Supreme Court.”). See also Scott Turow, “No Turning Back From the Dart the Court has Thrown,” *Washington Post*, Dec. 17, 2000, B1 (noting that constitutional scholars “of all stripes” had predicted that the Supreme Court would not get involved in the case).

41 See, e.g., *Davis v. Bandemer*, 478 U.S. 109, 143, 145, 158, 161 (1986) (O’Connor, J., with Rehnquist, J., dissenting) (warning against “the federal judiciary” becoming involved in “the most heated partisan issues,” denying that the Equal Protection Clause provides “a judicially manageable standard” for adjudicating political gerrymandering claims, and denying that “mainstream political parties” require federal judicial protection).

42 *Bush*, slip opinion at 12.

43 See *Bush*, slip opinion at 5 (Stevens, J., dissenting); *id.* at 2 (Souter, J., dissenting).

the Florida Supreme Court's own interpretation of state law any manual recount had to be completed by the December 12 deadline.⁴⁴

One can only marvel at the disingenuousness of this conclusion. First, there is enormous irony in the *Bush* majority's eagerness to defer entirely to the Florida court's supposed conclusion regarding the significance of the December 12 safe harbor deadline under state election law. Three members of that majority could identify no other aspect of the state court's interpretation of state election law that warranted similar deference. The majority's posture on this issue is especially remarkable in light of the concurring Justices' statement that, in light of Article II concerns, "the *text* of the election law itself, and not just its interpretation by the courts of the States, takes on independent significance."⁴⁵ The text of Florida election law does not say a word about the federal safe harbor provision.

Second, to the extent that the Florida Supreme Court did emphasize in its opinion the significance of the December 12 deadline,⁴⁴⁶⁶ it plainly was responding to the Supreme Court's earlier intervention in *Bush v. Palm Beach County Canvassing Board*,⁴⁷ which essentially had coerced the Florida court, upon threat of reversal, to acknowledge the importance of the safe harbor provision.⁴⁸ Thus, the Supreme Court first forced the Florida jurists to acknowledge the significance of the December 12 deadline, and then insisted that its own hands were tied with regard to permitting the manual recount to continue, given the Florida court's interpretation of the significance of the December 12 deadline. This is a nifty trick. Third and most importantly, nothing in the Florida Supreme Court opinion, and no sensible reading of state law, treated the December 12 safe harbor deadline as dispositive, regardless of any competing considerations.⁴⁹ It is one

44 *Id.* at 12. The concurring opinion makes this same point, emphasizing the "wish" of the state legislature to take advantage of the federal safe harbor provision—a wish that appeared nowhere in the statute, but only in the state supreme court opinion. *Id.* at 11-12 (concurring opinion).

45 *Bush*, slip opinion at 2 (concurring opinion) (emphasis added).

46 See *Gore v. Harris*, slip opinion at 5 (per curiam).

47 121 S.Ct. 471 (2000).

48 *Id.* at 474 (noting that "a legislative wish to take advantage of the 'safe harbor' would counsel against any construction of the Election Code that Congress might deem to be a change in the law"). Nothing in the Florida election code expresses such a "wish," and even if it did, it is hard to fathom which statutory interpretations this insight would "counsel against," given that state courts engaging in statutory interpretation presumably always are trying correctly to identify the legislature's intention.

49 See, e.g., *Gore v. Harris*, 2000 WL 1867628 (Fla. 2000) (Shaw, J., concurring) ("[I]n my opinion, December 12 was not

thing to say that the Florida legislature would have wished, all things being equal, to take advantage of the federal safe harbor provision. It is another thing entirely to say that the legislature would have wanted the availability of the safe harbor provision to trump any and all competing considerations, such as ensuring that every vote be counted.⁵⁰ The outcome of the 2000 presidential election quite possibly turned on this aspect of the *Bush* decision—a rationale that is, to put it bluntly, a complete fabrication.

A separate concurring opinion joined by the Court's three most conservative members (Chief Justice Rehnquist, and Justices Scalia and Thomas)—an opinion that commentators plausibly have suggested was originally designed as the majority opinion⁵¹—emphasizes a different rationale for reversing the Florida Supreme Court and terminating the manual recount.⁵² According to these Justices, Article II of the Constitution, which provides that state *legislatures* shall determine the manner of selecting presidential electors, forbids any state court interpretation of state election law that would represent a departure from the legislative design. Chief Justice Rehnquist identifies several ways in which (he says) the Florida Supreme Court's decision ordering a state-wide manual recount impermissibly distorts state election law.⁵³

The concurring opinion charts new territory, since this provision in Article II has generated only one prior Supreme Court interpretation—and that decision was not directly relevant to *Bush*.⁵⁴ To say that the concurring opinion adopts a novel construction of Article II is, again, not necessarily to suggest that there is anything wrong with that interpretation. The relevant question is whether the interpretation (and its application) is persuasive, not whether it is novel. It is also relevant whether the interpretive principles employed in that construction are reconcilable with the general jurisprudential commitments of the Justices who endorsed it. On neither of these scores does the concurring opinion pass muster.

a 'drop-dead' date under Florida law?").

⁵⁰ See *Bush*, slip opinion at 5-6 (Breyer, J. dissenting).

⁵¹ See, e.g., David G. Savage & Henry Weinstein, "'Right to Vote' Led Justices to 5-4 Ruling," Los Angeles Times, Dec. 14, 2000, A1.

⁵² *Bush*, slip opinion at 2.

⁵³ See *infra* text accompanying notes ____.

⁵⁴ See *McPherson v. Blacker*, 146 U.S. 1 (1892).

The persuasiveness of the concurring opinion's finding of an Article II violation depends on the answer to two questions. First, should the standard by which federal courts review state court interpretations of state law be more aggressive than usual in the context of resolving presidential election contests? Second, how unreasonable were the Florida Supreme Court's interpretations of state election law in *Bush*? The stronger the case for aggressive review and the more unreasonable the state court's interpretations, the more persuasive is the concurring opinion's determination that Article II was violated.

As to the standard of review, Chief Justice Rehnquist begins by conceding that, "[i]n most cases, comity and respect for federalism compel us to defer to the decisions of state courts on issues of state law."⁵⁵ He goes on to observe, however, that because Article II explicitly empowers the state legislature to select the manner of appointing electors and because the federal safe harbor provision applies only when the state election law was in place on the day of the election, "the text of the election law itself, and not just its interpretation by the courts of the States, takes on independent significance."⁵⁶ Rehnquist does not go so far as to suggest that federal courts should engage in *de novo* interpretation of state election law in the context of a presidential election contest. Indeed, it would be hard to imagine Rehnquist, Scalia, and Thomas—Justices in the vanguard of the 1990s renaissance in constitutional federalism⁵⁷—subscribing to the proposition that federal courts owe no deference whatsoever to state court interpretations of state law, regardless of the context. Instead, the concurring opinion argues for reduced deference.

This is an odd interpretation of Article II. These conservative Justices ordinarily profess a commitment to an originalist methodology of constitutional interpretation.⁵⁸ Yet, they provide no evidence

55 *Bush*, slip opinion at 2 (Rehnquist, C.J., concurring). This principle is about as well-established as any can be. See, e.g., *Murdock v. Memphis*, 87 U.S. (20 Wall.) 590 (1875). See also *Commissioner v. Estate of Bosch*, 387 U.S. 456, 465 (1967) ("the state's highest court is the best authority on its own law").

56 *Id.* at 3.

57 See, e.g., *United States v. Morrison*, 120 S. Ct. ___ (2000) (restrictive reading of commerce clause power); *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999) (state immunity from suit in state court); *City of Boerne v. Flores*, 117 S.Ct. 2157 (1997) (restrictive reading of Section 5 power); *Seminole Tribe of Florida v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996) (state immunity from suit in federal court under Eleventh Amendment); *Printz v. United States*, 117 S.Ct. 2365 (1997) (tenth amendment prohibition on federal commandeering of state executive officials).

58 See, e.g., Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 U. Cin. L. Rev. 849 (1989); *McIntyre v. Ohio Elections Comm'n*, 514 U.S. 334, 370-71 (1995) (Thomas, J., concurring); *id.* at 372 (Scalia, J., dissenting).

that the Framers of Article II intended to bolster the role of state legislatures in the selection of presidential electors by forbidding state courts adjudicating contests arising from presidential elections from employing ordinary techniques of statutory interpretation to elicit the meaning of state election law. Nor does the federal statute implementing Article II (and the Twelfth Amendment), enacted after the 1876 election fiasco, indicate any congressional desire to have presidential election contests adjudicated under rules different from those employed in ordinary state election contests.⁵⁹ Neither does the concurring opinion offer any functional justification for affording state legislatures federal judicial protection from their own state judiciaries. Even were Article II sensibly interpreted to offer such protection, the Florida legislature has indicated no desire to take advantage of it. That legislature adopted a unitary election code, generally applying the same election contest rules to state and federal elections.⁶⁰ Indeed, the Florida legislature has shown itself perfectly capable of indicating a preference, when it has one, to avoid judicial resolution of election contests; under Florida's election code, disputes involving the election of state legislators are to be handled exclusively by the respective houses of the state legislature, not the courts.⁶¹ It is plausible to draw the negative inference that the Florida legislature intended contests involving presidential elections to be adjudicated in the state courts according to the same rules that govern state election disputes (excepting those involving state legislators). In other settings, these same Justices have emphasized the importance of freeing states from federal command with regard to the structuring of their own governmental processes.⁶² Thus, it seems strange that the concurring opinion would not require a clearer statement from the constitutional text or the Framers' original understanding before inferring a constitutional command to federalize the allocation of state decisionmaking authority in the context of selecting presidential electors.

59 Electoral Count Act of 1887, 24 Stat. 373, 3 U.S.C. §5 (providing a safe harbor from congressional challenge where a "state shall have provided, by laws enacted prior to [election day], for its final determination of any controversy or contest concerning the appointment of . . . [electors] . . . by *judicial* or other methods") (emphasis added).

60 See *Bush*, slip opinion at 2 (Stevens, J., dissenting).

61 See Fla. Stat. §102.168.

62 Cf. *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452, 460 (1991) (requiring an "unmistakably clear" statement by Congress before construing a federal anti-discrimination law to apply to a state's judiciary because it is "[t]hrough the structure of its government . . . [that] a State defines itself as a sovereign").

Offering neither originalist nor functionalist support for their interpretation, the concurring Justices rely entirely on the text of Article II—specifically, its reference to state “legislatures” directing the manner of choosing presidential electors. This spare textual reference simply does not bear the weight the concurrence ascribes to it. Article I of the Constitution declares that “[a]ll legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States.”⁶³ Yet nobody has ever suggested that this language precludes judicial interpretation of congressional statutes. Indeed, since 1935 the Court never has held that this constitutional mandate that Congress exercise “[a]ll legislative power” precludes Congress from enacting vague (meaningless) statutes that essentially delegate the lawmaking power to administrative agencies and to courts.⁶⁴ Indeed, some members of the conservative plurality are among the biggest proponents of the *Chevron* doctrine,⁶⁵ which requires federal courts to defer to “reasonable” agency interpretations of statutes, notwithstanding the Article I injunction that Congress “legislat[e].”⁶⁶ In *Bush*, Chief Justice Rehnquist does not explain why broad-ranging judicial and administrative interpretation of federal statutes is permissible in spite of Article I’s requirement that “[a]ll legislative powers” be vested in “Congress,” but Article II’s injunction that state “[l]egislatures” direct the manner of appointing presidential electors forbids state courts from engaging in ordinary statutory interpretation of state election law. Thus, not only does the plurality offer no originalist or functionalist justification for its Article II argument, but its bare textualist claim is almost laughable. It appears likely that nobody in the first two hundred years of the Republic ever dreamed of this interpretation of Article II.

Chief Justice Rehnquist seeks to bolster the flimsy Article II argument by observing that there are other “areas in which the Constitution requires this Court to undertake an independent, if still de-

63 U.S. Const., Art. I, §1.

64 The last Supreme Court decisions invalidating federal legislation on nondelegation grounds were *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 288 (1935) and *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935). For a modern illustration of how defunct the nondelegation doctrine is, see *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989). In all fairness, at least the Chief Justice is on record as favoring a reinvigoration of this doctrine. See, e.g., *Industrial Union Dep’t v. American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607, 672-76 (1980) (Rehnquist, J., concurring).

65 *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984); see also Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* 994 n.52 (3d ed. 2000) (collecting *Chevron* cases).

66 See, e.g., *NLRB v. United Food & Commercial Workers Union*, 484 U.S. 112, 133-34 (1987) (Scalia, J., concurring, with Rehnquist, C.J.); *INS v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421, 453-55 (1987) (Scalia, J., concurring).

ferential, analysis of state law.”⁶⁷ The Chief Justice plainly is correct about the existence of instances in which the Supreme Court has rejected state court interpretations of state law. Federal rights often become entwined with questions of state law, and state judiciaries would be able to obstruct implementation of those rights if their own interpretations of state law were immune from federal review.⁶⁸ Consider a few examples. State law determines whether a contract exists, which is a necessary predicate for a violation of Article I, section 10, which forbids state impairment of the obligation of contract.⁶⁹ Similarly, state law determines whether a property right exists, which is a necessary predicate for the finding of an uncompensated taking, in violation of the Fifth and Fourteenth Amendments.⁷⁰ Whether retroactive criminal punishment has been imposed, in violation of the Ex Post Facto or Due Process Clauses, depends on whether state criminal law has changed since the defendant committed the alleged transgression, which turns partly on a determination of what state law was before the defendant acted.⁷¹ Finally, because the Supreme Court will not decide a federal question when “adequate and independent” state grounds exist to sustain a state court ruling, vindication of federal rights that are raised in state court proceedings depends on compliance with state procedural law.⁷² The adequacy of the state ground of decision depends partly on its not having been invented post hoc to defeat the posited federal right.⁷³

67 Id. at 4-5 (citing *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449 (1958), *Bouie v. City of Columbia*, 378 U.S. 347 (1964), and *Fairfax’s Devisee v. Hunter’s Lessee*, 7 Cranch 603 (1813)).

68 See, e.g., Peter W. Low & John C. Jeffries, Jr., *Federal Courts and the Law of Federal-State Relations* 82 (4th ed. 1998) (“[i]f there were no limits on the freedom of state courts to determine whether a contract had been created and the nature of its obligations, the federal limitation might be easily evaded”).

69 See, e.g., *Indiana ex rel. Anderson v. Brand*, 303 U.S. 95, 100 (1938) (“On such a question [of whether there is a contract], one primarily of state law, we accord respectful consideration and great weight to the views of the State’s highest court but, in order that the constitutional mandate may not become a dead letter, we are bound to decide for ourselves whether a contract was made, what are its terms and conditions, and whether the State has, by later legislation, impaired its obligation.”).

70 See, e.g., *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003, 1032 n.18 (1992) (noting that the Court will defer only to “an *objectively reasonable application* of relevant precedents” defining the property right) (emphasis in original).

71 See, e.g., *Bouie v. City of Columbia*, 378 U.S. 347 (1964).

72 See, e.g., *Murdock v. Memphis*, 87 U.S. (20 Wall.) 590 (1875).

73 See, e.g., *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449 (1958). See generally *Broad River Power Co. v. South Carolina*, 281 U.S. 537, 540 (1930) (“[I]f there is no evasion of the constitutional issue, and the non-federal ground of decision has fair support, this Court will not inquire whether the rule applied by the state court is right or wrong, or substitute its view of what should be deemed the better rule, for that of the state court.”) (citations omitted).

Thus, the concurring opinion is correct that the Supreme Court occasionally has rejected state court interpretations of state law in order to protect federal rights. Yet the rule generated by these cases seems to be one requiring evidence of bad faith by the state courts in their interpretation of state law. All three of the Supreme Court precedents cited by the concurring opinion on this score involved situations where state courts had manifested, beyond a shadow of a doubt, the willingness to defy federal law.⁷⁴ A closer look at the two modern cases invoked by the concurring opinion reveals how little support they provide for federal court intervention in *Bush v. Gore*.⁷⁵

In *NAACP v. Alabama*,⁷⁶ the Supreme Court ruled that the NAACP had a first amendment right to refuse to disclose its membership lists to Alabama authorities. Before reaching the merits of the case, though, the Justices first had to decide whether the federal constitutional claim was procedurally barred. The Alabama Supreme Court had refused to consider the first amendment claim on its merits, because of the Association's failure to follow the correct procedural path for securing state supreme court review of its contempt citation for refusing to disclose its membership lists. Specifically, the state court ruled that the NAACP should have sought a writ of prohibition rather than a writ of mandamus. It is inconceivable that the Justices' view of the case—both on the merits and on the alleged state procedural default—was uninfluenced by their knowledge that the state of Alabama, including its jurists, were engaged in a project of massive resistance toward *Brown v. Board of Education*,⁷⁷ a fundamental part of which involved shutting down the NAACP's operations in the state.⁷⁸ Yet even setting aside this extrinsic basis for questioning the good fai-

⁷⁴ See *Bush*, slip opinion at 5 (Ginsburg, J., dissenting) (noting that the three cases invoked by the concurring opinion were "embedded in historical contexts").

⁷⁵ The third case, as Justice Ginsburg notes in dissent, involved the Revolutionary era conflict between southern state legislation confiscating Tory lands and federal treaties seeking to curtail confiscation. That conflict led southern state courts to engage in efforts at nullification no more subtle than those undertaken by their counterparts in the civil rights era. See *Fairfax's Devisee v. Hunter's Lessee*, 7 Cranch 603 (1813); *Martin v. Hunter's Lessee*, 1 Wheat. 304 (1816); *Bush*, slip op. at 5 (Ginsburg, J., dissenting).

⁷⁶ *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449 (1958).

⁷⁷ See generally Numan Bartley, *The Rise of Massive Resistance: Race and Politics in the South During the 1950s* (1969).

⁷⁸ See generally Walter Murphy, *The South Counterattacks: The Anti-NAACP Laws*, 12 *Western Pol. Q.* (1959). On background to *NAACP v. Alabama*, see Mark V. Tushnet, *Making Civil Rights Law: Thurgood Marshall and the Supreme Court, 1936-1961*, at 284-89 (1994); Robert Jerome Glennon, *The Jurisdictional Legacy of the Civil Rights Movement*, 61 *Tenn. L. Rev.* 869, 887-900 (1994).

th of the state court justices in *NAACP*,⁷⁹ the Supreme Court was able to identify no fewer than a half dozen prior Alabama Supreme Court decisions that had rejected precisely the procedural distinction relied upon by that court in *NAACP* to justify its refusal to reach the merits of the first amendment claim.⁸⁰ Incredibly, the state supreme court at an earlier stage of *these same proceedings* had directed the NAACP's lawyers to seek appellate review via the very procedural route (a writ of mandamus) that the state justices later determined to constitute a procedural default.⁸¹ In other civil rights era cases where the Supreme Court likewise declined to permit state procedural defaults to block federal review of constitutional claims, the Justices also were able to point to earlier state precedents that directly contravened the state court's finding of a procedural default in the case under review.⁸² Notwithstanding Chief Justice Rehnquist's claim that precedents like *NAACP v. Alabama* were "precisely parallel" to *Bush*,⁸³ he failed to identify anything even remotely similar in Florida case law that would warrant the conclusion that the Florida Supreme Court was departing from established precedent. Without expressly saying so, the conservative Justices implied that the Florida Supreme Court's statutory interpretations in *Bush* were entitled to no greater deference in federal court than those of renegade white supremacist nullifiers during the civil rights era.⁸⁴ One might have expected that these Justices would offer some factual predicate to justify this extraordinary (albeit implicit) aspersion on the integrity of state court jurists,⁸⁵ but they did not.

79 Most of the other leading cases rejecting the adequacy of state procedural grounds for denying federal rights also involve southern states obstructing the civil rights movement. See, e.g., *Barr v. City of Columbia*, 378 U.S. 146 (1964); *NAACP v. Alabama ex rel. Flowers*, 377 U.S. 288 (1964); *Shuttlesworth v. City of Alabama*, 376 U.S. 339 (1964); *Wright v. Georgia*, 373 U.S. 284 (1963). See also Low & Jeffries, *supra* note __, at 109 ("It is no coincidence that many such cases arose in the civil rights litigation in the 1960s"); Glennon, *supra* note __, at 887-900.

80 357 U.S. at 456 (concluding that "[w]e are unable to reconcile the procedural holding of the Alabama Supreme Court in the present case with its past unambiguous holdings").

81 *Id.* at 458.

82 See, e.g., *NAACP v. Alabama ex rel. Flowers*, 377 U.S. 288, 297-300 (1964); *Barr v. City of Columbia*, 378 U.S. 146, 149 (1964). See also *Indiana ex rel. Anderson v. Brand*, 303 U.S. 95, 105-07 (1938) (rejecting a state court's determination of whether a contract existed because it conflicted with numerous earlier decisions of that court).

83 *Bush*, slip opinion at 4 (concurring opinion).

84 See *Bush*, slip opinion at 7 (Stevens, J., dissenting) (noting that what must underlie the concurring Justices' unwillingness to defer to the state court's interpretation of state law "is an unstated lack of confidence in the impartiality and capacity of the state judges who would make the critical decisions if the vote count were to proceed").

85 See *id.*, slip opinion at 6 (Ginsburg, J., dissenting) (objecting that the Florida Supreme Court ought not be "be bracketed with state high courts of the Jim Crow South").

The other civil rights era decision invoked as precedent in *Bush* for upsetting a state court's interpretation of state law was *Bouie v. City of Columbia*.⁸⁶ That case is equally weak support for the Article II rationale in *Bush*, but for a different reason. In *Bouie*, the question was whether it violated the Due Process Clause to convict sit-in demonstrators under a criminal trespass statute that barred "entry on lands of another after notice prohibiting same"⁸⁷ when the protestors had been commanded to depart, but not warned against entering in the first place. The Supreme Court ruled that for the state supreme court to interpret this statute to cover refusals to leave as well as forbidden entries "unforseeably and retroactively expanded" its meaning.⁸⁸ In the process of so ruling, the Court had to reject the state court's determination that the criminal trespass statute always had been construed this way. The Justices were able to cite only dicta, not actual holdings, in support of their refutation of the state court's interpretation of state law.

The *Bouie* Court's extraordinarily stringent interpretation of the notice requirement imposed by the Due Process Clause,⁸⁹ and its unwillingness to defer to a state court's ostensibly sensible construction of a state statute, can be understood only in the context of the times. Between 1960 and 1964, the Supreme Court confronted dozens of cases in which sit-in demonstrators were prosecuted for breach of the peace, trespass, and sundry other offenses.⁹⁰ The Justices were disinclined to affirm the criminal convictions of persons with whose racial protest they generally sympathized. Yet, they also were unwilling to vindicate the protesters' principal legal claim that the state action necessary for an equal protection violation was present when the state simply was enforcing background common law property rules.⁹¹ Instead, the Justices identified a wide range of imaginative (specious) grounds for reversing the convictions without

86 378 U.S. 347 (1964).

87 *Id.* at 349 n.1 (reproducing statute).

88 *Id.* at 352.

89 See, e.g., *Bouie*, 378 U.S. at 363, 367 (Black, J., dissenting) (noting that nobody could have been misled by this construction of the statute).

90 See, e.g., Thomas P. Lewis, *The Sit-in Cases: Great Expectations*, 1963 Sup. Ct. Rev. 101; Monrad G. Paulsen, *The Sit-in Cases of 1964: "But Answer Came There None,"* 1964 Sup. Ct. Rev. 137.

91 I have described some of the internal deliberations in the sit-in cases, with citations to the original documents, in Michael Klarman, *An Interpretive History of Modern Equal Protection*, 90 Mich. L. Rev. 213, 272-76 (1991).

reaching the fundamental constitutional question.⁹² By the time *Bouie* arrived on the Court's docket, the 1964 Civil Rights Act—which would moot the state action issue by creating a federal statutory prohibition on race discrimination in places of public accommodation—was finally nearing passage, after the longest filibuster in the history of the United States Senate.⁹³ In that setting, the Justices understandably were reluctant to affirm, for the very first time, the conviction of a sit-in demonstrator. Thus the Court “invented” a due process objection to *Bouie*'s conviction, rejecting the state court's view that the state criminal trespass statute always had forbidden refusals to depart after notice to leave, and holding that to interpret the provision this way now represented an unforeseeable expansion of the statute, in violation of the Due Process Clause. Nobody who teaches criminal law would recognize this conception of what due process notice requires.⁹⁴ Leading criminal law casebooks treat *Bouie* as bad law—a case that can be accounted for only by the Justices' political sympathies for the civil rights movement.⁹⁵ Thus, the only legal principle that *Bouie* genuinely stands for is that sometimes the Supreme Court, for political reasons, will decide cases in a lawless fashion. In one sense, then, though not the one the conservative Justices intended, *Bouie* was the perfect case for them to cite in *Bush*.

After laying the groundwork for reducing the deference owed to the state court's interpretations of Florida law, the concurring opinion proceeds to enumerate several ways in which that court's interpretations (were said to have) violated the legislature's design. The concurring Justices raised the following objections to the state supreme court decision in *Bush*⁹⁶: it deprived the secretary of state's certifi-

92 See, e.g., *Griffin v. Maryland*, 378 U.S. 130 (1964) (reversing trespass conviction on ground that arrest by park employee who had been deputized as a sheriff constituted state action); *Garner v. Louisiana*, 368 U.S. 157 (1961) (reversing disturbing-the-peace conviction on due process ground of total absence of evidence).

93 See Hugh Davis Graham, *The Civil Rights Era: Origins and Development of National Policy, 1960-1972*, at 151 (1990).

94 See, e.g., John Calvin Jeffries, Jr., *Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes*, 71 Va. L. Rev. 189, 211 (1985) (arguing that the “core concept of notice as a requirement of fairness to individuals” focuses on “whether the ordinary and ordinarily law-abiding individual would have received some signal that his or her conduct risked violation of the penal law”).

95 See, e.g., Peter Low, et al., *Criminal Law: Cases and Materials* 100 (2d ed. 1986) (speculating that “the Court's application of [fair notice] principles to the *Bouie* facts was somewhat more rigid than would have been the case if a more ordinary trespass was involved” and noting that “the Supreme Court itself understands the context of *Bouie* as qualifying its message, . . . [since] . . . *Bouie* has not become a substantial constraint on the interpretation of ambiguities in subsequently construed federal criminal statutes”).

96 *Bush*, slip opinion at 7-12.

cation of the election results of “virtually all legal consequence,”⁹⁷ it engaged in de novo review of the local canvassing boards’ decisions whether to conduct manual recounts after the certification deadline; by ordering the inclusion in the certification of all recounts completed during the contest phase, it eliminated the statutory grant of discretion to the Secretary of State with regard to waiving the certification deadline; it unreasonably construed the contest provision requiring that “legal votes” not be rejected to require the counting of “improperly marked ballots”; it refused to defer to the Secretary of State’s reasonable interpretations of state election law, as required by statute; and it unreasonably construed the statutory grant to state courts of the power to issue “appropriate relief” in contest actions to include a state-wide manual recount that could not possibly be completed in time to realize the state legislature’s “wish” to take advantage of the federal safe harbor provision.

It is fair to say that the protest and contest provisions of Florida election law are characterized by significant ambiguity, which for the most part never has been clarified by the Florida courts—unsurprisingly, since the contest provisions were substantially overhauled in 1999.⁹⁸ On many of the statutory interpretation issues raised in *Bush*, reasonable people surely might differ.⁹⁹ Yet none of the Florida court’s interpretations are particularly “peculiar,”¹⁰⁰ and certainly none of them qualifies as “absurd,”¹⁰¹ which is how the concurring opinion characterizes them. Florida election law clearly contemplates a contest to certified election results. The substantive standard that must be established for the contest to proceed is, in relevant part, the “rejection of a number of legal votes sufficient to change or place in doubt the result of the election.”¹⁰² Given the closeness of the certified presidential election result in Florida—a margin of 537 votes for Bush—there is no doubt that the number of undervotes (esti-

⁹⁷ *Id.* at 8

⁹⁸ On the contrast between the new and the old contest provisions, see *Gore v. Harris*, slip opinion at 9 n.9

⁹⁹ The dissenting opinions of Justices Souter and Breyer ably demonstrate how the Florida court’s interpretation of all the relevant statutory ambiguities were at least reasonable. See *Bush*, slip opinion at 2-6 (Souter, J., dissenting); *id.* at 6-8 (Breyer, J., dissenting). Several of the points made in this and the following paragraphs are also made in those dissenting opinions.

¹⁰⁰ *Id.* at 9 (concurring opinion).

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² Fla. Stat. §102.168(3)(c) (2000).

mated at 60,000) was sufficient to “place in doubt” the election result. The only question was whether undervotes qualify as “legal votes.” This was a question of first impression for the Florida Supreme Court. The state jurists determined that ballots that clearly express the intent of a voter, but that were marked in such a way that the voting machines could not read them, qualify as “legal.”¹⁰³ The concurring opinion calls this conclusion “absurd,” yet it is consistent with the way Florida courts historically have defined legal votes,¹⁰⁴ with explicit language in the Florida election code requiring that the “intent of the voter” be ascertained with regard to damaged and defective ballots,¹⁰⁵ and with the interpretation of numerous other state supreme courts.¹⁰⁶ Nor is it clear that the Florida Supreme Court owed any articular deference to the Secretary of State’s contrary interpretation, given the political nature of her position, the absence of any obvious agency “expertise” that would entitle her interpretation to deference, the fact that her interpretation was post hoc rather than a product of ex ante rulemaking, and the generally uncertain standard of judicial deference to agency legal interpretations called for by Florida administrative law.¹⁰⁷

¹⁰³ See *Gore v. Harris*, slip opinion at 23-25.

¹⁰⁴ See, e.g., *Boardman v. Estevea*, 323 So. 2d 259, 267 (Fla. 1975) (denying, in the context of a challenge to absentee ballots, that there is any “magic in the statutory requirements,” and insisting that the “important” question is whether “the will of the people was effected”); *State ex rel. Carpenter v. Barber*, 198 So. 49, 50-51 (Fla. 1940) (concluding that a ballot shall be counted “if the will and intention of the voter can be determined,” even if the voter did not follow the instructions for marking the ballot”); *Wiggins v. State ex rel. Drane*, 144 So. 2d 62, 63 (Fla. 1932) (holding that ballots that “clearly indicate the choice of the voter” must be counted, even if “irregular”); *Darby v. State ex rel. McCollough*, 75 So. 411, 412 (Fla. 1917) (per curiam) (“Where a ballot is so marked as to plainly indicate the voter’s choice and intent in placing his marks thereon, it should be counted as marked unless some positive provision of law would be thereby violated”). But see *McAlpin v. State ex rel. Avriett*, 19 So. 2d 420 (Fla. 1944).

¹⁰⁵ Fla. Stat. §101.5614 (5) (providing that no ballot shall be disregarded “if there is a clear indication of the intent of the voter as determined by a canvassing board”); see also *id.* §102.166 (7).

¹⁰⁶ See, e.g., *In re Election of U.S. Representative for Second Congressional Dist.*, 653 A. 2d 79, 90-91 (Ct. 1994) (rejecting the view that legal votes are only those complying strictly with the ballot instructions and instead counting all ballots upon which “the intent of the voter” is apparent “in light of all the available evidence disclosed by the ballot”); *Duffy v. Mortensen*, 497 N.W. 2d 437, 439 (S.D. 1993) (holding that a punch card ballot with two corners of the chad detached must be counted, since the voter’s intent could be discerned, and “the policy of the state is to count each person’s vote in an effort to determine the true and actual intent of the voters”); *Pullen v. Mulligan*, 561 N.E. 2d 585, 611 (Ill. 1990) (holding that “voters should not be disfranchised where their intent may be ascertained with reasonable certainty, simply because the chad they punched did not completely dislodge from the ballot”); *Fischer v. Stout*, 741 P.2d 217, 221 (Alaska 1987) (holding that punch card ballots marked entirely in pen and pencil are legal votes, “because they provided clear evidence of the voters’ intent”); *Wright v. Gettinger*, 428 N.E. 2d 1212, 1225 (Ind. 1981) (affirming trial court’s judgment that ballots with “hanging chads” could be counted, since “the intention of the voter could be clearly discerned”); *McCavitt v. Registrar of Voters of Brockton*, 434 N.E. 2d 620, 624-25 (Mass. 1982) (holding that the court must ascertain the intent of the voters with regard to punch card ballots that have not been punched through sufficiently for the machine to count them); *Escalante v. City of Hermosa Beach*, 241 Cal. Rptr. 199, 201-03 (Cal. App. 1987).

¹⁰⁷ For a concise summary of the conflicting approaches that Florida courts have taken on the question of how much

The contest provisions of the Florida election code do not disclose what level of deference is owed to the Secretary of State's certification of the election results or to local canvassing boards' decisions not to conduct manual recounts. Since the very purpose of an election contest is to challenge the certification, it makes no sense to have a contest provision while deferring entirely to the certification. The statutory standard for a contest to proceed—"rejection of a number of legal votes sufficient to change or place in doubt the results of the election"—does not indicate that any deference at all is owed to the decisions of administrative officials. Perhaps de novo review is not the most sensible way of structuring an election contest scheme, but it is perfectly consistent with the statutory language, which the concurring opinion emphasizes is entitled to special weight in light of Article II concerns.¹⁰⁸ Nor does it contravene any Florida Supreme Court precedent, since that court never before had interpreted the amended contest provisions. A Florida appellate court, construing the old contest provision, had ruled that the same deference explicitly granted by statute to local canvassing boards with regard to conducting manual recounts during the protest phase should apply during the contest phase,¹⁰⁹ but that ruling is not precedent for the state supreme court. Moreover, to overrule in the contest phase of the proceedings a local canvassing board's discretionary judgment during the protest phase not to conduct a manual recount does not nullify the statutory grant of discretion; rather, it restricts its force to elections

deference courts owe to agency legal interpretations, see David M. Greenbaum & Lawrence E. Sellers, Jr., 1999 Amendments to the Florida Administrative Procedure Act: *Phantom Menace or Much Ado About Nothing?*, 27 Fla. St. L. Rev. 499, 522-24 (2000). Compare also Krivanek v. Take Back Tampa Political Comm., 625 So. 2d 840, 844 (Fla. 1993) ("although not binding judicial precedent, advisory opinions of affected agency heads are persuasive authority and, if the construction of law in those opinions is reasonable, they are entitled to great weight in construing the law as applied to that affected agency of government"); State Dep't of Health & Rehabilitative Servs. v. Framat Realty, Inc., 407 So. 2d 238, 242 (Fla. App. 1981) (according a "most weighty presumption of validity" to agency rulemaking) with Tampa Electric Co. v. Garcia, 767 So. 2d 428 (Fla. 2000); Legal Environmental Assistance Foundation v. Board of County Commissioners, 642 So. 2d 1081, 1083-84 (Fla. 1994) (refusing to defer to an "unreasonable" interpretation); see also Darby v. State ex rel. McCollough, 75 So. 411 (Fla. 1917) (showing no deference to local election officials' interpretation of what counts as a legal vote). For the rule that only interpretations implicating an agency's expertise warrant deference, see, e.g., Zopf v. Singletary, 686 So. 2d 680, 682 (Fla. App. 1996); Board of Trustees v. Department of Management Servs., 651 So. 2d 170, 173 (Fla. App. 1995). For the rulemaking requirement, see Fla. Stat. §120.54. For the willingness of Florida courts to show greater deference to agency legal interpretations that flow from rulemaking, as opposed to post hoc adjudication, see, e.g., Florida Cities Water Co. v. Florida Pub. Serv. Comm'n, 384 So. 2d 1280, 1281 (Fla. 1980); Anheuser-Busch, Inc. v. Dep't of Business Regulation, 393 So. 1177, 1182 (Fla. App. 1981). I am grateful to Jim Rossi for directing me to relevant sources and for helping to clarify Florida administrative law for me.

108 It is ironic, given the concurring opinion's emphasis on the text of the Florida election code, that it was the Bush camp arguing against a literal, and in favor of a holistic, reading of the statute.

109 Broward County Canvassing Board v. Hogan, 607 So.2d 508 (Fla. Ct. App. 1992) (per curiam).

that are not so close at the state level as to raise a doubt whether uncounted lawful votes might change the election outcome.¹¹⁰ Thus, the Florida Supreme Court's decision to engage in *de novo* review of Vice-President Gore's request for manual recounts is consistent with the statutory contest language, not inconsistent with any binding Florida precedent, and reconcilable with a statutory grant of discretion to local canvassing boards not to conduct manual recounts at the *protest* phase of election proceedings. In what alternate universe does such an interpretation of Florida election law qualify as "absurd"?

Having found the statutory contest standard satisfied, the Florida Supreme Court ordered a state-wide manual recount, notwithstanding the shortness of time. The court relied on the statutory provision authorizing courts to order "any relief appropriate,"¹¹¹ once the threshold requirement for an election contest had been satisfied. The concurring opinion states that this reading of "appropriate relief" cannot be reconciled with the legislature's "wish" to take advantage of the federal safe harbor provision. Yet, as we have seen, the legislature expressed no such wish, and even if it had, reading Florida election law to elevate that wish over all competing considerations would be nonsensical.¹¹² The Florida Supreme Court ordered the statewide manual recount on December 8. In all likelihood, that recount would have been completed by December 12, had the Supreme Court not stayed it the morning it began (December 9). The recount almost certainly would have been completed by December 18—the date by which Florida electors had to be appointed in order to participate in the electoral college balloting. There is nothing odd about construing "any relief appropriate" to include a statewide manual recount that probably could have been completed in time to avoid jeopardizing Florida's participation in the electoral college vote.¹¹³

Finally, the Gore team not only had the plain meaning of the

110 See *Gore v. Harris*, slip opinion at 61 (Harding, J., dissenting) (noting that the "abuse of discretion" standard applicable at the protest phase does not apply during the contest phase); *Bush*, slip opinion at 8 (Breyer, J., dissenting).

111 Fla. Stat. §102.168(8).

112 See *supra* ____.

113 he concurring opinion notes that even if the manual recount could have been completed by December 12, "the inevitable legal challenges and ensuing appeals to the Supreme Court of Florida and petitions for certiorari to this Court could not possibly be completed by that date." *Bush*, slip opinion at 11 (concurring opinion). It is not obvious this is true, especially since the relevant date is December 18, not December 12. But even if it were true, it is not obvious why a completed manual recount with uncompleted judicial challenges ought not to be preferred to a machine count that clearly missed thousands of ballots on which the voters' intention could be discerned.

statute on its side, but also the plain tenor of Florida election law precedent. While the specific statutory interpretation questions raised by the election contest were not resolved by prior precedent, the one clear principle to be derived from Florida election cases is that safeguarding the right to vote and ascertaining the will of the voter trump more technical questions of compliance with legal formality. Numerous Florida court decisions have embraced this proposition.¹¹⁴ In light of this background interpretive principle, plainly established by Florida precedent, the Florida Supreme Court's ruling that presidential undervotes must be examined to ascertain, wherever possible, the actual intent of the voters was entirely unexceptionable. The barrage of criticism leveled by Republican politicians against manual recounts—which was slyly endorsed by the concurring opinion¹¹⁵—was in fact a lawless refusal to abide by either explicit statutory language authorizing such recounts¹¹⁶ or by abundant Florida precedent endorsing the principle that ascertaining the actual intent of voters was the paramount objective of courts adjudicating election controversies.¹¹⁷

Reasonable people certainly can disagree where to draw the line between a merely mistaken interpretation and a manifestly unreasonable one. Moreover, degrees of unreasonableness are notoriously difficult to quantify or otherwise measure objectively. Perhaps, in light of these considerations, it was inevitable that Republican Justices, like so many Republican politicians and voters, would conclude that the Florida Supreme Court was “stealing” the election from George W. Bush,¹¹⁸ and thus that its statutory interpretations were entitled

114 See, e.g., *Krivanek v. Take Back Tampa Political Comm.*, 625 So. 2d 840, 845 (Fla. 1993) (“election laws should generally be liberally construed in favor of an elector”); *State ex rel. Chappell v. Martinez*, 536 So. 2d 1007, 1009 (Fla. 1988) (noting that “the object of holding an election” is “the electorate’s effecting its will through its balloting, not the hyper-technical compliance with statutes”); *Boardman v. Esteve*, 323 So. 2d 259, 263, 269 (Fla. 1975) (noting that “the right of a citizen to vote” is more important than “unyielding adherence to statutory scripture” and “that the primary consideration in an election contest is whether the will of the people has been effected”); *State ex rel. Carpenter v. Barber*, 198 So. 49, 51 (Fla. 1940) (“It is the intention of the law to obtain an honest expression of the will or desire of the voter.”).

115 *Bush*, slip opinion at 11 (concurring opinion) (noting that the manual recount of undervotes was “a search for elusive—perhaps delusive—certainty”).

116 Fla. Stat. §102.166 (4)(c); §101.166(5).

117 See *supra* note ____.

118 See, e.g., David Tell, “The Bush Victory,” *Weekly Standard*, Dec. 25, 2000, p. 9 (criticizing the Florida Supreme Court decision as “ridiculous” and “ghastly”); Nelson Lund, “An Act of Courage,” *Weekly Standard*, Dec. 25, 2000, at 19 (accusing the Florida Supreme Court of “violat[ing] the Constitution” and blaming it for forcing the Supreme Court to intervene); Robert F. Nagel, “From U.S. v. Nixon to Bush v. Gore,” *Weekly Standard*, Dec. 25, 2000, at 20 (calling the Florida Supreme Court decision “stunning” and a product of “intellectual anarchy”); Michael S. Greve, “The Real Division in the Court,” *Weekly Standard*, Dec. 25, 2000, at 28 (noting some doubt whether “repeated judicial attempts to stack the deck in a presidential election do not compare to the moral scandal of Jim Crow”); Kristol & Bell, *supra* note ____ (arguing that the

to no more deference than those of the Jim Crow state courts that had manifested a willingness to lie and cheat in order to nullify *Brown* and obstruct the civil rights movement. It is impossible to disprove conclusively these Republican accusations, especially since the genuine indeterminacy of Florida election law probably made it inevitable that the partisan preferences of the Florida court's Democratic justices would influence their statutory interpretations (in favor of Al Gore).¹¹⁹ Yet, permitting partisan considerations to influence the resolution of genuine legal ambiguity is not equivalent to "stealing" an election. It is almost impossible to imagine Rehnquist, Scalia and Thomas concluding that these particular state court interpretations of state law were "absurd" in any context other than the one in which George W. Bush's election to the presidency hung in the balance.¹²⁰ Indeed, in other settings, these three Justices have insisted that federal courts should defer even to state court interpretations of *federal* law unless "patently unreasonable."¹²¹ It takes little imagination to picture the impassioned (indeed, characteristically vitriolic) assault on judicial activism and federal overreaching that Justice Scalia might have penned had the candidates been reversed and it was Al Gore asking the United States Supreme Court to resolve a presidential election contest by repudiating a state court's interpretation of state law.¹²²

"injustice being done by the Florida Supreme Court" is helping Gore to "steal" the election); Krauthammer, *supra* note ____ (blaming a "rogue state supreme court," which in "an astonishing burst of willfulness," created a "constitutional crisis" because of its "mission" to defeat George W. Bush); Matthew Vita & Juliet Eilperin, "Congress Braces for Battle over Electoral Votes," *Washington Post*, Nov. 22, 2000, A19 (quoting House Majority Whip Tom DeLay accusing the Democratic Party of "prosecuting a war to reverse the results of a fair, free election by any means necessary" and calling the Florida Supreme Court decision "a blatant and extraordinary abuse of judicial power"); Eiric Pianin & Helen Dewar, "Congress Sits on Political Powder Keg," *Washington Post*, Dec. 10, 2000, A31 (noting that DeLay and other congressional Republicans have accused Democrats and Florida's Supreme Court of an effort to "steal" the election from Bush). Indeed, the conservative Justices defended their involvement by implicitly blaming Gore for turning to the courts in the first place. *Bush*, 121 S. Ct. at 533 ("None are more conscious of the vital limits on judicial authority than are the members of this Court. . . . When contending parties invoke the process of the Court, however, it becomes our unsought responsibility to resolve the federal and constitutional issues the judicial system has been forced to confront.").

119 On the other hand, in defense of the state supreme court, Florida precedents really do emphasize the importance of effectuating the will of the voters in election controversies. See *supra* ____.

120 *Bush*, slip opinion at 8 (Ginsburg, J., dissenting) ("Were the other members of this Court as mindful as they generally are of our system of dual sovereignty, they would affirm the judgment of the Florida Supreme Court.")

121 *Wright v. West*, 505 U.S. 277, 291 (1992) (Thomas, J., plurality op.) (habeas proceeding); *id.* at 371 (Scalia, J., dissenting). See also *O'Dell v. Netherland*, 521 U.S. 151, 156 (1997) (Thomas, J.) (under *Teague*, federal courts on habeas review must defer to state courts' "reasonable, good-faith interpretations" of federal court precedent). See also Sandra D. O'Connor, Trends in the Relationship Between the Federal and State Courts from the Perspective of a State Court Judge, 22 *Wm & Mary L. Rev.* 801, 813 (1981) ("There is no reason to assume that state court judges cannot and will not provide a 'hospitable forum' in litigating federal constitutional questions.").

122 *Cf. Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 995-1002 (1992) (Scalia, J. dissenting) (analogizing *Casey* to *Dred Scott*,

II. LONG TERM CONSEQUENCES

I already have expressed doubt whether the Supreme Court's institutional stature and legitimacy depend much, in the long term, on the quality of the legal reasoning of its opinions.¹²³ Rather, the judgment of history seems to depend more on whether the Court generally reaches the "right" results—meaning simply that its decisions prove consonant with long-term popular opinion. Of course, measuring the Court's relative institutional stature at any particular point in time is difficult. Identifying with any degree of precision the factors that contribute to or detract from that stature is virtually impossible. Necessarily, then, much of what follows is impressionistic.

A quick canvass of American constitutional history identifies several factors that may influence the way in which particular Supreme Court decisions influence the public's estimation of the Court. First, I shall try to identify the relevant variables. Then, I will illustrate their application with concrete examples from American constitutional history. Finally, I shall consider how these variables apply in the context of *Bush v. Gore*. My goal is to shed light on how that ruling is likely to impact the Court's long-term standing.

My basic premise, to repeat, is that the Court's institutional standing ultimately depends on producing decisions that garner the long-term approval of the American public. Thus, the principal variable influencing the Court's reputation is how popular or unpopular its decisions are. Second, in addition to the *amount* of support and opposition to particular decisions, the *intensity* of that sentiment—how strongly supporters and opponents feel about the underlying issue—influences the Court's standing. Third and relatedly, intensity of opposition is a function not only of how strongly people feel about an issue, but also how convinced they are that the Court decision resolving that issue will be implemented, rather than evaded or even nullified. Court rulings that are adverse to a constituency's treasured interests, but that are unlikely to prove efficacious, probably will not generate tremendous resistance. Fourth, how powerful are the constituencies that support and oppose the Court's rulings? Decisions

lambasting the notion that the Court can settle great national controversies through constitutional adjudication, and lauding the idea of local rather than national solutions).

¹²³ See *supra* ____.

that alienate relatively powerful interest groups are more likely to affect adversely the Court's stature. Fifth, some constitutional issues linger, while others fade away. Controversial decisions on topics that quickly become obsolete are unlikely to do the Court much long-term harm. Sixth, public opinion changes—often quite dramatically—on some constitutional issues but not others. Court decisions that initially prove controversial later may be regarded as great moral victories. Conversely, some rulings initially are approved, yet subsequently are deemed moral disasters. Seventh, on some occasions but not others, the Justices enjoy subsequent opportunities to adjust their original decision, thus modulating results that initially proved controversial. Eighth, contentious constitutional decisions sometimes come in packages. A ruling that might not have significantly impaired the Court's standing had it been an isolated event, may weaken an institution already under siege owing to contemporaneous decisions.

It may be helpful to flesh out these variables with some concrete illustrations from American constitutional history. It stands to reason that unpopular decisions will threaten the Court's long-term standing, especially given the tenuous legitimacy of ostensibly counter-majoritarian judicial review in a democratic system.¹²⁴ Historically, the Justices, apparently comprehending this risk, generally have used the Constitution to suppress outlier state practices. Such decisions are, almost by definition, likely to generate support among national majorities. Some people are surprised to discover how many of the Court's notable constitutional rulings fit this suppression-of-outliers description. By no means an exhaustive list includes *Troxel v. Granville*¹²⁵ (parental rights); *Romer v. Evans*¹²⁶ (gay rights); *United States v. Virginia*¹²⁷ (sex discrimination in public universities); *Plyler v. Doe*¹²⁸ (right of children of illegal aliens to free public education); *Moore v. City of East Cleveland*¹²⁹ (familial relationships); *Coker v. Georgia*¹³⁰ (proportionality review in connection with the death penalty); *Harper v. Vir-*

¹²⁴ See, e.g., Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch* 16-23 (1962).

¹²⁵ 530 U.S. 57 (2000).

¹²⁶ 517 U.S. 620 (1996).

¹²⁷ 518 U.S. 515 (1996).

¹²⁸ 457 U.S. 202 (1982).

¹²⁹ 431 U.S. 494 (1977).

¹³⁰ 433 U.S. 584 (1977).

*ginia Board of Elections*¹³¹ (poll tax); *Griswold v. Connecticut*¹³² (right to use contraceptives); *Brown v. Mississippi*¹³³ (coerced confessions); and *Nixon v. Herndon*¹³⁴ (white primary). On all these occasions, judicial invalidation of state legislation was relatively uncontroversial because national majorities agreed with the results of the Court's constitutional interpretations. Small wonder that an institution that is able generally to mirror national opinion, while simultaneously perpetuating the noble myth that it heroically defends minority rights from majoritarian oppression, remains so popular with the American public.¹³⁵

Of course, some of the Court's most famous constitutional rulings do not fit this paradigm. On these other, more exceptional occasions, roughly half the country agrees with the Court's decision, while the other half disagrees. I believe this is a generally accurate description of *Prigg v. Pennsylvania*¹³⁶ (fugitive slave renditions); *Dred Scott v. Sandford*¹³⁷ (slavery in the territories); *Brown v. Board of Education*¹³⁸ (school desegregation); *Furman v. Georgia*¹³⁹ (death penalty); *Roe v. Wade*¹⁴⁰ (abortion); and *Regents of the University of California v. Bakke*¹⁴¹ (affirmative action). While such decisions are certain to prove more controversial than the suppression-of-outliers variety, at least the Justices can count on the support of roughly fifty percent of the nation.

On only a relative handful of occasions has the Court interpreted the Constitution in ways opposed by a clear majority of the nation. This rather small category includes decisions invalidating

131 383 U.S. 663 (1966).

132 381 U.S. 479 (1965).

133 297 U.S. 278 (1936).

134 273 U.S. 536 (1927). I provide support for the claim that these decisions involved suppression of outlier state practices in Michael J. Klarman, *Rethinking the History of American Freedom*, 42 Wm. & Mary L. Rev. 265, 279 nns.60-65 (2000) (book review).

135 Statements subscribing to this myth are collected in Michael J. Klarman, *Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions*, 82 Va. L. Rev. 1, 1-3 & nns. 1-14 (1996). For speculation on why the myth continues to hold sway, see *id.* at 18-31.

136 41 U.S. (16 Pet.) 539 (1842).

137 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

138 347 U.S. 483 (1954).

139 408 U.S. 238 (1972).

140 410 U.S. 113 (1973).

141 438 U.S. 265 (1978).

school prayer¹⁴² and criminal bans on flag burning,¹⁴³ as well as safeguarding the rights of criminal defendants, such as *Miranda v. Arizona*.¹⁴⁴ Even on these exceptional occasions, though, it would be mistaken to suppose that *overwhelming* popular majorities oppose the Court. The Justices invalidated school prayer and Bible reading only after the relative demise of the nation's unofficial Protestant establishment.¹⁴⁵ Likewise, the Warren Court's criminal procedure revolution was rendered possible only by shifting public attitudes toward race, poverty, and totalitarian law enforcement practices.¹⁴⁶ Thus, while national majorities have opposed the Court decisions in this category, a solid thirty-to-forty percent of the American public has sided with the Justices.¹⁴⁷

The number of times that an overwhelming majority of Americans has opposed the Court's constitutional interpretations probably can be counted on one hand. *Chisholm v. Georgia*,¹⁴⁸ ruling nonconsenting states suable in federal court under Article III, clearly is such an instance. *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*,¹⁴⁹ invalidating New York's minimum wage law in the midst of the Great Depression, may well be another. Significantly, both of these decisions *did* harm the Court's standing. *Chisholm* was the Supreme Court's first significant constitutional decision, and the Justices got it so wrong (in the sense of contravening public opinion) that Congress immediately slapped them down, passing the Eleventh Amendment by majorities of nine-to-one in the House and eleven-to-one in the Senate.¹⁵⁰ Chief Justice Jay concluded, as a result of this episode, that the Supreme Court never would achieve equal standing with the other branches of the national government; he resigned soon afterwards to become governor of New York. Similarly, *Tipaldo* was the straw that broke

142 See, e.g., *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962).

143 See, e.g., *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

144 384 U.S. 436 (1966).

145 See Klarman, *Civil Rights*, at 46-62.

146 See *id.* at 62-66.

147 For the polls on flag burning and school prayer, see Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 Mich. L. rev. 577, 606 & n.142, 607 & n.148 (1993).

148 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793).

149 298 U.S. 587 (1936).

150 See William R. Casto, *The Supreme Court in the Early Republic: The Chief Justiceships of John Jay and Oliver Ellsworth* 200 (1995); 1 Charles Warren, *The Supreme Court in United States History* 101 (1926). On hostile public reaction to *Chisholm*, see *id.* at 96-101.

the camel's back during the New Deal constitutional crisis.¹⁵¹ While President Roosevelt and other Democrats had criticized earlier rulings striking down New Deal measures such as the National Industrial Recovery Act¹⁵² and the Agricultural Adjustment Act,¹⁵³ those statutes were sufficiently unpopular that the Court decisions invalidating them commanded something close to majority support in the nation.¹⁵⁴ By 1936, however, both Democrats and Republicans endorsed state minimum wage legislation, and thus *Tipaldo* incited a firestorm of criticism. That ruling was the proximate cause of Roosevelt's Court-packing plan—a scheme that certainly would have damaged the Court's stature had it been enacted. Thus, constitutional rulings that contravene overwhelming public opinion—at least on salient issues—do jeopardize the Court's standing. No doubt cognizant of this reality, the Justices rarely have tempted fate by frustrating the wishes of dominant majorities.

Whether other rulings harm the Court's reputation is partly a product of the intensity of preference manifested by opponents of the Court's decisions. Thus, for example, *Brown v. Board of Education* generated furious resistance among southern whites—opposition that succeeded at blocking implementation of the Court's edict for an entire decade.¹⁵⁵ The Court's standing among southern whites was severely impaired as a result of *Brown* and other Warren Court rulings.¹⁵⁶ (The Court's standing recovered as national—including southern—opinion changed dramatically on the race issue as a result of the 1960s' civil rights movement.¹⁵⁷) Similarly, *Dred Scott v. Sandford*,

151 See William Leuchtenburg, *The Origins of FDR's Court-Packing Plan*, 1966 S. Ct. Rev. 347, 376-77.

152 *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935).

153 *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936).

154 See Barry Cushman, *Rethinking the New Deal Court: The Structure of a Constitutional Revolution* 34-35 (1998); Leuchtenburg, *supra* note ___, at 368.

155 See generally Numan Bartley, *The Rise of Massive Resistance: Race and Politics in the South During the 1950s* (1969); Neil R. McMillen, *The Citizens' Council: Organized Resistance to the Second Reconstruction, 1944-64* (1971); Benjamin Muse, *Ten Years of Prelude: The Story of Integration Since the Supreme Court's 1954 Decision* (1964).

156 See, e.g., C. Herman Pritchett, *Congress Versus the Supreme Court 1957-1960*, at 18 (1961) (noting attacks on the Court by southerners that "were vituperative in the extreme, calling into question not only the ability but also the motives and the patriotism of the justices"); Walter F. Murphy, *Congress and the Court: A Case Study in the American Political Process* 264-65 (1962) (noting polls revealing a rise in the Supreme Court's unfavorable ratings among white southerners after *Brown*). Brady, *supra* note ___, conveys a vivid sense of how whites in the deep South felt about the Supreme Court as a result of *Brown*.

157 See, e.g., Matthew David Lassiter, *The Rise of the Suburban South: The "Silent Majority" and the Politics of Education, 1945-75* (Ph.D., University of Virginia 1999), Part IV: *The Suburbanization of Southern Politics: The Silent Majority and the Fate of the Sunbelt*, 34 (noting a Gallup Poll released in May 1970 which revealed that only 16 percent

which undercut the very legitimacy of the Republican Party, predictably produced ferocious opposition among the party faithful.¹⁵⁸ During the Civil War and Reconstruction, as many more Americans rallied to the Republican banner and concluded that *Dred Scott* had been an egregious mistake, the Court's standing probably did suffer, at least for a short period of time.¹⁵⁹ Conversely, while a majority of Americans opposed the Court's flag burning decisions of 1989-1990,¹⁶⁰ that opposition does not appear to have been intensely committed, judging by the relative rapidity with which the flag-burning issue has died away.¹⁶¹ Similarly, one reason that the Court's school prayer decisions have not significantly impaired its stature, notwithstanding opposition from sixty-to-seventy percent of the American public, may be that critics are not intensely committed to the sort of watered-down, nondenominational prayer that was at issue in *Engel v. Vitale* and that likely would be reinstated were that decision ever to be overturned.¹⁶²

Intensity of opposition is partly a product of how efficacious the Court's rulings are deemed likely to be. When the Supreme Court invalidated residential segregation ordinances in *Buchanan v. Warley*¹⁶³ in 1917, the white South received the news calmly, secure in the knowledge that residential segregation could be maintained without formal legal sanction.¹⁶⁴ Similarly, when the Court in *Norris v.*

of southern whites opposed sending their children to school with any blacks, as compared with 61 percent in 1963).

158 See, e.g., Don E. Fehrenbacher, *The Dred Scott Case: Its Significance in American Law and History* 423-27 (1978); 2 Charles Warren, *The Supreme Court in United States History* 302-09 (1926?); Stanley I. Kutler, ed., *The Dred Scott Decision: Law or Politics?* 46-50, 56-63 (1967) (reproducing Republican editorial and political criticism).

159 See, e.g., Walker Lewis, *Without Fear or Favor: A Biography of Chief Justice Roger Brooke Taney* 423 (1965) (*Dred Scott* "impaired the prestige of the Court for years to come"); id. at 470-71 (noting ferocious Republican attacks on Chief Justice Taney after his death in 1864); Charles Evans Hughes, *The Supreme Court of the United States, its Foundation, Methods and Achievements: An Interpretation* 51 (1928) ("It was many years before the Court, even under new judges, was able to retrieve its reputation"); Edwin Corwin, *The Dred Scott Decision, in Light of Contemporary Legal Doctrines*, 17 Am. Hist. Rev. 52, 68-69 (1911) (concluding that the process of "recuperating its shattered reputation" was "so slow and laborious" that the Court did not "play anything like its due role of supervision" during the Civil War and Reconstruction). But see Fehrenbacher, *supra* note __, at 579 ("[T]he notion that the Supreme Court, owing to its association with the *Dred Scott* decision, was in mortal danger during the Civil War, is largely fiction"); Stanley I. Kutler, *Judicial Power and Reconstruction Politics* 7-11 (1968) (distinguishing between criticism of *Dred Scott* and criticism of the Court as an institution, and denying that *Dred Scott* significantly impaired the Court's national standing).

160 See *supra* note __.

161 See Robert Justin Goldstein, *Flag Burning and Free Speech: The Case of Texas v. Johnson* 226 (2000).

162 See *Engel*, 370 U.S. at 422.

163 245 U.S. 60 (1917).

164 *Richmond News Leader*, Nov. 6, 1917, pp. 4-5; Wesley G. Marshall, "The Dawn is Breaking: *Buchanan v. Warley* and the Fight Against Residential Segregation" 99 (M.A. thesis, University of Virginia 1985).

*Alabama*¹⁶⁵ in 1935 overturned the second round of convictions of the Scottsboro Boys on the ground that blacks had been systematically excluded from the juries that indicted and convicted them, southern white reaction was muted, not because opposition to black jury service had significantly eroded, but rather because of confidence that the ruling easily could be circumvented.¹⁶⁶ One reason that the Warren Court's criminal procedure revolution has not significantly impaired the Court's standing may be that legislatures have successfully blunted its impact by refusing adequately to fund counsel for indigent defendants, thus disabling them from taking full advantage of the panoply of constitutional rights identified by the Court.¹⁶⁷ Conversely, one reason *Brown* aroused a firestorm of resistance among white southerners is that, by 1954, they doubted their ability to control the decision's impact, given the increased assertiveness of southern blacks inspired by World War II, the diminished availability of violence as a method of ensuring racial subordination, and the heightened attentiveness of the federal executive to civil rights issues.¹⁶⁸ Similarly, opposition to *Roe v. Wade* has been intense partly because the decision has proven difficult to nullify, given the market incentives it created for abortion suppliers.¹⁶⁹

Another factor influencing whether controversial constitutional decisions adversely affect the Court's standing is the relative power wielded by supporters and critics. Not all constituencies affected by Court decisions exercise the same clout. For example, Court rulings from the late nineteenth and early twentieth centuries invalidating the progressive income tax, and striking down minimum wage, maximum hour, and protective union legislation, were intensely controversial.¹⁷⁰ Yet opponents of these decisions, on average, lacked the economic and political resources of supporters. Similarly, more

¹⁶⁵ 294 U.S. 587 (1935).

¹⁶⁶ See sources cited in Michael J. Klarman, *The Racial Origins of Modern Criminal Procedure*, 90 Mich. L. Rev. ??, ?? (2000).

¹⁶⁷ See William Stuntz, *The Uneasy Relationship Between Criminal Procedure and Criminal Justice*, 107 Yale L.J. 1 (1997).

¹⁶⁸ See generally Michael J. Klarman, *Neither Hero, Nor Villain: The Supreme Court, Race, and the Constitution in the Twentieth Century*, ch. 4: *The World War II Era* (forthcoming, Oxford University Press).

¹⁶⁹ See Rosenberg, *Hollow Hope*, at 195-201.

¹⁷⁰ The leading cases included *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923) (minimum wage law); *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915) (pro-union legislation); *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) (maximum hour law); *Pollock v. Farmers Loan & Trust Co.*, 158 U.S. 601 (1895) (income tax). For the controversy generated by such decisions, see generally William Ross, *A Muted Fury: Populists, Progressives, and Labor Unions Confront the Courts, 1890-1937* (1994).

recent controversial decisions such as *Roe v. Wade* and *Engel v. Vitale* generally have won the endorsement of the nation's cultural elite, which tends to be both better educated and more socioeconomically advantaged than the average American.¹⁷¹ Thus, while nearly half the country has criticized the abortion decision and more than half has opposed the school prayer ruling, the Court's defenders exercise relatively greater economic, political, and cultural clout, thus reducing the likelihood that these rulings will diminish the Court's stature. Even more dramatically, opponents of *Plessy v. Ferguson*,¹⁷² the Court's first decision rejecting an equality-based challenge to racial segregation, exercised almost no power at all. Whites overwhelmingly endorsed *Plessy*, and African Americans at the turn of the last century were politically disfranchised and economically marginal.¹⁷³ Conversely, an important component of the opposition to *Reynolds v. Sims*,¹⁷⁴ the reapportionment decision, consisted of politicians, who wield enormous political power. (Overrepresented rural dwellers also opposed *Reynolds*, though such groups were, by definition, a minority of the population.) These politically influential critics of *Reynolds* nearly were able to secure a constitutional amendment overturning the decision.¹⁷⁵ Yet, once that effort had failed, *Reynolds* quickly generated its own powerful constituency of supporters: Politicians elected under the one-person-one-vote regime of *Reynolds* had a vested interest in defending that decision.¹⁷⁶

Some constitutional issues fade away and others linger. The Court's prestige is not jeopardized by controversial or even unpopular rulings on issues that quickly lose their saliency. For example, the public controversy over *Dred Scott*, which was intense in the late 1850s,¹⁷⁷ dissipated rapidly once the Civil War and post-war constitutional amendments had abolished slavery and guaranteed black

171 On this culturally elite bias of judicial review, see Michael J. Klarman, What's So Great About Constitutionalism?, 93 Nw. U. L. Rev. 145, 188-92 (1998).

172 163 U.S. 537 (1896).

173 See generally Michael J. Klarman, The *Plessy* Era, 1998 Sup. Ct. Rev. 303.

174 377 U.S. 533 (1964).

175 David Kyvig, Explicit and Authentic Acts: Amending the United States Constitution, 1776-1995, at 374-76 (1996).

176 John Hart Ely, Democracy and Distrust 121 (1980) ("[T]he incentive of elected representatives is not necessarily toward malapportionment but rather toward maintaining whatever apportionment, good or bad, it is that got and keeps them where they are:").

177 See supra note ____.

citizenship, thus rendering *Dred Scott* obsolete. The Court's rulings invalidating New Deal legislation in 1935 and 1936 suffered a similar fate.¹⁷⁸ The immediate effect of these decisions was to produce a confrontation with the president that threatened the Court's standing; Roosevelt's Court-packing plan had the potential to destroy the Court as we know it.¹⁷⁹ Yet once the Justices shifted constitutional gears—constitutional historians continue to debate precisely when and why that shift occurred¹⁸⁰—economic legislation quickly became immune from constitutional challenge.¹⁸¹ The issue that had provoked the Court-packing episode was obsolete within just a couple of years.¹⁸² Likewise, the decision in *Korematsu v. United States*,¹⁸³ sustaining the war-time internment of Japanese-Americans, already was generating considerable criticism by the end of the war,¹⁸⁴ and soon would come to be regarded as a quintessential failure of judicial nerve.¹⁸⁵ Yet, since the underlying issue simply was not relevant to peacetime America, the decision did little lasting damage to the Court's reputation. Other issues that generate Court decisions refuse to go away. Abortion and school prayer have remained at the center of public controversy for well over a quarter of a century since the Court first put them on its constitutional agenda.¹⁸⁶ Whether or not *Roe* and *Engel* have damaged the Court's standing, it seems clear that controversial rulings on issues that have staying power pose a relatively greater threat to the Court's reputation.

178 See *supra* notes ____.

179 See Cushman, *supra* note ___, at 13-14 (reporting statements by opponents of the plan); Joseph Alsop & Turner Catledge, *The 168 Days* 107, 114-15 (1938) (same).

180 Compare Cushman, *supra* note __ (denying that any fundamental shift occurred in 1937) with Bruce Ackerman, *We the People: Transformations* 366-68 (1998) (arguing there was a revolution in 1937). See also Friedman, *supra* note ___, at 1982 (denying any "revolution" but conceding greater significance to *Jones & Laughlin Steel* than does Cushman).

181 See, e.g., *Williamson v. Lee Optical*, 348 U.S. 483 (1955); *Railway Express Agency v. New York*, 336 U.S. 106 (1949).

182 See generally Walton H. Hamilton & George D. Braden, *The Special Competence of the Supreme Court*, 50 *Yale L.J.* 1319, 1340-41 & n.82 (1941) (collecting cases).

183 323 U.S. 214 (1944).

184 See, e.g., Eugene V. Rostow, *The Japanese American Cases—A Disaster*, 54 *Yale L. J.* 489 (1945); Nanette Dembitz, *Racial Discrimination and the Military Judgment: The Supreme Court's Korematsu and Endo Decisions*, 45 *Colum. L. Rev.* 175 (1945).

185 See, e.g., Judith A. Baer, *Equality Under the Constitution: Reclaiming the Fourteenth Amendment* 113, 149 (1983) (calling *Korematsu* "racist" and a "disgrace"); Michael Perry, *The Constitution in the Courts: Law or Politics?* 145 (1994) (calling the decision "almost universally discredited"); Laurence H. Tribe, *In What Vision of the Constitution Must the Law be Color-Blind?*, 20 *J. Marshall L. Rev.* 201, 202 (1986) (calling it "infamous").

186 See, e.g., *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000) (abortion); *Santa Fe Independent School Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290 (2000).

Just as the diminishing salience of an issue may affect the Court's ability to weather a storm of public controversy, significant shifts in public opinion on issues that retain their salience may impact the Court's standing. *Brown v. Board of Education* was intensely controversial in 1954, but was much less so by 1964, and by 1974 enjoyed the overwhelming approval of Americans, black and white, North and South.¹⁸⁷ *Roe v. Wade*, on the other hand, is nearly as controversial today as it was in 1973. Thus, the Court's reputation may depend, to a significant degree, on the Justices' skill at predicting the future. *Brown* is the greatest judicial prognostication of all time. The Justices rightly understood that a fundamental shift in race relations was in the offing.¹⁸⁸ By acting as part of the vanguard of the civil rights movement, the Justices garnered substantial (indeed, somewhat exaggerated) credit for the transformation in race relations that ensued.¹⁸⁹ Yet, public opinion does not always shift with the Court; it can move in the opposite direction as well. Thus, a Court decision that is initially popular or that generates a mixed response can later become so universally criticized as to subject the Court to popular vilification. *Dred Scott* and *Plessy* surely illustrate this phenomenon, and *Korematsu* may as well.¹⁹⁰ Fortunately for the Court, dramatic shifts in public opinion that render the Court a target of public vituperation frequently occur on issues that the passage of time has rendered largely obsolete. On such occasions, even nearly-universal public condemnation of its rulings seems to take little toll on the Court's standing. Within a decade or two of the

187 See *supra* note ___. See also Muse, *supra* note ___, at 211 (noting a dramatic increase by the early 1960s in the percentage of southerners who believed school desegregation was inevitable); *id.* at 270-71 (noting a dramatic shift in national opinion on race by 1963).

188 For the Justices' perception that racial change was in the offing, see the statements quoted in Michael J. Klarman, *Civil Rights Law: Who Made It and How Much Did It Matter?*, 83 *Geo. L.J.* 433, 458 (1994) (book review). For the extralegal causes of this change, see Michael J. Klarman, *Brown, Racial Change, and the Civil Rights Movement*, 80 *Va. L. Rev.* 7, 13-75 (1994).

189 For the debate over how much credit the Court deserves, compare Gerald N. Rosenberg, *Brown Is Dead! Long Live Brown!*: The Endless Attempt to Canonize a Case, 80 *Va. L. Rev.* 161 (1994) (almost no credit) with David J. Garrow, *Hopelessly Hollow History: Revisionist Devaluing of Brown v. Board of Education*, 80 *Va. L. Rev.* 151 (1994) (tremendous credit) and Michael J. Klarman, *Brown v. Board of Education: Facts and Political Correctness*, 80 *Va. L. Rev.* 185 (1994) (indirect and moderate credit).

190 *Dred Scott* probably enjoyed majority support in the nation when decided. See Fehrenbacher, *supra* note ___, at 565-66 (noting that *Dred Scott* seemed, if anything, to help northern Democrats in the 1857 state elections). *Plessy* was so consonant with public opinion that it went virtually unnoticed. See, e.g., Charles A. Lofgren, *The Plessy Case: A Legal-Historical* 197 (1987); Benno C. Schmidt, Jr., *Principle and Prejudice: The Supreme Court and Race in the Progressive Era. Part I: The Heyday of Jim Crow*, 82 *Colum. L. Rev.* 444, 469 (1982). *Korematsu* was exactly what most Americans demanded during the war. See Peter Irons, *Justice at War* (1983), ch.3. For subsequent vilification of these decisions, see the statements quoted in Klarman, *Civil Rights*, 25, 28.

decisions, few Americans were prepared to defend *Dred Scott* or (to a lesser extent) *Korematsu*.¹⁹¹ Yet, since the issues adjudicated in these cases had been rendered largely obsolete, the rulings became curiosities rather than irritants. If this observation is correct, there may be a one-way ratchet of sorts at work with regard to controversial Court decisions on issues where a dramatic shift in public opinion subsequently occurs. Apparently, the Justices receive enormous credit for correctly predicting the future, but not much blame for incorrectly predicting it, at least when the underlying issue quickly loses its salience. Concretely, the Court's heroic decision in *Brown* seems, in the public mind, vastly to outweigh ignoble judicial deeds such as *Dred Scott*, *Plessy*, *Korematsu*, and the like.¹⁹²

On other issues, public opinion changes, while the salience of the issue remains high. In this category of cases, significantly, the Justices generally enjoy second chances to get their decisions right—that is, opportunities to reconsider their initial ruling, and if necessary, to revise or retract it, in light of hostile public opinion. *Furman v. Georgia* may be the best exemplar of this phenomenon. In 1972, Supreme Court Justices read the tea leaves of public opinion as indicating that capital punishment in the United States was on the road to extinction.¹⁹³ Opinion polls in the mid-1960s revealed, for the first and (thus far) only time in American history, national pluralities opposed to capital punishment.¹⁹⁴ A majority of the Justices decided to give the death penalty a nudge toward constitutional oblivion.¹⁹⁵ Yet, public opinion on the death penalty shifted dramatically in the

191 On *Korematsu*, see, e.g., The Autobiography of William O. Douglas: The Court Years, 1939-1975, at 280 (1980) (recanting his vote in *Korematsu*); Irons, *supra* note __, at 362 (noting a 1983 report to Congress by the Commission on Wartime Relocation, which concluded that the internment of Japanese-Americans was a “grave injustice” resulting from “race prejudice”). On *Dred Scott*, see Fehrenbacher, *supra* note __, at 573 (“as time passed, it [*Dred Scott*] was an embarrassment—the Court’s highly visible skeleton in a transparent closet”); Downes v. Bidwell, 182 U.S. 244, 273-74 (1901) (noting that the Civil War had “produced such changes in judicial, as well as public sentiment, as to seriously impair the authority of that case”).

192 Apparently, the myth of the Court as countermajoritarian hero is just too attractive to resist. See Klarman, *Civil Rights*, at 19-23.

193 See Delavan Dickson, The Supreme Court in Conference: 1940-1985, at ?? (2001) (conference notes from *Furman v. Georgia*; Justice Brennan noting that support for abolition of the death penalty has increased during the twentieth century; Justice Stewart predicting that “[s]omeday the Court will hold that death sentence is unconstitutional”). See also *Furman*, 408 U.S. 238, 313 (1972) (White, J., concurring) (observing that the death penalty “has for all practical purposes run its course”); Jeffries, *supra* note __, at 413-14.

194 See Jeffries, *supra* note __, at 406; Carole S. Steiker & Jordan M. Steiker, Sober Second Thoughts: Reflections on Two Decades of Constitutional Regulation of Capital Punishment, 109 Harv. L. Rev. 355, 410 & n.273 (noting that in 1966 a Gallup poll, for the first time ever, revealed more Americans opposing than favoring the death penalty).

195 See Jeffries, *supra* note __, at 413.

mid-1970s, perhaps partly in reaction to the Court's ruling.¹⁹⁶ Within four years of *Furman*, thirty-five state legislatures had manifested their desire to retain the death penalty, by revising their statutes to take account of the objections raised in *Furman*.¹⁹⁷ The Justices, plainly influenced by this resounding popular endorsement of the death penalty,¹⁹⁸ switched gears in 1976, sustaining the constitutionality of the death penalty, so long as administered in a suitably constrained manner.¹⁹⁹ We know from subsequent experience in California that determined judicial resistance to implementation of the death penalty in the face of overwhelming popular approval can injure a court's stature.²⁰⁰ The United States Supreme Court avoided incurring the public's wrath because it took advantage of post-*Furman* opportunities to align its death penalty jurisprudence with national opinion.

The so-called "switch in time" of 1937 likewise illustrates how the iterative quality of constitutional interpretation affords the Court opportunities to conserve its institutional prestige by adjusting or even retracting initially controversial decisions. President Roosevelt threatened to destroy the Court in response to its 1936 decisions invalidating the Bituminous Coal Conservation Act, the Agricultural Adjustment Act, and the New York minimum wage.²⁰¹ The very next year, the Justices took advantage of opportunities to reconsider their position, and by doing so, helped ensure the defeat of Roosevelt's Court-packing plan.²⁰² Many commentators have interpreted *Terry*

196 See Jeffries, *supra* note __, at 414 (reporting Gallup polls and concluding that the increase in public support for the death penalty after *Furman* was "so sharp that it seems almost certain to have been a negative reaction to the Court's decision"); Steiker & Steiker, *supra* note __, at 411-12 ("it seems fair to say that *Furman* galvanized political opposition to abolition").

197 *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 179-80 (1976) (plurality opinion); Jeffries, *supra* note __, at 414; Steiker & Steiker, *supra* note __, at 40.

198 See Dickson, *supra* note __, at ?? (conference notes in *Gregg v. Georgia*: Justice Stewart noting that thirty-five legislatures have revised their death penalty statutes since 1972, thus indicating that "evolving standards of common decency" continue to support the death penalty; Justice Powell emphasizing the recent state statutes).

199 See, e.g., *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

200 See, e.g., Robert S. Thompson, Judicial Independence, Judicial Accountability, Judicial Elections, and the California Supreme Court: Defining the Terms of the Debate, 59 S. Cal. L. Rev. 809 (1986).

201 See *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936); *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936); *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 U.S. 587 (1936).

202 The relevant decisions are *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937); *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937); and *Steward Machine Co. v. Davis*, 301 U.S. 548 (1937). For the impact of these decisions on the Court-packing plan, see Cushman, *supra* note __, at 18-23; Alsop & Catledge, *supra* note __, at 144-47. Cushman, of course, denies that these decisions represented, in any strong sense, "reconsideration" of the decisions from the preceding term.

v. Ohio,²⁰³ which sustained police stop-and-frisk tactics even in the absence of probable cause, as a judicial (and judicious) concession to public opinion, which had been agitated by the Court's decision in *Miranda v. Arizona* two years earlier.²⁰⁴ The apparent shift in the Court's attitude toward time release programs for religious observance in public schools between 1948 and 1952²⁰⁵ and toward legislative investigation of alleged communists between 1957 and 1959²⁰⁶ likewise may reflect the Justices' recognition of the wisdom of making occasional concessions to adverse public opinion.

Finally, the Court's standing and legitimacy are most at risk when it renders unpopular or controversial decisions in bunches, rather than individually. The Court came under severe attack in the late 1950s—from Congress, the American Bar Association, the Conference of State Chief Justices, and legal academics—because it took on so many controversial causes simultaneously.²⁰⁷ Still reeling from the white South's assault upon *Brown*, the Justices tempted fate by taking on the professional anti-Communists with its famous Red Monday decisions of 1957,²⁰⁸ the law enforcement lobby with some forerunners of the 1960s criminal procedure revolution,²⁰⁹ and federalism aficionados with the beginnings of the habeas revolution.²¹⁰ This was too many powerful constituencies to offend at once, and the Court was forced to backtrack in the late 1950s, rejecting the broadest implications of its Red Monday decisions in 1959²¹¹ and generally absenting

203 392 U.S. 1 (1978).

204 See, e.g., Tracy Maclin, *Terry v. Ohio's* Fourth Amendment Legacy: Black Men and Police Discretion, 72 St. John's L. Rev. 1271, 1317-18 (1998).

205 Compare *McCullum v. Board of Education*, 333 U.S. 203 (1948) (invalidating time release program) with *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 306 (1952) (sustaining a slightly different time release program). See, e.g., C. Herman Pritchett, *Civil Liberties and the Vinson Court* 11-14 (1954) (attributing the shift to the Court's "disposition] to use any available method to quiet the storm caused by the *McCullum* decision"); Melvin I. Urofsky, *Division and Discord: The Supreme Court under Stone and Vinson, 1941-1953*, at 236 (1997).

206 Compare *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957) and *Watkins v. United States*, 354 U.S. 178 (1957) (placing constitutional limits on legislative investigations) with *Uphaus v. Wyman*, 360 U.S. 72 (1959) and *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 (1959) (narrowly construing those limits). Murphy identifies a "tactical withdrawal." Murphy, *supra* note ___, at 246.

207 See generally Murphy, *supra* note ___, at 266 (arguing that the Warren Court made the mistake of taking on "too many powerful enemies at one time").

208 See *Watkins v. United States*, 354 U.S. 178 (1957); *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957); *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957). These are discussed in Murphy, *supra* note ___, at 100-06.

209 See, e.g., *Mallory v. United States*, 354 U.S. 449 (1957); *Jencks v. United States*, 353 U.S. 657 (1957).

210 See *Brown v. Allen*, 334 U.S. 443 (1953).

211 See *Uphaus v. Wyman*, 360 U.S. 72 (1959); *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 (1959). These are discussed in Murphy, *supra* note ___, at 229-31.

itself from the school desegregation controversy until after the civil rights movement had caught the country up with the Court.²¹² Likewise, the New Deal Court got itself into trouble by invalidating a dozen federal statutes in no less than eighteen months. Finally, a series of Marshall Court decisions between 1816 and 1824²¹³ made the Court so unpopular in so many states that a genuine risk of congressional retaliation arose, either in the form of a statute curtailing the Court's appellate jurisdiction or a constitutional amendment fundamentally altering the judicial review power.²¹⁴ Most scholars believe that the Marshall Court engaged in a strategic retreat during its final decade, in order to blunt these retaliatory efforts.²¹⁵

These seem to me the most important factors influencing how particular decisions impact the Court's long term standing. Evaluating the likely significance of *Bush v. Gore* according to these variables is straightforward, though necessarily no less impressionistic than identifying the relevant factors in the first place.

Half the country—the half that voted for Al Gore—thinks the result in *Bush v. Gore* was wrong; many think it was egregiously so.²¹⁶ Some Republicans acknowledge (especially in private) that the Court's decision was bad law, but generally they are not unhappy with the result.²¹⁷ Thus, if I am right that the Court's long-term legitimacy depends more on whether people approve its results than on the quality of its legal reasoning, roughly half the country will approve and

212 On the Court's absenting itself from the school desegregation controversy, see, e.g., J. Harvie Wilkinson, From Brown to Bakke: The Supreme Court and School Integration 1954-1978 (1979), ch.5. The Court did intervene, but only in extreme circumstances. See *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958) (defiance of *Brown*, followed by school closures); *Bush v. Orleans Parish Sch. Bd.*, 365 U.S. 569 (1961) (summarily affirming invalidation of state statute authorizing closure of any school ordered to integrate). The Court only reentered the fray as the civil rights movement reached its pinnacle. See *Goss v. Board of Education*, 373 U.S. 683 (1963) (invalidating minority-to-majority student transfer policy); *Griffin v. County Sch. Bd.*, 377 U.S. 218 (1964) (invalidating school closures).

213 See, e.g., *Osborn v. Bank of United States*, 22 U.S. 738 (1824); *Green v. Biddle*, 21 U.S. 1 (1823); *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. 264 (1821); *Sturges v. Crowninshield*, 17 U.S. 122 (1819); *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. 304 (1816).

214 See, e.g., Warren, *supra* note ___, ch. 17; Dwight Wiley Jessup, *Reaction and Accommodation: The United States Supreme Court and Political Conflict 1809-1835*, ch. 5 (1987).

215 See, e.g., Jessup, *supra* note ___, chs. 6-7; R. Kent Newmyer, *The Supreme Court Under Marshall and Taney* 84-88 (1968). The leading cases in support of the retreat hypothesis are *Hawkins v. Barney's Lessee*, 30 U.S. (5 Peters) 457 (1831); *Providence Bank v. Billings*, 29 U.S. (4 Pet.) 514 (1830); *Willson v. Black Bird Creek Marsh Co.*, 27 U.S. (2 Pet.) 245 (1829); *Ogden v. Saunders*, 25 U.S. (12 Wheat.) 213 (1827).

216 See Richard Morin & Claudia Deane, "Public Backs Uniform U.S. Voting Rules," *Washington Post*, Dec. 18, 2000, A1 (reporting an opinion poll revealing that fifty percent of the public approved of the Supreme Court decision and forty-eight percent disapproved); Montgomery, *supra* note ___.

217 See sources cited *supra* note ___.

roughly half will condemn *Bush*.²¹⁸ Yet, while nearly all Democrats criticize *Bush*, it is not clear how intense their opposition is. Surely most Americans are more energized by presidential elections than by flag burning. On the other hand, relatively few Gore supporters seem to have manifested an intensity of commitment for their candidate approaching that displayed by right-to-lifers in opposition to *Roe v. Wade*. Indeed, a principal reason that Gore found himself in the Florida predicament that he did—recall that all the political scientists’ models predicted a relatively comfortable victory for him²¹⁹—was the relative lack of enthusiasm evinced by many Democrats for their party’s candidate.²²⁰ Thus, one might surmise that many Democrats’ opposition to *Bush v. Gore* will be lukewarm at best. My guess, though, is that this supposition is mistaken. The commitment of many Democrats to contesting the Florida election results was less a product of their enthusiasm for their candidate than a reaction against what they regarded as the egregious misbehavior of Republicans during the election controversy.²²¹ Once the Supreme Court defied the pundits’ predictions by involving itself in the election controversy,²²² Democratic resentment toward Republican politicians and Bush campaign operatives easily was transferred to a conservative Supreme Court majority that appeared bent on doing the G.O.P.’s bidding. My hunch is that even lukewarm Gore supporters were outraged by the result in *Bush v. Gore*. Moreover, *Bush* proved to be one of the most

218 See Kaiser, *supra* note __ (quoting legal historian Lawrence Friedman to the effect that “[t]he country is split 50-50 politically, and they’re probably split 50-50 on this [*Bush v. Gore*]”); *ibid.* (quoting legal historian Howard Gillman to the effect that “[w]hat the court did was align itself with half the country against the other half”).

219 See Robert G. Kaiser, “Academics Say It’s Elementary,” *Washington Post*, Aug. 31, 2000, p.A12 (noting that six of seven political scientists predicted Gore to win percentages ranging from 52.4% to 55.4% of the vote for the two major parties, and the seventh predicted him to win 60.3%). I guess the political scientists have some remodeling to do before the next election.

220 See, e.g., Terry M. Neal, “Some Black Voters View Gore as the Lesser of Two Evils,” *Washington Post*, Oct. 29, 2000, A4 (noting doubts as to “whether Gore has generated the enthusiasm he needs among the Democrats’ most loyal constituency [African-Americans]”).

221 See, e.g., Naftali Bendavid & Michael Tackett, “Democratic Leaders Certify their Support for Gore,” *Chicago Tribune*, Nov. 28, 2000, p. 1 (noting Democratic anger over the tactics of Republicans in Florida and quoting one Democratic congressman observing that “[t]he actions of some of our more Republican partisans over the past few days have stiffened and strengthened the resolve of the Democrats”).

222 See *supra* note __; Larry Lipman & Kathy Pruitt, “U.S. Supreme Court,” *Atlanta Journal and Constitution*, Nov. 25, 2000, 7A (noting that “[t]he Supreme Court’s decision to hear Bush’s appeal came as a surprise”); Joan Biskupic, “Courts can’t Unravel all Election Snags,” *USA Today*, Nov. 17, 2000, 1A (predicting that “the black-robed nine in Washington will beg off”); David G. Savage & Henry Weinstein, “American Waits,” *Los Angeles Times*, Nov. 23, 2000, A24 (“Most legal experts agreed that there were long odds against Bush’s actually winning in the Supreme Court . . .”). But see Einer Elhauge, “*Bush v. Florida*,” *New York Times*, Nov. 20, 2000, A27 (stating that if the Florida Supreme Court orders a manual recount, “no one should be surprised if the U.S. Supreme Court steps in”).

efficacious decisions in the Court's history. The conservative majority ruled that the Florida manual recount must stop; Al Gore conceded the election within twenty-four hours.²²³ This efficacious a ruling, on this divisive an issue, is certain to generate tremendous resentment toward the Court.

As to the relative power of the constituencies impacted by the Court's decision, both Democrats and Republicans have plenty of political and economic clout in American society. Thus, *Bush v. Gore* is not a case where the Court's critics are relatively disadvantaged in the public relations battle that follows the ruling. On the other hand, it is hard to think of a constitutional issue that is more destined to become obsolete. George W. Bush will be president, possibly as a result of the Supreme Court's ruling, for four years. (If he serves eight years, an intervening independent cause—a second electoral victory—will greatly reduce the Court's responsibility for the second term.) There is unlikely to be another presidential election like this past one during the lifetime of anyone now living. Moreover, the Supreme Court's ruling in *Bush*, by design, will have implications for no other constitutional issue, but rather is destined to be treated by the Court as a decision “good for this day and train only.”²²⁴ Memories of what most Democrats will regard as the judicial theft of a presidential election will survive, but they will be just that—memories. Bush's presence in the White House for four years will constitute a short term reminder of the Court's decision. But this is not like the abortion issue, which just won't go away, and thus serves as a constant reminder to right-to-lifers of Supreme Court decisions like *Roe* and *Casey*.

On the other hand, unlike with regard to an issue like racial segregation, where public opinion transformed over time, popular attitudes toward *Bush v. Gore* probably never will change very much. Democrats are likely always to believe that the Supreme Court intervened in the 2000 presidential election because the conservative Justices

223 One can only marvel at the enormous prestige of an institution that could command such total obedience to such a lawless decision. Imagine how different the reaction of the Jeffersonians would have been two hundred years earlier had counterfactual litigation resulted in a Federalist Supreme Court awarding victory to John Adams (or Aaron Burr) in the disputed presidential election of 1800. The Marshall Court was too intimidated by the Jefferson administration even to order the Secretary of State to deliver commissions to justices of the peace appointed by outgoing President Adams. See *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). The idea of that Court attempting to adjudicate the results of a presidential election—and having anyone pay attention to its determination, should it dare to do so—is simply incomprehensible.

224 *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649, 669 (1944) (Roberts, J., dissenting).

preferred George W. Bush for president.²²⁵ Perhaps some attitudes will change if Bush proves to be a particularly good or bad president,²²⁶ but I doubt it. Moreover, unlike with regard to issues like the death penalty, the Supreme Court almost certainly will enjoy no future opportunities to revisit the issue in *Bush*, as it did in *Furman*, and thus to fix its “mistake.” Once elected president, Bush cannot be “unelected.”

Finally, from the “basket of issues” perspective, the Rehnquist Court might survive *Bush v. Gore* reasonably unscathed, because the remainder of the Court’s constitutional jurisprudence has been such a political grab bag of results. *Bush* might have enraged Democrats even more had the conservative majority that ensured Bush’s election been consistently writing conservative values into the Constitution. But it hasn’t. While the Rehnquist Court arguably has been the most activist in history, its activism does not manifest a consistent political valence. In recent years, liberals generally have won on issues involving abortion, school prayer, gender discrimination, and freedom of speech.²²⁷ Conservatives, on the other hand, have triumphed on issues such as affirmative action, minority voting districts, public aid to parochial schools, federalism, the death penalty, and (usually) criminal procedure.²²⁸ Indeed, in the term that immediately preceded *Bush*, the Court issued a series of important constitutional rulings that were noteworthy mainly for the political evenhandedness of the results.²²⁹ Liberals won on abortion rights, access to abortion clinics, school prayer, and the continued vitality of *Miranda*.²³⁰ Conservatives

225 See, e.g., Michael W. McConnell, “A Muddled Ruling,” *Wall Street Journal*, Dec. 14, 2000, A26 (“Many of the vice-president’s supporters will continue to believe—probably to their graves—that their man would have won if only they had been given more time.”).

226 See, e.g., Kaiser, *supra* note __ (reporting former White House counsel A.B. Culvahouse’s view that if Bush is a successful president, “lots of people” may end up approving the Court’s ruling).

227 See, e.g., *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) (abortion); *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992) (school prayer); *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996) (exclusion of women from Virginia Military Institute); *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989) (flag burning).

228 See, e.g., *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989) (affirmative action); *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630 (1993) (minority voting districts); *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203 (1997) (public aid to parochial schools); *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (federalism); *McClesky v. Kemp*, 481 U.S. 279 (1987) (death penalty); *Michigan Dep’t of State Police v. Sitz*, 496 U.S. 444 (1990) (sobriety checkpoints permissible under the fourth amendment).

229 See, e.g., Edward Walsh, “An Activist Court Mixes its High-Profile Message,” *Washington Post*, July 2, 2000, A6; Kathleen M. Sullivan, “A Court Not Easy to Classify,” *New York Times*, June 29, 2000, A31 (“[I]n the rich and important term that just finished today, the justices defied any simple political typecasting.”).

230 *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000) (abortion); *Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703 (2000) (abortion clinics); *United States v. Dickerson*, 530 U.S. 428 (affirming *Miranda*); *Santa Fe Independent School Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290 (2000) (school prayer);

won on several important federalism issues, public aid to parochial schools, and the first amendment rights of organizations that discriminate against gays.²³¹ Perhaps Democratic ire over *Bush v. Gore* is somewhat ameliorated by the Rehnquist Court's continuing propensity to distribute a substantial share of constitutional victories to liberals. Imagine how differently conservatives might have reacted to a counterfactual Warren Court ruling in 1968 handing the presidential election to Hubert Humphrey.

Where does consideration of these various factors leave us in evaluating the likely impact of *Bush v. Gore* on the Court's long term legitimacy? Roughly half the nation probably will believe for the indefinite future that the Supreme Court stole a presidential election from their candidate. Yet, after a brief four years has passed, *Bush v. Gore* will become an unhappy memory rather than a constant irritant. Thus, *Bush* seems unlikely to harm the Court's standing very much, especially if the Justices' constitutional jurisprudence continues to manifest the uneven political valence that it has in recent years.

The one confident prediction that can be made is that the Senate confirmation hearings of future Supreme Court nominees are likely to resemble a war zone.²³² This already has been true much of the time since the late 1960s; consider the fierce battles over the nominations of Justice Abe Fortas (for promotion to Chief Justice), Judge Clement Haynesworth and Harold Carswell, Judge Robert Bork, and Justice Clarence Thomas.²³³ And, really, why should we not expect it to be so, as the Supreme Court increasingly has asserted jurisdiction over the issues that comprise today's culture wars? Now that the Justices not only make national policy on abortion, school prayer, and affirmative action, but they also pick presidents, the stakes of

231 *Mitchell v. Helms*, 530 U.S. 793 (2000) (public aid to parochial schools); *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000) (first amendment right to exclude gays); *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000) (invalidating Violence Against Women Act); *Kimel v. Florida Bd. of Regents*, 528 U.S. 62 (2000) (invalidating congressional imposition of damages liability upon states under the Age Discrimination in Employment Act).

232 See, e.g., Kaiser, *supra* note — (reporting legal historian Howard Gillman's view that *Bush* is likely to affect the appointments process for Supreme Court Justices); Stephen Fidler, "U.S. Election: The Final Chapter," *Financial Times* (London), Dec. 14, 2000, p.12 (reporting similar views of Professors A.E. Dick Howard and Stephen Wermel); Scot Lehigh, "So, Class, What Have We Learned? Were the Bush-Gore Lessons Lasting or was it Just Another Battle?," *Boston Globe*, Dec. 17, 2000, C1 (quoting political scientist Nelson Polsby predicting a "terrible confirmation battle" over Bush's first Supreme Court nomination).

233 See Ethan Bronner, *Battle for Justice: How the Bork Nomination Shook America* (1989); John Paul Frank, *Clement Haynsworth, the Senate, and the Supreme Court* (1991); Laura Kalman, *Abe Fortas: A Biography* (1990); Jane Mayer & Jill Abramson, *Strange Justice: The Selling of Clarence Thomas* (1994).

a Supreme Court appointment—especially on this evenly-divided Court—will be ratcheted that much higher. This battlefield scenario is especially likely to unfold when President George W. Bush makes his first nomination to the Court. Since most Democrats believe that the Court's intervention to make Bush president was illegitimate, they are sure to scrutinize with exacting care his efforts to reshape the Court in his political image. While Democrats proved powerless to prevent the Court from picking the president, they may have greater success, especially in this evenly-divided Senate, at preventing the president from picking the Court.❖

La Actuación de Oficio del Juez Nacional Europeo

Jordi Nieva Fenoll

*Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona*

ÍNDICE:

1. Introducción. 2. Breve repaso a la jurisprudencia europea. 3. Origen y razón de ser del principio dispositivo. 4. El contexto histórico del principio dispositivo. 5. El nuevo contexto histórico: el surgimiento de la figura del consumidor. 6. El principio dispositivo y la actividad oficial del juez: la apreciación de oficio de las excepciones materiales. 7. Puede encubrir la cláusula abusiva un vicio del consentimiento?

TÍTULO EN INGLÉS: “The Ex Officio Action of the European National Judge”

RESUMEN: La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha activado la labor *ex officio* del juez nacional en algunas materias, tales como el conocimiento de cláusulas abusivas, lo que, en opinión de la doctrina, ha puesto en cuestión el principio dispositivo. Tras un examen histórico y teleológico de dicho principio se deduce que el Tribunal de Justicia no sólo no ha vulnerado el principio dispositivo, sino que lo ha resituado en sus justos términos.

ABSTRACT: The Court of Justice of the European Union's case law has triggered the *ex officio* task of the national judge in some matters, such as unfair terms. Some authors think that this case law infringes the disposition principle. After a historical and teleological examination of that principle it can be concluded that the Court of Justice has not infringed such principle, but rather has relocated it in its correct terms.

PALABRAS CLAVE: principio, dispositivo, *ultra petita*, *secundum allegata*

KEY WORDS: principle, disposition, *ultra petita*, *secundum allegata*

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la jurisprudencia europea ha dado un giro aparentemente radical a la visión tradicional del principio dispositivo. Ese giro ha revolucionado a la doctrina¹ y a algunas jurisprudencias nacionales, pero como digo, todo lo que ha sucedido se traduce en un cambio en el fondo más aparente que real, como se intentará demostrar en este trabajo.

Lo que probablemente ha llamado la atención de la doctrina es el hecho de que, acostumbrados todos como estábamos a un juez pasivo, que simplemente observaba silente lo que decían y probaban ambas partes sin intervenir en absoluto, pasamos ahora a tener a un juez algo más activo. Hay que decir, no obstante, que esa pasividad vino favorecida por la acumulación de trabajo que padece cualquier juez, pero nunca debió haberse convertido en una regla general, como de hecho sucedió.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido benefactora para adecuar a la realidad actual en sus justos términos los históricos *secundum allegata et probata (partium)*² y su derivación *ne eat iudex ultra petita partium*, frases que nunca debieron haber abandonado la intención con que fueron concebidas, sobre todo la primera. En concreto, merece la pena recuperar los orígenes de ese principio que ha marcado el proceso civil especialmente durante tantos siglos, así como recordar y reflexionar sobre algo bien conocido pero paradójicamente bastante olvidado o arrinconado: la posibilidad de apreciar de oficio las excepciones materiales basadas en hechos impeditivos y extintivos.

1 Entre otros, BLANCO GARCÍA, “Necesidad de controlar de oficio las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo: Visión comparada con el régimen español”, *Revista de la Facultad de Derecho*, 2016. BLANCO GARCÍA, “Control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 7, 2013, pp. 195 y ss. CORDÓN MORENO, “La posibilidad de que el juez otorgue de oficio una tutela jurisdiccional no pedida por el consumidor (STJUE de 3 de octubre de 2013)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 8, 2013, p. 494. DOMÍNGUEZ RUIZ, “El control judicial de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución tras la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo”, *Revista General de Derecho Procesal*, 35, 2015, pp. 1 y ss. GIL NOGUERAS, “El control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en la contratación en masa”, *Práctica de tribunales*, n. 118, 2016, p. 3. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, “El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, 2014, pp. 313 y ss. KRANS, “EU Law and National Civil Procedure Law: An Invisible Pillar”, *European Review of Private Law*, 4-2015, pp. 573 y ss. MIQUEL SALA, “Verbraucherschutz auf Kosten der Dispositionsmaxime: War das erforderlich? Zugleich eine Besprechung der Rs C-32/12 (Duarte Hueros)”, 2014, *Journal of European Consumer and Market Law*, pp. 181-182. ORMAZABAL SÁNCHEZ, “Cuando Luxemburgo declaró la guerra al principio dispositivo: el deber judicial de reconocer al consumidor el derecho a la reducción del precio que no pidió en la demanda”, *La Ley UE* 82 enero 2014, p. 33. PAVELIU, “The Active Role of the Judge in the Field of Unfair Terms Litigation”, *Perspectives of Business Law Journal*, vol. 3, 1, nov. 2014, pp. 344 y ss.

2 Sobre este brocardo, vid. VID. PICÓ i JUNOY, *El juez y la prueba*, Barcelona 2007, pp. 99 y ss. NIEVA FENOLL, “El mal nombre del principio inquisitivo”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Madrid 2016, pp. 27 y ss. ALISTE SANTOS, “La facultad de iniciativa probatoria ex officio iudicis en nuestro derecho procesal”, *Actualidad civil*, n. 9, 2012, pp. 944 y ss.

Tras repasar esos orígenes históricos del principio dispositivo, este trabajo se centrará, fundamentalmente, en analizar si la aparición de la figura del consumidor en nuestras sociedades realmente debe plantear otra visión del susodicho principio, o bien cabe establecer una interpretación que lo devuelva a las bases que nunca debió perder.

2. BREVE REPASO A LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

Antes de comenzar, es necesario realizar un breve resumen de esa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³. Aunque el Tribunal sólo ha pretendido reforzar la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas, lo cierto es que sus pronunciamientos han significado mucho más⁴.

Hay que recordar que las cláusulas de un contrato de consumo son abusivas⁵ porque producen un desequilibrio en las prestaciones contractuales, contrario a la buena fe, dejando al consumidor en una delicada posición sin que el mismo sea realmente consciente de ello en el momento de la contratación, o incluso siendo consciente, sin que tenga una posibilidad real de optar por no contratar⁶.

En cualquiera de los dos casos, la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* declara en su artículo 3 que “*las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos*

3 Sobre la interpretación de esta jurisprudencia es imprescindible la lectura de ARROYO AMAYUELAS, *No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo*, en “AAVV (dir. Arroyo /Serrano), La europeización del derecho privado: cuestiones actuales”, Madrid 2016, pp. 65 y ss.

4 Un interesante estudio estadístico de esa jurisprudencia, con muy reveladores datos, puede encontrarse en GÓMEZ-POMAR / LYCZKOWSKA, “Spanish Courts, the Court of Justice of the European Union, and Consumer Law”, *InDret*, oct. 2014, pp. 1 y ss.

5 Sobre la cuestión, vid. ampliamente CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Barcelona 2013, pp. 95 y ss. Vid. también MARTÍNEZ ESPÍN, “¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2014, N. 9, 2014, pp. 76 y ss.

6 Vid. STJUE 30-4-2014, Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt. C-26/13. STJUE 1-10-2015, ERSTE Bank Hungary Zrt. c. Attila Sugár. C-32/14, puntos 39 y 40: “*A fin de determinar si una legislación de este tipo es compatible con las exigencias de la Directiva 93/13, procede recordar que el sistema de protección establecido por esta Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, en lo referente tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir en el contenido de éstas (véase, en particular, la sentencia Kušionová, C34/13, EU:C:2014:2189, apartado 48 y jurisprudencia citada). Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (véase la sentencia Sánchez Morcillo y Abril García, C169/14, EU:C:2014:2099, apartado 23 y jurisprudencia citada).”*

y obligaciones de las partes que se derivan del contrato". Aunque pese a esa negociación individual quepa deducir que en realidad se ha suscrito un contrato de adhesión, la cláusula podría ser igualmente considerada abusiva, aunque ello resulta algo más difícil a la luz de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia.

Lo que se busca con la declaración de nulidad de la cláusula abusiva es principalmente un efecto disuasorio dirigido al empresario, a fin de que sea consciente de que esas cláusulas no van a tener efecto alguno aunque consten en el contrato⁷, pudiéndose producir además nulidades totales de los mismos dependiendo del alcance de la cláusula.

La jurisprudencia ha ido ampliando las posibilidades del juez de conocer de oficio diversas cuestiones relacionadas con las cláusulas abusivas. Así, desde el asunto Océano del año 2000, el juez puede analizar de oficio una cláusula abusiva –en aquel caso de determinación de la competencia–⁸, lo que se especificó en 2012, y posteriormente, que podía hacerse en el marco de cualquier procedimiento⁹ –incluso los dirigidos por el Letrado de la Administración de Justicia¹⁰– y en cualquier fase del mismo, también en apelación si lo permite el derecho nacional¹¹, pudiéndose llegar a suspender cautelarmente la ejecución que esté pendiente en otro procedimiento¹².

Tras el asunto Océano, el Tribunal afirmó en 2002¹³ que un juez podía apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula incluso precluido un plazo de prescripción para alegar tal abusividad, lo que se reafirmó años después¹⁴ subrayando esta posibilidad también cuando no hubiera alegado el consumidor en absoluto la abusi-

7 Vid. acerca de la solución alemana a una problemática similar, DELLACASA, "Judicial Review of 'Core Terms' in Consumer Contracts: Defining the Limits - Judgement, C-26/13, Kasler", 2015, 11, *ERCL*, pp. 163.

8 STJUE 27-6-2000, Océano Grupo Editorial c. Rocío Murciano. C-240/98 a C-244/98.

9 STJUE 14-6-2012, Banco Español de Crédito c. Joaquín Calderón. C-618/10, STJUE 14-3-2013, Mohamed Aziz c. Catalunyaixa. C-415/11, STJUE 14-11-2013, Banco Popular Español c. María Teodolinda Rivas y Banco de Valencia c. Joaquín Valdeperas. C-537/12 y C-116/13. Incluso en un procedimiento concursal : STJUE 21-4-2016, Radlinger y Radlingerová c. Finway a.s.. C-377/14.

10 STJUE 18-2-2016, Finannadrid c. Jesús Vicente Albán e.a.. C-49/14.

11 STJUE 30-5-2013, Erika Jörös c. Aegon Magyarországi Hitel Zrt.. C-397/11.

12 STJUE 14-3-2013, Mohamed Aziz c. Catalunyaixa. C-415/11, STJUE 17-7-2014, Juan Carlos Sánchez Morcillo y María del Carmen Abril García c. BBVA. C-169/14, ATJUE 26-10-2016, Isabel Fernández Oliva c. CaixaBank y Jordi Carné, Anna Aracil c. Catalunya Banc y Nuria Rubirosa y César Romera c. Banco Popular Español. C-568/14 a 570/14.

13 STJUE 21-11-2002, Cofidis SA c. Jean-Louis Fredout. C-473/00.

14 Incluso a instancia de parte, no teniendo validez alguna el plazo, en este caso de caducidad. STJUE 29-10-2015, BBVA c. Pedro Peñalva e.a.. C-8/14, STJUE 26-1-2017, Banco Primus c. Jesús Gutiérrez García. C-421/14.

vidad¹⁵ o solicitado la nulidad del contrato¹⁶, tan pronto como el juez dispusiera de los datos para hacerlo¹⁷, aunque respetando el derecho de defensa de las partes¹⁸. A tal efecto puede practicar incluso prueba de oficio¹⁹, pero declarando solamente su nulidad radical, sin poder integrar o modificar la cláusula abusiva declarada nula para que no lo sea²⁰, por el riesgo que ello conllevaría para la consecución del efecto disuasorio²¹ dirigido a los comerciantes.

Ya en 2006²², el Tribunal de Justicia estableció la posibilidad de conocer de oficio de la nulidad de una cláusula de sumisión arbitral impuesta de forma abusiva, aunque tal abusividad no fuera alegada por el consumidor en el proceso arbitral, lo que podía alcanzar a declarar la nulidad de todo el contrato²³. Esa postura fue reafirmada en 2009²⁴ en el marco de la ejecución judicial de un laudo arbitral. Y en 2012²⁵ estableció el Tribunal que la declaración judicial de abusividad podía beneficiar a cualquier otro consumidor al que el mismo profesional le hubiera aplicado la misma cláusula, aunque no fuera parte en el proceso, cuestión ciertamente relevante en materia de “cosa juzgada material”²⁶.

No obstante, en 2009 y 2010 reafirmó su jurisprudencia tradicional al afirmar el Tribunal de Justicia que una vez concluido el proceso con resolución firme, la cosa juzgada²⁷ lo hace inatacable, aunque no sin interesantes matices²⁸. Más adelante reafirmó que si el

15 STJUE 17-12-2009, Eva Martín c. EDP Editores. C-227/08.

16 STJUE 21-2-2013, Banif Plus Bank c. Csaba Csipai. C-472/11.

17 STJUE 4-6-2009, Pannon GSM c. Erzsébet Sustikné Györfi. C-243/08

18 STJUE 21-2-2013, Banif Plus Bank c. Csaba Csipai. C-472/11.

19 STJUE 9-11-2010, VB Pénzügyi Lízing Zrt. C. Ferenc Schneider, C-137/08.

20 Con la importante matización en cuanto a la reducción del precio fruto de la abusividad. STJUE 3-10-2013, Soledad Duarte c. Autociba y Automóviles Citroën España. C-32/12. Vid. también STJUE 21-1-2015, Unicaja Banco c. José Hidalgo e.a. y Caixabank c. Manuel María Rueda. C-482, 484, 485, 487/13.

21 STJUE 14-6-2012, Banco Español de Crédito c. Joaquín Calderón. C-618/10.

22 STJUE 26-10-2006, Elisa María Mostaza c. Centro Móvil Milenium. C-168-05.

23 STJUE 15-3-2012, Jana Pereničová, Vladislav Perenič c. SOS financ. spol. s r. o. C-435/10.

24 STJUE 6-10-2009, Asturcom Telecomunicaciones c. Cristina Rodríguez. C-40/08.

25 STJUE 26-4-2012, Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. Invitel Távközlési Zrt. C-472/10.

26 Sobre esta extensión, vid. NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, Barcelona 2006, pp. 203 y ss.

27 STJUE 6-10-2009, Asturcom Telecomunicaciones c. Cristina Rodríguez. C-40/08. ATJUE 16-11-2010, Pohotovost’ s. r. o. c. Iveta Korčkovská. C-76/10.

28 Los derivados de la STJUE 28-7-2016, Milena Tomášová c. Ministerstvo spravodlivosti SR y Pohotovost’ s. r. o.. C-168/15. En este caso el Tribunal de Justicia afirmó que la jurisprudencia Pannon de 4 de junio de 2009 –que como hemos visto obliga a apreciar de oficio la abusividad de una cláusula en el marco de la ejecución judicial de un laudo arbitral–

juez ya se pronunció una vez sobre la abusividad con fuerza de cosa juzgada en una fase del proceso, no puede reconsiderar la cuestión posteriormente en el curso del mismo²⁹, lo que es lógico desde la perspectiva de la llamada “cosa juzgada formal”³⁰.

También sostuvo que la apreciación de oficio sólo era posible si la permitían las normas procesales de Derecho interno, aunque equiparando la cuestión de la abusividad a un tema de orden público³¹, con la importancia que ello conlleva dado que, precisamente, las normas nacionales permiten –con mayor o menor ambigüedad– al juez apreciar de oficio las vulneraciones del orden público³². Por último, el Tribunal de Justicia estableció³³ que su control sólo alcanza a procesos judiciales, y no a las ejecuciones de documentos ejecutivos notariales, lo que ha supuesto un evidente retroceso que ha podido ser aprovechado por el legislador español, por ejemplo, para convalidar sin problemas el llamado “procedimiento monitorio notarial” de los arts. 70 y 71 de la Ley del Notariado de 1862, introducido meses antes de la sentencia³⁴.

A pesar de las resoluciones destacadas en los dos últimos párrafos, que además poseen una sólida, aunque discutible, fundamen-

no era aplicable a casos acabados con sentencia firme anteriores a 2009. El Tribunal de Justicia hizo esta afirmación para justificar que no procedía la responsabilidad del Estado Miembro por incumplimiento del Derecho del Unión en estos casos, pero con ello abre la posibilidad de anular procesos concluidos por sentencia firme posteriores a 2009 en los que no se hubiera apreciado de oficio la abusividad de una cláusula, dado que si el Estado Miembro no arbitra un procedimiento de anulación de estos procesos concluidos con firmeza, incurriría en responsabilidad.

29 Lo que es perfectamente lógico si no fuera porque, en el caso concreto, la resolución de la que el Tribunal de Justicia predicó esos efectos – el célebre “auto de 12 de junio de 2013”, vid. STJUE 26-1-2017, Banco Primus c. Jesús Gutiérrez García. C-421/14, puntos 18 y 38 a 54– muy probablemente no los tenía (vid. ACHÓN BRUNÉN, Soluciones, cit. p. 37), o ni siquiera era apropiado que los tuviera al haberse producido el pronunciamiento en el marco de un procedimiento claramente sumario, aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil intentó hurtarle dicho carácter en evidente beneficio de las entidades crediticias. Y es que al margen de otras consideraciones más complejas, si la resolución final del propio procedimiento ejecutivo hipotecario, que era el sustanciado en aquel caso, carece, en general, de efectos de cosa juzgada (art. 698 L.E.C.), mal podía tenerlos una resolución incidental, aún centrada específicamente en la abusividad de las cláusulas. No obstante, es de justicia decir que el párrafo 1 del art. 698, puesto en relación con el art. 695.1.4° L.E.C. avala literalmente la interpretación del Tribunal de Justicia. Sobre el tema, CARRASCO PERERA, “La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 6, 2013, p. 65. EBERS, M., „From Océano to Asturcom: Mandatory Consumer Law, Ex Officio Application of European Union Law and Res Iudicata”, *European Review of Private Law*, 4, 2010, pp. 835 y ss.

30 Que es la más antigua históricamente hablando. NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, cit. pp. 25 y ss.

31 ATJUE 16-11-2010, Pohotovost’ s. r. o. c. Iveta Korčkovská. C-76/10. STJUE 30-5-2013, Dirk Frederik Asbeek Brusse y Katarina de Man Garabito c. Jahani BV.

32 Art. 1255 del Código Civil español, art. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Art. 6 del *Code Civil* francés. Art. 1229 *Codice Civile* italiano. §138 BGB.

33 STJUE 1-10-2015, ERSTE Bank Hungary Zrt. c. Attila Sugár. C-32/14.

34 Ley 15/2015, 2-7. DF 11.1. Sobre este procedimiento, CABREJAS GUIJARRO, “El nuevo Monitorio Notarial, una forma de evitar el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas”, *Temas para el debate*, n. 247 (junio), 2015, pp. 31 y ss.

tación, se observa con facilidad que ciertamente es relevante el cambio operado en relación con el entendimiento habitual de lo que es el principio dispositivo. Antes de esta jurisprudencia, el juez nada hacía si un litigante no alegaba expresamente la abusividad de una cláusula. Ahora tiene que declararla nula incluso aunque nadie se lo pida, porque de lo contrario, no es sólo que se vulneraría el orden público, sino que no se operaría eficazmente el efecto disuasorio que se pretende para evitar que estas cláusulas existan en el tráfico jurídico. Veremos en los siguientes epígrafes si es legítimo que sea así y, sobre todo, si todo ello supone realmente un cambio tan radical como se ha dicho últimamente.

3. ORIGEN Y RAZÓN DE SER DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO

Hay que retroceder unos ocho siglos para percibir la esencia inicial del principio dispositivo. Su primera formulación hizo referencia, más que al propio principio dispositivo, al que desde hace ya más de un siglo se llama principio de aportación de parte, aunque no dejaba de referirse al primero y es importante ser conscientes de ello.

La idea madre hay que buscarla en un texto de AZZONE escrito entre finales del siglo XII y principios del XIII³⁵, de posible, aunque muy oscuro, origen romano³⁶. En el mismo, como se ve en la cita, se dice –con algo de complejidad– que el juez forme su juicio a través de lo alegado en el proceso³⁷, lo que constreñía su jurisdicción tanto a los hechos que se alegaran y probaran en el proceso –principio de aportación de parte– como lógicamente a lo que las partes hubieran pedido –principio dispositivo en sentido estricto–. Aunque el texto

35 AZZONE, *Brocardica (aurea)*, cit. rúbrica XX, p. 237, escrito en un latín muy vulgarizado, tiene una traducción algo complicada: *Index debet ex conscientia indicare, & econtrà.] Secundum allegata indicare debet. Cum quaeritur, an index debeat indicare secundum conscientiam suam, in causa civili vel criminali, distingue: utrum notum sit ei tamquam iudici, id est, ratione officii sui: an ut privato. In primo casu fertur sententia secundum conscientiam suam; quae etiam potest dici allegatio. ut ff. de ser. l.2. & ff. Si fer. vend. l. surreptionem. & de minor. 25. anno. l. minor. Quid miri? nonne fert sententiam, secundum testificationes & confessiones, quas novit ut index? & et ita potest intelligi hoc generale. Si vero novit ut privatus, non debet ferre sententiam secundum conscientiam suam, sed secundum allegata. & ita intelligitur contraria Rubrica.*

Traducción: “El juez debe juzgar en conciencia y, al contrario, debe juzgar según lo alegado. Se pregunta si el juez, en el proceso civil y penal, debe juzgar según su conciencia. Hay que distinguir entre lo que le sea conocido como juez –esto es, en razón de su oficio–, y lo que conozca por su vida privada. En el primer caso, debe dictar la sentencia según su conciencia, que también puede formar con las alegaciones. (...) ¿Qué tiene esto de extraño? ¿Acaso no es válida la sentencia dictada teniendo en cuenta los testimonios y confesiones que conoce como juez? De ese modo puede conocer todos los datos del asunto. Pero si conoce la verdad por su vida privada, no debe dictar la sentencia según su conciencia, sino (solamente) teniendo en cuenta lo alegado. Y así se entiende de la rúbrica contraria.”

36 Vid. la interesante reconstrucción histórica de ALISTE SANTOS, “La facultad de iniciativa probatoria ex officio iudicis en nuestro derecho procesal”, *Actualidad civil*, n. 9, 2012, pp. 940-941.

37 Lo que propició la precisión canónica posterior del “*secundum acta e probata*”, que destaca ALISTE SANTOS, “La facultad de iniciativa probatoria ex officio iudicis en nuestro derecho procesal”, cit. p. 944.

pueda resultar ambiguo, no es posible dudar de lo segundo teniendo en cuenta que durante todas las fases del proceso romano –que era en el que se basaban los glosadores de Bolonia– el objeto del juicio permanecía delimitado por lo que hubieran propuesto las partes desde un principio³⁸. Algo más tarde, ya en pleno siglo XIII, DURAND³⁹ escribió la frase que definitivamente pasó a la historia, basada muy claramente en el texto de AZZONE: *secundum allegata et probata, et non secundum conscientiam*.

Lo complejo es encontrar el porqué de estas declaraciones, dado que como sucede con frecuencia en materia jurídica, se las ha dado por buenas sin más, simplemente porque pertenecen a nuestra tradición –falacia *ad antiquitatem*– o porque las han reafirmado juristas importantes –falacia *ad auctoritatem* o *ad verecundiam*–. De hecho, la supuesta “libertad” procesal de las partes derivada del principio dispositivo ha sustentado un evidente sofisma en torno al mismo, que también ha servido con reiteración para justificarlo aparentemente, e incluso para excluir, entiendo que erróneamente⁴⁰, toda actividad oficial del juez en materia probatoria⁴¹.

A mi juicio, las palabras de AZZONE no iban tan lejos, y si se lee cuidadosamente lo dicho por el autor no parece tener otro sentido que intentar proteger el derecho de defensa de las partes y la imparcialidad judicial, sin más. De hecho, preocupado por este mismo tema de aislar al juez de influencias ajenas al proceso, en el pasaje inmediatamente anterior al que ha pasado a la historia, AZZONE habla ni más ni menos que de la independencia judicial, en concreto de la que goza el juez inferior respecto del superior, obligando a este último a que no se entrometa en la jurisdicción del primero⁴².

38 KASER, Max / HACKL, Karl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, pp. 9-10.

39 DURANDUS, *Speculum iuris*, cit. Parte II, *De Sententia*, § 5, 1. pp. 784-785: “Qualiter aut sententia sit promulganda, clarius explicemus. Et quidem index ante omnia debet diligenter cuncta, quae fuerunt in iudicio acta discutere, et cum peritis deliberare, ut s. de requis, cos. in prin. et in si. postmodum partes citandas sunt ad sententiam audiendam, ut extr. de testi. cum olim. in si. aliter non valeret sententia, ut s. de citat. §. viso ver. aliter autem. Deinde est ferenda sententia, indice sedente pro tribunali in loco consueto, vel alias honesto, utraque parte praesente, vel altera contumaciter absente: (quia contumacia tunc eam pro praesente haberi) sententia prius in scriptis redacta, et correctae, sacris et coram se positae, sciat index, quia non minus indicabit, quam indicet hoc probatur per ordinem 2. q. 3. §. notandum versi abolitio et 3.q.3. §. spacium ver. a procedente. C. de iudi. properandum et l. rem non novam. C. quomodo et quando iud. ea quae ex. de dolo et contu. veritatis ex. de iur. venientes. Et j. eo.ti. §. iuxta. ver. item non valet et per totum. 1. Item debet ferri secundum allegata et probata, et non secundum conscientiam, ut 3.q.7. indicet ff. de offi. iud. or. si sacerdos 2. et de offi. de leg. pastoralis...”

40 NIEVA FENOLL, “El mal nombre del principio inquisitivo”, cit. pp. 27 y ss.

41 Vid. PICÓ i JUNOY, *El juez y la prueba*, Barcelona 2007, pp. 99 y ss. ALISTE SANTOS, “La facultad de iniciativa probatoria ex officio iudicis en nuestro derecho procesal”, cit. pp. 945 y ss.

42 AZZONE, *Brocardica (aurea)*, cit. rúbrica XX, pp. 235-236: “Maior index de his quae ad sui subditi iurisdictionem spectant, se intromittere non debet: nisi negligens fuerit, vel aliqui ante eum appellati”.

De ese modo, AZZONE habría intentado alejar al juez de cualquier inferencia, de la de los superiores del juez, y más en concreto de la proveniente de su conocimiento privado, desconocido para las partes, favoreciéndose así de manera obvia, como se ha dicho, su defensa. Si ello es cierto, en un origen el brocardo en cuestión no era sino manifestación de esos dos derechos esenciales en el proceso: el derecho al juez imparcial y el derecho de defensa.

Sin embargo, algo más adelante debió de surgir la duda acerca de si, efectivamente, el juez podía ir más allá de las peticiones de las partes. En concreto, se detecta en el siglo XVI que en una adición a la *Practica Aurea* de Giovanni Pietro FERRARI escrita ya en 1576⁴³, se planteó la posibilidad de juzgar *extra petita* en los procesos sumarios⁴⁴. Sin embargo, pese a este dato puntual se mantuvo firme la idea que se remontaba, por cierto, a BALDO DE UBALDIS⁴⁵ (s. XIV): el juez no puede juzgar *extra petita*: “*sententia extra petita est nulla*”⁴⁶, o aún más palmariamente, “*alias sequitur absurdum, quod concessio foret extra petita, quod dici non habet*”⁴⁷, o bien “*sententia debet esse conformis libello*”⁴⁸, o incluso con más contundencia “*pro ut subsistit etiam antiqua regula, quod sententia conformis esse debeat libello, adeout extra petita, condemnatio sequi non valeat*”⁴⁹. La frase *ne eat iudex ultra petita partium*, que compendia todo lo anterior, parece haber surgido en el siglo XIX en los estados alemanes⁵⁰.

Y la razón de ser de todo ello ya se ha indicado. Pese a que no se dice con demasiada claridad en los tratados ni se explica mucho más allá, habida cuenta de la frecuente copia directa que se hacían

43 DE FERRARIS PAPIENSIS, Io. Petri, *Practica aurea*, 1576, p. 64.

44 Op. et loc. cit. “...*quod clausula summaria, sola facti importat, ut ferri possit sententia, etiam si non in totum conformis libello, teste Paris. Consi. 113. Lib. 1 & si in commissione adsint verba summariae, extunc iudex potest recedere a reg. iuris communis, & etiam iudicare extra petita, dummodo sententia aliquoties conveniat petitioni, licet non in totum...*”

45 “...non vale re quia non est conformis libello.” BALDO DE UBALDIS, *Ad tres priores libros Decretalium Commentaria*, Turin 1578, p. 19.

46 Así se lee en las *Decisiones Rotae Lucensis*, Espira 1599, p. 422.

47 TURETTI, Fabio, *Consiliorum seu responsorum*, vol. II, Venecia 1596, p. 20, vuelto.

48 RIMALDI FERRARI, Hippoly, *Consiliorum seu responsorum in causis gravissimis retditorum*, Lib. I, Frankfurt 1609, p. 219.

49 DE LUCA VENUSINI, Jo. Baptistae, *Theatrum veritatis & Justitiae*, Lib. 15, Pars I, De iudiciis, Disc. VIII, p. 23, Venecia 1706. Vid. También en el mismo sentido VANZI, Sebastiano, *Tractatus de nullitatibus processum ac sententiarum cansarum*, Venecia 1555, punto 99, p. 425. BARBOSAE, Agustini, *Repertorium iuris civilis et canonici*, Lyon 1713, p. 120, columna 2.

50 SCHMID, „Das s.g. Verhandlungsprinzip gilt für die Abfassung des Appellationserkenntnisses bei Appellationem gegen Definitivurtheile, und die denselben an kraft gleichstehenden Beurtheile nach gemeinem deutschen Prozeßrecht nicht“, *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*, T. IV, 1847, p. 27. Vid. también VON STÜRZER, Joseph, *Theoretisch praktische Bemerkungen zum dermaligen bayerischen Civilgerichts-Verfahren*, München 1838, p. 368.

unos autores de otros derivada del uso abusivo del argumento de autoridad propio de la época, si nos remontamos al texto de AZZONE, origen de todo ello, la voluntad del jurista está clara: apartar al juez de su intuición, de su conocimiento privado, a fin de garantizar su imparcialidad y a la postre proteger el derecho de defensa de las partes, que no podrían combatir algo que no conocen: precisamente la intuición del juez o su conocimiento privado, como ya se ha dicho. De ahí que fuera obligatorio poner todas las cartas encima de la mesa en el proceso. Y así fue desde entonces.

4. EL CONTEXTO HISTÓRICO DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO

En consecuencia, el principio dispositivo sería una descripción antigua del derecho a la imparcialidad judicial y del derecho de defensa, compendiando dos de los que en mi opinión son los tres derechos básicos del proceso, junto con la cosa juzgada⁵¹. De esa manera, el principio dispositivo, curiosamente, habría sido una descripción arcaica del que después se conoció como *due process of law* o debido proceso en la V Enmienda de la Constitución de los EEUU⁵², cuyo origen está en el *lawful judgment* de la Carta Magna inglesa de 1215, es decir, justamente de la misma época que el *secundum allegata et probata*. Siendo así, este brocardo latino tiene ciertamente una importancia capital para el entendimiento de lo que es el debido proceso en nuestras culturas. Se trata de una simple frase que finalmente ha significado tanto en realidad.

No obstante, para entender lo anterior es importante conocer las circunstancias sociales e históricas en las que fueron pronunciadas esas palabras. En el siglo XIII, cuando escribe AZZONE y pese a la brillantez de este pensamiento suyo –entre otros–, no se hacía auténtica ciencia jurídica. La frase en cuestión ha influido posteriormente a nuestro entendimiento del proceso durante siglos, pero no hay que sobredimensionar ese mérito. Pese al indudable valor de algunos de los trabajos de la época de todos conocidos, que compendiaron y pusieron al día una antigua recopilación romana, lo que hicieron aquellos autores

51 Vid. NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal I, Introducción*, Madrid 2014, pp. 125 y ss.

52 *No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.*

es tratar de adaptar a su tiempo lo que se había dicho en Roma en épocas muy dispares durante casi mil años. Cuando escriben estos juristas medievales lo hacen varios siglos después de la publicación del *Corpus Iuris Civilis*, en un contexto de sociedades rurales dominadas por señores feudales en las que la mayoría de la población era simplemente sierva, mientras algunas personas habían conseguido emanciparse dedicándose a la actividad comercial como artesanos o mercaderes en las ciudades⁵³.

Sin duda, AZZONE escribió para estos últimos, propios del ámbito de la Bolonia⁵⁴ de la época en cuya universidad impartió sus lecciones. Poco antes, el emperador del Sacro Imperio Enrique V había concedido un Diploma en 1116⁵⁵ a la ciudad de Bolonia con el objeto, sobre todo, de desarrollar su actividad comercial concediéndole privilegios tributarios y políticos –entre ellos alguno judicial– que garantizaban su autonomía comunal, lo que facilitó su desarrollo posterior, del mismo modo que sucedió con otras ciudades italianas⁵⁶ como Florencia, Génova, Venecia⁵⁷ o Cremona, donde se supuso acontecido –quizás erróneamente⁵⁸– el nacimiento del procedimiento monitorio en el siglo XIII⁵⁹.

En estas condiciones, no resulta extraño que los juristas de la época pensaran en que los jueces dejaran de ser –en lo posible– delegados de reyes y emperadores, y que en su jurisdicción no fueran arbitrarios, sino que observaran la imparcialidad y garantizaran la defensa de las partes sin reservas mentales de ninguna clase por parte de dichos juzgadores. En el fondo, estaban intentando superar esforzadamente la falta de independencia e imparcialidad propia de la justicia feudal, que anulaba las posibilidades de defensa de las partes. En una sociedad en la que la burguesía buscaba garantías para sus negocios, el juez debía hacer auténtica justicia a las partes, y no adoptar resoluciones arbitrarias.

53 Sobre el tema, vid. COMÍN COMÍN, *Historia económica mundial*, Madrid 2011, pp. 203 y ss. CONTAMINE / BOMPAIRE / LEBECQ / SARRAZIN, *La economía medieval*, Madrid 2000.

54 Lo describe bien BLANSCHET, Sarah Rubin, *Politics and Justice in Late Medieval Bologna*, Leiden 2010, pp. 183 y ss. Vid. también PIRENNE, *Storia economica e sociale del Medioevo*, Roma 2012. COMÍN COMÍN, *Historia económica mundial*, Madrid 2011, pp. 210.

55 GHIRARDACCI, *Della Historia di Bologna*, Bologna 1956, pp. 60 y ss.

56 FRANCOVICH, Riccardo, “The beginnings of Hilltop Villages in Early Medieval Tuscany”, en AAVV (Davis / McCormick ed.), *The Long Morning of Medieval Europe*, New York 2008.

57 COMÍN COMÍN, *Historia económica mundial*, cit. pp. 220-221.

58 NIEVA FENOLL, “Aproximación al origen del procedimiento monitorio”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Madrid 2016, pp. 197 y ss.

59 SKEDL, Arthur, *Das Mahnverfahren*, Leipzig 1891, p. 31. MAGNOLI, Giovanni B., *Gli ebrei a Cremona*, Firenze 2002.

5. EL NUEVO CONTEXTO HISTÓRICO: EL SURGIMIENTO DE LA FIGURA DEL CONSUMIDOR

La economía ha cambiado muchísimo desde entonces. Baste como dato que en la Baja Edad Media los mercaderes, reunidos en gremios, pactaban los precios, los espacios y la calidad de los productos para no incurrir en competencia⁶⁰. Ello acabo generando un elitismo impenetrable en esas estructuras gremiales que se rompe con la Revolución industrial⁶¹ y el liberalismo⁶², que marca el punto final del triunfo de la burguesía frente a la nobleza feudal⁶³, avanzando posteriormente con muy diversos avatares hacia la economía de mercado que hoy conocemos. De ese modo, los antiguos siervos dejaron de serlo en un primer momento porque se convirtieron en burgueses y profesionales liberales a través del estudio sobre todo, y la enorme mayoría de los que no lo hicieron así se transformaron en asalariados, proletarios en terminología marxista.

Sin embargo, la jurisdicción civil nunca pensó hasta época muy reciente en estos últimos, como tampoco había pensado en los siervos en el periodo precedente. Los procesos solían ser entre personas que podían pagarlos, lo que no estaba al alcance de los bolsillos de la clase trabajadora, por lo que quedaban limitados a la burguesía. No fue sino después de la Gran Guerra cuando el sistema, en lugar de basarse sobre todo en las relaciones entre comerciantes, se sustenta primordialmente en el destinatario final al haber empezado a fabricar el comerciante, gracias a los avances tecnológicos, a una escala inimaginable hasta entonces, que abarataba los precios y, en consecuencia, aumentaba las rentas y el consumo⁶⁴. En ese momento, ya hacia los años veinte del siglo XX, gana en importancia un actor que se consolida completamente después de la II Guerra Mundial con el Estado del bienestar iniciado incipientemente antes de dicha guerra⁶⁵, pero que incluso hoy en día cuesta encontrar más de lo que se cree en los procesos judiciales: el consumidor.

60 COMÍN COMÍN, *Historia económica mundial*, cit. pp. 209-210.

61 COMÍN COMÍN, *Historia económica mundial*, cit. pp. 349 y ss.

62 Un curioso testimonio de lo que sucedió puede hallarse en el documento *Sobre abolición de ordenanzas gremiales y libre ejercicio de las artes* de 28 de septiembre de 1834, que se puede encontrar en https://books.google.es/books?id=OxWgC5Cfd7YC&printsec=frontcover&dq=gremios&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=gremios&f=false

63 Cabe releer a SMITH, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Edindurgh 1843, especialmente en la parte de la fijación de precios, pp. 12 y ss.

64 COMÍN COMÍN, *Historia económica mundial*, cit. pp. 516 y ss.

65 COMÍN COMÍN, *Historia económica mundial*, cit. p. 544.

La entrada de dicho consumidor en el tablero judicial altera los esquemas que se habían producido hasta el momento. Ya no se enfrentan solamente empresarios entre sí en el proceso, sino que se produce una alta posibilidad de litigios entre consumidores y empresarios al ser ambos, sobre todo los primeros, los motores centrales de la actividad económica.

Yes en ese instante en el que uno de los fundamentos esenciales del derecho de defensa corre un serio peligro: la igualdad de partes. Y es que por más que se quiera, un consumidor no acostumbra a ser igual a un mediano o gran empresario, teniendo estos últimos un poder económico con el que no puede competir el consumidor. Por otra parte, el mismo, en la sociedad actual, ha sido inducido a depender de los productos fabricados por el empresariado precisamente para que el sistema puede sostenerse. Y ahí es cuando puede generarse la situación de abuso. El consumidor necesita el producto –la electricidad, un crédito bancario, una línea telefónica, etc–, y el empresario se lo vende pero a veces en condiciones que subrayan la desigualdad entre ambos, produciéndose entonces el abuso que quiere evitar la la Directiva 93/13/CEE, así como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con su jurisprudencia.

En ese momento, la inteligencia histórica del principio dispositivo deja de ser válida porque se aplica a una situación en la que ni AZZONE ni DURAND pudieron llegar a pensar jamás, porque no era el tipo de litigios que se veía en su época. En nuestro tiempo, en un litigio en el que figuran como partes los consumidores, el principio dispositivo ya no protege a las partes, sino que en realidad privilegia solamente a una de ellas, que puede defenderse mucho mejor que la otra. Si se deja todo el objeto del juicio en poder de los litigantes, lo que puede acabar sucediendo es que una de las partes se apodere completamente de él, dejando a la otra desprotegida. Es por ello por lo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, lejos de ser sorprendente, tiene toda su razón de ser⁶⁶.

6. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y LA ACTIVIDAD OFICIAL DEL JUEZ: LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LAS EXCEPCIONES MATERIALES

Por otra parte, ni siquiera es obvio que el principio dispositivo se oponga a toda actividad oficial del juez. De hecho, si se recuperara la auténtica esencia de la frase de AZZONE, lo cierto es que lo que deberían hacer las leyes es favorecer, como siempre, la imparcialidad y el derecho de defensa. Si lo primero –la imparcialidad judicial– ya no se pone en discusión, está en serio riesgo lo segundo, no debiendo suceder que un principio, el dispositivo, creado para favorecer la defensa, pueda acabar sirviendo para anularla.

Es ahí cuando deben surgir las matizaciones, aunque hay que llamar la atención sobre que las mismas quizás no son obra reciente del Tribunal de Justicia, sino que en realidad son bastante más antiguas. Pese a que existe bastante confusión sobre el particular⁶⁶, en los manuales⁶⁷ y en la jurisprudencia⁶⁸, se acostumbra a afirmar que el juez puede apreciar de oficio las excepciones materiales basadas en hechos impeditivos y extintivos, pero no así las que se fundamenten en hechos excluyentes⁶⁹. Y ello se ha sostenido sin que la doctrina haya destacado en este sentido mengua alguna del principio dispositivo.

En la doctrina alemana, el tema se relaciona con la clasificación de las excepciones entre *Einreden* y *Einwendungen*, que tampoco es unánime entre civilistas y procesalistas⁷⁰, y ni siquiera entre estos últimos⁷¹. Pero si se hace caso de los primeros –no así de los procesalistas⁷²–, las *Einwendungen* serían solamente las basadas precisamente en hechos impeditivos y extintivos⁷³, es decir, las que en la doctrina española se han denominado excepciones impropias o en la italiana

66 Sobre el tema, vid. **MARCOS GONZÁLEZ**, *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, 2011, Cizur Menor 2011, pp. 106 y ss.

67 SATTI / PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova 1996, pp. 206-207.

68 Es muy indicativo el resumen que hace CARRATTA, “Comentario al art. 112”, en CARRATTA/TARUFFO, *Poteri del giudice*, Bologna 2011, pp. 218 y ss, que expresa cómo han surgido las mismas divagaciones que en la jurisprudencia española.

69 Vid. CARRATTA, “Comentario al art. 112”, cit. p. 228.

70 ROSENBERG / SCHWAB / GOTTFELD, *Zivilprozessrecht*, München 2010, p. 560.

71 STEIN, Friedrich, *Grundriß des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts*, Tübingen 1928, p. 173.

72 STEIN, *Grundriß*, cit. p. 173, ya decía en su tiempo que la noción procesalista de *Einrede* era más estrecha que la de *Einwendung*, pero más amplia que la de *Einrede* en sentido civilista.

73 JAUERNIG / HESS, *Zivilprozessrecht*, München 2011, p. 177.

“defensas”⁷⁴. Y justo estas son las que se podrían apreciar de oficio. STEIN decía que los hechos en que se basa la excepción en estos casos tienen efectos por sí mismos, sin necesidad de alegación⁷⁵, y por esa razón habrían de ser apreciados de oficio. SATTA y PUNZI⁷⁶ argumentan que esa facultad proviene de la simple necesidad de comprobación del juez del hecho constitutivo para dar lugar a la demanda, que se ve suprimido por la presencia de un hecho impeditivo o extintivo.

Aunque esta última declaración también es ambigua, da un poco más de luz al complejo tema. Si se analizan los hechos en que se basan las excepciones, nos encontramos con que los impeditivos serían la incapacidad mental, el defecto de forma legal en el contrato, la vulneración de norma imperativa o la mala fe o el atentado a la moral o al orden público. Hechos extintivos serían el pago o cumplimiento de la obligación, la consignación, la compensación, la condonación, la rescisión, el cumplimiento de una condición resolutoria, la revocación de un derecho y la nulidad por dolo, error o intimidación. En cambio, hechos excluyentes son la prescripción, el no cumplimiento del contrato por parte del demandante –*exceptio non adimpleti contractus*–, la espera o el derecho de retención⁷⁷.

Explicado todo lo anterior, es imprescindible realizar alguna aclaración. Aunque se haya solido decir que el juez puede apreciar de oficio excepciones basadas en hechos impeditivos y extintivos, eso no es del todo exacto, como han señalado JAUERNIG y HESS⁷⁸. En realidad, lo que ocurre es que los hechos en que se basan esas excepciones son apreciables por el juez si constan en el proceso, con independencia de cuál sea el litigante que los haya aportado, alejándose esta cuestión completamente de la institución de la carga de la prueba. Pero ello no quiere decir que el juez pueda iniciar una investigación de oficio en búsqueda de tales hechos⁷⁹, sino solamente que si constan en el proceso no puede ignorarlos, al margen de si el demandado opuso o no la excepción. No obstante, si el demandado

74 CARRATTA, *Comentario al art. 112*, cit. p. 214.

75 Cfr. STEIN, *Grundriß*, cit. p. 173.

76 SATTA / PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit. p. 205. Vid. También CARRATTA, “Comentario al art. 112”, cit. p. 225.

77 En la enumeración he seguido las clasificaciones de ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit. pp. 561-562 y JAUERNIG / HESS, *Zivilprozessrecht*, München 2011, p. 176.

78 JAUERNIG / HESS, *Zivilprozessrecht*, cit. p. 177.

79 Cfr. STJUE 9-11-2010, VB Pénzügyi Lízing Zrt. C. Ferenc Schneider, C-137/08.

no quisiera expresamente que se apreciara tal hecho, el juez no podría tomarlo en consideración. Sin embargo, todo ello no sucedería con los hechos excluyentes, ya que están basados en un derecho potestativo o disponible⁸⁰, y si no se quiere restar eficacia a dicho derecho, el juez no lo puede apreciar de oficio⁸¹.

Con esta explicación se mantiene la plena vigencia del principio dispositivo, aunque también se abre la posibilidad de que, en realidad, no exista diferencia alguna entre unos y otros hechos. Lo que se deduce de todo lo anterior es que el juez, por pura lógica, puede conocer la existencia de hechos impeditivos, extintivos, y también excluyentes, si constan en el proceso. Pero solamente si lo desea el demandado podrá apreciar sus efectos jurídicos. Con respecto a los hechos impeditivos y extintivos basta con que el demandado no explice su voluntad en contra de la apreciación. Si el hecho es excluyente, el demandado debería pedir expresamente esa apreciación. Y esa es la diferencia fundamental entre los dos grupos de excepciones.

En consecuencia, la vigencia del principio dispositivo se hace compatible, no tanto con una matización del principio de aportación de parte, que a mi juicio permanece vigente, sino con una superación de una visión doctrinal lastrada por la antigua concepción de la carga de la prueba inspirada en el sistema de valoración legal de la prueba⁸², y que desde luego ya no tiene valor alguno en el proceso actual. En consecuencia, el *secundum allegata et probata* recobra su sentido original. El juez sólo decide en virtud de lo que conoce a través del proceso, y no más allá.

Aplicando todo lo anterior al tema que nos ocupa en este artículo, se plantea la posibilidad de si la alegación de la abusividad de la cláusula, como tal, entra dentro de las categorías de hechos objeto de excepción que el juez podría apreciar de oficio si le son conocidos por la documentación que se aporta a las actuaciones del proceso, aunque el demandado no haya opuesto tal abusividad. Es decir, se abre la cuestión de si la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea supone una novedad absoluta en nuestros ordenamientos,

80 ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, Cizur Menor 2013, p. 311.

81 Con respecto a la no apreciación de oficio de la prescripción, vid. ARROYO AMAYUELAS, “Efectos de la prescripción extintiva”, en AAVV, *La prescripción extintiva*, Valencia 2014, pp. 244 y ss.

82 Vid. NIEVA FENOLL, “La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba”, *Ars Iuris Salmanticensis*, 2017, en prensa, p. 13.

como se ha dicho con reiteración, o simplemente lo que ha hecho el Tribunal de Justicia es aplicar de un modo correcto y escrupuloso la antigua –y vigente– teoría de las excepciones. Veámoslo.

7. PUEDE ENCUBRIR LA CLÁUSULA ABUSIVA UN VICIO DEL CONSENTIMIENTO?

El Tribunal de Justicia canceló toda posible discusión sobre la naturaleza de la abusividad al afirmar desde 2010 que se trataba de un tema de orden público⁸³. Si es una cuestión de orden público, ese concepto sustenta nada menos que un hecho impeditivo que, en consecuencia, puede ser apreciado por el juez de propia iniciativa si la abusividad surge de las actuaciones procesales y el demandado no se opone a ello⁸⁴. Dado que dicha abusividad posee un soporte documental indubitado en el contrato de consumo, esa apreciación es verdaderamente muy sencilla. Por tanto, tema zanjado.

La cuestión es que la decisión ha despertado una sonora polémica que, a mi juicio, está mal enfocada. La doctrina⁸⁵ se ha lamentado de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pone en cuestión el principio dispositivo⁸⁶, cuando como se acaba de demostrar en el epígrafe anterior, el principio dispositivo no sufre daño alguno, sino que es reconducido por esta jurisprudencia a sus originales fronteras. Sentado lo anterior, lo que sí puede ser debatible es si la abusividad podría implicar algo más incluso, además de ser una cuestión de orden público.

Personalmente, teniendo en cuenta que el consumidor, como ya se dijo, es la base esencial de nuestra actual economía de mer-

83 ATJUE 16-11-2010, *Pohotovost' s. r. o. c. Iveta Korčkovská*. C-76/10. STJUE 30-5-2013, *Dirk Frederik Asbeek Brusse y Katarina de Man Garabito c. Jahani BV*. Vid. al respecto EBERS, M., „From Océano to Asturcom: Mandatory Consumer Law, Ex Officio Application of European Union Law and Res Iudicata”, *European Review of Private Law*, 4, 2010, pp. 823 y ss.

84 Importante matización, porque de ese modo no se pone en cuestión el principio de aportación de parte. Cfr. SAARE / SEIN, „Amtsermittlungspflicht der nationalen Gerichte bei der Kontrolle von missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen”, 2013, *Journal of European Consumer and Market Law*, pp. 17-20.

85 Aunque no unánimemente. Vid. ACHÓN BRUNÉN, “Soluciones a problemas que en la praxis plantea la apreciación judicial de oficio de cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca”, *Práctica de Tribunales*, n. 118, enero-febrero 2016, p. 3. FERNÁNDEZ SEIJO, “Tutela de oficio por el juez en los procedimientos judiciales”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n. extraordinario 2014, p. 187. FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA e.a., *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*, Barcelona 2014, p. 45. MARCOS GONZÁLEZ, *La apreciación de oficio*, cit. p. 233. Con algún matiz, SAARE / SEIN, “Amtsermittlungspflicht der nationalen Gerichte bei der Kontrolle von missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen”, cit. p. 20.

86 Aunque en un supuesto distinto, vid. MIQUEL SALA, “Verbraucherschutz auf Kosten der Dispositionsmaxime: War das erforderlich? Zugleich eine Besprechung der Rs C-32/12 (Duarte Hueros)”, 2014, *Journal of European Consumer and Market Law*, pp. 178 y ss.

cado, no veo objeción alguna a que su protección sea un tema tan esencial para la Unión Europea que la protección de su posición se eleve de rango al máximo, como si existiera, como quizás debería existir, un derecho fundamental⁸⁷ del consumidor a obtener protección eficaz, específica y reforzada, más allá de la vigencia de los derechos actuales reconocidos en nuestras constituciones.

Ahora bien, con el derecho vigente en la mano quizás hubiera podido seguirse un camino paralelo, o incluso complementario. La abusividad, a mi juicio, encubre con enorme frecuencia un engaño, o al menos un error, y quizás incluso una situación que se acerca tímidamente a la intimidación.

Como antes se explicó, el consumidor no tiene otra opción que aceptar las condiciones del empresario si desea obtener el bien de consumo que necesita. La necesidad puede ser más imperiosa, como la de dinero para la compra de una vivienda, o la adquisición de electricidad, gas, agua, o libros para su actividad laboral. O algo menos urgente, pero igualmente relevante en nuestras sociedades actuales, como ocurre con cualquier otro bien de consumo si la persona desea sentirse integrada en la sociedad en la que vive. De hecho, son las propias empresas productoras las que inducen la existencia de algo tan sumamente estúpido como la “moda”, precisamente para conseguir vender más y si es posible a mayor precio. Y lo cierto es que no es nada fácil sustraerse a esa corriente claramente restrictiva de la libertad individual que representa la “moda”. Finalmente, las personas *necesitan* tener un teléfono móvil, un ordenador, ropa “moderna”, y desde luego una casa lo más estable posible que disponga de electricidad y agua al menos. No es fácil escapar de todo ello salvo que uno quiera convertirse en una especie de ermitaño⁸⁸.

El paso siguiente consiste en aceptar las condiciones que ponga el empresario una vez condicionado psicológicamente el consumidor por la presión social de la “moda”, o bien por la imposibilidad de localizar otro empresario con condiciones más

87 Parecido al principio rector existente en el art. 51 de la Constitución española. Cfr. DELLA NEGRA, “The Uncertain Development of the Case Law on Consumer Protection in Mortgage Enforcement Proceedings: Sánchez Morcillo and Kušionová”, 2015, 52 *CMLR*, p. 1030-1031.

88 Llegándose a generar la exclusión o incluso la anorexia. Vid. URIBE MERINO, *Anorexia. Los factores socioculturales de riesgo*, Medellín 2007, p. 162. Sobre las “temporadas”, vid. RIVIÈRE, *Historia informal de la moda*, 2013.

favorables. Puede llegarse incluso a un engaño directo prometiéndolo un rendimiento económico que finalmente no se produce, como sucede con los *swaps* –dependiendo de cómo se explicaran al consumidor– o con la publicidad agresiva engañosa⁸⁹ de cualquier producto. O al menos el error⁹⁰.

Si todo ello es así, las cláusulas abusivas encubren habitualmente un vicio del consentimiento, que podría haber sido apreciado de ese modo, sin perjuicio de recurrir al concepto de orden público, para que el juez hubiera podido apreciarlo de oficio siguiendo lo que hace mucho tiempo que mantiene la doctrina al respecto de las excepciones basadas en hechos extintivos, y que ya quedó explicitado.

El final del camino hubiera sido el mismo, la posibilidad de apreciación de oficio de las cláusulas abusivas. Pero el resultado hubiera sido aún más revelador de lo que hace un empresario con una política comercial agresiva acompañada de publicidad engañosa: incurrir en dolo o al menos inducir a error al contratante. Hace siglos que dichos vicios anulan el consentimiento. No es, por tanto, una novedad del siglo XXI, y mucho menos una ocurrencia del Tribunal de Justicia.

No obstante, desde el punto de vista práctico proceder de ese modo hubiera tenido más dificultad al tener que entrar en la difícil cuestión de la vulnerabilidad del contratante, por muy generalizable que sea en el caso de los consumidores, lo que hubiera dificultado su apreciación de oficio, por cierto. Además, desde el punto de vista político, ciertamente, hubiera sido mucho más grave acusar directamente de engaño a tantas grandes empresas, por lo que, finalmente, parece prudente la decisión del Tribunal de Justicia de acudir al concepto de orden público para cerrar la cuestión consiguiendo la protección del consumidor, que es la principal prioridad.❖

89 STS 16/2017, 16-1-2017. Sobre las condiciones para la concurrencia de dolo vid. también STS 266/2016, 21-4. STS 834/2009, 22-12.

90 STS 250/2017 25-4. STS 229/2017, 6-4. STS 174/2017 13-3.

**ADR in 24 Countries :
Mediators and Ombudsmen
Who can mediate? Is there
a law that defines who can
perform mediation?
What kind of training
programme is required? Do you
have a national organization of
mediators? ¹**

Stelios Asproftas, Giovanni Matteucci,
Fatma Nursima Arslan, Olga Tsiptse,
Šarunas Maciulis, David Shimoni, Ra-
mon Tena, Marin Padeanu, Srdjan Šimac,
Dmitry Davydenko, Ursula Caser, Sylvie
Mischo Fleury, Maksud Karaketov, Eu-
genia Ruiz Alvarado, Elizabeta Spiroska,
Sophia Zheng Tang, Judit Glavanits, Do-
minic D'Abate, Medhat El-Banna, Gu-
navathi Subramaniam, Cezary Rogula,
Frantisek Kutlik, Marine Cornelis

¹ A previous, more restricted, version of this article has been published in ADRITALIA 2.2017, page 66 <http://www.adritalia.net/wp-content/uploads/2017/11/adritalia02-anno4.pdf>

A few months ago a friend mediator from Cyprus sent me an e-mail proposing to set up a group of mediators, present in different countries, for an exchange of information on ADRs in their own nation.

Another mediator, from Israel, was preparing a draft, and asked the four questions mentioned in the title.

In December 2017 answers have been received, 16 from European countries, 5 from Asian countries, 1 from Egypt and 1 from Canada. Legislators are interested in the instrument, but the solutions adopted are very different from place to place. Understandable, having regard to the historical, economic and social differences of individual nations; but some common elements emerge.

Let's start from the basic element for any activity, knowledge. In other words, training. Some countries require a minimum of 40/50 hours, Slovakia 200 hours; China does not have a common minimum programme. But, as pointed out by a Romanian mediator, if the "quantity" (the number of hours) is important, even more so is the "quality" ².

And only Italy processes statistic data at national level, thanks to which some evaluations can be carried out ³.

There are also many differences in the requirements to become mediators. In some nations anyone can carry out this activity, but usually an academic degree is required (often in any subject). Turkey also requires a minimum of 5 years of legal practice. In some countries there is a distinction between professional and non-professional mediators, which suggests that in some places there is a tradition in the matter.

Few countries have a national organization, that represents all mediators. A positive outcome, because mediation is a flexible procedure, which must not be "caged" by a single professional association. Provided that a third party controls compliance with the rules and, possibly, quality. *"On the other hand, a national organization taking for example the form of a federation where existing mediation associations as well as all mediators, on an individual basis can be a member (like the Federação Nacional de Mediadores de Conflitos in Portugal) could defend*

² Pădeanu Marin, "Evolution and involution of mediation in Romania", 2017
https://www.academia.edu/34089971/The_evolution_and_involution_of_mediation_in_Romania

³ Matteucci Giovanni, "Civil mediation, ho to kick-start it: the Italian Experience. The relevance of training", 2017
https://www.academia.edu/35125411/ADR_Matteucci_2017.10.30_Civil_mediation_how_to_kick-start_it_the_Italian_experience_The_relevance_of_training

the mediators' interests, counsel Ministries and government on legislation and certification matters, promote mediation in general and create a solid 'market' for mediations of all kind" ⁴.

Despite these differences, however, the theoretical influence of Anglo-Saxon mediation is more or less present in the various countries: communication techniques and psychology elements in training, principle of confidentiality in the procedure, the final decision that "should" be reached by the parties. Transformative aspects, however, are crucial and strongly focussed in some, especially the south-western, countries of Europe ⁵.

A world apart China, with a millennial tradition also in mediation ⁶ : 4 kinds of procedures, 800,000 centers of mediation of the people.

Interesting the experience of Ombudsmen, "*who have a public mandate to perform mediation for free on a larger scale, aggregate data and therefore have an impact at the policy and regulatory levels; ombudsmen hereby presented also comply with the requirements of the 2013 ADR Directive (2013/11/EU)*" ⁷.

I thank all fellow mediators for their contribution.

Giovanni Matteucci

⁴ Ursula Caser .

⁵ Red Empuries-Farinha A., Caser U., Salberg, A.-C., Canyameres M., Larsson M., Espinòs F. & Olalde A.) (2014), *Aspectos pertinentes de la Conceptualización de la Mediación: Perspectivas Anglo-Sajona e Latina.*, in: *La Trama*, N° 42, 14p. Buenos Aires (usuário: latrama – pass: conflicto)

⁶ Zeng Sophia Tang, "*Mediation in China*", 2014 <http://www.adrmaremma.it/english/tang01.pdf>

⁷ Marine Cornelis.

Christopher Hodges, Iris Benohr and Naomi Creutzfeldt, "*Consumer ADR in Europe*", Bloomsbury Publishing, 2012, Law.

Mediators

Cyprus

Stelios



Who can mediate?

A Mediator must be a trained and accredited person by a recognised institution. Despite any other professional capacity (lawyer, psychologist), a mediator must acquire a valid accreditation. In my humble opinion, training is the most important aspect, like of course in other professional category.

Is there a law that defines who can perform mediation?

According to Cyprus Civil Mediation Act, a mediator must obtain the initial 40 hour training accreditation, but we must present at least 24 training hours of training every three years. (I believe that there should be changes in our law)

What kind of training program is required - how many hours and main topics taught?

The basic training, at least based on my experience is 40 hours, which is 5 working days, including the evaluation/ exam. There is the theory and case study part (role plays).

Do you have a national organization of mediators?

In Cyprus there is an organization which was for many years dormant, but now they are to re-group. It is recommended to have a local mediator cooperating.

Italy

Giovanni



Who can mediate?

University graduates (at least three years course) and technicians, but only for controversies related to their job

Is there a law that defines who can perform mediation?

Yes, Decreto Legislativo 28 / 2010 e Decreto Ministeriale 180 / 2010

What kind of training program is required - how many hours and main topics taught?

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);

- 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.

According to my opinion, 50 hours training are insufficient.

Do you have a national organization of mediators?

No. The names of mediators are recorded in a register hold by the Ministry of Justice.

Mediators must operate within a mediation body (*Organismo di mediazione*).

The mediation bodies were ruled by the Ministerial Decree 180 / 2010, updated by Ministerial Decree 145 / 2011 . “*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 institution, not single people. Public institutions (also ruled by foreign law): chamber of commerce, council of professional bodies (not only lawyers), universities, etc.. 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. An independent accounting. The mediation body applies for registration to the Ministry of Justice. The rates are established by the Ministry and are paid by the parties to the mediation body, which pays the mediator.

Turkey

Fatma



Who can mediate?

To be a Turkish citizen, a university degree in law and a minimum of five years legal practice, completion of an accredited training program on mediation. The final steps to register as a mediator are the Ministry of Justice’s written and practice exams.

Is there a law that defines who can perform mediation?

Yes, Art.20, Law on Mediation in Civil Disputes No: 6325

What kind of training program is required - how many hours and main topics taught?

According to the Articles 22 and 23 of the Mediation Act, these programs could only be provided by the universities, the Turkish Bars Association or the Turkish Justice Academy. For instance, The Turkish Bars Association's mediation training program are taught over 8 days/ 65 hours. According to the Act, the training includes basic knowledge, communication techniques, negotiation and dispute resolution techniques and the role of psychology in the dispute resolution.

Do you have a national organization of mediators?

No. Ministry of Justice, Mediation Department keep the register of the persons who have attained the authority to mediate in private law disputes. The information pertaining to the persons included in this register is also announced electronically by the Department.

Greece

Olga



Who can mediate?

Mediator can be anyone who has finished university as long as he attends to the 40 hours training programme, and passes double exams to both of training institute and the ministry. It is quite demanding.

In Greece there are almost 1800 mediators.

Mediation is not obligated in Greece apart from the new law that

is going to be started in August and it is about the loans that took the greek businesses and can not pay back.

Is there a law that defines who can perform mediation?

The law is 3898/2010 that accepted EU's directive.

What kind of training program is required - how many hours and main topics taught?

40 hours training programme, and passes double exams to both of training institute and the ministry. It is quite demanding.

Do you have a national organization of mediators?

We don't have any national organisation for mediators apart from the list/catalogue of the Ministry of Justice that includes all the mediators have the skills are defined in the greek law.

Lithuania

Sarunas



Who can mediate?

Today everybody can work as a mediator but situation will change Old law is very liberal, but the new one is strict. Not specified yet but 40 hours is for sure.

Is there a law that defines who can perform mediation?

From 2009. In June Lithuanian Parliament passed new mediation law which include serious requirements for mediators.

Mediators should be in a special register hold by Ministry of Justice where new mediator could be added after 40 hours training and special exam. Higher education, good reputation and so on are also required.

Do you have a national organization of mediators?

Yes and no. Few people create but it isn't very active yet.

Israel

David



Who can mediate?

Anyone can mediate and currently there is no regulation. But in order to get cases from the Courts, you have to hold an academic degree and have 160 hours of training.

Is there a law that defines who can perform mediation?

No law yet, we are working on one.

meanwhile, new regulations are being drafted to define who can get cases from the Courts, aiming at a cadre of 300 - 400 mediators.

What kind of training program is required - how many hours and main topics taught?

60 hour basic training course: negotiation theory and skills, mediation principles and skills, the mediation process, law and ethics of mediation, 5 simulations, no exam.

100 hour advanced training: each student conducts 6 “real” mediations (Small Claims Court) under supervision of a certified instructor.

Do you have a national organization of mediators?

There are a few associations.

Andorra

Ramon



Who can mediate?

Who can be a mediator: Anybody holding a 3 years university degree in any subject + a specific training in mediation (150 h). Other requirements is to have a civil responsibility insurance.

Is there a law that defines who can perform mediation?

Is there a Law: Spring 2018.

What kind of training program is required - how many hours and main topics taught?

150 hours specific training in mediation + 15 hours training every 2 years. The Law won't specify any contents but this will be developed by the Mediation Committee that the Law will create.

Do you have a national organization of mediators?

No. My company (Dialoga) functions as a social entrepreneurship project and works in promoting and lobbying for mediation. The Law will create a Mediation Committee, but it's not really an association.

Romania

Marin



Who can mediate?

According to art. 7 of the Law no. 192/2006, “the mediator may be the person who fulfils the following conditions:

A) has full exercise capacity;

B) has higher education;

C) has a working experience of at least 3 years;

D) is medically fit for the exercise of this activity;

E) enjoys a good reputation and has not been finally convicted for committing an offense likely to prejudice the profession’s prestige;

F) has completed the mediator training courses, under the law, or a postgraduate master degree program in the field, accredited by law and endorsed by the Mediation Council;

G) was authorized as a mediator, under the present law .

Therefore, from its beginning, mediation has represented a profession open to a very broad group of people, coming from various fields of activity (medical, legal, education, social work, business, insurance, etc.).

Is there a law that defines who can perform mediation?

Yes, Law no.192 / 2006

What kind of training program is required - how many hours and main topics taught?

Currently, the initial mediator training course lasts 80 hours. Although these hours may be sufficient for an initial training course, the quality

of the training is much more important. And here is one of the biggest problems: quality of the initial training course. Initial training is provided by private companies, some of them are owned by the members of the Mediation Council. No university is accredited, although the law allows it. The Mediation Council authorizes training programs. Another problem is the examination of the candidates. Currently, the graduation exam is organized by the training school and the student is examined by a committee whose members are elected by the training school itself.

Do you have a national organization of mediators?

No. The Mediation Law provides that mediators can be organized in professional associations at local or national level, aimed for defending the rights and representing the interests of mediators, associations of which mediators are free to join in. The associations are independent. They are not subordinated to the Mediation Council. In other words, the profession of mediator is a liberal profession, where its members are not organized in the system of a single national association.

Although the law makes no provisions for territorial organization of mediators, the present Mediation Council created county structures, without legal personality, under its subordination, in that the leading bodies of these structures can be assigned or revoked by the Mediation Council. These structures look like territorial extensions of Mediation Council, having no independence.

Croatia Srdjan



Who can mediate?

Croatia adopted Law on Mediation and Book of Rules of the Registry of Mediators and Standards for Accreditations of the Mediation Institutions and Mediators, at 2003. Ministry of Justice runs national Registry of Mediators.

They have provisions about who can mediate. Those provisions are mandatory only for registered mediators. Registration is not mandatory.

Is there a law that defines who can perform mediation?

Croatian Law on Mediation and Book of Rules of the Registry of Mediators and Standards for Accreditations of the Mediation Institutions and Mediators have provisions about who can perform mediation and what are the conditions for the mediation institutions. Those provisions are mandatory requirements only for mediation institutions and for the registered mediators. So far, the parties in dispute can use anybody for the mediator. But those provisions are actually strong recommendations and kind of a guide for all interested for the mediation about how to choose right mediator and/or mediation institution. Mediators can perform mediation inside or outside of mediation institutions.

What kind of training program is required - how many hours and main topics taught?

Book of Rules of the Registry of Mediators and Standards for Accreditations of the Mediation Institutions and Mediators requires 40 hours basic training for mediators, plus 20 hours of advance training for mediators every two years. These are mandatory requirements for the registered mediators who want to apply and to stay in national Registry of Mediators.

Basic and advance training for mediators have mandatory topics and they are mandatory for mediation institutions accredited by the Ministry of Justice to provide trainings.

Do you have a national organization of mediators?

In Croatia there is an informal umbrella organization for mediators – Hrvatska udruga za mirenje (HUM) - Croatian Mediation Association.

Russia

Dmitry



Who can mediate?

Distinction between professional and non-professional mediators.

Mediators must have a university degree, undergo training and pass an exam at the end of each of the 3 professional levels.

Is there a law that defines who can perform mediation?

Yes. Mediation Law, followed by regulations regarding training that were issued by the Ministry of Education and Science.

What kind of training program is required - how many hours and main topics taught?

Training program.

Level program. 1st level allows to mediate as a professional. 2nd level is focused on specialities like family, commercial, labor etc. 3rd level certifies mediators as trainers of 1st level candidates.

Training level is concluded with an exam.

Do you have a national organization of mediators?

Since 2011 there is the “National Organization of Mediators” in the form of NGO. Currently, it is optional to be a member of this organization.

Portugal

Ursula



Who can mediate?

In Portugal, in addition to a course in mediation of conflicts, it has been customary to require as a requisite for their attendance, an appropriate academic degree (However, what means “appropriate” is not officially defined.) In Portugal, mediators work in different areas such as communitarian, commercial, family, workplace, victim-offender, school, etc. Regarding a liberal professional initiative, there is still no regulation of this area, except for the mediators recognized by the Ministry of Justice to practice in the public mediation systems (Julgados de Paz / Sistemas de Mediação Familiar, Laboral e Penal).

So basically anybody can call himself a mediator. This is not a protected profession. For accreditation in the public system or with the ministry of justice you have to have a university course, be more than 25 years old, no criminal past and speak Portuguese and must have passed a 90 h course

Is there a law that defines who can perform mediation?

There is a mediation law, which says, that this law regulates all mediations performed in Portugal, but the law does not restrict performing mediation in general or defines criteria for being a mediator (The Lei n.º 29/2013, de 19 de abril establishes the general principles applicable to mediation in Portugal, as well as the legal regimes for civil and commercial mediation, mediators and public mediation, regulated by:

Ordinance No. 344/2013, of November 27 - Defines the competent service to organize the list of conflict mediators, as well as the re-

gistration requirements, the form of access and disclosure of the same Ordinance No. 345/2013, of November 27 - Regulates the regime applicable to the certification of entities forming courses in mediation of conflicts and revokes Administrative Rule no. 237/2010, of April 29

So (except for being a mediator in the public mediation services – here an accreditation is needed) anybody can be a mediator.

Is there a law that defines who can perform mediation?

For getting accreditation with the ministry of justice 90 hours at least, but there are many mediators with lesser hours (esp. commercial mediation (40h). The topics are traditional topics: process of mediation / communication techniques /models of mediation / legal situation / simulations /exercises etc.

In Portugal not the courses are accredited, but the entities that promote those courses. This is regulated by the Ordinance No. 345/2013, of November 27 - Regulates the regime applicable to the certification of entities forming courses in mediation of conflicts and revokes Administrative Rule no. 237/2010, of April 29

Once a training entity is accredited (and maintains accreditation, paying the respective yearly fee, there is not much control what the courses will offer.

Do you have a national organization of mediators ?

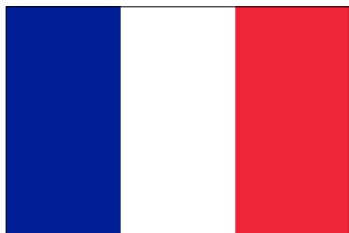
A National Federation (Federação Nacional de Mediação de Conflitos) represents the interests of all (federated) mediators and ciations). There are around 30 associations for mediation in Portugal (many do not work). and perhaps around 3000 trained mediators (but very few living solely of mediation)

The National Federation of Conflict Mediation (FNMC) is a non-profit organization established in 2012 to promote, develop and disseminate alternative means of conflict resolution, including mediation of conflicts, as well as to support the social function and dignity of mediation and the promotion of respect for best practices and techniques. The creation of this Federation intends to be a unifying element of the various institutions that have emerged over the years in order to promote the development of alternative means of conflict resolution, namely the mediation of conflicts.

<http://www.fnmc.pt>

France

Sylvie



Who can mediate?

A mediator has to be trained and agreed by an authorized institution. Actually mediation is present in many fields of social life: lawyers, psychologists, architects, managers, journalists, social helpers, notaries, etc. But in all these fields they have to undergo a specific training.

Is there a law that defines who can perform mediation?

The evolution of the society finally leads to changes of laws. The different ministries have their own mediators as well as the big enterprises (banks, insurance companies, post etc.). Specific professions create their... Training : notaries, bailiffs ... etc.

Of course there exist directives instructions from the European Union. In France for example the law about divorce has changed giving a bit more space to mediation. The judicial mediator, the criminal mediator, the consumption mediator have to be agreed authorized by the corresponding ministries. The same for the international family mediators.

Once again all depends on the level and training of the mediator. Associations group (together) mediators proposing them adult continuing education (training sessions) because the law requests 120 hours minimum of basic knowledge and 20 hours of ongoing education and practice supervision every year.

What kind of training program is required - how many hours and main topics taught?

In France we have the possibility to obtain

- a University degree (diplôme universitaire DU) by 40 hours in 1 year (after baccalaureate +2-3 years graduate)

- a state diploma as family mediator (DEMF diplôme d'état de médiateur familial) after 595 hours including 100 hours of practical training inbetween 2 years (after baccalaureate +2-3 years).

- a diploma university as Master (1 + 2) in mediation.

The program for the master 1 and 2 (I have) in University from Luxembourg:

8 semester, 120 ectes = + 3600 hours

+ 150 hours training

+ internship report

+ memory end of study

1 semester : definition and state of art of mediation; mediation, a system of conflict resolution; the mediation process.

2 semester : law, psychology, methods of conflict resolution

3 semester : different fields of mediation: environmental health, international, administrative, community, commercial, work place, consumer , family

4 semester : family law and right of the child criminal law and youth protection, social mediation, scholar , intercultural, psychology of communication, sociology of affective relationship, philosophy

5 semester : participation, approaches, planning of action in mediation, sensibilisation and diffusion

6 semester : team management, project management, methodology

7 semester : methodology of research

8 semester: research, dissertation

Do you have a national organization of mediators ?

Exists in France, ad example, the Association Nationale des Médiateurs (ANM).

And many different associations

An order of mediators does not exist may be to bad it would protect a bet better the profession.

Yes it is difficult to live from the practice.

The problem is the existence of multiple low qualified trainings offers the existence of certain lobbies keeping control on the development of mediation

Some professions as lawyers, notaries etc and have appropriated the territory as well as big firms...

Kazakhstan

Maksud



Who can mediate?

An individual chosen by the mutual consent of the parties, who is independent, impartial and not interested in the outcome of the case and who is included into the register of mediators giving his / her consent to perform the functions of mediator. The mediator's activity may be carried out on the professional basis (persons with high education, who reached the age of 25 and with certificate that confirms completion of the training program of preparation of mediators, and retired judges) as well as on the non-professional basis (persons who reached the age of 40 and included into the register of non-professional mediators and judges according to the Civil Procedural Code of RK).

Acc. to the Art. 9 of the Law on mediation of the Republic of Kazakhstan.

Is there a law that defines who can perform mediation?

Law on Mediation of the Republic of Kazakhstan No. 401-IV dated 28 January 2011.

What kind of training program is required – how many hours and topics are taught?

The training program of mediators aiming to prepare the professional mediators to regulate the disputes in the sphere of civil, labor, family and other legal relations with physical and legal entities involved as well as disputes in criminal proceedings in cases of small and medium gravity crimes.

It consists of 3 programs: a) General course of mediation (not less than 48 hours and approximately 17 topics are covered); b) Specialized course of mediation (not less than 50 hours and approximately 9 topics are covered); c) Training course for mediator trainers (not less than 32 hours and approximately 4 topics are covered).

Acc. to the Resolution of Government of RK on the approval of Rules of the training program to prepare mediators No. 770 dated 3 July 2011

Do you have a national organization of mediators?

Yes, there is National chamber of mediators in the Republic of Kazakhstan. (<http://www.mediation.kz/>)

Spain

Eugenia



Who can mediate?

Individuals possessing a university degree or a higher vocational education diploma and having received the specific training established by the law can practice mediation, as long as they have the appropriate professional liability insurance.

Is there a law that defines who can perform mediation?

At a national level, we have the Mediation for Civil and Commercial Matters Act ([Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles](#)) whose content has been further developed by “Royal Decree” in the corresponding Regulation ([Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley](#)).

Also, there exist regional laws. For example, in the Region of Madrid, we have the Family Mediation Act ([Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid](#)).

What kind of training program is required – how many hours and topics are taught?

The Mediation for Civil and Commercial Matters Act establishes that mediators must have received the appropriate training, comprising:

- mediation techniques
- mediation procedure (with special emphasis on the procedural and the material limits to the use of mediation established by the law, the professional liability of the mediator, the rights of third parties).
- ethics
- the legal framework and the psychological aspects specific to the kind of mediation to be practiced
- communication, negotiation and conflict resolution techniques

Also, the above mentioned Regulation specifies that mediators must have received 100 hours of specific training, out of which at least 35 must have been practical (preferably supervised practice in real mediation sessions). In addition, mediators shall complete 20 hours of (mostly practical) training every 5 years.

Do you have a national organization of mediators?

We do not have a single national organization of mediators but a large variety of professional associations, registries and conflict resolution centers, such as AMERCO (the Association of Mediators and Conflict Resolution Experts), MediaICAM (the Conflict Resolution Center of the Madrid Bar Association of Lawyers) and the Madrid

Registry for Family Mediators. Most of these organizations operate at regional level.

However, membership or registration with them is not a mandatory condition to practice mediation (any person meeting the legal requirements can practice mediation as a *sole practitioner*).

At a national level, there exists an Official Registry of Mediators and Mediation Institutions within the Ministry of Justice. However, only Bankruptcy Mediators are subject to compulsory registration with the Ministry of Justice.

This means that registration with the Ministry of Justice or with any professional association, conflict resolution center, registry or mediation organization - which may demand further training hours and experience, is purely voluntary (with the above-mentioned exception) and has prestige and publicity effects only.

Macedonia

Elizabeta



Who can mediate?

Article 46 of the Macedonian Law on mediation provides that only a natural person who has legal capacity and who is licensed to perform mediation activities (hereinafter: licensed mediator) can act as a mediator in the Republic of Macedonia. A license for the mediator shall be issued to the person who fulfilled the following conditions: has passed the exam for checking the theoretical knowledge and practical skills for mediator (hereinafter: mediators' exam) in front of the Board for ensuring, monitoring and evaluating the quality of mediation (hereinafter: the Board) and who has presen-

ted a contractual liability insurance. According to the previous, a system of examination and licensing of mediators has been created. Mediators' exam may be taken by individuals who submitted an application for the exam to the Board, together with a proofs of: a) a university degree VII / I or 300 credits under the European Credit Transfer System (ECTS) obtained in the Republic of Macedonia or the decision on recognition of the Macedonian Ministry of education and science for the appropriate higher qualifications acquired abroad; b) completed training according to the accredited training program for mediators in lasting of minimum 70 hours, in the country or abroad, or a decision on recognition of relevant training completed abroad and recognized by the Board; c) at least three years work experience after graduation; d) had followed at least four mediation procedures carried out by the mediator and a confirmation document issued by a mediator supported with an extract from the Register of records of the mediation of the relevant procedures; e) passed a psychological test and a test of integrity issued by a licensed expert; f) certificate of citizenship of the Republic of Macedonia and g) at least five references from people who know the applicant in professional capacity. In fact, according to the legislator, these are minimum criteria that will ensure quality and competent mediators. The person who will pass the mediators' exam and will present contract liability insurance shall be issued a license and only he or she can carry out mediation services. Issued license is valid for five years and can be extended or subtracted depending on the results of the evaluation of the quality of work of the mediator. The evaluation of the quality of work of the mediators is conducted by the Board, at least once in five years, in accordance with the methodology and procedure for monitoring and evaluating the quality of work of mediators. For conducting mediation in relations where the law provides obligatory mediation, the law may provide additional conditions for a person who takes the mediators' exam as well as supplement supervision and control. The license of these mediators contains data for the specific mediation area. Novelty which introduces law is the obligation of the mediators to conclude an insurance contract to third parties in the amount of not less than 50,000 Euros.

Is there a law that defines who can perform mediation?

Yes. It is the *Law on Mediation of 2013*, Official Gazette of the Republic of Macedonia No.118/13, 148/15, 192/15, 55/16.

What kind of training program is required - how many hours and main topics taught?

Completed training according to the accredited training program for mediators in lasting of minimum 70 hours, in the country or abroad. Trainings for the mediators are performed by the trainers. According to the law as a trainer for mediators can act all natural persons who have legal capacity and have the license for a trainer (hereinafter: licensed trainer). The law stipulates that the license can be issued to the persons who will submit a request for license to the Board along with the proofs for the fulfillment of the following conditions: a) completed training for trainers of mediators in lasting of minimum 32 hours, in the country or abroad in the last three years, or university diploma of higher education VII / I or 300 credits under the European credit transfer system (ECTS) in the Republic of Macedonia in the field of mediation, conflict resolution, negotiation or conciliation, or a decision on recognition of appropriate high - educational qualifications acquired abroad in the relevant field, issued by the Ministry of Education and Science of the Republic of Macedonia; b) registration of his status as mediator in the Register of mediators or appropriate register of a foreign state, if the applicant is a foreign national; c) registration from the Register of records of mediation proceedings or appropriate register of a foreign country if the applicant is a foreign national, for conducted at least 12 mediation procedures in the last three years and d) at least two references from people who know the applicant in professional capacity and attest for its ability to transfer theoretical and practical knowledge. The law provides that the license issued to the trainer can be extended or subtracted depending on the results of the evaluation of the quality of the work of trainer. The Board makes the evaluation of the quality of work of the trainers, at least once in every five years, in accordance with the methodology and procedure for monitoring and evaluating the quality of work of the trainers of mediators. The training for mediators are conducted according to the accredited training programs for me-

diators. Accreditation is granted to the programs that meet the requirements for accreditation. The conditions for accreditation of these programs and the circle of persons who are eligible to apply for are determined by the Board. Issued accreditation may be extended or subtracted depending on the results of the evaluation of the quality of the implementation of the accredited training programs. This evaluation is carried out by the Board at least once in every five years in accordance with the methodology and procedure for monitoring and evaluating the quality of the implementation of accredited training programs for mediators. Also, like many times before, the methodology and procedure for monitoring and evaluation remains unknown to the professional and general public. Training programs for mediators which have been granted with an accreditation are recorded in the Register of accredited training programs for mediators. The Board maintains The Register of trainers for the mediators and the Register of the accredited training programs for mediators.

Do you have a national organization of mediators?

Yes, we have. The Chamber of Mediators (hereinafter: KMRM or the Chamber) as a professional association of mediators was introduced for the first time by Article 28 of the Law on Mediation of 2006. It was founded on 22.10.2006, with headquarters in Skopje and has its own statute, bodies, and is registered as a legal person. Article 66 of the Law on Mediation of 2013, stipulates that the Chamber of Mediators established under the Law on Mediation of 2006 shall cease to function on the day of establishment of the Chamber in accordance with the new law. As a result of failure of the Ministry of justice to adopt a necessary legislation on the one hand, and the inability to form a new Chamber on the other, a legal vacuum was created for a long time, which directly effects on the practice of mediation on the already fragile system of mediation in the Republic of Macedonia. Large part of the positive Law on mediation regulates the Chamber in detail. According to the proposer of the law, such detailed legislative regulations will have positively reflection on functioning of the Chamber. Law on mediation stipulates the obligation for the licensed mediators to be organized in the Chamber of Mediators of the Republic of Macedonia, based in Skopje. The Chamber can

have offices in other cities in the country, according to the Statute of the Chamber. With its decisions, the law precludes the opportunity for the mediators to be organized in other associations than the Chamber. Also, this solution raises up the question about the appropriate allocation of sufficient resources at the local level, needed for the functioning of KMRM, and in *ultima linea* for unfettered access to justice through this way of disputes resolving. The Chamber is entrusted with the following public authorities: maintaining the Register of mediators; certifying the facts for which the Chamber keeps records; and determining the amount of the membership fee for members of the Chamber. Actually, the only fact for which Chamber keeps records is the content of the Register of Mediators. The maintaining of the Register for records of the mediation which ended with an agreement signed before the initiation of court proceedings is obligation for the Ministry of Justice. The maintaining of the Register of trainers and the Register of accredited training programs for mediators is entrusted to the Board. Also, it should be noted that the Law on Mediation of 2013 contains unconstitutional, discriminatory provision, because it provides that as a member of the Ethics Council can be elected only persons older than 35 years of age at a time when the election takes place. It is unclear why the legislator accepted this solution. The Ministry of Justice supervises the work of the Chamber. Unsolved question is what is going to happened with those mediators who are certified according to the previous Law and don't have license.

China
Sophia



Who can mediate?

China has four types of mediation.

- 1) People's mediation—anyone has full capacity can be the mediator;
- 2) court mediation—judges act as mediators;
- 3) administrative mediation—governmental entities act as mediators;
- 4) arbitration mediation—arbitrators act as mediators.

Is there a law that defines who can perform mediation?

People's Mediation Act of the PRC (Order No 34, 2010), Art 14 requires the mediators to be an adult citizen, who is fair and decent, enthusiastic in mediation, and has acquired certain knowledge in culture, policies and law.

What kind of training program is required - how many hours and main topics taught?

Art 14 of the Mediation Act provides that the administrative department for justice at the county level should provide periodical training for people's mediators. It does not specify more details including the length, frequency and content of the training.

Every mediation centre will have its internal training requirements for mediators.

Do you have a national organization of mediators?

China has 800,000 people's mediation centres or institutions. There is no one organisation for all mediators in this country. Some well-known mediation institutions include China Council for the Promotion of International Trade (CCPIT) and China Chamber of International Commerce (CCOIC) Mediation Centre, Shanghai Commercial Mediation Center, Beijing Arbitration Commission Mediation Center, Mainland-Hong Kong Joint Mediation Center.

Hungary

Judit



Who can mediate?

According to the Article 5. of Act LV of 2002, a mediator is the natural person who

- has a university degree and 5 years of experience in the field of the degree, and
- has passed the course mandatory to become a mediator, and
- has not committed a crime, or is not under the penalty of restriction of work.

Is there a law that defines who can perform mediation?

There are several regulation for different types of mediation.

1. The common legal source is the Act LV of 2002 on Mediation.
2. For criminal cases: Act CXXIII on Criminal Mediation.
3. So called „medical mediator” regulated by Act CXVII of 2000
4. Disputes with public authorities, regulated by 185/2009. (IX. 10.) Government Directive

What kind of training program is required - how many hours and main topics taught?

According to the regulation 63/2009. (XII. 17.) of the minister of justice, the mediators are trained at least in 60 hours in the following topics:

1. theory of conflicts
2. theory and practice of negotiation
3. technical tools of mediation
4. knowledge and skills of questioning
5. dealing with problematic parties

6. psychology
7. legal issues of mediation.

The mediators are also have to take courses after this 60 hours: they have to collect a certain amount of credit points from conferences, trainings and supervision.

Do you have a national organization of mediators?

In Hungary the civil associations for mediators are working country-wide. The biggest one is the „National Association of Mediators”, but separately the court system has an own working group for the judicial mediation.

Canada Dominic



Who can mediate?

As a general rule, only those professionals that are trained in ADR are recognized as a mediators. However, any person can provide ‘mediation’ services if they are mandated by their clients to do so. In Quebec, to act as a ‘family mediator’ requires a special licence issued by a number of professional orders.

Is there a law that defines who can perform mediation?

Other than special statutes that define family mediation in Quebec, there are no country wide laws or legal restrictions that clearly define and restrict who can act as a mediator. Several provinces (British Columbia, Ontario, Alberta) have special statutes on the practice of mediation and who can be appointed by their respective justice ministries.

What kind of training program is required - how many hours and main topics taught?

Unfortunately, there is no uniformity across the country with regards to training in mediation (family, civil, commercial). Those organizations that provide certification do require a post secondary degree or certificate/work experience along with a basic training in ADR including an adequate understanding of legal and psychosocial issues. In Quebec, family mediators are required to be a licenced professionals (social worker, lawyer, notary, counsellor) who receive 60 hours of basic training and 45 hours of advanced training. Before being licenced, prospective family mediators need to also successfully complete 10 cases of mediation with supervision.

Do you have a national organization of mediators?

There is currently no official national governing regulatory body for mediators/mediation or formal certification process for mediators. The Alternative Dispute Resolution (ADR) Institute of Canada is one of the country's most important ADR professional organizations. Through its provincial affiliates, it sets ADR education standards and professional practices, especially in civil and commercial mediation. Most practice requirements are set by law societies and bar associations in each province and territory.

In the realm of family mediation, Family Mediation Canada is the only country wide organization that attempts to set national standards of training and practice. However, each province and territory, ultimately, sets its own standards, training and can determine who can practice.

Egypt

Medhat



Who can mediate?

Legally, anyone. Practically, you must have skills and member of a reputable ADR institute to get clients.

Is there a law that defines who can perform mediation?

No, thanks God.

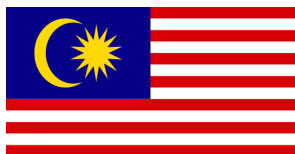
What kind of training is required - - how many hours and main topics taught?

Again, legally nothing; but, in practice, you must be highly skilled.

Do you have a national organization of mediators?

Thanks God, no.

Malaysia Gunavathi



Who can mediate?

Mediators in Malaysia can broadly be categorised as follows:

a) Court appointed mediators pursuant to the court-annexed mediation programme. This is a service provided by the judiciary which is free of charge. The mediators are either judges or judicial officials who have been appointed as mediators in the Court Mediation Centers' across the country;

b) Industrial Court Chairman's conducting mediation for employment disputes;

c) mediators attached to various institutions :

-The Malaysian Mediation Center (MMC) which was formed under the auspices of the Bar Council of Malaysia;

-The Kuala Lumpur Regional Arbitration Center (KLRCA);

- The Construction Industry Development Board (CIDB);
- Securities Industry Dispute Resolution Center (SIDREC);
- The Ombudsman Financial Services – mediation for banking and insurance dispute;
- d) mediators conducting mediation at various Tribunals including the following:
 - The Home Buyers Tribunal;
 - The Consumer Tribunal;
- e) Legal Aid Department – legal aid officers cum mediators conducting family mediation and
- f) private Mediators

Is there a law that defines who can perform mediation?

The statute that governs mediation in Malaysia is the Mediation Act 2012 (the Act). The Act applies to all mediators who fall within the definition of mediator as provided for in Section 7(2) of the Act.

“Section 7 (2) of the Act stipulates that a mediator shall-

- (a) possess the relevant qualifications, special knowledge or experience in mediation through training or formal tertiary education; or
- (b) satisfy the requirements of an institution in relation to a mediator.”

Section 7(2) (a) of the Act provides a wide definition as to who can be a mediator. The term ‘relevant qualification’, ‘special knowledge or experience’ or ‘formal tertiary education’ has not been defined in the Act and is open to interpretation. All private mediators would have to satisfy Section 7(2) (a) of the Act to practice as a mediator in Malaysia.

By virtue of Section 7(2) (b) of the Act, the mediators, attached to the various institutions mentioned in category 1(c) above, would have to fulfil the requirements of their respective institutions to practice as a mediator.

However, Section 2(b) of the Act provides that the Act shall not apply to ‘any mediation conducted by a judge, magistrate or officer of the court pursuant to any civil action that has been filed in court’. As such, all court appointed mediators do not have to fulfil the requirements mentioned in Section 7(2) (a) of the Act.

The current Practice Direction governing mediation in the courts is Practice Direction No 4 of 2016. (PD) Further, the Court Mediation Centres set up by the judiciary in all the States across the country have their respective 'Rules', which prescribe the mediation procedures of the Centre.

As for the Industrial Court, Practice Note No 3 of 2010, governs the use of mediation in the aforesaid courts.

Further, Section 7(2)(c) of the Act provides that the Act shall not apply to the mediators conducting mediation at the Legal Aid Department.

What kind of training is required - - how many hours and main topics taught?

The Mediation Act 2012 does not provide any requirement as to the kind of training programme or the number of hours one has to undergo before one can hold themselves out as a mediator. As such, there is no uniformity in the country for the type of training programme conducted for certification as a mediator.

The individual mediation institutions mentioned above namely MMC, KLRCA and CIDB have their own criteria for accreditation and regulation. There is no consistency in the criteria for practice between the organizations. Typically, the training programme consists of a 40 hours mediation skills training programme that provide certification as a mediator. Only upon successfully completing the aforesaid training which includes an oral assessment, will certification be given to practise as a sole mediator.

The topics covered in the Facilitative Mediation process model skills training programme include the following:

- Overview of dispute resolution processes
- Litigation vs Mediation
- Advantages of mediation
- Negotiation skills
- Pre-Mediation
- The Agreement to Mediate
- The First Joint Session
- . the mediator's opening statement

- . the parties' opening statement
- . issue identification
- . clarification and exploration of issues
- Private Sessions
 - The second joint session-negotiations, tabling options and evaluating offers
 - Drafting the agreement
 - Communication Skills including the following:
 - . listening skills- active listening and passive listening
 - . questioning skills
 - . reframing
 - . paraphrasing
 - . summarising
 - . mediator interventions – breaking impasse
 - Practical Strategies:
 - . reality testing
 - . role reversal
 - . converting interests into options
 - . dealing with stubborn behaviour
 - Special Issues in Mediation
 - . confidentiality
 - . co-mediation
 - . the role of lawyers in mediation

As for the court appointed mediators, the PD and the Court Mediation Centre Rules do not specify the type or model of mediation conducted by their mediators. Neither does it cover the training requirement for their mediators. Similarly, the Industrial Courts Practice Direction is also silent on this.

Save for the MMC, KLRCA and CIDB, the other organizations and tribunals mentioned above do not have any training requirements as well.

Do you have a national organization of mediators?

Currently, there is no national registry which contains a list of mediators in the country. Neither is there a national organization regulating mediators in the country. The only list of mediators available to the public are the list of mediators empanelled with the MMC, KLRCA and CIDB. For mediation to take off successfully, it is pertinent to have mediators in the country who are appropriately skilled, qualified and have reliable standards of practice. In the near future, a national regulatory body should be set up the Government to regulate mediators in the country to ascertain a benchmark for one to practice as a mediator.

Poland

Cezary



Who can mediate ?

There are two categories of mediators in Poland. Mediator is not a protected title and anyone can call her/himself one. The only requirement is to be a natural person with full capacity to undertake legal actions, exercising full range of public rights and not to be a judge (except for retired judges). A protected title is “a permanent mediator”, with a bit higher, but still rather moderate requirements, verified by the court prior to being enlisted as permanent mediator of the specific District Court.

Vast majority of mediations in Poland are in-court mediations, either initiated by the court order to refer the case to mediation or by joint consent of the parties. When it comes to the first category, the order is made *ex parte* and the parties have 7 days to object to it. This week is probably the hardest job we have, because we learn about the possible mediation at the same

time with the parties and we need to convince them to give it a try and not to object the order - our success rate in this regard is about 50 %.

We don't mind our practice of in-court mediation. The example of the statistics that are very promising are those of the Commercial Division of the District Court of Warsaw, where so far about 30 % of the cases are referred to mediation.

We use generally joint meetings with both parties, with some short caucuses. Mediators are, to some extent, the keepers of the process, but e.g. we don't count caucuses to be super sure that both parties had the same number of them.

Mediated settlements are enforceable in Poland similarly to the settlements reached in front of the court, i.e. they may be referred almost directly to executory proceedings.

Confidentiality of mediation is not an absolute rule in Poland and the parties may waive it and e.g. call a mediator as a witness.

Is there a law that defines who can perform mediation ?

Mediation is provided for in criminal law, family law, labour law, consumer law (mainly due to the EU legislation) and civil law. In July 2017 mediation was introduced into administrative proceedings.

Civil mediation is regulated by our Code of Civil Procedure (mainly Articles 183(1) - 183(15)) with some additional provisions in Civil Code (regulating settlement agreement), various regulations and other acts.

Although we used to, currently we generally don't distinguish mediation from conciliation and we only use the term mediation ("mediacja" in Polish) which does not have legal definition. There were some concerns in this regard, but the flexibility of not having legal definition of mediation works just perfect in practice.

We distinguish facilitative and evaluative mediation and we use both. It is guaranteed by the law that mediator is allowed to make non-binding suggestions.

Apart from one very specific case from labour law, mediation is voluntary in Poland, with a lot of legal incentives to use it (including cost incentives) and some obligations of the legal representatives and judges to encourage amicable settlement of the dispute. We highly value voluntariness of mediation.

What kind of training program is required: How many hours and main topics taught ?

There is no pre-specified amount of training hours or experience.
The specific requirements differ depending on the field of law.

Do you have a national organization of mediators ?

We don't have one national organisation of mediators, we either are sole practitioners or are in various private and semi-private associations and mediation centers.

Soon there will be a new project launched by the Ministry of Justice which will create 16 Centres for Mediation and Arbitration all over Poland (Poland has 16 regions) and the Lewiatan Mediation Centre in Warsaw will be coordinator of this network.

It used to participate in the pilot programme of the same kind which took place in the years 2014-2016.

Slovakia Frantisek



Who can mediate ?

A mediator under the Act on Mediation (2004) is defined as any natural person, entered on the list of registered mediators, and which the parties to mediation agree shall assume the function of mediator. Mediators do not need to indicate their specialization when they apply for a registration. They may specialize in particular types of disputes but the list of registered mediators does not contain this information.

Mediators are not obliged to obtain any professional indemnity insurance. Such indemnity insurance is voluntary. They are liable pursuant to provisions of general laws (Civil Code) for damage caused in mediation.

The accreditation and registration of mediators is regulated and Ministry shall register as a mediator a person who:

- a) has full legal capacity;
- b) has completed the university studies of the second degree in the Slovak Republic or holds a recognised certificate of university education of the second degree, issued by a foreign university. A mediator may have completed any university studies: for example, law, psychology, economics, pedagogy, social work, and so on.
- c) is a person of integrity;
- d) holds a certificate of vocational training of a mediator and has successfully completed the professional examination of a mediator within the past six months; and
- e) was not pursuant to the Act on Mediation removed from the register of mediators in another way than on his own request.

The Ministry of Justice of the Slovak Republic keeps a list of registered mediators, mediation centres and educational institutions. There are 1732 registered mediators, 62 mediation centres, and 29 accredited institutions that provide trainings for mediators. The registration of mediators, mediation centres and institutions that accredit mediators is regulated by the Act on Mediation. There are no court mediators in Slovakia except for probation and mediation officers who conduct mediation in criminal matters. A separate law regulates their activity.

If a person is not registered as a mediator by the Ministry, s/he is not considered to be a mediator under the Act of Mediation and therefore cannot offer mediation services within the legal framework of the Act on Mediation. Nevertheless a person not registered under the Act on Mediation may help parties to resolve their dispute using mediation techniques. For example, if the parties agree, it is possible to use a non-registered (foreign) mediator in cross-border mediation. In such cases general regulation (in particular Civil Code) will apply instead of the Act on Mediation.

Is there a law that defines who can perform mediation ?

The Act on Mediation in Slovakia was adopted in June 2004 and entered into force on 1 September 2004. The transposition of the Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters has significantly influenced the development of mediation legislation in the Slovak Republic.

The legislation provides a basic regulatory framework for mediation, remaining flexible in many respects and preserving the advantages of the process. The intricacies of the mediation process (for example, private meetings of a mediator with the parties) are not regulated by the Act on Mediation.

Section 1 of the Act on Mediation provides that the Act applies to disputes arising from civil (pursuant to the Civil Code), family, commercial, and workplace relations. According to practising mediators, mediation in about 80% of cases leads to a successful outcome, i.e. it terminates by a mediated settlement agreement.

This applies to community disputes (conflicts between neighbours and at schools, financial affairs between municipalities, disputes between the mayor and inhabitants, environmental disputes, etc.), family disputes (conflicts between generations, conflicts between spouses, conflicts between spouses before a divorce, division of assets after a divorce, visits of children after a divorce, etc.), labour disputes (problems between employers and employees), disputes concerning ownership (e.g. ownership of a plot of land), commercial disputes (e.g. financial issues between corporations or organizations, controversies between distributors and subscribers, disputes concerning rights of authors, etc.).

What kind of training program is required: how many hours and main topics taught ?

The content of vocational training and assessment of mediators are set out in section 9 of the Act on Mediation. Vocational training, examination and certification of mediators may be conducted only by specifically accredited educational institutions in the range of 200 hours plus oral and written examination.

Section 10a of the Act contains requirements of continuing education of registered mediators and conditions for re-examination of mediators by the Ministry. Mediators are obliged to undertake ongoing vocational training. If a mediator does not participate in at least two trainings every five years, the Ministry of Justice might prescribe re-examination of the mediator.

One of the aims of the accreditation process with the Ministry of Justice is to standardise the education of mediators. Training providers often differ in their interpretation of the Act on Mediation. Some of them focus more on psychological and social elements of mediation, others on its juridical aspects.

It is common for mediators to specialise in resolving disputes in particular fields, for example, family disputes. Mediators tend to focus on disputes that require a special approach, education or experience. Currently there is a demand for mediators specialised in intercultural and community mediation, particularly, in resolving Roma and Sinti related controversies.

Ombudsmen

Ombudsman - Belgium

Marine



Belgium has several ombudsmen schemes at the federal level to deal with disputes with energy, telecom, bank, insurance, postal services, transport etc. They are officially recognised as providers of ADR according to the 2013 directive. In addition, there is a federal service for the remaining complaints (the Consumer Mediation Service). They are members of the CPMO, the Permanent Concertation group of Mediators and Ombudsmen

Specific law per sector. The energy ombudsman has been founded by the article 27 of the electricity law of 29 April 1999. The telecom ombudsman finds its root in the law of 21 March 1991. The Consumer Mediation services was built on the law of the 4th of April 2014.

The ombudsmen are personally appointed and have a public mandate to perform their duties. They hire the relevant staff (case managers) to help them solve the cases and decide on their profiles.

Ombudsmen are appointed after an evaluation of their profiles and experiences. There is no single training process or profile.

CPMO, the Permanent Concertation group of Mediators and Ombudsmen

Ombudsman - France

Marine



The French national energy ombudsman is the public authority in charge of dealing with consumer disputes in the energy sector. The Ombudsman has signed a MoU with the companies' complaints departments (ENGIE, EDF).

Club des Médiateurs de Services au Public <https://clubdesmediateurs.fr>

Decree 2007-1504 of the 19 October 2007. The ombudsman is personally appointed and has a public mandate to perform their duties. They hire the relevant staff (case managers) to help them solve the cases. In general, case managers are trained lawyers.

The ombudsman is appointed after an evaluation of their profiles and political experience. There is no single training process or profile. The current energy Ombudsman, Mr Jean Gaubert, is a former MP.

Ombudsman - UK

Marine



Ombudsman Services is in charge of dispute resolution in the energy and telecom sectors and all unresolved complaints from sectors not covered by a specific scheme.

For energy, OS is officially recognised by OFGEM, the national regulatory authority.

Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes (Competent Authorities and Information) Regulations, 2015 sets out revised standards for redress schemes such as Ombudsman Services.

Ofgem has approved OSE as an appropriate redress scheme in the UK under criteria it set out under the CEAR Act, 2007

Do you have a national organization of mediators ?

The Ombudsman Association

Ombudsman – Spain (Catalonia)

Marine



El Sindic - El defensor de les persones' role is to handle the complaints of anyone who is unprotected before the administrations' actions or omissions. He seeks to ensure the proper working of the Catalan Government (Generalitat) and local administrations, like local councils, provincial governments or county councils. Thus, he

works as a supervisor and collaborator of the Catalan Administration, with the aim of improving its operation.

In addition to working with the administrations, the Síndic is also handling the complaints with the private companies that provide services of public interest, such as electricity, telecommunications, water, gas, the post, etc.

Elected by a majority vote of the Catalan Parliament, the Síndic is politically independent. The Síndic does not belong to any government and acts with objectivity, freedom of criteria and independence.

ACT 24/2009, of December 23, on the Síndic de Greuges (hereafter “the Catalan Ombudsman”) (Official Bulletin of the Generalitat of Catalonia number 5536 of 12 30 2009) ♦

“Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad^{1*}

Ricardo Robles Planas

Catedrático acr. de Derecho penal

Universidad Pompeu Fabra, Barcelona

ABSTRACT: El trabajo analiza las principales estrategias actuales del “Derecho penal de la peligrosidad sexual”, basadas en la inocuización de delincuentes imputables peligrosos e inspiradas en la “ideología de la seguridad”, y reflexiona sobre los límites del Derecho penal ante tales fenómenos.

The article analyzes the main current strategies of the “Criminal Law of the sexual dangerousness”, based on the incapacitation and inspired by the “ideology of security”, and reflects on the limits of criminal law concerning such phenomena.

Der Beitrag analysiert die wichtigsten aktuellen Strategien des “Strafrechts der sexuellen Gefährlichkeit”, die ihre Basis in der, Ideologie der Sicherheit” finden und das Ziel der Neutralisierung der gefährlichen zurechnungsfähigen Täter verfolgen. Dabei werden einige Grundgedanken über die Grenzen des Eingriffs des Strafrechts solchen Phänomenen gegenüber dargestellt.

TITLE: “Sexual Predators”. Strategies and limits of the Law of the criminal dangerousness.

KEYWORDS: Sexual Offenders, Dangerousness, Castration, Commitment, Incapacitation

¹ Este trabajo apareció originalmente en la revista InDret Penal, 4/2007.

SUMARIO: I. Introducción

II. El internamiento (indeterminado) de imputables peligrosos

III. La “castración química” y los registros públicos

IV. El proyecto de reforma del Código Penal: el endurecimiento del régimen de cumplimiento de la pena de prisión y la libertad vigilada

V. Balance: posibilidades y límites del “Derecho penal de la seguridad”

BIBLIOGRAFÍA

“To condemn more and to understand less”

JOHN MAJOR (*The Sunday Times*, 21-2-1993)

“Wegschlieens – und zwar für immer”

GERHARD SCHRÖDER (*Bild am Sonntag*, 8-7-2001)

“Il ne devait pas sortir. Ce n’est pas une question de moyens”

NICOLAS SARKOZY (*Le Monde*, 21-08-2007)

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos contra la libertad sexual representan alrededor del 1 por ciento de los delitos que se cometen en España (al igual que en el resto de los países europeos) y la tasa de reincidencia se mueve en una franja moderada, esto es, entre el 10 y 15 por ciento. En los últimos años, el número de condenados a una pena de más de cuatro años de prisión por un delito contra la libertad e indemnidad sexual¹ no ha superado los 204 al año. De entre ellos, el número de condenados a una pena de entre 4 y 6 años de prisión se mueve entre los 106 del año 2000 y los 162 del año 2004. En esos mismos años se alcanzó la cota mínima y máxima del número de condenados a más de 10 años de prisión por delitos de esta naturaleza: 26 y 44, respectivamente².

² Fuente: Instituto Nacional de Estadística

1. La cuestión del tratamiento de los delincuentes sexuales peligrosos hace tiempo que está entre las principales exigencias que la sociedad dirige al sistema de justicia penal. Éste también conoce una vieja respuesta: la inocuización de tales delincuentes³, si bien su presencia en el Derecho penal posterior a la segunda guerra mundial –por lo que a Europa se refiere, tanto en los distintos Ordenamientos como en la reflexión teórica– había sido muy limitada. El pensamiento de la inocuización, no obstante, ha experimentado un auge inusitado en las legislaciones penales actuales⁴. Así, tanto los países anglosajones –en los que siempre tuvo un mayor eco– como en la mayoría de los de la Europa continental, vienen desarrollando desde hace poco más de una década mecanismos inocuizadores (específicos y diferenciados con respecto al resto de delincuentes) con la explícita finalidad de “proteger a la sociedad” del peligro que representan aquellas personas que manifiestan una tendencia a la repetición de delitos graves y, particularmente, de delitos violentos contra la libertad sexual. En el Derecho comparado, en términos generales, la lucha contra este peligro se ha articulado principalmente desde la lógica de la prolongación de la privación de libertad durante el tiempo que dure la situación de peligrosidad. En países como los Estados Unidos o Inglaterra, la naturaleza de esta prolongación no constituye una preocupación, sino que la finalidad preventiva lleva a justificar en muchos casos la imposición de la privación de libertad por tiempo indeterminado como *pena* en tanto estrategia de neutralización. En Alemania, por su parte, la privación de libertad con fines

Año	Condenados entre 6 m. y 4 años	Condenados + 4 años	Condenados entre 4 y 6 años	Condenados + 10 años
2005	691	198	162	36
2004	703	204	160	44
2003	649	180	140	40
2002	584	178	146	32
2001	520	135	107	38
2000	514	132	106	26

3 Pionero en el pensamiento de la inocuización (exclusión!) para los incorregibles, von Liszt, «Der Zweckgedanke im Strafrecht» (1882), en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. I, 1905, pp. 126 y ss.

4 Véase, Silva Sánchez, «El retorno de la inocuización», en *Estudios de Derecho penal*, 2000, pp. 233 y ss.

exclusivamente inocuizadores se articula mediante el recurso a las *medidas de seguridad* cuya duración tras las últimas reformas del *StGB* también puede llegar a ser indeterminada. En ambos casos, la situación de *imputabilidad* del delincuente peligroso no es obstáculo a la imposición de la pena prolongada o a la adopción de la medida de seguridad de internamiento.

Ello, de entrada, sienta las bases para afirmar que las –tan aclamadas– diferencias entre los sistemas de sanciones monistas (en los que se conoce una única sanción penal, como sucede en los Estados Unidos) y dualistas (donde junto a la pena se prevén medidas de seguridad, como sucede en la mayor parte de países de la Europa continental) desaparecen desde la óptica de la inocuización⁵.

En cambio, el Derecho penal español, donde también las medidas de seguridad son el instrumento llamado a responder a la peligrosidad criminal del autor, en la actualidad, no contempla la posibilidad de imponer medidas de seguridad privativas de libertad a *sujetos imputables* que manifiesten dicha peligrosidad. Por el contrario, en el Código Penal español, las (limitadas, en comparación con otros Ordenamientos⁶) reacciones a la peligrosidad criminal para delincuentes plenamente imputables se reconducen a ciertos efectos en el ámbito del cumplimiento de las penas (endurecimiento del régimen de sustitución y suspensión); a la imposición de penas accesorias privativas de derechos y a las agravaciones generales por reincidencia. En el *apartado II* se profundizará sobre la figura del internamiento –sea como pena, sea como medida– de delincuentes imputables peligrosos prevista en otros países. Y en el *apartado IV* se volverá sobre los recursos que ofrece el Código penal a la luz del Proyecto de reforma que actualmente está en trámite parlamentario.

2. Pese a que el internamiento es la principal estrategia del Derecho penal de la peligrosidad en la actualidad, se han desarrollado también otras reacciones que pueden funcionar como alternativas o

5 Así, Kunz, «Die Sicherung als gefährlich eingestufte Rechtsbrecher: Von der Strategie der Inklusion zur strafrechtlichen Exklusion», en “... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!”, 2006, p. 74, añadiendo que «las necesidades de seguridad de las sociedades postmodernas exigen de la praxis jurídico-penal en ambos lados del Atlántico “tomar todas las precauciones” en caso de duda, esto es, practicar una gestión del riesgo que sitúe el umbral de la potencial peligrosidad social en un nivel bajo y que prevenga de la repetición de hechos delictivos mediante la imposibilidad de alcanzar la libertad condicional incluso en casos de riesgos residuales mínimos».

6 Muy crítico con el instrumental del Código Penal español, recientemente, Sánchez Lázaro, «Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad», *Revista Penal*, núm 17, 2006, pp. 142 y ss, con ulteriores referencias.

instrumentos complementarios a la prolongación de la privación de libertad para combatir la peligrosidad. El debate sobre tales medidas es muy reciente en Europa, de manera que hoy por hoy desempeñan un papel marginal. En el *apartado III* se analizan las principales características de dos de ellas que funcionan desde hace algún tiempo en los países anglosajones: la denominada “castración química” y los registros públicos.

3. Todo lo anterior pone de manifiesto dos aspectos de importancia. Por un lado, que al Derecho penal se le dirige hoy la pretensión de que actúe inocuizando la peligrosidad criminal. Por otro lado, que esa respuesta inocuizadora puede tener muy diversas configuraciones. Ante ello, no puede obviarse la cuestión de la legitimidad del Derecho penal para llevar a cabo el objetivo de la prevención frente a peligros que provienen de sujetos imputables más allá de la reacción a su culpabilidad que supone la pena. Además, no resulta evidente cómo –en caso de dar una respuesta afirmativa a la pregunta por la legitimidad– debe articularse en un Estado de Derecho tal misión. En el *apartado V* se ensayará una breve respuesta a ambas cuestiones como punto de partida para la construcción del Derecho de la peligrosidad criminal.

II. EL INTERNAMIENTO (INDETERMINADO) DE IMPUTABLES PELIGROSOS

1. Hasta los años 90 en los *Estados Unidos* el Derecho penal sexual se caracterizaba por los principios de rehabilitación y tratamiento del delincuente sexual. Es en la década de los 90 cuando la situación da un giro radical: se desconfía de la eficacia de las terapias, se deja de correr los riesgos de las “*parole*” y se apuesta por la tolerancia cero y el apartamiento en lo posible del delincuente (no sólo el sexual) por tendencia de la vida en sociedad. Particularmente, en el ámbito de la delincuencia sexual se van aprobando progresivamente en casi todos los Estados de los Estados Unidos las denominadas “*Sexual Violent Predators-Laws*”⁷ –repárese en la denominación de la ley, literalmente “predator” significa “depredador”–. Pionero en

⁷ Véase un panorama general en Lieb/Matson, *Sexual Predator Commitment Laws in the United States: 1998 Update*, 1998; Lieb/Quinsey/Berliner, “Sexual Predators and Social Policy”, *Crime & Justice* 23 (1998), pp. 43 y ss.

este sentido fue el Estado de Washington, que en el año 1990 aprobó la “*Community Protection Act*” –repárese, de nuevo, en el nombre de la ley– y estableció, junto a la creación de registros para delincuentes sexuales, la medida denominada “*civil commitment*” o “*involuntary commitment*”. Con este nuevo instrumento, aunque el delincuente sexual hubiera cumplido su condena, éste debía permanecer privado de libertad por su peligrosidad para la comunidad por tiempo indeterminado hasta que dejara de representar un peligro para aquella. En la actualidad el modelo de las “*Sexual Violent Predators-Laws*”, con la medida de internamiento por tiempo indeterminado, se ha generalizado en los Estados Unidos.

También en Inglaterra la ideología de la “*Incapacitation*”⁸ dejó su huella en la *Criminal Justice Act de 1991*, primero, y en la actual *Criminal Justice Act de 2003*, después. Según esta última, la comisión de dos delitos sexuales, unida al riesgo de repetición futura, provoca que al delincuente se le imponga una “*extended sentence*” o bien una “*indeterminate sentence*”. La primera modalidad implica el sometimiento del sujeto a un periodo de seguridad tras el cumplimiento de la pena. La segunda modalidad, prevista para los supuestos más graves, comporta desde una “*sentence for public protection*” (cuya duración mínima no puede ser inferior a los diez años de prisión) hasta una pena a cadena perpetua (“*life sentence*”).

2. La *Sicherungsverwahrung* (custodia de seguridad)⁹ existe en el *StGB* desde que se introdujeron en él las medidas de seguridad en el año 1933 y ha sido y sigue siendo el principal instrumento del Ordenamiento penal alemán para combartir la reincidencia en delincuentes violentos peligrosos. Sin embargo, tras el derrumbe del régimen nacionalsocialista esta medida se mantuvo prácticamente

8 Easton/Piper, *Sentencing and Punishment*, 2005, p. 126; Zimring/Hawkins, *Incapacitation*, 1995, pp. 42 y ss.

9 De entre la abundante bibliografía alemana, véase, recientemente, Bender, *Die nachträgliche Sicherungsverwahrung*, 2007, *passim*; Peglau, “Das Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung”, *NJW* 2007, pp. 1558 y ss.; Kreuzer, “Nachträgliche Sicherungsverwahrung – rote Karte für gefährliche Gefangene oder für den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz?”, *ZIS* 4/2006, pp. 145 y ss.; Kinzig, “Die Sicherungsverwahrung – von einer vergessenen zu einer boomenden Massregel”, en Barton (Hrsg.), “... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!”, *Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung*, 2006, pp. 143 y ss.; Albrecht, H.-J., “Antworten auf Gefährlichkeit. Sicherungsverwahrung und unbestimmter Freiheitsentzug”, en *FS-Schwind*, 2006, pp. 191 y ss. En lengua española, una detallada exposición de su regulación puede verse en, Cano Paños, “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) en el derecho penal alemán, CPC 2007, pp. 205 y ss., manifestándose muy crítico con esta medida. Véase también, Sánchez Lázaro, “Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la custodia de seguridad”, *Revista Penal*, núm. 17, 2006, pp. 142 y ss., quien se muestra favorable a la adopción de la custodia de seguridad por el Derecho penal español.

inaplicada hasta que en 1998 la Ley para la lucha contra los delitos sexuales¹⁰ reformó los presupuestos de su imposición, ampliando sus posibilidades de aplicación. Posteriormente, la custodia de seguridad ha sido reformada en dos ocasiones más para extender su ámbito de operatividad a casi todas las situaciones en las que la peligrosidad del delincuente resulta una “amenaza para la sociedad”.

En esencia, la custodia de seguridad se contempla actualmente en el § 66 del *StGB* como una prolongación de la privación de libertad, esto es, a cumplir tras la pena de prisión, bien con carácter obligatorio para el juez en supuestos de delincuencia grave reincidente o bien con carácter facultativo cuando, pese a no existir condenas anteriores, se esté ante sujetos que han manifestado una tendencia hacia el delito a través de la comisión de diversos delitos dolosos. El requisito material que en todo caso debe concurrir es la tendencia o propensión a la comisión de delitos de gravedad (en la actualidad ya no sólo contra la vida y la integridad, sino también de carácter económico -¡!-) y la existencia del correspondiente “peligro para la sociedad”. Inicialmente la custodia podía tener una duración máxima de diez años. No obstante, la reforma de 1998 eliminó el límite máximo, de manera que ahora puede tener una duración de por vida, si bien se puede declarar extinguida tras el transcurso de diez años de internamiento si ha dejado de existir el peligro de comisión de delitos graves. La custodia de seguridad, hasta el año 2002, debía decretarse en la misma sentencia condenatoria, lo que implicaba que en muchos supuestos el pronóstico de peligrosidad fuera incierto y, por consiguiente, no se ordenara la medida. Por este motivo en dicho año se introdujo la posibilidad de reservarse en la sentencia la imposición de la medida (*vorbehaltene Sicherungsverwahrung*)¹¹. Así, cuando el pronóstico de peligrosidad es incierto en el momento de producirse la condena, el tribunal puede acordar que se reserva la posibilidad de adoptar la medida de seguridad hasta el momento en que el delincuente haya cumplido una parte importante de la pena. Sin embargo, aún tras este relajamiento de los requisitos de imposición de la medida, en el año 2004 se dio un paso más, fundamentalmente para cubrir supuestos de delincuentes sexuales con-

10 “Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten” (BGBl. I., p. 160)

11 “Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung” (BGBl. I., p. 3344).

denados con anterioridad a la reforma del 1998, con la introducción de imposición de la custodia de seguridad posterior al cumplimiento de la pena (*nachträgliche Sicherungsverwahrung*)¹². De esta manera, se prescinde ahora completamente de la obligación de dictar la medida o su reserva en la sentencia condenatoria, pudiendo el tribunal decretar la custodia con posterioridad a la sentencia y antes de que el sujeto alcance la libertad cuando así lo aconseje una valoración global de las circunstancias del delincuente a la luz de su peligrosidad. En la actualidad existe un proyecto de ley para introducir la custodia de seguridad impuesta con posterioridad en el ámbito del Derecho penal juvenil¹³.

En Suiza se ha dado un paso más allá al aprobar por iniciativa popular una modificación de la Constitución¹⁴ (pendiente en la actualidad de ratificación parlamentaria) en virtud de la cual a un delincuente violento o sexual que sea definido como extremadamente peligroso y no susceptible de tratamiento pueda imponérsele la medida de internamiento en custodia de seguridad *perpetua* y *sin posibilidad de revisión* por su elevado riesgo de reincidencia¹⁵.

4. Existe acuerdo en la doctrina alemana para calificar a esta medida como “el último recurso de la política criminal”¹⁶. Sin embargo, se muestra profundamente dividida en torno a la constitucionalidad de por lo menos algunas de sus modalidades de imposición. Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán ha declarado en dos ocasiones que la custodia de seguridad es compatible con la Ley Fundamental¹⁷. Por otro lado, no debe olvidarse que en Alemania el internamiento en centro psiquiátrico como medida de seguridad

12 “Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung” (BGBl. I, p. 1838).

13 Véase, críticamente, Ostendorf/Bochmann, “Nachträgliche Sicherungsverwahrung bei jungen Menschen auf dem internationalen und verfassungsrechtlichen Prüfstand”, ZRP 2007, pp. 146 y ss.

14 Art. 123a BV.

15 Sólo cuando mediante nuevos descubrimientos científicos se acredite que el delincuente puede ser tratado, de manera que deje de existir peligro para la sociedad, podrá emitirse un nuevo informe en virtud del cual las autoridades podrán dejar en suspenso la medida de custodia. Véase, críticamente, Kunz/Stratenwerth, «Zum Bericht der Arbeitsgruppe “Verwahrung”», Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 123, 2005, pp. 2 y ss.

16 La expresión proviene del primer informe de la comisión para la reforma del sistema de sanciones (BT-Druck V/4094, p. 19); calificándola como la variante alemana de la regla americana “Three strikes and you are out”, Kreuzer, «Nachträgliche Sicherungsverwahrung – rote Karte für gefährliche Gefangene oder für den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz?», ZIS 4/2006, p. 145.

17 Así, BVerfG, NJW 2004, p. 739 (p. 744); BVerfG, NJW 2006, p. 3483 y s. En esta última sentencia el Tribunal ha declarado la constitucionalidad de la custodia de seguridad impuesta con posterioridad a la sentencia siempre que la peligrosidad del sujeto resulte de circunstancias nuevas que no fueron tenidas en cuenta en la sentencia condenatoria.

para delincuentes inimputables también puede tener una duración indeterminada y que además existe la condena a cadena perpetua¹⁸. Todo ello ha llevado a buena parte de la doctrina a afirmar que en la actualidad no puede sostenerse seriamente la existencia de una estricta separación entre la pena privativa de libertad y las medidas de seguridad privativas de libertad²⁰. En particular, la rápida y desmedida expansión²¹ de la custodia de seguridad ha encontrado en la doctrina un importante rechazo, que se ha ocupado de denunciar la preocupante ausencia de límites y la contradicción de la regulación que de esta medida hace el *StGB* con principios fundamentales del Estado de Derecho²². Así, se ha afirmado que

la pena y la medida de seguridad conminan, (y en el caso concreto) se imponen y se ejecutan con finalidades preventivas tanto desde el punto de vista general como individual. El proceso penal es el mismo. La peligrosidad del autor opera agravando la pena. Ambas sanciones se vinculan con hechos delictivos cometidos. Ambas se ubican según el Tribunal Constitucional dentro de la misma competencia legislativa penal del Estado. En la ejecución de la pena de prisión se trata también de la protección de la sociedad. La ejecución de ambas sanciones tiene lugar en los mismos establecimientos o departamentos. Ambas

18 En Alemania la cadena perpétua está únicamente prevista para el asesinato y su constitucionalidad está supeditada a que tras 15 años de privación de libertad el sujeto quede en libertad condicional si no representa un peligro para la sociedad.

19 Algunos datos relevantes: en el año 2003 se impuso la medida de internamiento en centro psiquiátrico por tiempo indeterminado a 876 sujetos y la custodia de seguridad a 66. A fecha de 31.3.2004 en Alemania permanecían un total de 5390 sujetos internados en centros psiquiátricos por tiempo indeterminado y un total de 324 sujetos sometidos a custodia de seguridad. Estos datos contrastan con el número de sujetos condenados a cadena perpétua en el mismo año 2003: 80; y con el número de sujetos condenados a una pena de entre 10 y 15 años de prisión: 160. Asimismo, a fecha de 31.3.2004 en Alemania estaban cumpliendo cadena perpétua 1794 personas y 1051 lo hacían bajo una condena de entre 10 y 15 años de privación de libertad (los datos los ofrece Albrecht, H.-J., “Antworten auf Gefährlichkeit. Sicherungsverwahrung und unbestimmter Freiheitsentzug”, en FS-Schwind, 2006, p. 196-197). Véase también la referencia bibliográfica contenida infra en la nota 21.

20 Se habla de “intercambiabilidad funcional” (Albrecht, H.-J., “Antworten auf Gefährlichkeit. Sicherungsverwahrung und unbestimmter Freiheitsentzug”, en FS-Schwind, 2006, p. 203).

21 Véanse las elocuentes cifras sobre la evolución de su aplicación en los últimos, tras las reformas legales, en Kinzig, “Die Sicherungsverwahrung – von einer vergessenen zu einer boomende Maßregel –“, en “... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!”, Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung, 2006, pp. 143 y ss.

22 Denunciándose incluso la infracción del art. 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos (así, Renzikowski, «Die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die Europäische Menschenrechtskonvention», JR 2004, pp. 271 y ss; Kinzig, “Umfassender Schutz vor dem gefährlichen Straftäter? – Das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung”, NSTZ 2004, pp. 655 y ss; Laubenthal, «Die Renaissance der Sicherungsverwahrung», ZStW 116 (2004), p. 750.) Entiende que no se produce tal vulneración, Hörnle, “Verteidigung und Sicherungsverwahrung”, StV 2006, p. 383 y ss.

formas de ejecución deben prever el tratamiento. En definitiva, los custodiados experimentan la ejecución de la misma manera a como la experimentan los presos, si bien con perspectivas mucho más vagas acerca de su puesta en libertad. Si, por consiguiente, los aspectos comunes preponderan, entonces el constructo teórico (ampliamente desconectado de la empiria), por no decir sofista, de una diferenciación fundamental entre pena y medida de seguridad no debería justificar una separación radical del ámbito de protección de las garantías de la libertad del art. 103.2 y 3 GG [principio de legalidad penal; non bis in idem], sino en todo caso su matización gradual²³.

III. LA “CASTRACIÓN QUÍMICA” Y LOS REGISTROS PÚBLICOS

1. La medicación consistente en anti-andrógenos (en el lenguaje corriente conocida como “castración química”) reprime los instintos sexuales y reduce la producción de testosterona²⁴. En este sentido, tiene los mismos efectos que la castración quirúrgica, pero ofrece la ventaja de ser reversible y resulta un procedimiento considerablemente más barato que el mantenimiento del sujeto en prisión²⁵. Los compuestos químicos más utilizados son el Acetato de Medroxiprogesterona (MPA) –comercializado bajo el nombre de *Depo-Provera*– y el Acetato de Cypoterona (CPA). Ambas drogas operan enviando al cerebro la falsa señal de que el organismo dispone de suficiente testosterona, de manera que aquel deja inmediatamente de producirla. Se deben administrar periódicamente (por regla general, semanalmente). Los resultados de estos tratamientos sobre el com-

23 Denunciándose incluso la infracción del art. 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos (así, Renzikowski, «Die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die Europäische Menschenrechtskonvention», JR 2004, pp. 271 y ss; Kinzig, “Umfassender Schutz vor dem gefährlichen Straftäter? – Das Gesetz zur Einführung der nachträgliche Sicherungsverwahrung”, NSTZ 2004, pp. 655 y ss.; Laubenthal, «Die Renaissance der Sicherungsverwahrung», ZStW 116 (2004), p. 750.) Entiende que no se produce tal vulneración, Hörnle, “Verteidigung und Sicherungsverwahrung”, StV 2006, p. 383 y ss.

24 Véase, Fitzgerald, Chemical Castration: MPA Treatment of the Sexual Offender, American Journal of Criminal Law 18 (1990), p. 6; Rucknell, Abuse It and Lose It: A Look at California's Mandatory Chemical Castration Law, Pacific Law Journal 28 (1997), p. 559; Winslade, “Castrating Pedophiles Convicted of Sex Offenses Against Children: New Treatment or Old Punishment?”, SMU Law Rev. 51, 1998, p. 371.

25 Se estima que el coste del tratamiento es de unos 160 dólares mensuales (Cfr. Harrison, “The High-Risk Sex Offender Strategy in England and Wales: Is chemical castration an Option?”, The Howard Journal of Criminal Justice, vol. 46, n. 1, 2007, p. 20).

portamiento sexual parecen ser altamente efectivos²⁶. Sin embargo, en la medida en que la medicación cesa, vuelve a manifestarse el comportamiento sexual anterior del sujeto. Por otro lado, los efectos secundarios son muy importantes²⁷ y los daños que puede producir una dosificación incorrecta son también considerables. Con todo, al respecto existe un cierto debate entre los científicos. En todo caso, sobre lo que existe acuerdo general es que la castración química sólo se muestra efectiva en los casos de criminalidad asociada a parafilias, esto es, a supuestos de instinto sexual extremadamente anormal vinculado a fantasías, como sucede en la gran mayoría de pedofilias²⁸. Otras desviaciones sexuales y, particularmente, la predisposición a la violencia sexual no resultan modificadas mediante los tratamientos hormonales, cuya administración en tales supuestos puede tener incluso efectos contraproducentes²⁹.

2. En la actualidad aproximadamente un tercio de los estados que forman los Estados Unidos de América tienen en vigor leyes de castración. De nuevo fue durante la década de los 90 cuando apareció por vez primera en tiempos recientes la posibilidad de usar medicamentos para luchar contra el peligro que representan los delincuentes sexuales. En esta ocasión fue California el primer Estado en dotarse de una ley de castración química en el año 1996. En términos generales la castración química en los Estados Unidos constituye una medida de tratamiento que posibilita que no se ejecute la totalidad de la privación de la libertad del condenado, esto es, opera como una condición para obtener la libertad condicional (*parole*). Así sucede en California, Florida, Colorado, Georgia, Louisiana, Montana,

26 Véase, Winslade, "Castrating Pedophiles Convicted of Sex Offenses Against Children: New Treatment or Old Punishment?", *SMU Law Rev.* 51, 1998, p. 373 y ss.; Hansen/Lykke-Olesen, "Treatment of dangerous sexual offenders in Denmark", *Journal of Forensic Psychiatry*, 8, 1997, pp. 195 y ss.

27 Véase, por ejemplo, Rucknell, «Abuse It and Lose It: A Look at California's Mandatory Chemical Castration Law», *Pacific Law Journal* 28 (1997), p. 559; Meyer/Cole/Emory, "Depo-Provera treatment for sex offending behavior: An evaluation of outcome", *Bulletin of the American Academy of Psychiatry and Law*, 20, (1993), pp. 249 y ss. Se mencionan como efectos secundarios: aumento de peso, sudores fríos, pesadillas, debilidad muscular y fatiga, disfunciones de la vesícula biliar y diverticulitis, atrofia testicular, diabetes mellitus, flebitis, dolores de cabeza, insomnio, náuseas, disnea, hiperlucemia, calambres en las extremidades, pérdida de pelo e incremento de la temperatura corporal. No existen evidencias respecto del cáncer ni tampoco se conocen los efectos a largo plazo de un tratamiento prolongado.

28 En este sentido, Flack, "Chemical castration: An Effective Treatment For The Sexually Motivated Pedophile or an Impotent Alternative to Traditional Incarceration?", *Journal of Law in Society* 7 (2005), p. 182 y ss.; Berlin, "Chemical Castration" for Sex Offenders", *New Eng. J. Med.* 336, 1997, p. 1030.

29 Cfr., Farkas/Stichman, "Sex Offender Laws: Can Treatment, Punishment, Incapacitation, and Public Safety be Reconciled?", *Criminal Justice Rev.* 27, 2002, p. 278; Flack, "Chemical castration: An Effective Treatment For The Sexually Motivated Pedophile or an Impotent Alternative to Traditional Incarceration?", *Journal of Law in Society* 7 (2005), p. 184.

Texas, Oregon y Wisconsin. Más allá de ello, las regulaciones de cada Estado divergen considerablemente. Así, en Florida la ley autoriza al juez a imponerla incluso ya en el primer delito sexual, siendo obligatoria a partir del segundo. En California el juez debe imponerla necesariamente a partir del segundo delito sexual. En otros estados, en cambio, el juez goza de mayor discrecionalidad. En cuanto a su duración ésta también varía en función del estado. En Florida, por ejemplo, es el Juez quien debe determinarla y puede llegar a ser de por vida. En otros estados (California, Oregon) la duración de la medida queda en manos del correspondiente Departamento de Corrección. Sólo en California está expresamente previsto un procedimiento de consentimiento informado para el sujeto que recibe el tratamiento.

3. Las “leyes de castración” han venido acompañadas de un intenso debate en los Estados Unidos, que aún hoy sigue vivo. En realidad, puede afirmarse que no existe todavía claridad sobre si las leyes de castración son o no conformes a la Constitución americana³⁰. Asimismo se constata una carencia de doctrina jurisprudencial al respecto. Los detractores de la castración química esgrimen que se trata de un castigo cruel e inusual (“*cruel and unusual*”), prohibido por la Constitución americana en su octava enmienda. Sus partidarios sostienen que no se trata de un castigo, sino de un tratamiento considerado una necesidad médica³¹. Sin embargo, la idea de que la castración química constituya un auténtico “tratamiento” ha sido seriamente puesta en duda³². En cualquier caso, con independencia de que constituya un castigo o no, lo cierto es que la Corte Suprema de los Estados Unidos tiene establecida una doctrina desde 1972 con una serie de características para calificar un castigo como contrario a la octava enmienda, características que parecen *no concurrir* en el caso de la castración química³³: un castigo es cruel y excepcional si su aplicación es arbitraria, desaprobada por la comunidad y desproporcionado respecto de los fines que persigue el legislador³⁴.

30 Véase una exposición en, Wong, “Chemical castration: oregon’s innovative approach to sex offender rehabilitation, or unconstitutional punishment?”, *Oregon Law Review*, vol. 80, 2001, pp. 267 y ss.

31 Así, por ejemplo, Flack, “Chemical castration: An Effective Treatment For The Sexually Motivated Pedophile or an Impotent Alternative to Traditional Incarceration?”, *Journal of Law in Society* 7 (2005), p. 190.

32 Así, Palermo/Farkas, *The dilemma of the sexual offender*, 2001.

33 Véase *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

34 Sobre ello véase, Wong, “Chemical castration: oregon’s innovative approach to sex offender rehabilitation, or unconstitutional punishment?”, *Oregon Law Review*, vol. 80, 2001, pp. 283 y ss.

Igualmente, en contra de la castración química se argumenta con el derecho a la autonomía personal y el derecho a la procreación. Sin embargo, por lo que hace a la posible afectación segundo, no se ha considerado estar ante un argumento convincente, pues este derecho no quedaría eliminado definitivamente, sino sólo en suspenso mientras dure la medicación (si bien debe tenerse en cuenta que en algún estado éste puede prolongarse durante toda la vida del sujeto). Respecto al derecho a la autonomía personal en su vertiente de autodeterminación sobre el propio cuerpo, ciertamente, la castración química no voluntaria lo lesionaría abiertamente, aunque podría considerarse –como se ha hecho en otras ocasiones por la Corte Suprema de los Estados Unidos– que tal lesión debe quedar justificada porque en la correspondiente ponderación pesan más las razones de seguridad pública que la injerencia en el derecho de autodeterminación del sujeto peligroso. En todo caso, parecería que la castración *voluntaria* sí sería compatible con el mencionado derecho. Ello es especialmente importante para la aplicación de la medida de castración química como condición para la reducción del tiempo de privación de libertad o su sustitución o suspensión. No obstante, tampoco aquí puede hablarse de la existencia de un consenso pacífico, pues existe quien niega la auténtica “libertad” del consentimiento prestado por el sujeto que se halla ante la amenaza de cumplir una pena privativa de libertad de larga duración. Este argumento, pese lo atendible de sus intenciones, ha sido contrarrestado por quienes opinan que, en todo caso, se trata de una situación de elección entre dos opciones, que de no existir la posibilidad de la castración química, quedaría reducida a una sola (el cumplimiento de la pena de prisión), de modo que se amplía el espacio de libertad del sujeto³⁵.

En definitiva, se advierte un mínimo consenso en los Estados Unidos relativo a que la castración química es preferible a la pena de prisión de larga duración y que es admisible siempre y cuando se sepa que va a ser efectiva para tratar el concreto desorden sexual del sujeto, que la administración de la sustancia se haga contando con el consentimiento informado del sujeto y que éste muestre la suficiente

35 Véase al respecto, Fitzgerald, “Chemical castration: MPA treatment of the sexual offender”, *American Journal of Criminal Law*, 18, 1990, p. 22.

disposición para tratar de corregir su comportamiento sexual³⁶, vinculándose, además, a una terapia psiquiátrica convencional³⁷.

4. En Europa la castración química como método moderno para combatir la delincuencia sexual reiterada y grave ha irrumpido muy recientemente en el debate político de algunos países, particularmente en Francia y en Inglaterra, donde se advierte cierta simpatía por la medida³⁸, sin que en ninguno de ellos se haya previsto por el momento la adopción de procedimientos concretos. En Alemania, por su parte, no se plantea como una opción político-criminal en la actualidad, si bien debe recordarse que en este país está vigente una ley de castración voluntaria desde el año 1969, sobre la base de la cual tan sólo tienen lugar entre 10 y 12 castraciones por año³⁹.

5. Un mecanismo largamente ensayado en los Estados Unidos es el de ofrecer información a la sociedad de la ubicación de ciertos delincuentes sexuales ya en libertad para que de este modo los ciudadanos puedan adoptar las medidas que consideren oportunas, entre otras cosas. Inicialmente las “*Registration-Laws*” sólo obligaban al delincuente sexual a registrarse ante ciertas autoridades administrativas, que debían ejercer el oportuno control sobre ellos. Sin embargo, en la década de los noventa aquellas derivaron en “*Community Notification-Laws*”, del cariz descrito. Estas leyes son conocidas como *Megan’s Laws*, en referencia al niño de siete años asesinado por motivos sexuales en 1994 por un vecino que ya había sido condenado dos veces por abusos a menores. En la actualidad el sistema se ha extendido por casi todos los estados y se ha generalizado el modelo de clasificar a los delincuentes peligrosos en tres niveles según el grado de su peligrosidad para proceder a la comunicación pública. El principio rector es éste: cuanto más peligroso sea el delincuente, mayor es el número de

36 No sólo la aceptación del tratamiento, sino la implicación y cooperación del sujeto en el mismo, parece ser una de las claves del éxito de la medicación, véase, Brody/Green, “Washington states unscientific approach to the problem of repeat sex offenders”, *Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 20, 1994, pp. 343 y ss.

37 Así, Farkas/Stichman, “Sex Offender Laws: Can Treatment, Punishment, Incapacitation, and Public Safety be Reconciled?”, *Criminal Justice Rev.*, 27, 2002, p. 274. Véase también, Carpenter, “Belgium, Germany, England, Denmark and the United States: The Implementation of Registration and Castration Laws as Protection against Habitual Sex Offenders”, *Dickinson Journal of International Law*, 16, 1998, pp. 435 y ss. y 454, quien además considera que en Europa se da la misma tendencia (¡!); resignadamente, Wong, “Chemical castration: oregon’s innovative approach to sex offender rehabilitation, or unconstitutional punishment?”, *Oregon Law Review*, vol. 80, 2001, p. 298.

38 Véase, favorable a su introducción en Inglaterra y Gales, recientemente, Harrison, “The High-Risk Sex Offender Strategy in England and Wales: Is chemical castration an Option?”, *The Howard Journal of Criminal Justice*, vol. 46, n. 1, 2007, pp. 16 y ss.

39 Gaenslen, *Die Behandlung rückfallgefährdeter Sexualstraftäter*, 2005, p. 91.

destinatarios de la información. Así, respecto de un delincuente clasificado en el nivel I (riesgo moderado), sólo las autoridades públicas pueden tener acceso a la información. En el nivel II (riesgo medio), en cambio, cualquier organización de interés general puede informarse sobre el delincuente. Finalmente, todos los ciudadanos tienen derecho a recibir información sobre delincuentes clasificados en el nivel III (riesgo elevado)⁴⁰. En la Europa continental el mecanismo de los registros públicos o de otras reacciones similares (las llamadas “penas o medidas vergonzantes o humillantes”⁴¹) carece de presencia en la actualidad.

IV. EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL: EL ENDURECIMIENTO DEL RÉGIMEN DE CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE PRISIÓN Y LA LIBERTAD VIGILADA

Ninguna de las anteriores estrategias parece ser el camino seguido por el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código penal. En cambio, en él se prevé una serie de medidas para atacar la delincuencia reincidente y habitual⁴² en general (por consiguiente, no específicamente vinculada a los delitos contra la libertad sexual) en una nueva rúbrica situada entre la regulación de las penas y la de las medidas de seguridad en el CP. En primer lugar, según el Proyecto en el nuevo art. 94 se establecerá que en casos de reincidencia y habitualidad los jueces *no podrán* dejar en suspenso la ejecución de la pena privativa de libertad, salvo que de las circunstancias del hecho y del autor se valore la oportunidad de su concesión –hasta la fecha el art. 87.2 obliga a valorar en todo caso la oportunidad de la concesión, si bien sólo admite el posible beneficio para los reincidentes–. En el caso de los habituales *no podrán* sustituirla por otra, de manera que se cierra completamente la puerta a las medidas alternativas a la prisión. En segundo lugar, conforme al Proyecto el nuevo artículo 94

40 La aludida información está disponible en internet y consiste en ofrecer nombre y apellidos, fotografía, domicilio, datos de la condena, etc.

41 Véase, críticamente, Pérez Triviño, “El renacimiento de los castigos avergonzantes”, *Isonomía*, núm 15, 2001, pp. 193 y ss.

42 Según el Proyecto «se consideran reos habituales los que al delinquir hayan sido anteriormente condenados por tres o más delitos dolosos o el mismo número de delitos de homicidio o lesiones cometidos por imprudencia en un plazo no superior a cinco años, no debiendo ser tenidos en cuenta los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo. No obstante lo anterior, la habitualidad también podrá ser apreciada aunque los delitos que la integren sean todos ellos objeto de enjuiciamiento en la misma sentencia». Esta importante modificación del concepto de habitualidad, en realidad, implica equipararla a la antigua noción de reiteración delictiva del CP de 1973 al desvincularla de la exigencia de que los delitos anteriores posean la propiedad de estar comprendidos en el mismo capítulo del Código penal.

establecerá la *obligación* al Juez de imponer en la sentencia condenatoria *alguna* de las siguientes cinco medidas:

1.^a Que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no pueda efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta;

2.^a Que para la concesión de la libertad condicional se hayan extinguido las cuatro quintas partes de la condena impuesta;

3.^a El sometimiento a programas de tratamiento terapéutico o educativo de hasta dos años;

4.^a Cumplida la condena, decretar libertad vigilada por tiempo de hasta dos años;

5.^a Cumplida la condena, decretar la medida de expulsión regulada en el artículo 89.

Como puede observarse las *dos primeras medidas* suponen un endurecimiento muy relevante del *régimen de cumplimiento* de la pena de prisión, pese a que se contemple la previsión de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria pueda acordar la aplicación del régimen general de cumplimiento, si se produjera una evolución favorable. Ambas previsiones (la *ampliación del denominado “periodo de seguridad”* y la aproximación al *cumplimiento íntegro de la pena*) van en la misma línea que la reforma operada por la LO 7/2003, con la importante diferencia de que en aquella reforma el endurecimiento del régimen de cumplimiento se aplicó únicamente a delitos graves, mientras que ahora se pretende generalizar a toda clase de reincidencia y habitualidad. Por su parte, el *sometimiento a programas de tratamiento terapéutico o educativo*, pese a que no se indique, necesariamente ha de tener la naturaleza de medida de seguridad (puesto que no se menciona en el catálogo de penas y tampoco estamos aquí ante una regla de conducta o condición como en los casos de sustitución o suspensión). Siendo así, estamos ante una medida de seguridad (cumulativa o complementaria a la pena) cuyo presupuesto de imposición nada tiene que ver con la inimputabilidad o imputabilidad disminuida del sujeto, sino exclusivamente con la peligrosidad futura que manifiesta el reincidente. Esto es, se trata de una medida de seguridad para imputables. Por lo demás, nada se menciona respecto al régimen de su cumplimiento, lo que abre una serie de importantes interrogantes. Finalmente, la *libertad vigilada* constituye una medida

similar a la *Führungsaufsicht* prevista en el *StGB*⁴³ y ya se conoce en el Derecho español en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor. Consiste en imponer la obligación al penado de facilitar de manera efectiva y constante su localización y el juez puede acordar que su control se realice mediante medios electrónicos. En el Proyecto de reforma del CP esta medida, en general, puede tener la naturaleza de pena privativa de derechos (calificada como menos grave y con una duración de entre seis meses a un año) o de medida de seguridad (nuevo número añadido al art. 96.3 CP). En el contexto que ahora nos ocupa, pese al silencio del prelegislador, debe entenderse que tiene el carácter de medida de seguridad complementaria a la pena, pues expresamente se menciona su procedencia tras el cumplimiento de la *condena*. Su duración, a diferencia de cuando funciona como pena, puede alcanzar los dos años. De nuevo, pues, se trata de una medida de seguridad para sujetos imputables.

V. Balance: posibilidades y límites del “Derecho penal de la seguridad”

1. Desde hace más de cien años se discute en Europa si y hasta qué punto el Derecho penal puede y debe intervenir contra los delincuentes peligrosos. El debate se inició en torno a la idea de si la pena debía ser el instrumento idóneo para prestar la necesaria seguridad o bien si otras medidas eran las que debían estar llamadas a tal efecto⁴⁴. Como es sabido, el resultado del debate siempre fue ines-

⁴³ En Alemania desde 1975 el *StGB* incluye entre el catálogo de medidas de seguridad la *Führungsaufsicht*. Esta medida puede imponerse cuando, estando especialmente prevista para el delito de que se trate, el sujeto resulte condenado a una pena de prisión superior a seis meses de duración y subsista el peligro de comisión de hechos futuros. El sujeto sometido a vigilancia está a disposición de un ente especial, que colabora con el tribunal sentenciador y se le designa a un asistente que velará por su conducta y por el cumplimiento de las órdenes que se le hayan impuesto. Entre ellas destacan la obligación de no abandonar el lugar de domicilio o residencia o una determinada área sin el permiso del ente de vigilancia; la obligación de no acudir a determinados lugares, desempeñar determinadas actividades o poseer determinados objetos relacionados con la posible comisión de delitos futuros o la obligación de presentarse periódicamente ante una determinada autoridad. La duración mínima de la medida es de dos años y la máxima de cinco, pudiendo llegar a ser mayor e incluso indeterminada cuando el sujeto no consienta o incumpla determinadas órdenes judiciales y exista peligro de comisión de delitos futuros. Por su parte, en ciertos estados de los Estados Unidos se contempla el instrumento de la “*(lifetime) supervision*”. Tras el cumplimiento de la pena privativa el sujeto queda sometido al control de las autoridades de persecución penal, control que puede llegar de por vida, cuando ello es necesario. En caso de que no lo sea, el juez puede acordar una duración determinada. La medida consiste en que el sujeto debe dar cuenta de su situación, movimientos, cambios profesionales y otras actividades a un *parole officer*, quien, por ejemplo, tendrá que autorizar al sujeto los cambios de domicilio fuera del estado en cuestión. En el marco de la “*(lifetime) supervision*” suelen acordarse diversas medidas complementarias a cuyo cumplimiento queda obligado adicionalmente el sujeto vigilado: prohibición de poseer pornografía, de consumir alcohol, sometimiento a determinados programas, etc.

⁴⁴ Al respecto, por todos, Jorge Barreiro, Las medidas de seguridad en el Derecho penal español, 1976; Sanz Morán, Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal, 2003.

table: se conservó el carácter esencialmente retributivo de la pena y se añadió al sistema de consecuencias jurídicas del delito la medida de seguridad, dando lugar así a la llamada “doble vía”. Junto a ello se admitió que la medida de seguridad pudiera sustituir a la pena en determinados casos (“sistema vicarial”). Surgió así el convencimiento de que era irrenunciable una cierta presencia de finalidades preventivo-especiales en el Derecho penal fundamentalmente por las “necesidades de protección de la sociedad” frente a “sujetos peligrosos”. Las medidas de seguridad debían ser las reacciones penales adecuadas frente a tales sujetos en tanto se tratan de instrumentos –en principio– diferentes a la pena. La prevención especial, pues, podía lograrse con el Derecho penal, si bien por una vía distinta a la de la pena. Ello supuso abrir el paso a la decisiva cuestión –aún no resuelta– relativa a la legitimidad de cargar al Derecho penal con la misión de proteger a la sociedad frente a los delincuentes peligrosos y al problema de los límites de esa protección. Para estos últimos sigue sin existir hoy un anclaje autónomo, independiente a la fundamentación de los límites que presiden la pena.

Así, por ejemplo, buena parte del debate en España lo acaparó la cuestión –relativa a los límites y siempre en torno a la discusión, más amplia, de la preferencia por el monismo o el dualismo– de si la proporcionalidad de la medida (esencialmente proyectada sobre su duración) debía medirse sobre la base del hecho cometido (con el correspondiente límite de la duración de la pena prevista para tal delito, maximizando así la seguridad jurídica) o bien en relación con la peligrosidad del sujeto (con la correspondiente tendencia hacia la indeterminación de la duración)⁴⁵.

En el contexto del déficit histórico de legitimación y ausencia de limitaciones intrínsecas de las medidas de seguridad así como de la función preventiva de la pena, suceden una serie de transformaciones

45 Véanse las diversas perspectivas de Jorge Barreiro, en Cobo del Rosal (Dir.) Comentarios al Código penal, tomo IV, 2000, pp. 131 y ss.; Muñoz Conde; «Monismo y dualismo en el derecho penal español», en Estudios penales y criminológicos, VI, 1983 pp. 215 y ss.; el mismo, «Vorschlag eines neuen Massregelsystems», en Hassemer (hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, pp. 117 y ss.; Cerezo Mir, Derecho Penal. Parte general I, 2004, pp. 38 y ss.; Romeo Casabona, Peligrosidad social y Derecho penal preventivo, 1986, pp. 75 y ss.; García Arán, Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal español de 1995, 1997, pp. 132 y ss.; Silva Sánchez, «La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)», en El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales, 1997 pp. 15 y ss.; Sanz Morán, Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal, 2003, pp. 120 y ss. y pp. 179 y ss.; Gracia Martín, Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, 3ª ed., 2004, pp. 385 y ss.; Urruela Mora, «Los principios informadores del derecho de medidas en el Código penal de 1995», en RDPC, núm. 8, 2001, pp. 167 y ss. y 179 y ss.

—desde la década de los noventa— que marcan un cambio de paradigma —culminando con el nuevo milenio—. El cambio de paradigma se produce con la irrupción de la *seguridad* en el discurso político-criminal y su manifestación inmediata en la legislación penal: del Estado de Derecho basado en libertades y del correspondiente Derecho penal de la culpabilidad al Estado de la seguridad y al correlativo Derecho penal de orientación preventiva y policial⁴⁶. De lo que ahora se trata es exclusivamente de la efectiva y eficaz protección a la víctima. La pena y la medida de seguridad dejan de dirigir su atención al delincuente en tanto persona resocializable para pasar a satisfacer la exigencia ilimitada de seguridad en las víctimas potenciales. Siendo ello así, cae por su propio peso el establecimiento de una nueva relación entre pena (y medidas de seguridad) y fines de la pena y límites a la intervención del Derecho penal: a mayor inseguridad, más necesidad de intervención. En este proceso, la proporcionalidad cambia de objeto de referencia: el delincuente debe tolerar una intromisión en su libertad hasta el punto necesario para garantizar la seguridad de la sociedad frente a él. En cierta medida puede afirmarse que la rudimentaria noción de la peligrosidad criminal (y de los inseguros criterios para su determinación individual) se ha quedado anticuada para fundamentar la reacción penal. Más bien la tendencia parece ser la de que sólo la *garantía de no peligrosidad* impide la intervención coactiva⁴⁷. La suficiente seguridad sólo queda garantizada si la puesta en libertad del autor sólo acontece cuando no exista ningún riesgo (más) de reincidencia⁴⁸. Por ello, no debe extrañar que lo que antes se entendían como manifestaciones de los límites del *ius puniendi* empiecen a concebirse como “lagunas de seguridad”⁴⁹ de la legislación penal.

46 Cfr. el análisis de Haffke, «Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?», en *Kritische Justiz*, núm. 1, 2005, p. 20. Véase, también, la descripción de Díez Ripollés, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *RECPC*, 07-01, 2005.

47 A algo muy similar, según creo, alude la descripción e intento de legitimación que efectúa ahora Jakobs («Zwang und Personalität. Überlegungen zu einer Theorie der strafergänzenden Maßregeln», conferencia pronunciada en la Universität Pompeu Fabra, junio de 2007 —en prensa—) cuando afirma que la persona tiene la obligación de prestar la suficiente seguridad cognitiva (“Bringschuld”). El modelo puede recordar, en su estructura, al presentado por los partidarios de la Escuela Moderna del Derecho penal y, muy especialmente, a las tendencias “sintomáticas” del delito. Ciertamente, hay similitudes notables pero la gran diferencia estriba en el mantenimiento de los conceptos de culpabilidad y reproche, modificando su objeto de referencia.

48 Baltzer, *Die Sicherung des gefährlichen Gewalttäters —eine Herausforderung an den Gesetzgeber—*, 2005, p. 62.

49 Esta expresión la utiliza, por ejemplo, Baltzer, *Die Sicherung des gefährlichen Gewalttäters —eine Herausforderung an den Gesetzgeber—*, 2005 p. 62.

2. Las estrategias del Derecho penal de la peligrosidad sexual que se han desarrollado páginas atrás responden en gran medida a esta lógica de la seguridad. La previsión de cláusulas legales específicas que habilitan al Juez penal a imponer una privación de libertad de larga duración, sea en forma de pena o de medida de seguridad constituye, como se ha podido comprobar, la reacción protagonista en el panorama internacional. Junto a ella, la imposibilidad de alcanzar la libertad hasta el cumplimiento del total de la condena mientras persista la peligrosidad del sujeto parece imponerse frente al principio de la progresiva reintegración de la libertad. Sin embargo, no parece que el Juez penal ni, más en general, el Derecho penal estén en condiciones de practicar coherente e inocuamente estas estrategias. Además, puede ponerse seriamente en duda que ellas puedan aportar, en realidad, la reclamada seguridad. Por un lado, ya porque resulta ajena a la propia esencia del sistema de justicia penal el emitir sentencias condenatorias a un largo o indeterminado periodo de tiempo de privación de libertad sobre la base de *pronósticos sobre la conducta futura del autor*⁵⁰. Ello no es casual. El Derecho penal perdería gran parte de credibilidad como sistema de transmisión normativa de valores y pautas de conducta si abandonara el principio del merecimiento y basara sus decisiones condenatorias en hipótesis de futuro. La posible obtención de una mayor dosis de “seguridad” se llevaría a cabo a costa del valor ético-expresivo de la pena. Por lo demás, la prolongación de la pena implica lógicamente anticipar el objeto del reproche a un estadio previo a la culpabilidad por el hecho⁵¹. Por otro lado, en cuanto a las medidas de seguridad, los *métodos de pronóstico* de la peligrosidad criminal tienen limitaciones considerables que dejan importantes márgenes de incertidumbre frente a los que la lógica de la seguridad responde con el “principio de precaución”. El legislador adopta cada vez más decisiones normativas abstractas e indiferenciadas acerca de la estimación de riesgos que resultan vinculantes para el Juez. Éste, por su parte, tampoco se halla en condiciones de adoptar decisiones excesivamente gravosas para el individuo en vista de la inseguridad inherente a las prediccio-

50 Cfr. las consideraciones parcialmente críticas al respecto de von Hirsch «La prolongación de la pena para los delinquentes peligrosos», en Cid Moliné/Larrauri Pijoan (coords.), *La delincuencia violenta ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, 2005, pp. 200 y ss.

51 Esta conclusión me parece forzosa, pese a los esfuerzos últimamente de Köhler, «Die Aufhebung der Sicherungsmaßnahmen durch die Strafgerichtsbarkeit», en FS-Jakobs, 2007, pp. 273 y ss. y pp. 279 y ss.

nes sobre el comportamiento humano, sean éstas de base estadística, ya lo sean intuitivas o incluso clínicas⁵². La conjunción de ambos factores nos aboca, una vez más, al simbolismo penal.

Un estudio reciente en Alemania⁵³ ha puesto de manifiesto que, de hecho, los jueces no adoptan la decisión basada en un pronóstico de *peligrosidad potencial*, sino que siguen orientándose a partir del hecho cometido, de los antecedentes y la perturbación de la personalidad del sujeto. En consecuencia, los jueces no imponen las medidas legalmente previstas –en particular, la custodia de seguridad de larga duración o indeterminada– pese a que el sujeto formalmente cumpla con los requisitos para ello, por carecer de base material para determinar el comportamiento futuro del sujeto. El que el pronóstico de peligrosidad siga emitiéndose sobre la base de la conducta pasada y de datos actuales en el momento de emitir la sentencia implica, en la práctica, la limitación temporal de la privación de libertad, por un lado, y la existencia de condenados que tras ella siguen manifestando peligrosidad potencial, por el otro. Todo ello conduce a pensar que la previsión genérica de medidas de seguridad privativas de libertad de larga duración como estrategia está más orientada a lograr efectos de prevención general negativa, simbólicos por tendencia, que a la efectiva producción de seguridad.

Otras estrategias tampoco parecen exentas de problemas. Así, la consistente en poner a disposición de la sociedad registros públicos donde poder consultar informaciones acerca del pasado de los ciudadanos, deja en manos de los particulares el procesar el alcance y significado de tales datos, lo que unido al alarmismo inherente de la lógica de la seguridad lleva necesariamente a la estigmatización y exclusión permanente de la vida social de quienes ya han cumplido su condena. Toda una invitación a las llamadas “reacciones informales” que están muy lejos del pretendido ideal de seguridad. Tampoco aquí parece, pues, que el Estado de Derecho disponga de una vía transitable para lograr mayor seguridad. La estrategia de la intervención psíquica y/o corporal presenta características peculiares. Así, la administración de ciertos medicamentos para el tratamiento de determinados transtornos

52 Sobre las dificultades y déficits de legitimación de los denominados “métodos de pronóstico criminal”, véase, por todos, Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2002, n. marg. 619 y ss.; Frisch, *Prognoseentscheidungen im Strafrecht*, 1983, p. 22 y ss.; el mismo, «Prognostisch fundierte Entscheidungen im Strafrecht», *Recht und Psychiatrie*, 1992, pp. 110 y ss.

53 Baltzer, *Die Sicherung des gefährlichen Gewalttäters –eine Herausforderung an den Gesetzgeber–*, 2005 p. 258, quien sin embargo no extrae las conclusiones que siguen en el texto.

sexuales –el empleo del término “castración” puede implicar el riesgo de impedir un análisis racional– puede ser útil en algunos casos como complemento a una terapia psiquiátrica convencional. Sin embargo, sus posibilidades de legitimación como medida (alternativa a la privación de libertad) dependen en gran parte de, por lo menos, tres extremos. Por un lado, de su uso cuidadosamente seleccionado para aquellas situaciones en la que se conoce con certeza su eficacia. Por otro lado, de los efectos secundarios que aún hoy resultan alarmantes. Finalmente, del carácter voluntario o forzoso de su administración. Esta última consideración, pone sobre el tapete la necesidad de una discusión urgente sobre las posibilidades y límites de las terapias forzosas⁵⁴. En cualquier caso, no parece que las consistentes en la administración de medicamentos que aquí se han considerado puedan alcanzar sus objetivos sin la predisposición y colaboración del sujeto y la asistencia psiquiátrica correspondientes.

El proyecto de reforma del Código penal no ofrece vías por las que pueda fluir un desarrollo admisible del vigente Derecho de medidas de seguridad. Sigue anclado en la utilización de la agravación por reincidencia, que ahora se articula a través del endurecimiento generalizado del régimen de cumplimiento de la pena privativa de libertad y a través de medidas complementarias a la pena. Por un lado, no todos los supuestos definidos allí como de reincidencia merecen idéntico tratamiento, de manera que se echa en falta un abordaje del problema desde la óptica específica de los delitos violentos y contra la libertad sexual, separándola de, por ejemplo, los casos de delincuencia patrimonial leve reiterada. Así, el endurecimiento del régimen de cumplimiento de la pena privativa de libertad no se vincula a la existencia de un pronóstico, siquiera rudimentario, de peligrosidad del sujeto, de manera que ésta se presume *ex lege* –en la línea de lo ya afirmado–, lo que puede comportar que se den situaciones de reincidencia sin peligrosidad y de peligrosidad sin reincidencia, en los que deba imponerse la medida innecesariamente o no pueda imponerse cuando ello sea necesario, respectivamente. Por otro lado, la parca configuración de la libertad vigilada y de la obligación de someterse a terapia augura su fracaso. En tanto medidas de seguridad tampoco se vinculan a la situación de peligrosidad del sujeto (sino siempre

54 Llama la atención al respecto, Haffke, «Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?», en *Kritische Justiz*, núm. 1, 2005, p. 27.

a la reincidencia), lo que las hace totalmente innecesarias cuando aquella no exista y quizás insuficientes cuando exista. La terapia parece recibir aquí un carácter forzoso, lo que implica una quiebra con el principio de voluntariedad del tratamiento en sujetos imputables que ha inspirado siempre la legislación penitenciaria española. En suma, cabe esperar que tampoco las –escasas y parciales– modificaciones previstas en el Proyecto aporten instrumentos adecuados para satisfacer las diversas necesidades implicadas.

3. No resulta sencillo, pese a los esfuerzos, contrarrestar o efectuar objeciones al aludido cambio de paradigma, pues resulta en todo caso *formalmente* amparado por el principio democrático. Contra éste sólo cabe oponer la primacía de la libertad propia de un Derecho penal de un Estado liberal de Derecho. La garantía de ésta como Derecho individual cobra especialmente sentido frente a los abusos de la mayoría. Sin embargo, mantenerse en este nivel de abstracción puede resultar insuficiente. Y ello porque pareciera que un Derecho penal liberal no puede atender a las peticiones de una sociedad preocupada por su seguridad. En forma de pregunta: ¿hasta qué punto puede un Derecho penal liberal dar respuestas a la peligrosidad criminal? Con la brevedad que exige el presente contexto:

En primer lugar, el Derecho penal no puede abandonar la primacía de la libertad. Esta es la principal garantía contra el totalitarismo y la arbitrariedad estatal. El precio de este primado de la libertad no es la *renuncia total a la seguridad*, sino la *renuncia a la seguridad total*. En palabras de FRISCH: «la tan esperada por muchos seguridad frente a delitos mediante el Derecho penal no la puede ofrecer ningún Derecho penal del mundo (...) No puede reclamarse para uno mismo la libertad frente a controles y vigilancias de todo tipo, hablar de igualdad de todos los ciudadanos y a la vez esperar que se omitan conductas que pueden reprimirse con ayuda del Derecho penal mediante la permanente vigilancia. Quien quiere libertad debe estar dispuesto a pagar también el precio que va a ella unido de un Derecho penal sólo limitadamente eficiente»⁵⁵. Ello significa, en concreto, la relativa presencia en la sociedad de “riesgos residuales” de peligrosidad.

55 FRISCH, «Sicherheit durch das Strafrecht?», en *Gedächtnisschrift für Eilken Schlöchter*, 2002, p. 686.

En segundo lugar, la principal consecuencia del dominio de la libertad para el Derecho penal es el principio de culpabilidad. Es muy probable que ciertos aspectos de este principio deban ser revisados y que hasta la fecha no sepamos exactamente qué significa la culpabilidad y hasta qué punto es capaz de limitar la intervención penal. Sin embargo, sí sabemos que su reconocimiento tiene que ver con la consideración del otro como sujeto autónomo, como co-ciudadano, como persona autorresponsable y como coautor de reglas y normas.

En tercer lugar, el Derecho penal no debe pretender más de lo que puede lograr como mecanismo de estabilización normativa que es: la negación repetida de ciertas pautas de conducta que de manera generaliza e indiscutible rechaza la sociedad⁵⁶. En el marco de esta orientación eminentemente retributiva –pero no absoluta– de la pena, la prevención general tiene un espacio limitado: aquel que permita el merecimiento de pena sobre la base del principio de culpabilidad. El terreno de la resocialización es, en cambio, mucho más amplio. Ésta no se halla opuesta en absoluto al principio de culpabilidad, sino que en buena medida constituye su correlato⁵⁷. En efecto, la mayor o menor corresponsabilidad social en el sistema de producción-mantenimiento-garantía de la libertad mediante el Derecho penal determina la solidaridad para con el delincuente y la prestación de lo necesario para su integración social. En ciertos casos, esta exigencia ética del Estado puede conceptualizarse como un deber de solidaridad mínima. Para evitar equívocos debe advertirse que, pese a que la resocialización tiene un amplio espacio en tanto misión del Estado, ésta sólo puede llevarse a cabo de forma limitada en el marco de la pena. Principalmente y en el contexto que ahora nos ocupa ello hablaría, de nuevo, a favor de la tolerancia de ciertos riesgos en el proceso de reinserción de los penados.

En cuarto lugar, la primacía de la libertad, el principio de culpabilidad y la pena como reparación y expresión normativa de reprobación, sólo excluyen el uso indiscriminado, generalizado y mecánico del *Derecho de la pena* como instrumento de “combate” frente a conductas peligrosas futuras de los ciudadanos –en vez de cómo

56 Así, FRISCH, «Sicherheit durch das Strafrecht?», en *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, 2002, p. 686.

57 Así, HAFKE, «Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?», en *Kritische Justiz*, núm. 1, 2005, p. 32; KLESCZEWSKI, «Auswirkungen von Umbruch und Krise einer Bürger-Gesellschaft auf das Strafrecht –eine Hegelianische Perspektive», en *ARSP*, 71, 1997, p. 152. Igualmente, centrado en la responsabilidad penal de los menores, véase, SILVA SÁNCHEZ, «El delito ¿responsabilidad individual o responsabilidad social?», *Iter Criminis*, núm. 2, Méjico, 2002, pp. 93 y ss.

reacción al ejercicio defectuoso de la libertad y de las limitadas consecuencias preventivas que de esta reacción se derivan—, pero no impide el desarrollo de un *sistema de intervención individual* que implique diversos grados de heterotutela. Este es el principal campo de juego de la resocialización, en definitiva, de la *prevención individual*. En este sentido, el Derecho de medidas de seguridad debería experimentar una importante transformación, desvinculándose completamente del Derecho de la pena y orientándose al tratamiento, reeducación y reintegración en mayor medida de lo que lo ha hecho hasta ahora⁵⁸. Expresado en forma tajante: si de lo que trata es de la individualización, entonces el Derecho *penal* no es el instrumento idóneo para lograr ese objetivo. Naturalmente, esta “radical separación” de penas y medidas de seguridad no tiene por qué comportar una relajación para éstas últimas de los límites del Estado de Derecho, sino una configuración propia de un sector autónomo del ordenamiento desde finalidades totalmente ajenas a las de la pena y con los correspondientes controles y garantías a que toda intervención estatal restrictiva de derechos viene obligada⁵⁹. Sólo mediante la articulación de tales límites, necesariamente externos a la lógica de las medidas⁶⁰, se supera la principal objeción que cuestiona su legitimidad⁶¹. Contamos ya con construcciones doctrinales que han aportado grandes avances para su trazado⁶².

En quinto lugar, pese a las dificultades para depurar el componente emocional inherente del pensamiento de la seguridad, resulta no menos preocupante que la reacción de un Estado frente a la cuestión de la peligrosidad criminal de un sujeto consista en limitarse

58 Ello es especialmente aplicable a la actual configuración vicarial de las relaciones entre pena y medida de seguridad que efectúa el Código penal español.

59 Si se toma en serio la noción de Estado de Derecho debe dejarse de pensar en que sólo las intervenciones restrictivas de Derechos que se efectúan en el seno del Derecho penal quedan sometidas a las necesarias garantías individuales. Desde luego, nada obstaría al control jurisdiccional distinto al estrictamente penal de un Derecho de medidas individuales de intervención.

60 Y que no tienen necesariamente que coincidir con los determinados por y para la pena y el merecimiento de pena del hecho, véase la nota 60.

61 Y que recientemente ha vuelto a formular contra la existencia de las medidas de seguridad, VON HIRSCH, «La prolongación de la pena para los delincuentes peligrosos», en CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (coords.), *La delincuencia violenta ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, 2005, p. 198, n.8.

62 Especialmente, FRISCH, «Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem», ZStW 102 (1990), pp. 343 y ss. (existe traducción al español a cargo de Patricia Ziffer, «Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal, *InDret Penal*, 3/2007, pp. 1 y ss.). En España, por todos, SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, 2003, *passim*, con ulteriores referencias a las aportaciones fundamentales de, entre otros, JORGE BARREIRO, RODRÍGUEZ MOURILLO, CEREZO MIR, ROMEO CASABONA, MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, OCTAVIO DE TOLEDO, QUINTERO OLIVARES, MIR PUIG y SILVA SÁNCHEZ en esta materia.

a facilitar las condiciones para un largo internamiento, a introducir todos los obstáculos para que alcance la libertad condicional o a simplemente facilitar mecanismos de control⁶³. Más bien la propia idea de protección –necesariamente relativa y limitada– de las víctimas potenciales exige una intervención mucho más intensa –y probablemente más costosa– sobre el origen del problema individual⁶⁴. En este sentido, resulta aconsejable transitar la vía de la puesta en práctica de medidas que combinen la terapia con la vigilancia y el seguimiento por parte de instancias especializadas⁶⁵, en la línea de las experiencias llevadas a cabo en otros países⁶⁶ y a la que insuficientemente parece apuntar la noción de “libertad vigilada”.

Finalmente, un Derecho de medidas desvinculado del Derecho de la pena podría dar respuesta a determinados supuestos excepcionales en los que la peligrosidad actual de una persona supusiera una amenaza inminente, grave y suficientemente concreta y probable (no siendo bastante la mera posibilidad). La intervención coactiva en esos casos viene amparada por la lógica del estado de necesidad (defensivo) y puede alcanzar la privación de libertad como mal necesario para conjurar el peligro. Queda limitada, no obstante, a su empleo aislado –como toda intervención en “situación de necesidad”– y condicionada a la continuada presencia del peligro inminente, grave y determinado. La cuestión –esencial en este punto– de cómo debe articularse el correspondiente juicio de pronóstico emitido *por instancias especializadas*, no puede ser objeto de este trabajo. No obstante, son también consideraciones directamente vinculadas al respeto de las garantías y derechos individuales las que deben presidirlo. Las posibilidades de prestación de seguridad mediante el Derecho de la peligrosidad criminal son, de nuevo, limitadas. ♦

⁶³ Así, con énfasis, SCHALL/SCHREIBAUER, «Prognose und Rückfall bei Sexualstraf Tätern», *NJW* 1997, p. 2412.

⁶⁴ Así, BOHM, «Opferschutz und Strafvollzug: Neue Wege zum Schutz vor gefährlichen Gewalt- und Sexualstraf Tätern», *ZRP* 2007, pp. 41 y ss.; SCHULER-SPRINGORUM y OTROS, «Sexualstraf Täter im Massregelvollzug», *MsdhrKrim* 79 (1996), pp. 147 y ss. y p. 188; afirmando que la terapia implica una reducción de los costes de la administración de justicia, GODERBAUER, *Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe*, 2005, pp. 338 y ss.

⁶⁵ Apunta decididamente hacia esta dirección, STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2002, pp. 414-416.

⁶⁶ Diversos estudios recientes en países de influencia germana indican que los índices de reincidencia de delincuentes sexuales que se someten a terapia se reducen entre un 37 y 50 por ciento, véase, SCHMUCKER/LÖSEL, «The effectiveness of treatment for sexual offenders: a comprehensive meta-analysis», *Journal of Experimental Criminology*, 2005; pp. 117 y ss., con ulteriores referencias; URBANIOT/STÜRM, «Das Zürcher “Ambulante Intensiv-Programm” (AIP) zur Behandlung von Sexual- und Gewaltstraf Tätern», *Schweizer Archiv für Neurologie und Psychiatrie*, 3/2006, p. 105; GODERBAUER, «Die Nachsorge: wirksamere Resozialisierung durch Kooperation mit Trägern der Straffälligenhilfe», *Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe*, 2005, 338.

BIBLIOGRAFÍA

ALBRECHT, H.-J., **"Antworten auf Gefährlichkeit. Sicherungsverwahrung und unbestimmter Freiheitsentzug"**, en FS-Schwind, 2006, pp. 191 y ss.

BALTZER, **Die Sicherung des gefährlichen Gewalttäters – eine Herausforderung an den Gesetzgeber–**, 2005.

BENDER, **Die nachträgliche Sicherungsverwahrung**, 2007,

BERLIN, **"Chemical Castration" for Sex Offenders**", New Eng. J. Med. 336, 1997, p. 1030.

BÖHM, **"Opferschutz und Strafvollzug: Neue Wege zum Schutz vor gefährlichen Gewalt- und Sexualstraftätern"**, ZRP 2007, pp. 41 y ss.

BRODY/GREEN, **"Washington states unscientific approach to the problem of repeat sex offenders"**, Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law, 20, 1994, pp. 343 y ss.

CANO PAÑOS, **"El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung) en el derecho penal alemán"**, CPC 2007, pp. 205 y ss.

CARPENTER, **"Belgium, Germany, England, Denmark and the United States: The Implementation of Registration and Castration Laws as Protection against Habitual Sex Offenders"**, Dickinson Journal of International Law, 16, 1998, pp. 435 y ss.

CEREZO MIR, **Derecho Penal. Parte general I**, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, **"De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado"**, RECPC, 07-01, 2005.

EASTON/PIPER, **Sentencing and Punishment**, 2005.

FARKAS/STICHMAN, **"Sex Offender Laws: Can Treatment, Punishment, Incapacitation, and Public Safety be Reconciled?"**, Criminal Justice Rev. 27, 2002, p. 278.

FITZGERALD, **Chemical Castration: MPA Treatment of the Sexual Offender**, American Journal of Criminal Law 18 (1990), p. 6.

FLACK, **"Chemical castration: An Effective Treatment For The Sexually Motivated Pedophile or an Impotent Alternative to Traditional Incarceration?"**, Journal of Law in Society 7 (2005), p. 182 y ss.

FRISCH, **Prognoseentscheidungen im Strafrecht**, 1983.

FRISCH, "Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem", *ZStW* 102 (1990), pp. 343 y ss. (existe traducción al español a cargo de Patricia Ziffer, "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal", *InDret Penal*, 3/2007, pp. 1 y ss.

FRISCH, "Prognostisch fundierte Entscheidungen im Strafrecht", *Recht und Psychiatrie*, 1992, pp. 110 y ss.

FRISCH, "Sicherheits durch das Strafrecht?", en *Gedächtnisschrift für Ellen Schöch*, 2002, pp. 669 y ss.

GAENSELEN, **Die Behandlung rückfallgefährdeter Sexualstraftäter**, 2005.

GARCÍA ARÁN, **Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal español de 1995**, 1997.

GODERBAUER, «Die Nachsorge: wirksamere Resozialisierung durch Kooperation mit Trägern der Straffälligenhilfe», *Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe*, 2005, pp. 338 y ss.

GRACIA MARTÍN (Coord.), **Lecciones de consecuencias jurídicas del delito**, 3ª ed., 2004.

HAFFKE, «Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?», en *Kritische Justiz*, núm. 1, 2005, pp. 17 y ss.

HANSEN/LYKKE-OLESEN, "Treatment of dangerous sexual offenders in Denmark", *Journal of Forensic Psychiatry*, 8, 1997, pp. 195 y ss.

HARRISON, "The High-Risk Sex Offender Strategy in England and Wales: Is chemical castration an Option?", *The Howard Journal of Criminal Justice*, vol. 46, n. 1, 2007, p. 20.

VON HIRSCH «La prolongación de la pena para los delincuentes peligrosos», en CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (coords.), *La delincuencia violenta ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, 2005, pp. 200 y ss.

HÖRNLE, "Verteidigung und Sicherungsverwahrung", *StV* 2006, pp. 383 y ss.

JAKOBS, «Zwang und Personalität. Überlegungen zu einer Theorie der strafergänzenden Maßnahmen», conferencia pronunciada en la Universitat Pompeu Fabra, junio de 2007 (en prensa).

JORGE BARREIRO, **Las medidas de seguridad en el Derecho penal español**, 1976.

KINZIG, **“Die Sicherungsverwahrung – von einer vergessenen zu einer boomenden Massregel”**, en BARTON (Hrsg.), *“... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!”: Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung*, 2006. KINZIG, **“Umfassender Schutz vor dem gefährlichen Straftäter? – Das Gesetz zur Einführung der nachträgliche Sicherungsverwahrung”**, *NStZ* 2004, pp. 655 y ss.

KLESCZEWSKI, **«Auswirkungen von Umbruch und Krise einer Bürger-Gesellschaft auf das Strafrecht – eine Hegelianische Perspektive»**, en *ARSP*, 71, 1997, p. 152.

KÖHLER, **«Die Aufhebung der Sicherungsmassregeln durch die Strafgerichtsbarkeit»**, en *FS-Jakobs*, 2007, pp. 273 y ss.

KREUZER, **“Nachträgliche Sicherungsverwahrung – rote Karte für gefährliche Gefangene oder für den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz?”**, *ZIS* 4/2006, pp. 145 y ss.

KUNZ, **«Die Sicherung als gefährlich eingestufte Rechtsbrecher: Von der Strategie der Inklusion zur strafrechtlichen Exklusion»**, en *“... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!”*, 2006.

KUNZ/STRATENWERTH, **«Zum Bericht der Arbeitsgruppe “Verwahrung”»**, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 123, 2005, pp. 2 y ss.

LAUBENTHAL, **«Die Renaissance der Sicherungsverwahrung»**, *ZStW* 116 (2004), p. 750.

LIEB/MATSON, **Sexual Predator Commitment Laws in the United States: 1998 Update**, 1998.

LIEB/QUINSEY/BERLINER, **“Sexual Predators and Social Policy”**, *Crime & Justice* 23 (1998), pp. 43 y ss.

MEYER/COLE/EMORY, **“Depo-Provera treatment for sex offending behavior: An evaluation of outcome”**, *Bulletin of the American Academy of Psychiatry and Law*, 20, (1993), pp. 249 y ss.

MUÑOZ CONDE; **«Monismo y dualismo en el derecho penal español»**, en *Estudios penales y criminológicos*, VI, 1983 pp. 215 y ss.

MUÑOZ CONDE, **«Vorschlag eines neuen Massregelsystems»**, en HASSEMER (hrsg.), *Strafrechtspolitik*, 1987, pp. 117 y ss.

OSTENDORF/BOCHMANN, **“Nachträgliche Sicherungsverwahrung bei jungen Menschen auf dem internationalen und verfassungsrechtlichen Prüfstand”**, ZRP 2007, pp. 146 y ss.

PALERMO/FARKAS, **The dilemma of the sexual offender**, 2001.

PEGLAU, **“Das Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung”**, NJW 2007, pp. 1558 y ss.

PÉREZ TRIVIÑO, **“El renacimiento de los castigos avergonzantes”**, *Isonomía*, núm 15, 2001, pp. 193 y ss.

RENZIKOWSKI, **«Die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die Europäische Menschenrechtskonvention»**, JR 2004, pp. 271 y ss.

ROMEO CASABONA, **Peligrosidad social y Derecho penal preventivo**, 1986.

RUCKNELL, **Abuse It and Lose It: A Look at California's Mandatory Chemical Castration Law**, *Pacific Law Journal* 28 (1997), p. 559.

SÁNCHEZ LÁZARO, **«Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad»**, *Revista Penal*, núm 17, 2006, pp. 142 y ss.

SANZ MORÁN, **Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal**, 2003.

SCHALL/SCHREIBAUER, **«Prognose und Rückfall bei Sexualstraftätern»**, NJW 1997, p. 2412.

SCHMUCKER/LÖSEL, **«The effectiveness of treatment for sexual offenders: a comprehensive meta-analysis»**, *Journal of Experimental Criminology*, 2005; pp. 117 y ss.

SCHÜLER-SPRINGORUM Y OTROS., **«Sexualstraftäter im Massregelvollzug»**, *MschR Krim* 79 (1996), pp. 147 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, **«El delito ¿responsabilidad individual o responsabilidad social?»**, *Iter Criminis*, núm 2, Méjico, 2002, pp. 93 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, **«La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)»**, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997 pp. 15 y ss.

STRENG, **Strafrechtliche Sanktionen**, 2002.

URBANIOK/STÜRM, «Das Zürcher **“Ambulante Intensiv-Program”** (AIP) zur Behandlung von Sexual- und Gewaltstraftätern», Schweizer Archiv für Neurologie und Psychiatrie, 3/2006, pp. 103 y ss.

URRUELA MORA, «**Los principios informadores del derecho de medidas en el Código penal de 1995**», en RDPC, núm. 8, 2001, pp. 167 y ss.

WINSLADE, **“Castrating Pedophiles Convicted of Sex Offenses Against Children: New Treatment or Old Punishment?”**, SMU Law Rev. 51, 1998, p. 371.

WONG, **“Chemical castration: oregon’s innovative approach to sex ofender rehabilitation, or unconstitutional punishment?”**, Oregon Law Review, vol. 80, 2001, pp. 267 y ss.

ZIMRING/HAWKINS, **Incapacitation**, 1995.

A Distribuição Legal, Jurisdicional e Convencional do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro¹

Fredie Didier Jr.

Professor-associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito, Professor-visitante da Pontifícia Universidad Católica del Perú, Membro da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL), do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo e da Associação Brasileira de Direito Processual. Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP), Livre-docente (USP) e Pós-doutorado (Universidade de Lisboa). Advogado e consultor jurídico.

RESUMO: O texto propõe-se a examinar, dogmaticamente, a disciplina normativa do ônus da prova no direito processual civil brasileiro.

1. INTRODUÇÃO

Os problemas sobre o ônus da prova são universais; desconhece-se ordenamento jurídico que não tente de algum modo resolvê-los.

O novo Código de Processo Civil brasileiro, publicado em 2015, trouxe importantes inovações sobre esse tema². A consagração legislativa

¹ Em homenagem a Humberto Theodoro Jr. Publicado na Revista Direito Mackenzie, v. 11, n. 2, 2017.

² Art. 373 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015: “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva

expressa da possibilidade de o juiz redistribuir o ônus da prova, caso a caso, muito possivelmente seja inédita e, por isso, possa vir a servir como paradigma para outros países.

Este ensaio dedica-se a apresentar os contornos dogmáticos da disciplina do ônus da prova no Direito Processual Civil brasileiro, estruturado pelo Código de 2015. As referências a “CPC” são ao Direito brasileiro³.

2. CONCEITO DE ÔNUS DA PROVA. DIMENSÕES (FUNÇÕES) OBJETIVA E SUBJETIVA

Ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem *interesse* em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir da sua inobservância.

Ônus da prova é, pois, o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato. Esse encargo pode ser atribuído (i) pelo legislador, (ii) pelo juiz ou (iii) por convenção das partes.

A atribuição feita pelo legislador é prévia e estática (invariável de acordo com as peculiaridades da causa); a distribuição feita pelo juiz ou pelas partes é considerada *dinâmica*, porque é feita à luz de uma situação concreta.

O legislador, conforme será visto adiante, estabelece abstratamente *quem arca com a falta de prova*; são as chamadas *regras gerais sobre ônus da prova*. Mas essas regras podem ser alteradas, em determinadas circunstâncias, pelo juiz ou, atendidos certos requisitos, por convenção das partes.

As regras de ônus da prova devem ser analisadas a partir de duas perspectivas (dimensões ou funções).

Numa primeira perspectiva, elas são regras dirigidas aos sujeitos parciais, orientando, como um farol, a sua atividade probatória. Tais regras predeterminam os encargos probatórios, estabelecendo prévia e abstra-

difficuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo”.

3 A íntegra do CPC brasileiro de 2015 pode ser acessada em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

tamente a quem cabe o ônus de provar determinadas alegações de fato. Fala-se aí em *ônus subjetivo* ou *função subjetiva* das regras do ônus da prova, que permite “dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato”⁴. “O desejo de obter a vitória cria para a litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, ao propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (*ônus subjetivo ou formal*)”⁵.

Sucede que é possível que as provas produzidas sejam insuficientes para revelar a verdade dos fatos. Mesmo sem prova, porém, impõe-se ao juiz o dever de julgar – afinal, é vedado o *non liquet*.

A partir daqui, entra a *segunda* perspectiva pela qual se podem enxergar as regras sobre ônus da prova: trata-se de regramento dirigido ao juiz (uma *regra de julgamento*), que indica qual das partes deverá suportar as consequências negativas eventualmente advindas da ausência, ao final da atividade instrutória, de um determinado elemento de prova. Sob esse ângulo, fala-se em *ônus objetivo*⁶⁻⁷.

Em síntese, as regras processuais que disciplinam a distribuição do ônus da prova tanto são regras dirigidas às partes, na medida em que as orientam sobre o que precisam provar (*ônus subjetivo*), como tam-

4 CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 52.

5 MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Julgamento e ônus da Prova”. Temas de Direito Processual Civil – segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74-75.

6 “A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao ônus da prova, mas num segundo sentido (ônus objetivo ou material)”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Julgamento e ônus da Prova”. Temas de Direito Processual Civil – segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74-75). “O valor normativo das disposições pertinentes à distribuição do onus probandi assume real importância na ausência de prova: em semelhante hipótese é que o juiz há de indagar a qual dos litigantes competia o ônus, para imputar-lhe as consequências desfavoráveis da lacuna existente no material probatório”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “As Presunções e a Prova”. Temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 61).

7 Flávio Luiz Yarshell, a despeito de utilizar essa terminologia, critica a qualificação do ônus da prova em subjetivo e objetivo. Em sua opinião, “sob o prisma puramente lógico, desvincular essa posição jurídica dos sujeitos parciais importaria descaracterizá-la como um autêntico ônus, que a toda evidência não pode ser de titularidade do juiz (que, no processo, exerce essencialmente poderes e se sujeita a deveres)” (YARSELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 65). Sucede que, em nosso entendimento, as qualificações subjetivo e objetivo não têm por escopo determinar se o ônus é atribuído, respectivamente, às partes ou ao juiz. Falar em ônus sob uma perspectiva objetiva não implica atribuí-lo ao juiz. O juiz, naturalmente, não tem ônus de provar nada. O ônus de provar, nos moldes descritos pelo legislador, é das partes. O que se quer dizer é que as mesmas regras que disciplinam a distribuição do ônus (que as partes têm) de provar devem servir de parâmetro objetivo para que o juiz, ao decidir, possa imputar as consequências negativas de eventual ausência de prova de uma alegação de fato à parte que, desde o princípio, tinha o encargo de prová-la.

bém são regras de julgamento dirigidas ao órgão jurisdicional, tendo em vista que o orientam sobre como decidir em caso de insuficiência das provas produzidas (*ônus objetivo*)⁸⁻⁹ – o último refúgio para evitar o *non liquet*.

A análise e eventual aplicação das regras do ônus da prova sob essa perspectiva *objetiva* será feita apenas *após* o encerramento da fase instrutória, no momento do julgamento. Somente então o magistrado vai verificar se as alegações de fato estão, ou não, provadas. Quanto àquelas que estão provadas, tem-se entendido que não é determinante, no momento da análise judicial do material probatório, discernir quem produziu a prova trazida aos autos¹⁰.

Não se deve, porém, minimizar a *importância da função subjetiva* das regras sobre ônus da prova, seja quanto à determinação do comportamento da parte na condução do processo, seja quanto à eventual influência que, sob essa ótica, a análise das provas possa gerar na convicção do magistrado.

Como se verá adiante, é exatamente porque as regras de ônus da prova criam expectativas para as partes quanto a uma possível futura decisão que eventual redistribuição desse ônus (com aplicação da redistribuição judicial do ônus da prova) deve ser feita em momento anterior ao da decisão, de modo a permitir que a parte redimensione a sua participação no processo.

8 Conferir, sobre a distinção, CARPES, Artur Thompsen. “Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório”. In: Prova Judiciária. Estudos sobre o novo Direito Probatório. Danilo Knijnik (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 34; GÓES, Gisele. Teoria Geral da Prova – apontamentos. Coleção temas de processo civil. Estudos em homenagem a Eduardo Espinola. Coord. Fredie Didier Junior. Salvador: Editora Jus Podivm, 2005, p. 53.

9 Interessante a correlação do ônus subjetivo e objetivo com os princípios inquisitivo e dispositivo: “Em sentido objetivo, ônus da prova é regra de julgamento, tendo por destinatário o juiz. Assim, no processo penal, é regra, fundada na presunção de inocência, que o juiz deve absolver o réu, não havendo, nos autos, prova da materialidade do crime e da autoria. Nesse sentido, a regra sobre o ônus da prova, nada importando que se trate de processo inquisitorial ou dispositivo. (...) Em sentido subjetivo, a ideia de ônus da prova liga-se mais fortemente aos processos de tipo dispositivo. O ônus da prova é repartido entre as partes, sucumbindo aquela que dele não se desincumbe. Assim como o direito subjetivo se vincula a uma regra de direito objetivo, assim o ônus da prova, em sentido subjetivo, vincula-se a uma regra de julgamento (ônus da prova em sentido objetivo). (TESHEINER, José Maria Rosa. “Sobre o ônus da prova (em homenagem a Egas Dirceu Moniz de Aragão)”. In: Luiz Guilherme Marinoni. Estudos de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 2005, p. 355).

10 Assim, Barbosa Moreira: “Em última análise, não é o comportamento da parte onerada que está em causa. Os resultados da atividade instrutória são apreciados pelo órgão judicial sem qualquer valoração, positiva ou negativa, desse comportamento. Se persistiu a obscuridade, em nada aproveita à parte onerada alegar que fez, para dissipá-la, tudo que estava ao seu alcance, e portanto nenhuma culpa se lhe pode imputar. Inversamente, se a obscuridade cessou para dar lugar à certeza da ocorrência do fato, em nada prejudica a parte onerada a circunstância de que ela própria não tenha contribuído, sequer com parcela mínima, e ainda que pudesse fazê-lo, para a formação do convencimento judicial, devendo-se o êxito, com exclusividade, a outros fatores (...)”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “As Presunções e a Prova”, cit., p. 75).

Correta, portanto, a lição de Artur Carpes: “se a repartição do ônus da prova possui influência na participação das partes – na medida em que vai servir à estruturação da sua respectiva atividade probatória –, e tal participação constitui elemento fundamental para a construção da decisão justa, não se pode mais minimizar a importância da função subjetiva”.¹¹

Mesmo, porém, no momento *do julgamento*, o chamado *ônus subjetivo da prova* pode, eventualmente, contribuir para influenciar o convencimento do magistrado.

À luz da presença ou da ausência de prova quanto a determinada alegação de fato, pode não ser de todo irrelevante saber quem, em princípio, deveria tê-la produzido. Flávio Luiz Yarshell lembra, corretamente, que “na mesma medida em que as declarações da testemunha que favoreçam a parte que a arrolou possam eventualmente ser vistas com algum cepticismo decorrente da mencionada origem, declarações prestadas em desfavor da parte que arrolou podem ser tidas como mais rigorosamente isentas e, portanto, dignas de maior consideração”¹².

Assim, *pode ser* que haja, sim, relevância em analisar se uma prova que está nos autos efetivamente foi carreada por quem tinha o ônus de trazê-la, ou se uma prova faltante poderia ter sido trazida, com indiscutível facilidade, por uma das partes, ainda que desonerada de fazê-lo. Essa análise pode contribuir para uma leitura do comportamento das partes e para uma avaliação do seu grau de empenho e comprometimento com o processo, o que, somado a outros elementos colhidos nos autos, pode ser determinante para o acolhimento ou rejeição da sua tese¹³.

3. ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE JULGAMENTO E DE APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA

As regras do ônus da prova, em sua *dimensão objetiva*, não são regras de procedimento, não são regras que estruturam o processo. São regras de juízo, isto é, *regras de julgamento*: conforme se viu, orientam o juiz quando há um *non liquet* em matéria de fato – vale

11 CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova, cit., p. 54.

12 YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova, cit., p. 64.

13 YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova, cit., p. 62-63.

observar que o sistema não determina quem deve produzir a prova, mas sim quem assume o risco caso ela não se produza.

Mas essas regras só devem ser aplicadas subsidiariamente.

Por essa razão, diz-se que: *a)* com o *juízo de verossimilhança*, deixa de existir o motivo para a aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova – pois está o juiz autorizado a julgar com base em prova *prima facie* ou prova de verossimilhança; *b)* da mesma forma, quando as partes se tenham desincumbido do ônus da prova, não haverá possibilidade de *non liquet* – e, portanto, o juiz julgará de acordo com as provas e seu convencimento¹⁴.

4. DISTRIBUIÇÃO LEGAL DO ÔNUS DA PROVA

4.1 Generalidades

Como dito anteriormente, o ônus da prova pode ser atribuído pelo legislador, pelo juiz ou por convenção das partes. O legislador distribui estática e abstratamente esse encargo (art. 373, CPC). Segundo a distribuição legislativa, compete, em regra, a cada uma das partes o ônus de fornecer os elementos de prova das alegações de fato que fizer.

A parte que alega deve buscar os meios necessários para convencer o juiz da veracidade do fato deduzido como base da sua pretensão/exceção, afinal é a maior interessada no seu reconhecimento e acolhimento.

O CPC, ao distribuir o ônus da prova, levou em consideração três fatores: *a)* a posição da parte na causa (se autor ou réu); *b)* a natureza dos fatos em que funda sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); *c)* e o interesse em provar o fato. Assim, ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo deste mesmo direito (art. 373, CPC).

Dessa forma, é possível classificar os fatos deduzidos, quanto à sua natureza e ao efeito jurídico que podem produzir, em constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos.

O *fato constitutivo* é o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo. Compõe o suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular. Como é o autor que pretende o reco-

14 WATANABE, Kazuo. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 619.

nhecimento deste seu direito, cabe a ele provar o fato que determinou seu nascimento. Por exemplo: um contrato de locação e seu inadimplemento são fatos constitutivos do direito de restituição da coisa locada; um testamento e o falecimento do testador geram direito à sucessão; um ato ilícito e culposo, causador de dano, faz nascer direito de indenização etc.

O réu pode defender-se simplesmente negando os fatos trazidos pelo autor, quando sobre ele, a princípio, não pesa qualquer ônus de prova – sem excluir a possibilidade de contraprova abaixo mencionada. Trata-se da chamada *defesa direta*.

Mas se trazer *atos novos* (*defesa indireta*), aptos a modificar o direito do autor, extingui-lo ou impedir que ele nasça, cabe-lhe o encargo legal de prová-los, afinal de contas é seu interesse que esse direito não seja reconhecido.

A posição do réu é, nesse sentido, até cômoda, dentro do processo, vez que sobre ele só recairá o ônus de provar, quando demonstrado o fato constitutivo do direito pelo autor¹⁵. Sem prova do fato gerador de seu direito, o autor inevitavelmente sucumbe – independentemente de qualquer esforço probatório do réu. Na verdade, só se exige esforço probatório do réu em duas situações: *a)* provado o fato constitutivo do direito do autor, cabe ao réu provar fato extintivo, modificativo ou impeditivo deste direito, eventualmente alegado; ou *b)* provado o fato constitutivo do direito do autor, se o réu se limitou a negá-lo, sem aduzir nada de novo, cabe-lhe fazer a *contraprova*, de forma a demonstrar o contrário. A contraprova pode servir tanto para revelar a ilegitimidade formal ou material da prova trazida pelo autor sobre o fato, como para afastar a ocorrência do próprio fato¹⁶.

O réu pode deduzir três tipos de fatos novos: extintivo, impeditivo ou modificativo do direito afirmado¹⁷. A prova de todos esses *atos novos*, que, de alguma forma, abalam o direito afirmado pelo autor, é encargo do réu.

O *fato extintivo* é aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito – tal como o pagamento, a compensação e a decadência legal.

Pode ser *conatural* ao direito, já nascendo com ele – ex.: confere-se o direito ou seu exercício até certo termo (determinado por

15 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2, p. 379; CAMBI, Eduardo. A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 324.

16 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 2, cit., p. 380.

17 Conceitos baseados nas lições de CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 1, cit., p. 07 ss.

prazo prescricional ou decadencial), cuja ocorrência gera extinção do direito – ou *sucessivo*, posterior ao seu nascimento (ex.: pagamento ou compensação). Mas o fato extintivo conatural ao direito pode ser neutralizado temporariamente com a superveniência de um fato novo que reforce o fato constitutivo, tal como a interrupção da prescrição¹⁸.

O *fato impeditivo* é aquele cuja existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos e o direito, dali, nasça – tal como a incapacidade, o erro, o desequilíbrio contratual.

Pode ser *conatural* ao fato gerador – como, por exemplo, o desequilíbrio contratual ou a ausência de boa-fé na conclusão de um negócio – ou a ele *antecedente*, anterior – tal como a incapacidade. Mas jamais será sucessivo ou posterior. Isso porque está sempre ligada à ausência de requisito de validade do ato gerador.

Chiovenda¹⁹ explica que, para o nascimento de um direito, é necessária a presença de: a) causas *eficientes*, que são circunstâncias que têm por função específica dar nascimento ao direito – compõem o próprio fato constitutivo do direito; e b) causas *concorrentes*, que são circunstâncias que devem concorrer para que o fato constitutivo (causa eficiente) produza seu efeito regular (dar nascimento ao direito) e cuja ausência obsta sua produção – isto é, são fatos impeditivos do direito.

O fato *impeditivo* é um fato de natureza negativa; é a falta de uma circunstância (causa concorrente) que deveria concorrer para que o fato constitutivo produzisse seus efeitos normais. Por isso, em qualquer caso, tanto a presença de fatos constitutivos (causa eficiente), como a ausência de fatos impeditivos (presença de causa concorrente) “são igualmente necessárias à existência do direito”²⁰. É o que se observa não só no contexto dos fenômenos jurídicos, como também dos fenômenos naturais, como demonstra o autor italiano já citado:

Constata-se que, no âmbito dos fenômenos jurídicos, se enquadra como fato impeditivo do nascimento de um direito, em regra, a ausência dos requisitos de validade do fato gerador (sempre ato jurídico) e como fato constitutivo do direito a presença dos seus pressupostos e existência.

18 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 1, cit., p. 08.

19 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 1, cit., p. 08 e 09.

20 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. 1, cit., p. 10.

O *fato modificativo*, a seu turno, é aquele que, tendo por certa a existência do direito, busca, tão somente, alterá-lo – tal como a moratória concedida ao devedor.

Essa é, porém, apenas a regra geral que estrutura o processo civil brasileiro.

A distribuição do ônus da prova pode ser feita *dinamicamente*, à luz das circunstâncias do caso, ora pelo juiz, ora pelas próprias partes.

4.2 A “Inversão *Ope Legis*” do Ônus da Prova

Há casos em que o legislador altera a regra geral e cria hipóteses excepcionais de distribuição do ônus da prova – ao autor não caberia o ônus da prova do fato constitutivo, por exemplo. Há quem denomine esses casos de inversão *ope legis* do ônus da prova. É uma técnica de redimensionamento das regras do ônus da prova, em homenagem ao princípio da adequação.

A inversão *ope legis* é a determinada pela lei, *aprioristicamente*, isto é, independentemente do caso concreto e da atuação do juiz. A lei determina que, numa dada situação, haverá uma distribuição do ônus da prova diferente do regramento comum previsto no art. 373 do CPC.

Rigorosamente, não há aí qualquer *inversão*²¹; há, tão somente, uma exceção legal à regra genérica do ônus da prova. É, pois, igualmente, uma norma que trata do *ônus da prova*, excepcionando a regra contida no art. 373 do CPC. Por conta disso, é também uma regra de julgamento: ao fim do litígio, o juiz observará se as partes se desincumbiram dos seus respectivos ônus processuais, só que, em vez de aplicar o art. 373 do CPC, aplicará o dispositivo legal específico.

A inversão *ope legis* do ônus da prova é um caso de *presunção legal relativa*. A parte que alega o fato está dispensada de prová-la. Cabe à outra parte o ônus da prova de que o fato não ocorreu.

Bom exemplo de inversão *ope legis* é o da prova de propaganda enganosa, em causas de consumo.

21 “Inversão do ônus da prova é técnica processual, e parte do pressuposto de que o ônus pertenceria, à data da proposição da demanda, àquele contra quem foi feita a inversão. Não devem ser tomadas como inversão do ônus da prova, senão como simples distribuição do encargo probatório, as regras de direito material que abstratamente prevêem que em determinados casos especificados na lei o encargo sobre determinados fatos é desta ou daquela parte no processo. É o que acontece no art. 38 do CDC, onde não se tem, a rigor, inversão do ônus de provar, já que a regra da distribuição é esta que o legislador determinou. Inversão há quando se inicia com um encargo e se o altera no curso do processo”. (RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública e meio ambiente, cit., p. 208).

O art. 38 do Código de Defesa do Consumidor determina que o ônus da prova da veracidade e da correção da informação ou comunicação publicitárias cabe a quem as patrocina. A regra do ônus da prova para determinar a correção ou veracidade da informação publicitária é a de que cabe ao fornecedor – o patrocinador da publicidade, o anunciante, que é quem contrata a campanha das agências e dos veículos e quem se beneficia da mensagem publicitária – fazer a prova.

4.3 Prova Diabólica. Prova Duplamente Diabólica

A prova diabólica²² é aquela cuja produção é considerada como impossível ou muito difícil. Trata-se de “expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração”²³.

Um bom exemplo de prova diabólica é a do autor da ação de usucapião especial, que teria de fazer prova do fato de não ser proprietário de nenhum outro imóvel (pressuposto para essa espécie de usucapião). É prova impossível de ser feita, pois o autor teria de juntar certidões negativas de todos os cartórios de registro de imóvel do mundo. Outro exemplo de prova diabólica são os “factos que ocorrem em ambiente fechado ou de acesso restrito”²⁴.

Há quem use a expressão para designar a prova de algo que não ocorreu, ou seja, a prova de fato negativo.²⁵

Sucedem que *nem toda prova diabólica se refere a fato negativo* – basta pensar, por exemplo, que nem sempre o autor terá acesso à documentação que corrobora a existência de um vínculo contratual (fato positivo), em sede de uma ação revisional. E nem todo fato negativo é impossível de ser provado, demandando prova diabólica (ex.: certidões negativas emitidas por autoridade fiscal).

Quando se está diante de uma prova diabólica, algumas soluções podem ser adotadas. Dentre essas soluções, pode-se utilizar

²² Também chamada “prova difícil” (Cf. SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. “A prova difícil: da probatio levior à inversão do ônus da prova”. Revista de Processo. São Paulo: RT, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 149-171).

²³ CÂMARA, Alexandre Freitas. “Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução”. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2005, n. 31, p. 12.

²⁴ SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. “A prova difícil: da probatio levior à inversão do ônus da prova”. Revista de Processo, cit., p. 157.

²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. “Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução”, cit., p. 12.

a prova indiciária, a prova por amostragem ou ainda a chamada *probatio levior*²⁶. Em outras palavras, esse “abaixamento do grau de convicção” de que fala o excerto transcrito quer dizer que o magistrado estaria autorizado a, diante de certos fatos cuja prova é difícil, reputá-los ocorridos com base num juízo de aparência, calcado nas máximas de experiência.

Pode ser, no entanto, que a prova seja insuscetível de ser produzida por aquele que deveria fazê-lo, de acordo com a lei, mas apta a ser realizada pelo outro. Nessa hipótese, caso as próprias partes não tenham convencionado validamente a distribuição do ônus da prova de modo diverso ao estabelecido pelo legislador, poderá o juiz distribuí-lo dinamicamente, caso a caso, na fase de saneamento ou instrutória – em tempo de o onerado dele desincumbir-se.

É o caso da prova *unilateralmente diabólica*, isto é, impossível (ou extremamente difícil) para uma das partes, mas viável para a outra.

No entanto, existem situações em que a prova do fato é impossível ou muito difícil para ambas as partes – é *bilateralmente diabólica*. É o que Marinoni²⁷ chama de “situação de inescclarecibilidade”. Em tais casos, não cabe ao juiz manter o ônus da prova com aquele que alegou o fato, tampouco invertê-lo, na fase de saneamento (ou probatória), para atribuí-lo ao seu adversário (art. 373, § 2º, CPC).

Em razão disso, ao fim da instrução, o juiz pode não chegar a um grau mínimo de convicção, e uma das partes deverá arcar com as consequências gravosas deste seu estado de dúvida – afinal, é vedado o *non liquet*.

Para definir qual será sua regra de julgamento (ônus objetivo), cabe ao juiz verificar, ao fim da instrução, qual das partes assumiu o “risco de inescclarecibilidade”, submetendo-se à possibilidade de uma decisão desfavorável.

Assim, se o fato insuscetível de prova for constitutivo do direito do autor: a) e o autor assumiu o risco de inviabilidade probatória (“inesclarecibilidade”), o juiz, na sentença, deve aplicar a regra legal (373, CPC)

26 “Outro instrumento de reação à prova difícil é trazido pela degradação ou abaixamento do grau de convicção necessário acerca da correspondência entre o relato e a realidade de um facto para que a decisão o possa aceitar como verificado para, com base nesta conclusão, decidir. Estamos, em cheio, no domínio da *probatio levior*”. (SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. “A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova”. Revista de Processo, cit., p. 159).

27 MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos/2007061901315330.pdf>>. Acesso em: 13 dez 2007, p. 7-8.

do ônus da prova (regra de julgamento) e dar pela improcedência; b) mas se foi o réu que assumiu o dito risco, o juiz deve, depois da instrução e antes da sentença, inverter o ônus da prova e intimá-lo (o réu) para que se manifeste, para, só então, dar pela procedência²⁸.

Tome-se o seguinte exemplo, extraído da doutrina de Gerhard Walter²⁹. Um nadador iniciante faleceu na piscina de um clube social (de nadadores), de grande profundidade, que jamais fora identificada ou sinalizada como imprópria para os neófitos – como determinam as leis. Seus familiares ajuizaram ação indenizatória em face do clube social sob o argumento de que a vítima morreu afogada. O clube social, em sua defesa, sustenta que o falecimento se deu por um colapso cardíaco ou circulatório, o que é fato natural excludente de nexo de causalidade. Ao longo do processo, constatou-se que nenhum dos fatos (afogamento ou colapso) era passível de prova – sequer por indício –, imperando a dúvida, uma “situação de inesclarecibilidade”. Perceba-se, contudo, que o clube social, ao furtar-se de cumprir seu dever legal de definir a piscina como imprópria para uso de iniciantes, aceitou o risco de causar acidentes deste viés e produzir dano, bem como o risco de não deter meio de prova apto a excluir o nexo de causalidade entre o descumprimento do seu dever de proteção/prevenção (com sinalização devida) e o acidente fatal. Assumiu, pois, o risco da “inesclarecibilidade”, devendo o julgador inverter o ônus da prova, antes da sentença – em tempo de exercer o contraditório –, para, em seguida, condená-lo a indenizar a vítima. Parece que, nestes casos, estaria o juiz valendo-se de prova *prima facie*: pauta-se no que usualmente ocorre (máxima de experiência) para presumir o afogamento. Calca-se nas regras de experiência, para se convencer da ocorrência do fato não provado. Talvez aqui se encaixe, com perfeição, a visão de Kazuo Watanabe exposta linhas atrás de que a inversão do ônus da prova nada mais é do que um julgamento por verossimilhança – que é aquele promovido pela prova de primeira aparência ou por verossimilhança (prova *prima facie*).

28 MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto, cit., p. 7 e 8.

29 WALTER, Gerhard. Libre apreciación de la prueba. Bogotá: Temis, 1985, p. 277 e 278.

4.4 Ônus da Prova de Fato Negativo

Fato negativo pode ser objeto de prova. Atualmente, a ideia de que os *atos negativos* não precisam ser provados (*negativa non sunt probanda*) há muito já não tem valor³⁰. Todo fato negativo corresponde a um fato positivo (afirmativo) e vice-versa. Se não é possível provar a negativa, nada impede que se prove a afirmativa correspondente.

É preciso distinguir, entretanto, as negativas *absolutas* das *relativas*.

A *negativa absoluta* é a afirmação pura de um não fato, indefinida no tempo e/ou no espaço (ex.: jamais usou um “biquíni de lacinho”).

Já a *negativa relativa* é afirmação de um não fato, definida no tempo e/ou no espaço, justificada pela ocorrência de um fato positivo – fácil de perceber quando lembramos dos “álbis” (ex.: na noite do réveillon, não cometeu adultério no apartamento 501, do Hotel Copacabana, pois estava hospedada com amigas no Eco Resort, na Praia do Forte, Bahia).

Por isso, diz-se, atualmente, que somente os fatos *absolutamente* negativos (negativas absolutas/indefinidas) são insuscetíveis de prova – e não pela sua negatividade, mas, sim, pela sua indefinição³¹.

Para um fato ser probando, é indispensável que seja ele *determinado*, isto é, identificado no tempo e no espaço. É dessa regra que resulta não ser o fato indeterminado ou indefinido passível de prova. Não é possível, por exemplo, provar que a parte nunca esteve no Município de São Paulo. Nesses casos, o ônus probatório é de quem alegou o fato positivo de que ela (a parte) esteve lá.

Em alguns casos, a negativa absoluta e indefinida pode ser provada – ou, ao menos, presumida –, a partir do uso de mecanismos específicos. É possível provar, por exemplo, a inexistência de contas bancárias em nome de determinada pessoa, com uma declaração do Banco Central. Um meio de prova de que “não há débitos fiscais pendentes” é a chamada “certidão negativa”, expedida pelas autoridades fiscais. A viabilidade de demonstração de negativas indefinidas deve-se, sobretudo, ao fato de existirem certos órgãos centralizado-

30 “Em primeiro lugar, em muitíssimos casos, não se saberia como aplicá-lo. Qual é o fato positivo, qual é o fato negativo? Qual é a afirmativa, qual é a negativa? Via de regra, toda afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação: quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados contrários ou diversos dessa coisa”. (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2, p. 377). Sobre o tema, ALVIM, José Manoel de Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 8ª ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 495; GÓES, Gisele. Teoria geral da prova. Salvador: Editora Jus Podivm, 2005, p. 70.

31 LOPES, João Baptista de. A prova no direito processual civil. 3ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 32 e 33; GÓES, Gisele. Teoria geral da prova. Salvador: Editora Jus Podivm, 2005, p. 70.

res de dados, informações e registros, aptos a atestar fatos deste viés – muitos deles estatais (ex.: Receita Federal, Cartórios de Imóveis etc.). No mais, inegável é a possibilidade de prova de negativa absoluta por confissão extraída em depoimento pessoal.

Já os fatos relativamente negativos (negativas definidas/relativas) são aptos a serem provados. Se alguém afirma, por exemplo, que, em 09 de dezembro, não compareceu à academia pela manhã, porque foi ao médico, é possível provar indiretamente a não ida à academia (não fato), se houver comprovação de que esteve toda a manhã no consultório médico³².

Para Arruda Alvim, neste caso (o das negativas relativas), o ônus da prova será bilateral (de ambas as partes)³³, o que não parece adequado, pois esse tipo de ônus “compartilhado” não funciona como regra de julgamento. Ora, como deve o juiz julgar a causa se nenhuma das partes se desincumbiu do seu ônus (imposto a ambas)? O ônus de prova tem de ser unilateral. Assim, neste particular, é preciso distinguir duas diferentes hipóteses.

Quando a parte deduz uma *negativa relativa* como *não fato constitutivo do seu direito*, cabe a ela o ônus de demonstrar indiretamente sua não ocorrência, com a prova do fato positivo correlato. Por exemplo, se um indivíduo pretende afastar judicialmente uma multa de trânsito (direito potestativo), sob o argumento de que não conversava ao telefone, na condução do seu veículo, no dia 12 de novembro de 2007, às 09h00, na Avenida Otávio Mangabeira (fato negativo), porque estava com seu veículo estacionado, neste mesmo momento, em determinado estacionamento público, em frente à Casa do Comércio (fato positivo), cabe-lhe o encargo de provar, de forma indireta, o fato negativo, com a demonstração do fato positivo que a ele corresponde.

Mas é possível que a parte deduza negativa relativa, em sua defesa, para *desmentir fato constitutivo do direito do seu adversário*; nega o fato trazido pela contraparte, fazendo, simultaneamente, uma afirmação de fato positivo que demonstra a sua não ocorrência.

32 Nas Ordenações Filipinas, Livro III, Título LIII, § 10, encontrava-se curiosa regra nesse sentido: “Posto que seja regra que a negativa não se pode provar, e por conseguinte se não pode articular, essa regra não é sempre verdadeira, porque bem se pode provar se é coartada a certo tempo e certo lugar, e bem assim se pode provar se é negativa que se resolve em afirmativa e pode-se ainda provar por confissão da parte feita em depoimento”.

33 ALVIM, José Manoel de Arruda. Manual de Direito Processual Civil, 8ª ed., v. 2, cit., p. 495.

O ônus é unilateral e pode o juiz agir de duas diferentes formas: *a)* ou mantém a regra legal de ônus de prova, que impõe ao autor o encargo de provar o fato constitutivo do seu direito (art. 373, I, CPC) – sendo que, feita a prova pelo autor, só resta ao réu a possibilidade de contraprova; *b)* ou, percebendo que o adversário (réu) tem melhores condições de atender ao encargo probatório, inverte o ônus da prova (na fase de saneamento ou instrução) – distribuindo dinamicamente o ônus da prova, como será visto em item a seguir –, para que ele (réu) prove o contrário, ainda que de forma indireta, com a demonstração do fato positivo (e novo) por ele aduzido.

Imagine-se que o autor afirmou que o réu conduzia seu veículo em alta velocidade na Avenida Anita Garibaldi, na manhã do dia 02 de junho de 2007, e o atropelou (fato positivo constitutivo do seu direito). O réu, em sua defesa, assevera que não estava na condução do seu carro no dia e na hora apontados (fato negativo), pois já o tinha transferido, nesta data, a terceiro (fato positivo correlato)³⁴. Aplica-se, como dito, a regra geral (art. 373, I, CPC), cabendo ao autor provar o fato constitutivo do seu direito – o que não exclui a possibilidade de o juiz distribuir dinamicamente o ônus da prova, por considerar que a outra parte tem melhores condições de provar o contrário.

5. DISTRIBUIÇÃO CONVENCIONAL DO ÔNUS DA PROVA

O § 3º do art. 373 do CPC permite que as próprias partes distribuam o ônus da prova mediante convenção³⁵, que pode ser firmada antes ou mesmo no curso do processo (art. 373, § 4º).

Tem-se aí típico *negócio jurídico processual*.

A convenção pode recair sobre o ônus da prova de qualquer fato. Pode tratar-se de fato simples ou de fato jurídico; fato relativo a negócio jurídico ou a vínculo extracontratual; fato lícito ou ilícito etc. Não há razão para restringir essa convenção a fatos do próprio negócio em que a convenção porventura esteja inserida.

34 Para Leo Rosenberg, a prova de não fato não é tão difícil quanto se afirma em nossa doutrina. Basta se comprovar a ocorrência ou não das circunstâncias que falam em favor do fato positivo correlato: “Pero se em algún caso la comprobación de la no existencia de un hecho resultara especialmente difícil, y, en cambio, muy fácil la comprobación de su existencia, el tribunal podrá y deberá tomar la circunstancia de que el adversario no suministra la prueba de la inexistencia y ni siquiera trata de suministrarla, como motivo para declarar la inexistencia del hecho gracias a su libre apreciación de la prueba”. Mas em nenhum caso, conclui, a dificuldade de fornecer a prova pode levar a uma modificação das regras de ônus de prova, conclusão com a qual não se concorda, como se verá adiante. (La carga de la prueba. 2 ed. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2002, p. 378).

35 Sobre o tema, conferir o excelente trabalho de Robson Renault Godinho: GODINHO, Robson Renault. Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015.

A convenção sobre o ônus da prova pode ser, aliás, um negócio jurídico autônomo, sem qualquer relação com um negócio anterior – e a possibilidade de essa convenção realizar-se na pendência de um processo reforça essa conclusão.

É passível de invalidação, entretanto, a convenção sobre ônus da prova quando: *a)* recair sobre direito indisponível da parte (art. 373, § 3º, I); *b)* tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (art. 373, § 3º, II). Esse negócio jurídico, então, pode ser realizado tanto extrajudicialmente, como judicialmente, após o início do processo.

Bem analisadas essas situações, parece-nos que bastaria ao legislador tratar da segunda hipótese: é vedada a convenção sobre ônus da prova que torne excessivamente difícil o exercício de um direito – o que vale para os direitos *disponíveis* ou *indisponíveis*. Sim, porque se a convenção firmada recai sobre fatos ligados a direito indisponível tornando *mais fácil* para a parte a comprovação desses fatos, obviamente ela não poderia ser invalidada³⁶. O que o inciso I pretende é evitar que um direito indisponível deixe de ser exercido por dificuldades quanto à prova dos fatos que lhe são subjacentes – caso em que a convenção sobre o ônus da prova poderia representar, por via oblíqua, a própria disponibilidade do direito³⁷.

Exemplo de convenção que recai sobre fato ligado a direito indisponível e é, nada obstante, válida: em termo de ajustamento de conduta (negócio jurídico para a solução de problemas relativos aos direitos coletivos), determinada empresa se compromete a adequar o seu processo produtivo às diretrizes de proteção ao meio ambiente, assumindo o ônus de, na hipótese de ser demandada, provar que as providências adotadas e materiais utilizados não agredem o equilíbrio do meio ambiente.

Percebe-se que, no contexto, se discute direito indisponível (direito fundamental ao meio ambiente equilibrado) e a convenção recai sobre fato a ele vinculado (atos de degradação do meio ambiente), mas não compromete o seu exercício – aliás, o facilita.

A convenção sobre ônus da prova é útil exatamente nos mesmos casos em que se permite a distribuição feita pelo juiz, conforme será visto adiante.

36 No mesmo sentido: MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. “Distribuição do ônus da prova por convenção processual”. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 240, 2015, p. 410.

37 No mesmo sentido, MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. Ônus da prova e sua dinamização. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 125.

O art. 51, VI, do Código de Defesa do Consumidor, cuida da nulidade de convenção quando impõe ao consumidor o ônus da prova das suas alegações. Trata-se de norma que complementa o disposto no CPC. É como se houvesse um terceiro inciso no § 3º do art. 373 do CPC. Esse dispositivo “não proíbe a convenção sobre o ônus da prova, mas, sim, tacha de nula a convenção, se trazer prejuízo ao consumidor”³⁸.

Uma vez firmada a convenção, e desde que satisfeitos os requisitos de validade, ela é imediatamente eficaz. Aplica-se aqui o disposto no art. 200 do CPC: é desnecessária a homologação pelo juiz para que o negócio seja imediato e plenamente eficaz.

É relevante destacar que as convenções sobre o ônus da prova não impedem a utilização da iniciativa probatória do magistrado.³⁹ Realizado o negócio probatório, permanece a possibilidade de atuação do magistrado, que pode realizar atividade probatória, desde que em seus limites, tendo tal convenção processual influência apenas na aplicação do ônus objetivo da prova, se for o caso.

Tendo em vista essa situação, certa doutrina defende a inoperância da inversão negocial, pois os poderes instrutórios do magistrado prevaleceriam sobre essa convenção, sendo possível ao magistrado determinar a produção das provas ainda que as partes houvessem pactuado diversamente.⁴⁰ Ocorre que esse posicionamento doutrinário encontra-se em desacordo com a lógica probatória: a disposição refere-se ao ônus objetivo e não ao sujeito que deverá produzir a prova – que, por conta da regra de aquisição processual da prova, é questão irrelevante quando há suficiência probatória⁴¹.

Na verdade, assumindo o referido posicionamento, qualquer modalidade de inversão ou dinamização probatória tornar-se-ia inútil. Em nenhuma das possibilidades de dinamização é impedida a atividade probatória do órgão julgador.⁴² Acontece que, havendo essa

38 NERY JR., Nelson. *Código de Defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 416.

39 DONOSO, Denis. “A prova no processo civil. Considerações sobre o ônus da prova, sua inversão e a aplicação do art. 333 do CPC diante da nova leitura do princípio dispositivo”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 51, p. 61. O art. 333, do CPC-1973 corresponde ao art. 373, do CPC-2015.

40 SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal. São Paulo: RT, 2002, p. 70-71.

41 MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi. “Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 241, 2015, p. 485.

42 Nesse exato sentido, já afirmou o STJ que “A inversão do ônus da prova não é incompatível com a atividade instrutória do juiz reconhecida no artigo 130 do Código de Processo Civil”. (STJ, REsp 696.816/RJ, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, j.

inversão, há natural modificação na atuação probatória das partes – ônus subjetivo – como também a modificação de quem arcará com os riscos de não se desincumbir do ônus probatório – ônus objetivo –, mas nada dispõe sobre os poderes probatórios do magistrado⁴³.

A doutrina brasileira não prestigia a distribuição convencional do ônus da prova, embora se empolgue com a distribuição judicial do ônus da prova, como se verá adiante. Tem razão Robson Renault Godinho quando manifesta o seu estranhamento quanto ao fato de que “praticamente não se vê a referência à participação das partes na fixação da disciplina concreta de seus encargos”⁴⁴. O autor enxerga aí um sintoma da negligência com que se vem tratando a questão da autonomia privada no processo, especialmente em matéria probatória, em cujo regulamento se pode ver um dispositivo que expressamente prevê a possibilidade de as partes, convencionalmente, promoverem uma distribuição do ônus da prova de modo distinto daquele previsto na lei. Ele continua: “Realmente, é revelador que se identifique a insuficiência das regras abstratas de distribuição do ônus da prova, escrevam-se laudas sobre a necessidade de uma ‘teoria dinâmica’ da carga probatória, prevejam-se modificações legislativas nesse sentido, decisões sufraguem a teoria e prossiga um silêncio – que em certo modo é eloquente – sobre a autonomia das partes para regulação da matéria, inclusive em conjunto com o juiz e, se for o caso, o membro do Ministério Público. Afigura-se sintomático que se pleiteie a dinamização do ônus da prova e se ignore a possibilidade de as partes disciplinarem os respectivos encargos”⁴⁵.

6. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA FEITA PELO JUIZ

6.1 Generalidades

O legislador brasileiro autoriza o juiz a, preenchidos certos pressupostos, redistribuir o ônus da prova, diante de peculiaridades do caso concreto. A redistribuição é feita caso a caso. É chamada, por isso, de *distribuição dinâmica do ônus da prova* – embora, como já se viu,

em 06.10.2009, publicado DJe de 29.10.2009). O art. 130 do CPC-1973 corresponde ao art. 370, do CPC-2015.

43 MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. Ônus da prova e sua dinamização, cit., p. 126-127.

44 GODINHO, Robson Renault. Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 60.

45 GODINHO, Robson Renault. Convenções sobre o ônus da prova. Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 34.

também seja dinâmica a distribuição feita por convenção das partes. A redistribuição judicial do ônus da prova pode ser feita de ofício e é impugnável por agravo de instrumento (art. 1.015, XI, CPC).

É preciso destacar que a regra é a distribuição legal do ônus da prova; a dinamização depende de decisão do magistrado, seja de ofício, seja a requerimento de uma das partes. Ou seja, a dinamização é excepcional e depende do reconhecimento dos pressupostos do § 1º do art. 373⁴⁶.

A técnica é consagração do princípio da igualdade e do princípio da adequação.

Visa-se ao equilíbrio das partes (art. 7º, CPC): o ônus da prova deve ficar com aquele que, no caso concreto, tem condições de suportá-lo⁴⁷.

O processo deve, ainda, ser adequado às peculiaridades do caso, sempre que a regra geral se revelar com elas incompatível.

O CPC prevê a possibilidade de distribuição do ônus da prova pelo juiz. O Código de Defesa do Consumidor também o faz, para as causas de consumo – e sempre em favor do consumidor; a previsão do CPC não faz distinção em relação ao beneficiário da inversão, que pode ser o autor ou a parte.

Esta regra do CPC é, por isso, uma regra geral. Esse item examinará as duas.

De todo modo, ambas devem observar pressupostos *formais*. Assim, primeiramente serão examinados os pressupostos formais para a distribuição dinâmica do ônus da prova feita pelo juiz e, em seguida, os pressupostos materiais, específicos de cada uma das hipóteses.

É importante registrar, finalmente, que a norma jurídica que autoriza a redistribuição do ônus da prova pelo juiz não se confunde com a norma jurídica que atribui ônus da prova a uma das partes. A segunda é, como se viu, uma norma de julgamento, que serve para que o juiz possa decidir a causa em situações de ausência de prova;

46 MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*, cit., p. 232-234. De forma semelhante, SILVA, Ricardo Alexandre da. *Dinamização do ônus da prova no Projeto do Código de Processo Civil*. DIDIER JR., Fredie et alii (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014, v. 3, p. 552.

47 Neste particular, Manuel Domínguez chama atenção para a necessidade de cautela ao se considerar a facilidade/dificuldade probatória como critério de distribuição. Facilidade e dificuldade são termos que podem prestar-se a abusos, alerta. Sustenta, ainda, que a distribuição judicial deve complementar a distribuição legal, só podendo ser utilizada em casos extremos – em que as regras objetivas sejam inaplicáveis ou conduzam a resultados manifestamente injustos (DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. *Estudios de Derecho Probatorio*. Lima: Libreria Communitas EIRL, 2009, p. 122 e 123).

a primeira é uma regra que autoriza o órgão julgador a alterar as regras de ônus da prova. Não se pode confundir a *regra que se inverte* com a *regra que autoriza a inversão*. A regra que autoriza a distribuição judicial do ônus da prova é regra de procedimento, e não de julgamento⁴⁸.

6.2 Pressupostos Formais Gerais

A redistribuição do ônus da prova pelo juiz depende da observância de três pressupostos formais.

6.2.1 Decisão Motivada

A redistribuição deve ser feita em decisão motivada (art. 373, § 1º, CPC). Embora prevista expressamente no CPC, a exigência de motivação para a decisão que redistribua o ônus da prova é um imperativo do art. 93, IX, da Constituição Federal.

É preciso atentar, ainda, para um aspecto muito importante: as hipóteses normativas que autorizam a distribuição do ônus da prova pelo juiz são recheadas de conceitos jurídicos indeterminados. O inciso II do § 1º do art. 489 do CPC reputa como não fundamentada a decisão que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

É interessante, ainda, o posicionamento de Eduardo Cambi que, embora se refira à redistribuição feita em causas de consumo, serve como orientação geral: o juiz, ao inverter o ônus da prova, deve fazê-lo sobre fato ou fatos específicos, referindo-se a eles expressamente; deve evitar a inversão do *onus probandi* para todos os fatos que beneficiam ao consumidor, de forma ampla e indeterminada, pois acabaria colocando sobre o fornecedor o encargo de provar negativa absoluta ou indefinida, o que é imposição diabólica⁴⁹.

Para além de apontar as premissas fáticas da dinamização, a exemplo do predomínio das técnicas necessárias, o julgador deverá sempre discriminar sobre que fatos se aplicará a modificação probatória. Se a regra geral é a distribuição legal, os fatos não referidos expressamente na decisão do juiz não terão seus encargos probatórios alterados⁵⁰.

48 Neste sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. “Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução”, cit., p. 11; MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto*, cit., p. 05 a 07; KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, cit., p. 182 e 183; CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit., p. 343.

49 CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit., p. 420.

50 MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*, cit., p. 202.

6.2.2 Momento da Redistribuição

O juiz deve redistribuir o ônus da prova *antes de proferir a decisão*, de modo que a parte possa se desincumbir do novo ônus que lhe foi atribuído. Essa exigência está expressamente prevista na parte final do § 1º do art. 373 do CPC, mas *é aplicável a qualquer hipótese de redistribuição judicial do ônus da prova, inclusive nas causas de consumo*.

Trata-se de exigência que prestigia a *dimensão subjetiva* do ônus da prova e, com isso, concretiza o princípio do contraditório.

O momento da redistribuição pode ser qualquer um, desde que permita à parte se desincumbir do ônus que acaba de lhe ser atribuído. No entanto, parece ser mais oportuna a redistribuição feita por ocasião da decisão de saneamento e organização do processo, como, aliás, expressamente indica o art. 357, III, CPC.

É bom que fique claro: não é possível a *inversão judicial do ônus da prova* feita na sentença. “Se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia”.⁵¹ O processo cooperativo (art. 6º, CPC) exige que a modificação do ônus da prova respeite a necessidade da prévia informação às partes dos novos encargos probatórios e permitir a atuação da parte para desincumbir-se do novo ônus a ela imposto⁵².

Por outro lado, exigir que a parte, apenas por vislumbrar uma possível inversão judicial do ônus da prova em seu desfavor, faça prova tanto dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos que eventualmente alegar, como da inexistência do fato constitutivo do direito do autor, é transformar em regra geral aquilo que foi pensado para ser aplicado *caso a caso*; ou seja, é considerar que a possibilidade

51 GIDI, Antônio. “Aspectos da Inversão do Ônus da prova no Código do Consumidor”. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, n. 13, p. 38. No mesmo sentido, quanto ao momento da inversão judicial, CAMBI, Eduardo. A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância, cit., p. 418 segs.; CARPES, Artur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório, cit., p. 40 segs.; ALVES, Maristela da Silva. “Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil”. In: Prova Judiciária. Estudos sobre o novo Direito Probatório. Danilo Knijnik (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 212-213; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Ônus da Prova: No Direito Processual Público. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 217-218; MENDES Jr., Manoel de Souza. “O momento para a inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor”. Revista de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 114, 2004, p. 89.

52 MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. A dinamização do ônus da prova sob a óptica do novo Código de Processo Civil, cit., p. 214; YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 93.

de inversão feita pelo juiz equivale à distribuição do ônus da prova feita pelo legislador.

Se isso acontecer, a decisão é nula, por violação ao contraditório.

A previsão da parte final do § 1º do art. 373 do CPC encerra, assim, longa discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito do assunto. No Superior Tribunal de Justiça⁵³, o tema já havia sido resolvido, no sentido apontado no texto e defendido desde sempre: regra de inversão judicial do ônus da prova é regra de procedimento e, por isso, deve ser aplicada *antes da decisão*⁵⁴. A leitura dessa decisão é imprescindível para a compreensão histórica da discussão⁵⁵.

6.2.3 Proibição de a Redistribuição Implicar Prova Diabólica Reversa

A redistribuição judicial do ônus da prova não é permitida se implicar prova diabólica para a parte que agora passa a ter o ônus (art. 373, § 2º, CPC). Trata-se de um pressuposto negativo para a sua aplicação prática.

Exatamente porque a existência de prova diabólica é muita vez o seu principal fundamento, a redistribuição judicial do ônus da prova não pode implicar uma situação que torne impossível ou excessivamente oneroso à parte arcar com o encargo que acabou de receber.⁵⁶

Por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Estado brasileiro), em ação em que a parte pleiteava a condenação de empresa telefônica à indenização por danos morais pela realização de ligações indevidas de cobrança, recusou a inversão do ônus da prova, sob o enfoque do Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, argumentou que “seria impossível para o Banco fazer prova da ausência de coação ou ameaça ao demandante”.⁵⁷ Em outras palavras, a modi-

⁵³ A Corte Judiciária brasileira responsável pela uniformização da aplicação da legislação federal brasileira.

⁵⁴ STJ, 2ª S., EREsp n. 422.778/SP, rel. Ministro João Otávio de Noronha, rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, j. em 29.02.2012, publicado no DJe de 21.06.2012.

⁵⁵ É importante deixar registrado um rol de alguns autores que defendiam que a *inversão judicial do ônus da prova* pudesse ser feita na sentença – posicionamento que, atualmente, contraria expresso dispositivo de lei: WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 735; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82-84; LOPES, João Baptista. *A prova no direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 50-51.; NERY JR., Nelson. “Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, v. 1, p. 217.

⁵⁶ MIRANDA NETTO, Fernando Gama de Miranda. *Ônus da Prova: No Direito Processual Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 184-186.

⁵⁷ TJRS, Apelação Cível Nº 70037339751, 14ª Câ. Civ. Rel. Des. Dorval Bráulio Marques, j. 26/08/2010.

ficação do ônus da prova não poderia ser feita na hipótese em que tornaria impossível que a outra parte dele se desincumbisse.

Nas hipóteses em que é identificada hipótese de prova diabólica para ambas as partes, não deve haver a utilização da dinamização probatória. Em tal situação, deve ser utilizada a regra da inescurecibilidade, de forma a analisar qual das partes assumiu o risco da situação de dúvida insolúvel, devendo esta ser submetida à decisão desfavorável⁵⁸.

6.3 A Regra Geral de Distribuição do Ônus da Prova Feita pelo Juiz

O § 1º do art. 373 do CPC consagra uma regra geral de *inversão judicial do ônus da prova* ou *distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz*.

Trata-se de regra que pode ser aplicada *ex officio*, em benefício de qualquer das partes. Mas não pode ser aplicada “para simplesmente compensar a inércia ou inatividade processual do litigante inicialmente onerado.”⁵⁹

Com essa amplitude, é regra sem precedentes no Direito brasileiro.

O CPC consagrou, legislativamente e com aperfeiçoamentos, a *teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova* (na Argentina, onde foi bem desenvolvida, chamada de *teoria das cargas probatórias dinâmicas*⁶⁰). No Brasil, a teoria foi bastante desenvolvida e discutida⁶¹, a

58 MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. A dinamização do ônus da prova sob a óptica do novo Código de Processo Civil, cit., p. 212-213.

59 KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, cit., p. 181; KNIJNIK, Danilo. “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação de senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica”, cit., p. 947.

60 Sobre a visão argentina, longamente, PEYRANO, Jorge W (org.). *Cargas Probatórias Dinâmicas*. Santa Fé: Rubinzalcruzoni, 2004. Manuel Dominguez cita farta doutrina italiana e espanhola nesse sentido, admitindo a distribuição judicial e casuística do ônus de prova, tendo em conta a normalidade (o que parece se aproximar da ordinariedade e verossimilhança aferidas com máximas de experiência) e a facilidade probatória. (DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. *Estudios de Derecho Probatorio*. Lima: Libreria Communitas, 2009, p. 118-119.)

61 Sobre o tema, SOUZA, Wilson Alves. “Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas”. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*. Salvador: UFBA, 1999, n.6; DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. “Distribuição dinâmica do ônus probatório”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 2001, n. 788; CARPES, Artur Thompsen. *Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório*, cit., p. 36 e 37; MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos/2007061901315330.pdf>>. Acesso em: 13 dez 2007, p. 07; LOPES, João Baptista de. *A prova no direito processual civil*, cit., 51 e 52; ALVES, Maristela da Silva. “Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil”, cit.; KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 175-179; KNIJNIK, Danilo. “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação de senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica”. In: *Processo de Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; CÂMARA, Alexandre Freitas. “Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução”, *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n.31; CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit, p. 344-346; GODINHO, Robson Renault. “A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais”. *Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais*. Marcelo Novelino

ponto de haver precedentes judiciais⁶² que a aplicavam, independentemente da existência de texto normativo que a embasasse expressamente. Agora, há tratamento normativo expresso.

Além dos pressupostos formais, já examinados, o juiz deverá verificar a ocorrência de ao menos um pressuposto *material*.

Primeiro pressuposto material – prova diabólica. O § 1º do art. 373 do CPC autoriza a distribuição do ônus da prova nos casos em que há “impossibilidade” ou “excessiva dificuldade de cumprir o encargo”. Essa é a hipótese clássica de *inversão judicial do ônus da prova*, reivindicada há muitos anos pela doutrina⁶³ e aceita pelos tribunais.

Segundo pressuposto material – maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. Também é possível a redistribuição judicial do ônus da prova quando, à luz do caso concreto, revelar-se que a prova do fato contrário pode ser mais facilmente obtida por uma parte em relação a outra. Neste caso, a redistribuição do ônus da prova feita pelo juiz visa à concretização da ideia de que o ônus deve recair sobre aquele que, no caso concreto, possa mais facilmente dele se desincumbir.

Uma situação clássica em que há maior facilidade probatória é nas ações de responsabilidade civil contra médicos em cirurgias e tratamentos médicos. Nessas situações, especialmente quando há necessidade da discussão acerca da culpa na cirurgia ou no tratamento, em geral, o médico terá maiores condições de demonstrar a regularidade ou não de sua atuação profissional⁶⁴.

A melhor condição de produzir provas é *fato* a ser objeto de prova. Trata-se, porém, de fato que pode ser presumido pela natureza da causa (prova *prima facie*) ou aferido a partir de declarações e documentos constantes nos autos. Entretanto, existem situações em que tal fato terá de ser demonstrado pela parte cuja carga probatória se reduzirá⁶⁵.

Camargo (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2006; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 2; CREMASCO, Suzana. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*, cit.

62 STJ, 4ª T., REsp n. 69.309/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 18.06.1996, publicado no DJ de 26.08.1996, p. 29.688; STJ, 1ª T., RMS n. 38.025/BA, rel. Min. Sérgio Kukina, j. em 23.09.2014; STJ, 3ª T., REsp n. 1.286.704/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 22.10.2013, publicado no DJe de 28.10.2013.

63 Para Alexandre Câmara, essa deveria ser a única hipótese: CÂMARA, Alexandre Freitas. “Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução”, cit., p. 14-15.

64 CREMASCO, Suzana. A distribuição dinâmica do ônus da prova, cit., p. 103; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*, cit., p. 181.

65 BARBERIO, Sérgio José. *Cargas Probatórias Dinâmicas*. In: “Cargas Probatórias Dinâmicas”. PEYRANO, Jorge W. (Org.). Santa Fé: Rubinzalcruzoni, 2004, p. 102-104.

A proposta de Danilo Knijnik⁶⁶, pensada para o CPC-1973, que não possuía dispositivo expresso sobre o tema, ajuda muito a compreender o § 1º do art. 373 do CPC e pode ser um ponto de partida doutrinário – embora a redação do dispositivo seja mais elástica do que o posicionamento por ele defendido.

Para o autor, a redistribuição judicial do ônus da prova somente deveria ser cabível nos casos de: *a) hipossuficiência probatória*, quando o adversário da parte goza de posição privilegiada, por dispor de conhecimento técnico especial ou por ter em seu poder importantes fontes de prova (ex.: médico que detém o prontuário e os exames do paciente); *b) inacessibilidade da prova*, decorrente de conduta culposa ou desleal (por falta de cooperação/colaboração) do seu adversário, sendo que a conduta desleal que *dificulta* o acesso à prova deve ser punida e *só* aquela que *inviabiliza* o acesso à prova deve conduzir à dinamização do ônus probatório.

Uma situação que pode ser imaginada é a possibilidade de alteração da situação fática no decorrer do processo provocar uma nova redistribuição dos encargos probatórios. Ou seja, pode ser que, após realizada a dinamização, a parte que, inicialmente, não detinha condição de arcar com o ônus de provar determinado fato venha a adquiri-lo e a situação contrária, em que a outra parte deixa de possuir a hiper-suficiência probatória que legitimou a dinamização. Nas duas situações, seria viável uma nova redistribuição dos encargos probatórios, desde que haja decisão motivada e a oportunização da parte se desincumbir desse novo ônus.⁶⁷

6.4 A Inversão do Ônus da Prova Feita pelo Juiz em Causas de Consumo

O Código de Defesa do Consumidor autoriza a inversão judicial (*ope judicis*; “por obra do juiz”) do ônus da prova. Este é um dos “casos previstos em lei” a que se refere a primeira parte do § 1º do art. 373 do CPC.

O art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, permite, em duas hipóteses, que o magistrado inverta o ônus da prova nos

66 *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, cit., p. 180 ss. Confira-se, também, KNIJNIK, Danilo. “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação de senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica”, cit., p. 946 ss.

67 CREMASCQ, Suzana. A distribuição dinâmica do ônus da prova, cit., p. 91-93; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Ônus da prova e sua dinamização, cit., p. 198-200.

litígios que versem sobre relações de consumo: a) quando verossímil a alegação do consumidor, segundo as regras ordinárias de experiência; b) quando o consumidor for hipossuficiente. A redistribuição deve sempre ser feita *em favor do consumidor*.

a) Constatada a verossimilhança das alegações do consumidor, com base nas regras de experiência, o magistrado deve presumi-las verdadeiras, para, redistribuindo o ônus da prova, impor ao fornecedor o encargo de prova contrária⁶⁸.

b) Verificando que o consumidor se encontra em situação de fragilidade e hipossuficiência probatória – sem dispor de condições materiais, técnicas, sociais ou financeiras de produzir a prova do quanto alegado⁶⁹ –, o juiz deve supor que as alegações do consumidor sejam verdadeiras, determinando que a contraparte passe a ter o ônus da prova contrária.

Em ambos os casos, a inversão é sempre uma decisão do juiz, que deverá considerar as peculiaridades de cada caso concreto.

Basta que um dos pressupostos esteja presente, tendo em vista que o próprio legislador colocou entre eles a conjunção alternativa “ou”. Não são pressupostos concorrentes ou cumulativos, mas, sim, alternativos⁷⁰.

A doutrina, que exige sempre a presença da verossimilhança, lembra que a tese de que os pressupostos sejam alternativos não implica a inversão baseada em alegações absurdas. As alegações não se dividem em absurdas e verossímeis. Entre esses dois extremos, há as que geram dúvidas, mas em que se encontra presente uma

68 Note que Kazuo Watanabe entende que não é propriamente caso de inversão do ônus da prova: “O que ocorre, como bem observa Leo Rosenberg, é que o magistrado, com a ajuda das máximas da experiência e das regras da vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato com base nas máximas da experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova”. O autor parece equiparar o instituto à *prova prima facie*, ou prova de primeira aparência ou por verossimilhança. (WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 617.)

69 Para fazer essa análise o juiz deve ponderar fatores como as dificuldades de acesso a informações, dados ou documentação, o grau de escolaridade, sua posição social, seu poder aquisitivo etc.

70 RODRIGUES, Marcelo Abella. Elementos de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 326 e 327; CAMBI, Eduardo. A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância, cit., p. 413. Assim, também, STJ, AgRg no REsp n. 906.708/RO, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 19.05.2011, publicado no DJe de 30.05.2011. Em sentido diverso, Antônio Gidi, defendendo que a inversão só é autorizada quando presentes ambos os pressupostos – afinal, afirma, é sempre imprescindível que a alegação do consumidor seja verossímil (GIDI, Antônio. “Aspectos da Inversão do Ônus da prova no Código do Consumidor”. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 1996, n. 03, p. 584).

situação de insuficiência probatória, sendo justificada a inversão do ônus da prova. Caso a alegação seja absurda, o magistrado formará a convicção da inexistência da ocorrência do fato, sequer havendo a necessidade de inversão do ônus da prova, que depende de um estado de dúvida.⁷¹ ♦

⁷¹ MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*, cit., p. 129-130.

Conversão de Multas Ambientais

Jessé Torres Pereira Junior

Desembargador e Professor-Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação de Direito Administrativo das Escolas da Magistratura e de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor Convidado da FGV Direito Rio.

Thaís Boia Marçal

Coordenadora de Direito Público da Escola Superior de Advocacia da OAB/RJ. Mestre em Direito da Cidade. Advogada.

Conta-se que prestigiosa instituição cultural empenhou-se na importação de uma múmia para compor o acervo de seu museu de egiptologia, todavia enfrentava o aflitivo dissabor de ver embargado o ingresso da peça no país porque os agentes alfandegários não conseguiam enquadrá-la em norma alguma de autorização.

Desafiado a examinar a questão, veterano especialista em administração aduaneira, após compulsar as regras vigentes, encontrou a solução: a peça seria enquadrada como “carne seca”, que contava com expressa norma de admissão.

O criativo – embora um tanto macabro – chiste pretende ilustrar o apego ao exacerbado positivismo que predominou – talvez ainda impressione largo contingente de setores da administração pública – na aplicação do princípio da legalidade, interpretado em seu sentido estrito de que ao gestor público somente é dado fazer o que a lei expressamente determine, quedando-se paralisado à falta da norma legal.

É o que traz à memória a leitura do Decreto 9.179, de 23 de outubro de 2017, que, ao alterar o Decreto 6.514/2008, institui o

Programa de Conversão de Multas Ambientais emitidas por órgãos e entidades da União, integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama)

Dito decreto – ato administrativo privativo de chefe de Poder Executivo – põe em prática o entendimento de que, mesmo no campo das sanções administrativas, à legalidade estrita sucede, no Direito Público pós-moderno, a juridicidade, que, a partir da supremacia da Constituição e da efetividade dos princípios, deve passar a orientar as decisões dos administradores públicos segundo novos paradigmas. Isso inclui a dinâmica para a dosimetria da sanção, inspirada no raciocínio da ponderação e no senso de proporcionalidade quanto ao resultado de interesse público a obter-se.

Exatamente por isso o Decreto 9.179/2017 colhe importante oportunidade para dinamizar o norte traçado pelo art. 225 da Constituição da República, no sentido de que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O decreto ilustra o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, projetado em todas as Cartas Fundamentais promulgadas, no curso da segunda metade do século XX, com o fim de, traçando políticas públicas cogentes que assinam obrigações de fazer e de não fazer, fixar limites que as autoridades públicas devem respeitar em face da sociedade e dos direitos fundamentais que a embalam (individuais, sociais, econômicos, ambientais).

No dizer de Luis Prieto Sanchis, festejado lente das Universidades Castilla-La Mancha e de Toledo, “se conciben tanto la Constitución y la justicia constitucional como los derechos fundamentales como artificios jurídicos que cobran todo su sentido al servicio de la limitación del poder y de la garantía de la inmunidad y libertad de las personas” (*Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, 2ª ed., Madri: Trota, 2009, p. 9).

É nessa constitucionalização que se vão plasmando os novos paradigmas do controle jurídico da gestão pública: a efetividade dos princípios a que a administração pública deve obediência; a explicitação compulsória dos motivos do ato administrativo; o alcance

da discricionariedade por controles; a processualização da atividade decisória; a responsabilidade universal dos agentes públicos, afasta- do qualquer nicho de irresponsabilidade; a consensualidade que vin- cula a ação administrativa às prioridades da sociedade objetivamente aferidas; a gestão sustentável dos bens e recursos públicos.

O Decreto 9.179/2017 introduziu, no Decreto 6.514/2008, que dispõe sobre infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelecendo o respectivo processo administrativo federal para sua apuração, alterações reveladoras do novo compromisso do direito punitivo estatal com a efetividade da reparação decorrente da imposi- ção de sanção pecuniária, abrindo alternativa à vetusta tendência de que seria apenas mais uma fonte de receita para o erário.

Assim não mais deve ser, sobretudo tratando-se de danos am- bientais, daí o art. 143, § 1º, com a redação do Decreto 9.179/2017, sublinhar que “independentemente do valor da multa aplicada, o autu- ado fica obrigado a reparar integralmente o dano que tenha causado”.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União entendia pela possibilidade da conversão de multas por investimentos. Por exem- plo, pode ser citado o caso em que determinada operadora de telefo- nia celebrou um TAC, o qual prevê a conversão de R\$ 2,199 bilhões em multas aplicados pela Anatel contra a referida em R\$ 4,87 bilhões em investimentos na rede da própria empresa.

No âmbito do STJ, diversos são os precedentes concluindo pela redução da multa aplicada por entidades ambientais. Confira-se:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ADMINIS- TRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA OB- JETIVANDO A REDUÇÃO DA MULTA APLICADA PELO IBAMA DECORRENTE DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. O QUANTUM FORA ESTIPULADO EM RAZÃO DAS PECU- LIARIDADES DISPOSTAS NOS AUTOS, LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO A AUSÊNCIA DE ANTECEDENTES DO INFRATOR, O GRAU DE INSTRUÇÃO E A SUA SITU- AÇÃO ECONÔMICA. OBSERVÂNCIA DA PROPORCIO- NALIDADE E RAZOABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS PREMISSAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. AGRAVO INTERNO DO IBAMA A QUE SE NEGA PROVI-

MENTO. 1. Nota-se dos autos que o ajuizamento da ação penal pública ambiental visava à recuperação da área degradada mediante o plantio de mudas nativas, bem como à condenação com o pagamento de multa. 2. **A fixação da multa fora estipulada de acordo com as peculiaridades do caso concreto, em especial, considerando a baixa capacidade econômica do infrator, em respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.** Assim, mostra-se inviável, em sede de Recurso especial, a análise de tais premissas fáticas, pois demandaria necessariamente a incursão no acervo fático-probatório dos autos. Súmula 7/STJ 3. Agravo Interno do IBAMA a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1371298/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 20/03/2017) – os grifos não constam do original.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. PARCELAMENTO OU LOTEAMENTO IRREGULAR DO SOLO URBANO (ART. 50, INCISO I, E PARÁGRAFO ÚNICO, I E II, DA LEI N. 6.766/1979). APTIDÃO DA DENÚNCIA. TIPICIDADE. MATÉRIA SUPERADA POR SENTENÇA CONDENATÓRIA SUPERVENIENTE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VALORAÇÃO NEGATIVA. EXASPERAÇÃO FUNDADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. MULTA. REDUÇÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A denúncia expôs o fato criminoso, com todas as circunstâncias relevantes para o entendimento do caso concreto. A tipicidade penal ressaí evidente quando, a partir da descrição fática, imputou-se ao agravante a adesão subjetiva, livre e consciente, ao grupo de pessoas responsáveis pela implantação do loteamento clandestino denominado “Mansões Chácaras do Lago”. (...) 8. **A fixação da pena pecuniária deve manter a proporcionalidade para com a pena corporal cominada e, no caso**

concreto, sem perder de vista a capacidade econômica do agente, uma vez que o tipo penal violado, em seu preceito secundário, já especifica a multa em valores diretos - 10 (dez) a 100 (cem) vezes o salário mínimo vigente no País. 9. Agravo regimental provido parcialmente, apenas para reduzir a pena de multa, fixando-a em 60 (sessenta) vezes o salário mínimo vigente à época do fato. (AgRg no REsp 1361945/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017)

É importante destacar, inclusive, que o princípio da eficiência na tutela ambiental é maximizado no momento em que se empreende meios de reparação direta ao meio ambiente, ao invés de cobrar valores pecuniários, haja vista que se evita que verba seja destinada para fins diversos da reparação daquela área que sofreu o dano.

Ademais, a lógica punitiva estatal deve ser utilizada como última *ratio* em matéria sancionadora administrativa, uma vez que se deve conferir primazia a práticas restaurativas do *status operandi* ético. Neste cenário, mostra-se de fundamental importância o estabelecimento de critérios normativos para regular o processo de conversão.

A implementação de programas de *compliance* também atende tal desiderato, permitindo que a empresa retome sua atividade, em conformidade com a regulação estatal, ensejando, assim, o exato cumprimento de sua função social.

Chega-se ao ponto nodal das preocupações do decreto, qual seja o do caráter pedagógico-reparatório da multa ambiental e de sua possível conversão, a ser manejada com o fim de coibir, com inteligência, senso de proporção e utilidade, violações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nos termos do art. 145, “Por ocasião do julgamento do auto de infração, a autoridade julgadora deverá, em decisão única, julgar o auto de infração e o pedido de conversão da multa”, julgamento no qual considerará, acrescenta o § 1º, “as peculiaridades do caso concreto, os antecedentes do infrator e o efeito dissuasório da multa ambiental, e poderá, em decisão motivada, deferir ou não o pedido de conversão formulado pelo autuado”, decerto que, di-lo o § 4º, cabendo “recurso hierárquico da decisão que indeferir o pedido de conversão”.

A tais pertinentes homenagens ao devido processo, à ampla defesa e ao contraditório também em sede administrativa (CF/88, art. 5º, LIV e LV) aditem-se duas observações: (a) a função punitiva constitui prerrogativa da administração; (b) todo ato que aplica penalidade administrativa é um ato jurídico, destinado que é a restringir ou suprimir direitos, impor obrigações de fazer, de não fazer ou de tolerar, seguindo-se que o seu editor deve zelar por que se apresente íntegra a respectiva estrutura morfológica.

Para bem apreender a natureza e os limites da primeira observação, é necessário conceituar prerrogativa, que se não confunde com privilégio. No jargão do Direito Público, prerrogativa traduz um dever-poder de agir com o fim de assegurar a satisfação do interesse público.

Não se trata de um direito propriamente, muito menos de um direito personalizado, como na excepcionalidade do privilégio. Prerrogativa exprime um dever que compele o agente público a agir, sob pena de omissão de seu dever funcional, sempre que perceba em risco o adequado desempenho da função pública. Não lhe é facultado agir. É de seu dever jurídico agir.

Aplicando-se o conceito de prerrogativa ao tema ambiental, entende-se que ao gestor público não se concede escolher entre punir e não punir o causador do dano. É de seu dever puni-lo, desde que, respeitadas as garantias da defesa e do contraditório em processo regular, resulte comprovada a falta atraente da sanção. A esse dever servem poderes meramente instrumentais de agir.

Não o poder como manifestação de prestígio ou força, mas o poder como instrumento de ação subordinada a um dever indesejável. Se a autoridade deixa de punir quando era o caso de fazê-lo, ou pune inadequadamente – com excesso ou indulgência –, estará agindo com abuso de poder ou desvio de finalidade, figuras igualmente caras aos essenciais fundamentos do direito público, cuja incidência corrompe a idoneidade do desempenho do cargo público. Por isto que toda prerrogativa está limitada pelos fins legais que a circunscrevem: no caso de dano ambiental, a prerrogativa de aplicar sanções se justifica em face de comprovada violação. Nem mais, nem menos.

A segunda observação deve pautar o agir da autoridade administrativa por técnica e precisão. Todo ato punitivo, sendo, como é, um ato administrativo, deve nascer e sustentar-se a partir do exercí-

cio regular da **competência** do órgão e do agente; veiculado pela **forma** escrita e na sede processual que lhe atestem a seriedade; tendo por conteúdo um **objeto** de inequívoco interesse público; enunciando os motivos que lhe demonstrem a juridicidade (fatos verazes e comprovados, submetidos a normas regentes de indubitosa incidência no caso concreto, fatos e normas sopesados com razoabilidade e proporcionalidade); de sorte a alcançar os resultados justificadores da **finalidade** do regime protetivo do meio ambiente.

Toda atenção deve ser posta para precatar vícios de competência (a sanção ser imposta por autoridade que não era a competente); de forma (o instrumento formalizador da sanção não era apto a expressá-la); de objeto (a sanção aplicada esconde o propósito de prejudicar o autuado, e não o de tão só conformar-lhe a conduta aos ditames da preservação ambiental); de motivo (os fatos puníveis inexistem, ou não são aqueles que embasaram a sanção, ou esta adotou severidade incompatível com o grau da falta); de finalidade (a sanção em pouco ou nada contribuirá para que se obtenha o resultado planejado com a execução da multa ou a sua conversão em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, tisdada pela conduta do autuado).

Em presença de vícios comprometedores dos elementos de sua estrutura morfológica – competência, forma, objeto, motivo e finalidade –, o ato da sanção estará sujeito à invalidação, seja por autoridade administrativa hierarquicamente superior, em cuja competência funcional se insira a revisão do ato sancionador, ou da autoridade judiciária, se o penalizado provocá-la pela via própria. ♦

A Cooperação como Elemento Estruturante da Interface entre o Poder Judiciário e o Juízo Arbitral

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Professor Titular de Direito Processual Civil na UERJ, IBMEC e Estácio. Martin-Flynn Global Law Professor at University of Connecticut School of Law. Diretor Acadêmico da Fundação Escola do MPRJ. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Marcelo Mazzola

Mestre em Direito Processual pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Vice-Presidente de Propriedade Intelectual do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Advogado.

RESUMO: O artigo analisa a necessária interface entre o Poder Judiciário e o Juízo Arbitral sob o prisma da cooperação, destacando a importância de uma atuação colaborativa e integrada dos órgãos jurisdicionais para o bom funcionamento do sistema jurisdicional contemporâneo. Ademais, são apontados os parâmetros objetivos concretos para a exigência do dever de colaboração, bem como identificadas hipóteses nas quais pode ser imposta sanção pela ausência de comportamento cooperativo.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário; Juízo Arbitral; Cooperação; Interface.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Cooperação no sistema jurisdicional multiportas. 3. Dever de cooperação do árbitro. 4. Interface entre o Poder Judiciário e o Juízo Arbitral. 4.1. Carta Arbitral. 4.2. Tutelas

provisórias. 4.3. Compromisso Arbitral forçado. 4.4. Competência do árbitro e desdobramentos judiciais. 4.5. Convenções processuais e cooperação: análise da validade da convenção de arbitragem. 4.6 Violação do dever de cooperação e possibilidade de sanção. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Cooperação vem do verbo latino *cooperari* e traduz a ideia de trabalhar em conjunto, obrar simultaneamente para determinado fim.

Em linhas gerais, a cooperação permeia o relacionamento entre i) cortes internacionais; ii) órgãos estrangeiros e autoridades brasileiras (cooperação internacional – arts. 26 a 41 do CPC); iii) órgãos do próprio Poder Judiciário (cooperação nacional – arts. 67 a 69 do CPC); iv) sujeitos processuais (art. 6º do CPC); e v) Poder Judiciário e Juízo arbitral.

Neste ensaio, enfocaremos a relação cooperativa entre Poder Judiciário e Juízo Arbitral, analisando algumas questões práticas e o comportamento colaborativo que se espera não apenas no relacionamento entre juízes e árbitros, mas, principalmente, entre as partes que, por qualquer motivo, precisam deixar o universo arbitral e recorrer ao Poder Judiciário. Em seguida, pontuaremos algumas questões nas quais, a nosso ver, a ausência de cooperação entre as partes pode e deve ser sancionada.

Com efeito, a colaboração entre o Poder Judiciário e o Juízo Arbitral é fundamental para assegurar, por exemplo, o cumprimento de cartas arbitrais (art. 237, IV, e 267 do CPC), a confidencialidade do procedimento, se houver, (art. 189, IV, do CPC), a concessão de tutelas provisórias antes da instauração da arbitragem (arts. 294 e seguintes do CPC e arts. 22-A e 22-B da Lei nº 9.307/96, alterada pela Lei nº 13.129/15), e a extinção da ação judicial quando o árbitro já tiver reconhecido a sua competência (art. 485, VII, do CPC).

2. COOPERAÇÃO NO SISTEMA JURISDICIONAL MULTIPORTAS

Atualmente, a ideia de jurisdição não pode mais ser compreendida como a atividade exclusivamente estatal, não apenas em razão do reconhecimento do juízo arbitral (arts. 3º, § 1º, e 42 do CPC), mas também da notória evolução dos métodos adequados de resolução de

conflitos, especialmente a mediação e a conciliação, considerados verdadeiros equivalentes jurisdicionais¹.

Em reforço, não se pode perder de vista que, enquanto o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito”, o CPC dispõe que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”².

Essa sutil alteração evidencia que, no processo civil contemporâneo, a decisão estatal não pode mais ser considerada como a única forma de pacificação social, devendo ser valorizados e incentivados os métodos adequados de resolução de conflitos, entre eles a arbitragem.

Com isso, a noção de jurisdição – antes vinculada essencialmente à atividade do Estado – ganha novos contornos, podendo ser compreendida como o direito de acesso à justiça e efetiva solução do conflito³.

Nesse particular, Leonardo Greco destaca que a cooperação deve existir entre todos os órgãos jurisdicionais instados a desempenhar qualquer atividade no processo.⁴

De fato, é fundamental essa rede jurisdicional de auxílio, apoio e interação, dentro de um sistema multiportas projetado de forma a obter o máximo de efetividade em cada situação, utilizando-se, para tanto, a ferramenta mais adequada.

Nesse sentido, a cooperação não é um padrão de conduta que possa ser atribuído individualmente a determinado juiz ou juízo (seja arbitral ou não), mas sim um princípio que deve permear toda a atividade jurisdicional, inclusive nas relações internacionais e institucionais, garantindo maior coesão, integridade e unicidade sistêmica. Afinal de contas, só é possível haver cooperação quando todos os personagens do conflito estão irmanados nesse espírito.

1 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MARQUES, Paula Menna Barreto. Os meios adequados de solução de conflitos e o novo Código de Processo Civil: a conciliação, a mediação e a arbitragem, in CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Inovações do Código de Processo Civil de 2015, Rio de Janeiro: GZ, 2016, p. 249.

2 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. STANCATI, Maria M. S. Martins. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo, v. 254, Abr/2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 20.

3 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Audiência de conciliação ou de mediação: o art. 334 do CPC/2015 e a nova sistemática do acordo judicial, in LUCON, Paulo Henrique dos Santos et alli. Processo em Jornadas, Juspodivm: Salvador, 2016, p. 447.

4 Nas palavras do autor: “todos são detentores do poder jurisdicional do Estado e, por isso, plenamente aptos a praticar com eficácia todos aqueles atos processuais que não dizem respeito à esfera jurídica de competência de cada um, mas que são comuns a todos os órgãos jurisdicionais”. GRECO, Leonardo. Os Juizados Especiais como tutela diferenciada. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol. III. Janeiro a Junho de 2009, p. 35.

3. O DEVER DE COOPERAÇÃO DO ÁRBITRO

De um modo geral, a cooperação pressupõe divisão de tarefas, redistribuição de responsabilidades e um pacto de trabalho, em que todos aqueles que participam do processo, incluindo o julgador, as partes e seus advogados, entre outros, devem estar em busca da justa composição do litígio, “com brevidade e eficácia”.⁵

Nesse percurso, o árbitro deve observar os deveres de a) esclarecimento (agir de modo transparente e pragmático, proferindo comandos claros e objetivos), b) consulta (incentivar o diálogo), c) prevenção (alertar riscos e diligenciar para que os atos processuais não sejam praticados de forma viciada ou para que possam ser corrigidos rapidamente) e d) auxílio (remover eventuais obstáculos impeditivos).

Ainda defendemos o dever de comprometimento do julgador,⁶ que compreende a ideia de operosidade e de máxima dedicação à causa. A operosidade traduz a noção de que todos aqueles que participam, direta ou indiretamente, da solução dos conflitos, em âmbito judicial ou extrajudicial, devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível, com a finalidade de assegurar o efetivo acesso à justiça.⁷

Para que isso se concretize, afigura-se indispensável a atuação ética e a utilização dos instrumentos e dos institutos processuais de forma a obter a melhor produtividade possível. A ideia é dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado e garantir o comprometimento do julgador na prestação de uma ordem jurídica justa.

Em outras palavras, é agir com eficiência e extrair o máximo de rendimento da atividade jurisdicional, com menor dispêndio de tempo e de recursos.

Nesse compasso, viola o dever de comprometimento o árbitro que, por exemplo, deixa de suspender o procedimento arbi-

5 GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 172, jun./2009, p. 35.

6 MAZZOLA, Marcelo. *Cooperação e operosidade. A inobservância do dever de colaboração pelo juiz como fundamento autônomo de impugnação*. Dissertação de Mestrado em Direito Processual, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

7 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 63-64.

tral diante da existência de cláusula de mediação (art. 23 da Lei de Mediação).⁸ Isso porque, além de violar o referido comando legal, deixa de prestigiar a resolução consensual do conflito (art. 3º, §§ 2º e 3º, do CPC), onerando as partes e inviabilizando a rápida solução do impasse. Da mesma forma, não é razoável que o árbitro deixe de observar convenção pactuada pelas partes no contrato, no sentido de adequar o procedimento arbitral às peculiaridades do caso concreto. Não custa lembrar que, quando o árbitro aceita a nomeação, a arbitragem é considerada instituída. Assim, caso deseje fazer alguma restrição ou reserva ao que foi pactuado pelas partes, deve informar isso previamente às partes, e não silenciar para depois surpreendê-las com sua decisão.

4. INTERFACE ENTRE O PODER JUDICIÁRIO E O JUÍZO ARBITRAL

4.1 Carta Arbitral

Como se sabe, as decisões arbitrais não possuem coercitividade. Logo, caso não sejam adimplidas voluntariamente por uma das partes, o árbitro deverá solicitar a colaboração do Poder Judiciário, a fim de que a medida possa ser cumprida.

E o instrumento adequado para essa comunicação e solicitação de auxílio ao Poder Judiciário é a carta arbitral (art. 237, VI, do CPC),⁹ cujos requisitos são aqueles genéricos do art. 260 do CPC, devendo aquela também ser instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função (art. 260, § 3º).

De acordo com o artigo 22-C da Lei de Arbitragem, o árbitro ou o tribunal arbitral pode expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato por ele solicitado.

Importante registrar que, no cumprimento da carta arbitral, será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a con-

8 Art. 23. Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica às medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito.

9 Art. 237. Será expedida carta: (...) IV- arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória.

fidencialidade estipulada na arbitragem (art. 22-C, parágrafo único, da lei especial).

Nesse ponto, o novo CPC prevê que, apesar da publicidade dos atos processuais (arts. 11 e 189), tramitam em segredo de justiça os processos que *“versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”* (art. 189, IV).

Ressalte-se, apenas, que, nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, deve ser observado o princípio da publicidade (art. 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem e art. 37 da Constituição Federal)¹⁰.

Questão interessante que pode surgir aqui é a eventual existência de informação sensível e de interesse estratégico do Estado, nos exatos termos do art. 23 da Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação). Imagine-se, por exemplo, que, durante a fase instrutória conduzida pelo árbitro, a Administração revele informação que tenha sido fornecida em caráter sigiloso por outro país (art. 23, inciso II, da referida Lei). Da mesma forma, havendo necessidade, por exemplo, de buscar e apreender coisa em poder de terceiro, a carta arbitral expedida deve determinar a manutenção do sigilo, mesmo que haja interesse público. Seria como que uma exceção da exceção, o que, em última análise, acaba por confirmar a regra geral.

Em termos práticos, a carta arbitral é muito utilizada para o cumprimento de tutelas provisórias deferidas pelos árbitros e não adimplidas por aquele contra o qual a ordem foi emanada. Também é utilizada para a intimação e condução de testemunhas, que, apesar de intimadas, não atendem à convocação do Juízo Arbitral para depor.¹¹

Em algumas situações, o juiz pode recusar-se a dar cumprimento à carta arbitral, quando, por exemplo, a carta não estiver revestida dos requisitos legais; faltar ao juiz competência em razão da matéria ou da hierarquia; e o juiz tiver dúvida acerca de sua autenticidade (art. 267, I a III, do CPC).

¹⁰ Sobre o tema, Andre Roque destaca que, no caso de “arbitragens envolvendo interesses estatais, a incidência dos princípios da transparência e da publicidade não permitirá o sigilo absoluto. Nesse caso, restam duas alternativas: ou as partes afastam completamente a confidencialidade do procedimento arbitral ou estipulam uma forma de sigilo parcial, em que se permite o acesso dos interessados ao conteúdo da decisão dos árbitros”. Na visão do doutrinador, dessa maneira preservar-se-ia a confidencialidade não apenas dos documentos que instruíram o processo na arbitragem, mas também das informações trazidas pelas partes cuja revelação seja capaz de causar dano ao particular que contratou o Estado. ROQUE, Andre Vasconcelos. A arbitragem envolvendo entes estatais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ab7a710458b8378b>. Acesso em 29.08.2017.

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 149.

Nesses casos, deverá o juiz devolvê-la ao Juízo Arbitral com decisão motivada. Se a hipótese for apenas de incompetência em razão da matéria ou da hierarquia, o juiz pode remeter a carta arbitral ao juiz ou ao tribunal competente (art. 267, parágrafo único, do CPC), em razão do chamado caráter itinerante das cartas.

Contudo, uma questão que gera desconforto é a possibilidade de o juiz negar-se a cumprir a carta sob o fundamento de discordar da decisão. Explicamos. Imagine-se uma carta para garantir o cumprimento de uma tutela de urgência concedida pelo árbitro. O juiz de direito, ao examinar o teor da carta, conclui que não estão presentes os pressupostos autorizadores da medida (art. 300 do CPC).

Ou, ainda, imagine-se que a providência determinada na carta contraria a legislação brasileira (mas a arbitragem é conduzida utilizando-se o direito positivo de outro país), ou mesmo que a concessão da tutela de urgência naquele caso viola decisão com efeito vinculante, na forma do art. 927 do CPC.

Em alguma dessas hipóteses seria razoável restituir a carta sem o devido cumprimento? Começamos pelo exame da hipótese na qual o juiz supostamente entenda não estarem presentes os requisitos do art. 300.

Assim como é vedado ao magistrado analisar o mérito da sentença arbitral, também não pode reexaminar o conteúdo da tutela deferida pelo árbitro. Da mesma forma, vale lembrar que, no processo arbitral, as partes podem escolher livremente a aplicação da lei aplicável ao caso, não sendo permitida, portanto, qualquer interferência do juiz, a quem cabe somente dar efetivo cumprimento à carta arbitral.

Em tais casos, havendo recusa do magistrado, entendemos que a parte prejudicada pode interpor agravo de instrumento, valendo-se do artigo 1.015, I, do CPC, uma vez que, direta ou indiretamente, o que está em discussão é a implementação de tutela provisória (valendo aqui o mesmo raciocínio utilizado para sustentar o cabimento do agravo de instrumento contra a decisão que não aprecia ou que posterga o exame da tutela provisória requerida pela parte).

A questão mais espinhosa diz respeito à concessão de tutela de urgência pelo árbitro, que, eventualmente, viole os chamados precedentes de observância obrigatória. O tema é complexo e exigiria um trabalho específico. De qualquer forma, partindo da premissa de que os precedentes são normas de direito material e tendo em vista

a composição federativa do país, entendemos que os árbitros devem observar as decisões elencadas no artigo 927 do CPC. Porém, alguns precedentes ali listados não possuem, necessariamente, vinculação nacional (basta pensar no IRDR – antes da projeção para todo o país – e no IAC, assim como a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os tribunais estiverem vinculados). Em tais hipóteses, não poderia um juiz de São Paulo, por exemplo, invocar uma decisão proferida em IAC pelo Tribunal do Rio para barrar o cumprimento da carta arbitral.

Por outro lado, quando a tutela de urgência arbitral violar flagrantemente os precedentes de observância obrigatória, com eficácia nacional, pensamos que o juiz deve, à luz da cooperação, antes de pensar em recusar o cumprimento da carta arbitral, oficiar, com urgência, ao tribunal arbitral, ventilando a questão detectada. Até mesmo para que o tribunal arbitral possa ratificar ou não o seu comando. É possível, por exemplo, que responda o ofício assinalando que fez o *distinguishing* no caso concreto.

Se o tribunal arbitral ratificar o comando, com ou sem maiores explicações, entendemos que o juiz não pode, neste momento, barrar o cumprimento da carta arbitral, pois a medida violaria o princípio competência-competência do árbitro, o que será examinado mais adiante.

A solução mais razoável parece ser a parte prejudicada, se assim entender e for o caso, invocar a questão em sede de ação anulatória, alegando ausência de fundamentação específica da sentença arbitral e violação ao contraditório efetivo (arts. 32, III e VIII, da Lei de Arbitragem e 927, § 1º, do CPC).

4.2 Tutelas Provisórias

Durante muito tempo, doutrina e jurisprudência discutiram a competência do árbitro ou do tribunal arbitral para conceder medida de urgência. Boa parte da discórdia tem origem no § 4º do artigo 22 da Lei de Arbitragem, que estabelecia que, havendo necessidade, o árbitro poderia solicitar medidas coercitivas ou cautelares ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar a causa.

Com base nesse dispositivo, afirmava-se que o árbitro, por ser apenas equiparado a juiz, não poderia conceder medidas coercitivas, devendo elas sempre serem requeridas perante o Poder Judiciário.

A questão era tormentosa. No julgamento do Conflito de Competência nº 111.230/DF, o Ministro João Otávio de Noronha proferiu voto vencido no sentido de não ser possível a concessão de medidas coercitivas pelo árbitro. Partindo da premissa de que o Tribunal Arbitral não tem poder de império, o ministro afirmou que o árbitro “não tem poder para praticar atos de constrição judiciária” e “não pode invadir, efetivamente, a esfera patrimonial das partes”. Asseverou, ainda, que uma vez que a execução da sentença arbitral deve necessariamente ser feita em sede judicial, já que o árbitro não pode determinar medidas executivas, razão não haveria para se admitir a possibilidade de deferimento de medidas constritivas em sede cautelar.

Essa controvérsia foi superada pela Lei nº 13.129, de 2015, que alterou a Lei de Arbitragem, incluindo nela o Capítulo IV-A, intitulado “Das Tutelas Cautelares e de Urgência”, contendo dois artigos sobre o procedimento para concessão de medidas de urgência em sede arbitral¹².

Antes de analisarmos os dispositivos, uma breve nota sobre a imprecisão terminológica do legislador infraconstitucional. Ao se referir à “medida cautelar ou de urgência”, a Lei nº 13.129/2015 passa a impressão de que se trata de duas modalidades diferentes de tutela, em uma postura diversa da adotada no Código de Processo Civil de 2015.

Bem se sabe que a tutela cautelar é espécie do gênero tutela de urgência, ao lado da tutela antecipada. Ao se referir a “medida cautelar ou de urgência”, a Lei nº 13.129/2015 parece ter querido indicar a possibilidade de concessão não só de tutela cautelar, mas também de tutela satisfativa antecipada. Dessa forma, melhor teria feito o legislador se tivesse falado apenas em “tutela provisória”.

O artigo 22-A da Lei de Arbitragem prevê agora, de forma expressa, a possibilidade de, *antes da instauração da arbitragem*, as partes recorrerem ao Poder Judiciário para a concessão da medida de urgência. Nesse caso, a instituição da arbitragem deverá ser realizada no prazo de 30 (trinta) dias contados da data de efetivação da decisão, sob pena de cessar a eficácia da medida de urgência (parágrafo único).

Por sua vez, o artigo 22-B veio para pacificar a questão sobre a possibilidade de concessão de medidas coercitivas pelo árbitro ou pelo Tribunal Arbitral.

12 O novo Código de Processo Civil, promulgado anteriormente à alteração da Lei de Arbitragem, também prevê, de forma indireta, a possibilidade de concessão de tutela provisória pelo árbitro, uma vez que o já mencionado artigo 237, inciso IV, do Código, ao tratar da carta arbitral, afirma que ela pode ser expedida para que o Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento de atos solicitados pelo juízo arbitral “inclusive os que importem *efetivação* da tutela provisória”. Ao se referir apenas à efetivação da tutela provisória, está implícito que a concessão da tutela pode ser feita pelo próprio árbitro.

Além de ter previsto no *caput* a possibilidade de os árbitros, uma vez instituída a arbitragem, manterem, modificarem ou até mesmo revogarem a medida de urgência que fora concedida pelo Poder Judiciário, o parágrafo único estabelece que, após a instauração da arbitragem, a medida de urgência deverá ser requerida (e, portanto, concedida) diretamente aos árbitros.

Além disso, referida lei também revogou o mencionado (e polêmico) § 4º do artigo 22 da Lei da Arbitragem. Mantém-se, todavia, a necessidade de acionamento do Poder Judiciário para que as medidas coercitivas concedidas pelos árbitros possam ser executadas.

Lembre-se que, instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário (art. 22-B).

Como se vê, embora não haja qualquer relação de subordinação entre juízes e árbitros, a atividade de um pode repercutir diretamente na conduta do outro, o que reforça a importância de uma efetiva atuação colaborativa.

A ausência de norma específica disciplinando os exatos limites que separam a jurisdição do árbitro daquela exercida pelo magistrado é importante, entre outras razões, para evitar um eventual conflito entre esses órgãos. Nesse passo, não custa lembrar que já há julgado do STJ reconhecendo a possibilidade de conflito de competência entre juiz togado e câmara arbitral, já que ambos exercem atividade jurisdicional¹³.

Por fim, cabe registrar que algumas Câmaras de Arbitragem preveem a figura do árbitro de emergência, que tem competência para examinar questões urgentes antes da efetiva instauração da arbitragem.¹⁴ Em tais hipóteses, não haveria, em tese, a necessidade de se acionar o Poder Judiciário.

Mas, e se uma das partes, ainda assim, invocando o art. 5º, XXXV, da Constituição, resolvesse invocar o art. 22-A da Lei de Arbitragem, mesmo havendo expressa previsão da figura do árbitro de emergência na cláusula compromissória e/ou no regimento interno da câmara arbitral?

13 STJ, CC 111.230-DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 8-5-2013, *Informativo STJ*, n. 522.

14 OLIVEIRA, Rodrigo Candido. Câmaras brasileiras permitem uso de árbitro de emergência. Disponível em [HTTP://WWW.CONJUR.COM.BR/2016-DEZ-12/RODRIGO-OLIVEIRA-CAMARAS-PERMITEM-USO-ARBITRO-E-MERGENCIA](http://WWW.CONJUR.COM.BR/2016-DEZ-12/RODRIGO-OLIVEIRA-CAMARAS-PERMITEM-USO-ARBITRO-E-MERGENCIA). Acesso em 28.08.2017.

Haveria violação ao dever de colaboração na utilização do árbitro de emergência? Poderíamos falar em necessária extinção sem resolução do mérito por prévia competência do juízo arbitral de emergência?

A questão aqui parece passar, necessariamente, pela seguinte indagação: o art. 22-A é norma subsidiária, ou seja, só será aplicável se as partes não tiverem pactuado o árbitro de emergência, ou a competência do juiz togado se sobrepuser a disposição contratual ou regimental?

Entendemos que se as partes convencionaram expressamente que a arbitragem seguiria as regras de determinado tribunal arbitral e havendo neste órgão jurisdicional a previsão do árbitro de emergência, as partes não podem acionar o Judiciário para pleitear eventual tutela provisória. Nessa hipótese, o juiz deve julgar extinto o feito, em analogia ao artigo 485, VII, do CPC.

A questão seria diferente se, diante de “perigo de dano” ou de “risco ao resultado útil do processo”, a parte interessada demonstrasse que o tribunal arbitral ainda não efetivou as regras para a atuação do árbitro de emergência, criando-se um verdadeiro “limbo jurisdicional”.

4.3 Compromisso Arbitral Forçado

Como o Poder Judiciário não é a única via para a resolução de seus conflitos, as partes podem eleger o Juízo Arbitral para a solução de eventual litígio. A convenção de arbitragem é gênero, da qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Pela primeira, as partes comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam ser originados de tal instrumento (art. 3º da Lei de Arbitragem), enquanto, no segundo, as partes efetivamente submetem o conflito à arbitragem, indicando todas as informações necessárias (nomes das partes, dos árbitros, matéria em discussão, lugar da sentença arbitral, entre outros), bem como estipulando as regras do procedimento.

Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Porém, se a parte convocada não comparecer ou se recusar a firmar o compromisso arbitral, o interessado pode aforar uma demanda perante o Poder Judiciário, a fim de que seja lavrado o referido documento.

O procedimento é simples: a parte relutante é citada para comparecer em juízo, sendo designada pelo juiz uma audiência para a lavratura do termo de compromisso. No início desse ato processual, o magistrado tenta a conciliação entre as partes, viabilizando a solução do litígio. Não sendo possível, busca a construção compartilhada do compromisso arbitral. Como última medida, e após ouvir o réu, decide sobre os termos do compromisso arbitral. Cumpre ressaltar que a sentença que julga procedente o pedido vale como compromisso arbitral (art. 7º, § 7º, do CPC).

Essa específica ação judicial confirma a importância da integração e da colaboração entre o Poder Judiciário e o Juízo Arbitral. Por mais que o Judiciário não examine o mérito do conflito, acaba definindo algumas regras do futuro procedimento arbitral, podendo, por exemplo, nomear árbitro único, caso a cláusula compromissória nada disponha sobre a nomeação dos árbitros.

Assim, não custa lembrar que a sentença de mérito que acolher o pedido do autor valerá como compromisso arbitral, podendo o interessado vencedor, após o trânsito em julgado, instituir a jurisdição privada (art. 7º, § 7º, da Lei n. 9.307/96). Da sentença que julgar procedente o pedido de instituição da arbitragem caberá apelação, a qual será recebida sempre no efeito devolutivo (art. 42 da Lei n. 9.307/96).

4.4 Competência do Árbitro e Desdobramentos Judiciais

No que tange à competência do árbitro, o STJ consagrou o princípio competência-competência, cabendo primeiramente ao árbitro decidir a respeito de sua própria competência (art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem).¹⁵

O CPC, em boa hora, disciplinou expressamente a questão, prevendo que o juiz não resolverá o mérito quando “acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência” (art. 485, VII).

¹⁵ Nos termos do artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem a alegação de nulidade da cláusula arbitral instituída em Acordo Judicial homologado e, bem assim, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, inadmissível a judicialização prematura pela via obliqua do retorno ao Juízo. STJ, REsp 1.302.900/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgamento em 09.10.2012. No mesmo sentido: “É de se reconhecer a inobservância do art. 8º da Lei n. 9.307/1996, que confere ao Juízo arbitral a medida de competência mínima, veiculada no Princípio da Kompetenz Kompetenz, cabendo-lhe, assim, deliberar sobre a sua competência, precedentemente a qualquer outro órgão julgador, imiscuindo-se, para tal propósito, sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. (CC 146.939/PA, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, Segunda Seção, DJe 30/11/2016.)

Com isso, se o árbitro reconhecer a sua competência, havendo ação judicial em curso versando sobre o mesmo tema, deverá o juiz julgar extinto o feito, sem resolução de mérito.

Esclareça-se que o controle da validade da convenção de arbitragem poderá ser feito pelo Judiciário, mas somente no caso de futura ação de nulidade da sentença arbitral (art. 32 da Lei de Arbitragem).

Cumpre salientar que a existência de convenção de arbitragem deverá ser alegada pela parte em sede de contestação (art. 337, X, do CPC), sob pena de “aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral” (art. 337, § 6º). Significa dizer que o tema não pode ser analisado de ofício pelo juiz.

Registre-se, por fim, que contra a decisão que rejeitar a alegação de convenção de arbitragem cabe agravo de instrumento (art. 1.015, III, do CPC), o que evidencia a preocupação do legislador de permitir o rápido equacionamento da discussão sobre a via jurisdicional adequada, evitando uma futura – e indesejada – anulação de todo o processo judicial.

4.5 Convenções Processuais e Cooperação: Análise da Validade da Convenção de Arbitragem

Inspirado na sistemática da Lei de Arbitragem, o CPC adota um modelo cooperativo de processo, valorizando a autonomia da vontade e a maior participação dos sujeitos processuais, sob o tom do contraditório-influência.¹⁶

Fredie Didier afirma que os negócios jurídicos processuais (também chamados de convenções processuais) são a mais perfeita expressão do modelo cooperativo de processo.¹⁷ Julio Müller vai além e afirma que “sem cooperação, não há negócio processual, e, sem este, o que resta é um processo abstrato e estático”.¹⁸

16 Para Leonardo Carneiro da Cunha, a consagração do princípio da cooperação relaciona-se com o fenômeno da valorização da autonomia da vontade no processo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. O Impacto do Novo Código de Processo Civil nos Juizados Especiais Cíveis. In: DIDIER JR., Fredie et al (Orgs.) *Novo Código de Processo Civil – impactos na legislação extravagante e interdisciplinar*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 132.

17 DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual civil: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 198, ago./2011, p. 213-220.

18 MÜLLER, Julio Guilherme. *A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica*. Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, São Paulo, 2017, p. 60.

De um modo geral, a doutrina define negócio jurídico processual como “o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”,¹⁹ ou, ainda, “o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade de intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento”.²⁰

Na prática, são declarações de vontade unilaterais ou plurilaterais que têm o condão de constituir, regular, modificar e extinguir direitos e obrigações, bem como alterar a forma do procedimento, permitindo, assim, a modulação dos aspectos processuais e do próprio *iter* processual (art. 190 do CPC).²¹

Por meio dos negócios jurídicos processuais, algumas normas – em sua maioria cogentes e que regulamentariam o trâmite do feito – podem ser afastadas.²² Assim, os sujeitos processuais passam a ser coautores da produção da norma, propiciando maior dinamismo em relação às suas condutas e viabilizando a gestão compartilhada do processo.

Note-se que, de acordo com o art. 190, parágrafo único, do CPC, as convenções processuais podem ser invalidadas “somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

19 DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 59-60.

20 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 68.

21 Entendemos que os negócios jurídicos processuais também podem ser celebrados em mediações extrajudiciais. A propósito, o artigo 166, § 4º, do CPC estabelece que a “mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”. Assim, nada impede que os mediandos definam regras procedimentais relacionadas à própria mediação extrajudicial (reuniões privadas, periodicidade dos encontros, etc.) e também outros temas relacionados à futura ação judicial, caso o consenso não seja alcançado. Por exemplo, o mediador pode perfeitamente indagar aos mediandos – preferencialmente no início da mediação – se têm interesse em celebrar convenções processuais, caso não seja possível a autocomposição. Se esta regra procedimental for acordada, os mediandos, na própria sessão de mediação, poderão ajustar a impenhorabilidade de determinado bem ou a alteração da ordem de penhora, o rateio das custas processuais, a dispensa da audiência de mediação/conciliação em sede judicial, a forma de intimação ou comunicação, o foro de eleição, a escolha do perito, o envio das petições protocoladas de parte a parte por e-mail e etc. Acreditamos que o incremento dos negócios jurídicos processuais ampliará o leque de ferramentas da mediação extrajudicial, tornando-a ainda mais atrativa.

22 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da Lei de Mediação no Compromisso de Ajustamento de Conduta. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 256, jun./2016, p. 375.

A inserção do advérbio “somente” pelo legislador traduz a ideia de que a regra será o prestígio aos negócios jurídicos processuais, respeitando-se a autonomia de vontade.

Em outras palavras, a recusa da convenção processual deve ser a exceção. Há, com isso, uma inversão do ônus argumentativo, pois cabe ao juiz, e não aos litigantes, mostrar de forma fundamentada e objetiva as razões para a invalidação da convenção processual.

A nosso sentir, mesmo nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 190, o juiz não pode, de ofício e de forma automática, recusar a validade de uma convenção processual, devendo, primeiramente, intimar os interessados (arts. 9º e 10 do CPC) e avaliar os interesses em jogo, para, então, decidir de forma fundamentada (arts. 11 e 489, § 1º, do NCPC), seja para validar para invalidar a convenção.²³

Esse cuidado é fundamental, pois, ainda que se trate de convenção estipulada em contrato de adesão,²⁴ por exemplo, o ajuste pode beneficiar o aderente e lhe não causar qualquer prejuízo.

Aliás, vale lembrar que o STJ já reconheceu a validade da cláusula de arbitragem em contrato de adesão²⁵ e a doutrina também vem assim se posicionando.²⁶

Ou seja, a regra do parágrafo único do art. 190 demanda interpretação sistemática e valorativa, não podendo ser aplicada automaticamente.

Nesse contexto, especialmente quando a arbitragem ainda não tiver sido instaurada e houver discussão, no âmbito do processo judicial, a respeito da validade de eventual convenção de arbitragem, deve o juiz agir com eficiência (art. 8º do CPC) e avaliar, com cautela, a validade da respetiva convenção processual, evitando uma decisão automática que “feche as portas” do Juízo Arbitral.

23 De acordo com o enunciado 16 do FPPC, o controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo.

24 Nas relações consumeristas, a cláusula deve estar redigida de modo claro e compreensível, grafada com caracteres bem legíveis, para que não se tenha dúvida quando ao aceite do consumidor. É o que dispõe o art. 46 do CDC: Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. Não se pode olvidar, ainda, que, de acordo com o art. 47 do CDC, as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

25 De acordo com a corte infraconstitucional, “é possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição, afastada qualquer possibilidade de abuso.” (REsp nº 1189050/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 14.03.2016).

26 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 355.

4.6 Violação do Dever de Cooperação e Possibilidade de Sanção

A atuação colaborativa é dever de todos aqueles que participam do processo (artigo 6º do CPC). Nesse compasso, a sua inobservância pode ensejar punições.

No plano da arbitragem, entendemos que aquele que ingressa no Judiciário para pleitear tutela de urgência, sem qualquer justificativa e ignorando a existência – seja na convenção de arbitragem, seja no regulamento do tribunal arbitral a que está submetido – de previsão de árbitro de emergência para tal finalidade, deve ser apenado com a litigância de má-fé, pois, no mínimo, agiu de modo temerário (art. 80, V, do CPC). O mesmo se aplica àquele que ajuíza eventual demanda diretamente no Judiciário ignorando a convenção de arbitragem, sem qualquer fundamentação mínima.

Da mesma forma, entendemos perfeitamente possível a condenação por litigância de má-fé daquele que se vale da ação anulatória do art. 33 da Lei nº 9.307/96 com claro intuito de impedir o desfecho daquela via jurisdicional, questionando, por exemplo, a não aplicação de precedente vinculativo, de abrangência regional ou estadual, em relação à arbitragem que tramitou em outra região ou Estado. A mesma lógica pode ser empregada àquele que questiona a aplicação de precedente de observância obrigatória, de âmbito nacional, sem sequer fazer o *distinguishing* (art. 80, I, do CPC).

Importante observar, contudo, que a cooperação não dará uma “carta branca” para os magistrados cometerem arbitrariedades e aplicarem sanções indiscriminadamente.

Primeiro, porque a cláusula geral de cooperação – que também deve ser observada pelo juiz (art. 6º) – não permite que este aplique, abstratamente, eventuais penalidades às partes e aos demais sujeitos processuais. Como se sabe, as sanções devem ter previsão legal.²⁷

É bem verdade que algumas condutas anticooperativas consideradas à primeira vista “atípicas” podem perfeitamente ser encaixadas nas hipóteses já previstas pelo CPC²⁸ (além dos exemplos

²⁷ Vide, por exemplo, arts. 77, §§ 2º e 7º, 81, 100, parágrafo único, 173, 202, 234, §2º, 455, §5º, 774, parágrafo único, do NCPC. Entendemos, ainda, que as partes podem estipular penalidades por intermédio das convenções processuais.

²⁸ Ainda que o rol das hipóteses do artigo 80 do NCPC, por exemplo, seja taxativo, os conceitos jurídicos indeterminados utilizados pelo legislador permitem que algumas condutas anticooperativas sejam encaixadas no enquadramento legal, mediante interpretação horizontal dos dispositivos. Taxatividade não quer dizer literalidade. Tanto é verdade que o Superior Tribunal já consagrou o entendimento de que a taxatividade não impede a interpretação extensiva em matéria

mencionados na área da arbitragem, basta pensar na conduta do réu que, sistematicamente e sem justa causa, deixa de recolher as custas pertinentes a cada interposição de novo recurso, valendo-se da “faculdade” do recolhimento em dobro – 1.007, § 4º –, apenas para opor resistência injustificada ao andamento do feito, em violação ao art. 80, IV).²⁹ Porém, o enquadramento capaz de justificar a sanção exigirá fundamentação analítica e consistente ônus argumentativo por parte do juiz.

Registre-se que, ainda que o juiz possa condenar o litigante de má-fé de ofício,³⁰ deve sempre fundamentar a sua decisão (arts. 11 e 489, § 1º).³¹

Segundo, porque o próprio julgador, em casos de condutas anticon-operativas, pode responder civilmente,³² quando “no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude” (art. 143, I) ou “recusar, omitir ou retardar, sem motivo justo, providência que deva ordenar de ofício

tributária (REsp 1.111.234/PR). Essa técnica legislativa é interessante, pois, como se sabe, não é tarefa fácil o enquadramento de condutas fáticas em dispositivos hermeticamente fechados, o que, pode, inclusive, permitir que um ato desleal e malicioso escape ao regramento legal. Como afirma Antonio do Passo Cabral, ao legislador não é dado o dom divino da onisciência e a lei não consegue esgotar, por mais competente que seja o legislador, “a riqueza de possibilidades que a vida, especialmente nas sociedades complexas, constantemente nos apresenta”. (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Op. cit., p. 20). Sob outro prisma, Carolina Uzeda defende que, com a instrução da boa-fé objetiva e da cooperação no NCPC, esse controle da lealdade “foi ampliado para além das penalidades previstas para a litigância de má-fé, podendo atingir toda égide de posições jurídicas, inadmissíveis, decorrentes do abuso do direito.” (LIBARDONI, Carolina Uzeda. Coisa julgada sob perspectiva comparatística: o que o sistema norte-americano pode nos ensinar sobre a extensão dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 258, ago./2016, p. 454). No mesmo sentido Helio Apoliano Cardoso defende que o campo de aplicabilidade do instituto da litigância de má-fé é ilimitado, de modo que, ocorrendo qualquer resquício de exercício anormal de defesa e recurso, mediante prática e uso de argumentos manifestamente inadequados, com deslealdade processual e conduta temerária e prejuízo, aí estará aberta a porta para a sua aplicação. (CARDOSO, Hélio Apoliano. Da Litigância de Má-Fé. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, n.º 113, set./2001, p. 40).

29 É possível a punição do sujeito processual que faz um pacto de mediação (cláusula de paz), nos termos do artigo 23 da Lei nº 13.140/15, mas ajuíza diretamente a demanda, sem qualquer requerimento de urgência, ignorando a necessidade de inaugurar o procedimento de mediação extrajudicial (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Os limites e as possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. Tese apresentada à Banca Examinadora como requisito parcial para a promoção à categoria de Professor Titular de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017. No prelo).

30 Vide artigo 81 do NCPC, por exemplo.

31 Em algumas hipóteses, inclusive, compete-lhe advertir primeiramente a parte antes de aplicar a sanção, conforme se verifica dos artigos 77, § 1º, 78, § 1º, 458, § único, e 772, II, do NCPC.

32 O juiz não deve figurar como réu da ação, cabendo ao ente público, em caso de condenação, ajuizar a ação regressiva. Este é o entendimento do STF: “Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Responsabilidade exclusiva do Estado. Os magistrados enquadram-se na espécie de agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. Ação que deveria ter sido ajuizada com a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88 (STF, RE 228.977/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 12.04.2002)

ou a requerimento da parte” (art. 143, II), sendo que, nesse último caso, sua responsabilidade só estará configurada se a parte requerer que o magistrado determine a providência e o requerimento não for analisado no prazo de 10 (dez) dias (art. 143, parágrafo único).

Ademais, não se pode olvidar que a parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública podem representar contra o juiz que descumprir injustificadamente os prazos “previstos em lei, regulamento ou regimento interno” (art. 235),³³ e também nos calendários processuais (art. 191).

Daniel Mitidiero defende, ainda, que o magistrado que reiteradamente deixa de observar os deveres inerentes à cooperação viola o direito ao processo justo e pode ser responsabilizado por “omissão” ou “ausência”.³⁴

Terceiro, e último, porque qualquer decisão judicial, além de presupor uma fundamentação adequada, está sujeita a recurso ou impugnação em momento próprio. Ou seja, existem mecanismos para conter eventuais arbitrariedades.

Em resumo, entendemos que a violação do dever de cooperação, em algumas situações, pode ensejar punições, o que demanda fundamentação analítica por parte do juiz e prévia observância do contraditório.

5. CONCLUSÃO

Como visto, a existência de uma rede jurisdicional de auxílio, apoio e interação entre Poder Judiciário e Juízo Arbitral é fundamental para assegurar, por exemplo, o cumprimento de cartas arbitrais, a confidencialidade do procedimento, a concessão de tutelas provisórias, a extinção da ação judicial quando o árbitro já tiver reconhecido a sua competência, entre outros.

A cooperação não é um padrão de conduta que possa ser atribuído individualmente a determinado juiz ou juízo (seja arbitral ou não), mas sim um princípio que deve permear toda a atividade jurisdicional, inclusive nas relações internacionais e institucionais, ga-

33 A propósito, vale destacar a recente determinação do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), que padronizou o conceito da expressão “atraso reiterado de sentença” para efeito do pagamento da Gratificação por Exercício Cumulativo de Jurisdição (GECJ). De acordo com a Lei nº 13.095/2015, regulamentada pelo CSJT na Resolução nº 155/2015, o juiz que atrasa sentença perde a possibilidade de receber a gratificação. Nesse sentido, a demora de mais de 90 dias para a prolação da sentença de um único processo será considerada atraso reiterado. Já o atraso reiterado de vários processos será quando o magistrado tiver mais de 30 processos sem apresentação de sentença por mais de 60 dias.

34 MITIDIERO, Daniel. COLABORAÇÃO NO PROCESSO CIVIL COMO PRÊT-À-PORTER? UM CONVITE AO DIÁLOGO PARA LENIO STRECK. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 194, abr./2011, p. 55-68. Vale lembrar que o juiz também responde pelas despesas do retardamento no caso de adiamento da audiência sem justa causa (art. 362, § 3º), o que, sem dúvida, atenta contra o espírito cooperativo de prestigiar a duração razoável do processo.

rantindo maior coesão, integridade e unicidade sistêmica.

Disso decorrem alguns deveres para o árbitro e para o juiz, que devem atuar com eficiência e comprometimento nessa interface entre o Poder Judiciário e o Juízo Arbitral.

Em algumas situações, a inobservância do dever de cooperação pode ensejar punições, uma vez que condutas anticooperativas consideradas à primeira vista “atípicas” podem perfeitamente ser encaixadas nas hipóteses já previstas pelo NCPC. Porém, o enquadramento capaz de justificar a sanção exigirá fundamentação analítica e consistente ônus argumentativo por parte do juiz. ♦

6. BIBLIOGRAFIA

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública**. Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de Derecho Procesal**, vol. II. Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJEA, 1952.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 3ª ed. Trad. José Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O Impacto do Novo Código de Processo Civil nos Juizados Especiais Cíveis**. In: DIDIER JR., Fredie et al (Orgs.) **Novo Código de Processo Civil – impactos na legislação extravagante e interdisciplinar**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Os três modelos de direito processual civil: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 198, ago./2011.

_____; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 172, jun./2009.

GRECO, Leonardo. **Os Juizados Especiais como tutela diferenciada**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol. III. Janeiro a Junho de 2009.

MAZZOLA, Marcelo. **Cooperação e operosidade**. A inobservância do dever de colaboração pelo juiz como fundamento autônomo de impugnação. Dissertação de Mestrado em Direito Processual, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, São Paulo, 2017.

OLIVEIRA, Rodrigo Candido. **Câmaras brasileiras permitem uso de árbitro de emergência**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-dez-12/rodrigo-oliveira-camaras-permitem-uso-arbitro-emergencia>. Acesso em 28.08.2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da Lei de Medição no Compromisso de Ajustamento de Conduta**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 256, jun./2016.

_____. **Os limites e as possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais**. Tese apresentada à Banca Examinadora como requisito parcial para a promoção à categoria de Professor Titular de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017. No prelo

ROQUE, Andre Vasconcelos. **A arbitragem envolvendo entes estatais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ab7a710458b8378b>. Acesso em 29.08.2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

O Conceito de Crimes Militares e seus Reflexos Processuais: do “Universo Particular” dos Crimes Militares Próprios e Impróprios ao “Juízo Universal” da Auditoria de Justiça Militar

Décio Alonso Gomes

Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo; Mestre em Ciências Penais pela Universidade Candido Mendes; Especialista em Direito pela Universidade Federal Fluminense; possui Curso Superior de Inteligência Estratégica pela Escola Superior de Guerra do Ministério da Defesa; Coordenador Acadêmico e Professor da Pós-Graduação em Ciências Penais do IEP-MPRJ; Professor da Faculdade de Direito do Ibmeq/RJ, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da Escola Superior de Advocacia da OAB-RJ; Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, titular da 3ª Promotoria de Justiça junto à Auditoria da Justiça Militar do Estado do Rio de Janeiro.

Pedro Rabello Mariú

Pós-Graduando em Ciências Penais pelo Instituto de Educação e Pesquisa do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (IEP-MPRJ); Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, lotado na 3ª Promotoria de Justiça junto à Auditoria da Justiça Militar.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Lei 13.491/17 e o novo e concentrado conceito de crime militar: a atualização de toda a legislação penal militar pela alteração de um único dispositivo (art. 9º, II); 3. As consequências processuais do atual conceito de crimes militares; 3.1. Competência para crimes dolosos contra a vida; 3.1.1. Homicídio doloso praticado por militar estadual contra civil e a competência para julgamento dos crimes conexos que afetem interesse militar; 3.2. Competência para os crimes não dolosos contra a vida; 3.2.1. Competência para crimes não dolosos contra a vida praticados por integrantes da Força Nacional de Segurança Pública; 3.3. Reflexos para as infrações de menor potencial ofensivo; 3.4. Reflexos para os crimes conexos; 3.5. Limites para o declínio de competência: preclusão e sistema rígido de progressão dos atos processuais; 3.6. Limites para o declínio de competência: juiz natural; 3.7. Reflexos para a investigação preliminar militar; 3.8. Ação penal e natureza dos crimes militares: a atual natureza bifronte de alguns delitos da legislação extravagante militarizados (crimes de ação penal privada ou pública mediante representação na legislação extravagante e sua militarização; 3.9. Superação legislativa dos precedentes judiciais (cancelamento das súmulas 06, 90 e 172 do STJ); 4. O procedimento a ser adotado a partir da mudança normativa; 5 – a necessária mirada convencional sobre a Justiça Militar; 5.1. Documentos internacionais que reforçam a excepcionalidade do juízo militar; 5.2. Precedentes internacionais que reforçam a incompatibilidade da expansão da justiça militar com a garantia do juiz natural; 5.3. Emenda constitucional 45/2004, Lei 9.299/1996, Lei 13.491/2017 e princípio da vedação do retrocesso social; 6. Bibliografia; 7. Jurisprudência do TEDH citada; 8. Jurisprudência do TIADH citada.

*“If you have ten thousand regulations,
you destroy all respect for the law”*

Sir Winston Churchill

1. INTRODUÇÃO

Usualmente relegada a um segundo plano (para não falar que é simplesmente olvidada), a Justiça Militar brasileira voltou a ser palco e alvo de intensos debates em meados de outubro, graças à publicação da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017,¹ que alterou a redação clássica do art. 9º do Decreto-lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar – CPM).

Enquanto o País, de uma forma geral (e algumas Unidades Federativas, de forma específica), assistia ao pontual e repetido acionamento das Forças Armadas para atuação no campo da segurança pública (ou segurança interna), atendendo à parte final do preceito do art. 142, *caput*, da Constituição da República, por meio de *operações de garantia da lei e da ordem*, no plano legislativo era gestada verdadeira revolução copérnica referente ao âmbito de alcance daquilo que denominamos de “Direito penal militar”.

Com efeito, com as atenções voltadas para a possível e iminente alteração da competência para o processo e julgamento² dos crimes dolosos contra a vida praticados por militar – no exercício da função militar – contra vítima civil e o correlato debate sobre qual órgão jurisdicional que deveria/deverá conhecer da matéria, foi a comunidade jurídica surpreendida por uma reforma mais profunda e impactante, consistente na nova redação do art. 9º, inciso II, do Código Penal Militar.

Sob a égide do sistema anterior, vigente desde 1969, trabalhávamos com o sistema de “crimes militares próprios” e “crimes militares impróprios”, configurados pela qualidade especial do sujeito ativo (“militar ou assemelhado”, como regra) e pela necessidade de subsunção típica da conduta a preceito normativo contido especificamente no Código Penal Militar. A diferença da qualidade do crime militar, se próprio ou impróprio, referia-se apenas à repetição da tipificação da conduta em diploma estranho ao Caderno Repressivo Castrense: se a conduta fosse incriminada exclusivamente no CPM, trabalharíamos com a figura do crime militar próprio (como nos casos

¹ Com publicação no Diário Oficial da União em 16 de outubro de 2017, quando, por força do seu art. 3º, passou a ter vigência (BRASIL, Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017. Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar, Brasília, DF, out 2017).

² Na verdade, como veremos no item 5.1 desta exposição, a preocupação deve recair sobre a “investigação, processo e julgamento”, importando saber qual órgão, se militar ou civil, que deverá atuar ainda na fase pré-processual.

de abandono de posto, descumprimento de missão e deserção); de outro giro, quando a conduta também encontrasse incriminação em outros diplomas legais (como no caso do roubo, estupro ou corrupção), teríamos a categoria dos crimes militares impróprios.

Essa dicotomia espelhada em um “universo particular” (entendido como a previsão de crimes militares apenas no Código Penal Militar) conduzia a uma decantada defasagem dos delitos militares, quando comparados à legislação criminal comum.³

E, sob o argumento da necessidade de atualização da legislação penal castrense, o Parlamento brasileiro usou expediente de baixa técnica legislativa: ao invés de proceder à revisão detalhada de toda e legislação criminal comum e extravagante, ponderando sua pertinência com a tutela penal de interesses militares (e a necessária calibragem e equalização de penas para condutas previstas em diplomas distintos), o legislador da reforma limitou-se a acrescentar disposição até então inédita na justiça de caserna: passou a considerar crimes militares, em tempo de paz, “os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal”, quando praticados na forma dos incisos do art. 9º, inciso II.

2. A LEI 13.491/17 E O NOVO E CONCENTRADO CONCEITO DE CRIME MILITAR: A ATUALIZAÇÃO DE TODA A LEGISLAÇÃO PENAL MILITAR PELA ALTERAÇÃO DE UM ÚNICO DISPOSITIVO (ART. 9º, II)

O art. 9º do CPM passa, agora, pela sua terceira alteração legislativa desde 1969. Desde sua origem, busca disciplinar o conceito de crime militar, em suas variadas situações, bem como, por via de consequência, fixar a competência da Justiça Militar.

Como visto, o critério inicialmente utilizado seguia uma lógica simples: em regra, considerávamos crimes militares aquelas condutas previstas exclusivamente no Código Penal Militar ou por ele regulamentado/redigido de forma diferente e própria (*crimes militares próprios*) e aqueles que, embora previstos também no Código Penal Militar, contavam com igual definição na lei penal comum (*crimes militares impróprios*).

³ Apenas a título de ilustração, a Lei 12.015/2009 alterou o Título VI do Código Penal comum, introduzindo o conceito de *crimes contra a dignidade sexual*, revisando condutas e penas dos crimes previstos nos arts. 213 e seguintes. No entanto, o legislador simplesmente ignorou a existência de condutas atentatórias à liberdade sexual no âmbito castrense, deixando de promover a revisão do Capítulo VI, do Título IV, do CPM, acarretando uma injustificada disparidade de tipificações e de penas abstratamente previstas, para condutas ontologicamente idênticas.

Após a alteração promovida pela Lei 13.491/2017, a nova redação do art. 9º apresenta duas grandes alterações:

(i) os crimes dolosos contra a vida, quando praticados por militar das Forças Armadas contra vítima civil, no contexto: (a) do cumprimento de atribuições estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; (b) de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou (c) de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição da República, na forma do Código Brasileiro de Aeronáutica, da Lei Complementar de preparo e emprego das Forças Armadas, do Código de Processo Penal Militar e do Código Eleitoral, serão investigados, processados e julgados no âmbito da Justiça Militar da União (sendo expressamente afastada a competência do Tribunal do Júri); e

(ii) no cenário dos crimes não dolosos contra a vida, o legislador optou por expandir o universo de crimes militares, derrubando as barreiras de contenção da redação original (“crimes previstos neste Código”), passando a conceder a natureza militar aos crimes previstos no próprio CPM e na legislação penal, quando praticados: (a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; (b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; (c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; e (e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar.

A mudança legislativa pode ser assim comparada:

redação original	redação atual
Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:	Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;	I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;
II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:	II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)
a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;	a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;
b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;	b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
c) por militar em serviço, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito a administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;	c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)
d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;	d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;	e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) por militar em situação de atividade ou assemelhado que, embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar ou qualquer material bélico, sob guarda, fiscalização ou administração militar, para a prática de ato ilegal;	f) revogada. (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)
III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:	III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:
a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;	a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;
b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;	b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;
c) contra militar em formação, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;	c) contra militar em formação, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;
d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.	d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)⁴	§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri. (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017) § 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto: (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017) I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)
---	---

4 Cumpre assinalar que o antigo parágrafo único do art. 9º do CPM foi alterado em 2011, pela Lei nº 12.432, fixando: Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica. Tal redação encontra-se contemplada, atualmente, art. 9º, inciso III, alínea a, do CPM, com a redação incluída pela Lei 13.491/2017.

	II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017) III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais: (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017): a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica; (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017) b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999; (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017) c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017) d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)
--	---

A primeira nota a ser registrada diz respeito à insubsistência da dicotômica classificação *crime militar próprio* e *crime militar impróprio*, pois, agora, temos três categorias: (i) crimes militares previstos exclusivamente no Código Penal Militar (sem paralelo em outros diplomas); (ii) crimes militares previstos no Código Penal Militar e com previsão idêntica ou similar em outros diplomas; e (iii) crimes militares sem previsão no Código Penal Militar e englobados a partir da legislação penal pela incidência de uma das hipóteses de afetação do bem jurídico (*interesse militar*).

O conceito de crimes militares não é definido em termos constitucionais, haja vista que os arts. 124 e 125, § 4º, da CRFB limitam-se a fazer referência a “crimes militares definidos em lei”, delegando o

legislador constituinte referida missão ao legislador ordinário (critério *ratione legis*). É importante, portanto, acompanharmos ROSSETTO quando afirma que o fato de o crime ser militar define a competência da Justiça Militar, que não julga o militar, e sim o crime quando militar.⁵

Em relação à tipicidade (conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal incriminadora),⁶ o art. 9º, inciso II, passa a figurar, portanto, como espécie da chamada *norma de adequação típica mediata ou indireta*,⁷ que demanda critérios para sua identificação: *ratione materiae* (qualidade militar do ato analisado), *ratione personae* (caráter militar do agente), *ratione loci* (qualidade do local onde a conduta é desenvolvida), *ratione temporis* (momento da realização da conduta) e *propter officium* (em razão da função).

3. AS CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS DO ATUAL CONCEITO DE CRIMES MILITARES

A alteração legal, com expansão da competência penal militar para toda a legislação penal, acarreta uma série de consequências para a investigação, processo e julgamento dos crimes militares, tanto dos fatos praticados a partir de 16 de outubro de 2017, bem como daquelas demandas já em curso.

5 ROSSETTO, Enio Luiz. *Código Penal Militar comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 74.

6 SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 189.

7 A alteração legislativa traz um sério e despercebido problema: algumas condutas, mesmo com previsão expressa e direta no Código Penal Militar, só ganham a natureza de militar quando submetidas ao juízo de adequação típica mediata pelo art. 9º, inc. II, do CPM. Neste particular, a título de exemplo, “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem”, atualmente, encontra adequação típica no art. 129 do CP e no art. 209 do CPM. Para qualquer dessas hipóteses, há necessidade da leitura típica a partir do art. 9º, II, CPM. Só haverá crime militar caso haja afetação de algum interesse militar e, assim, haveria uma duplicidade de normas disponíveis na legislação para cuidar das *lesões corporais dolosas*, não sendo possível falar – posto inexistente – numa *norma de adequação típica mediata seletiva*, que escolha entre duas ou mais normas com idêntico conteúdo, qual deverá reger a questão. Entre duas normas penais em foco, como apontado por TOLEDO, existe uma certa relação de hierarquia, de modo que a aplicação de uma esgota a punição do fato, excluindo a aplicação cumulativa da outra (*concurso aparente de normas*). Note-se que não é possível falar em relação de “especialidade” no presente caso, pois a *lex specialis* deve conter todos os elementos da norma geral e mais o elemento especializador. A norma especial contém um *plus*, que o distingue da norma geral (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 50-51). No caso dos antigos *crimes militares impróprios*, o “elemento especializante” era concedido pela aplicação da redação restrita do art. 9º, inc. II, CPM, que concedia a natureza militar ao tipo penal previsto exclusivamente no Código Penal Militar. Neste particular, NEVES e STREIFINGER afirmam que os “crimes previstos na Parte Especial do Código Penal Militar carecem, para sua perfeita tipificação, de complementação da Parte Geral” (NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de direito penal militar*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132). Com efeito, os arts. 9º e 10 são indispensáveis normas de extensão para a tipicidade do crime militar. O operador do direito harmoniza os requisitos dos arts. 9º e 10 com os crimes previstos na Parte Especial.

3.1 Competência Para Crimes Dolosos Contra a Vida

Neste tema, optou o legislador da reforma por fazer distinção quanto ao sujeito ativo e as condições/situações na qual a conduta é realizada.

Como regra, prevalece a ideia, praticada desde 1996 (por força do comando da Lei nº 9.299/96), de que os crimes dolosos praticados contra vida de civil deverão ser processados e julgados perante o Tribunal do Júri, afastando-se o conhecimento e intervenção da Auditoria da Justiça Militar. Da mesma forma, quando o crime doloso contra a vida é praticado por militar da ativa contra militar, não há que se falar em competência do Tribunal do Júri, ficando o tema no âmbito da Justiça Militar.

A Lei nº 13.491/17 não trouxe qualquer alteração desse raciocínio em relação aos crimes dolosos contra a vida praticados por militar estadual (Policia Militar ou Bombeiro Militar) contra a vida de civil. Permanece o raciocínio jurídico aplicado a partir de 1996, com a competência do Tribunal do Júri para o processo e julgamento.

A mudança surge especificamente quando o sujeito ativo for militar das Forças Armadas, pois, dependendo do momento da realização do homicídio, o caso deverá ser processado e julgado pela Auditoria da Justiça Militar da União.

Antes de enfrentarmos os casos em que a competência do Tribunal do Júri será afastada, devemos registrar que, no seu projeto original (Projeto de Lei nº 44, de 2016), a Lei nº 13.491/17 contava com um art. 2º, que cuidava de hipótese de lei penal temporária, desenhada para ter vigência até 31 de dezembro de 2016, e, claro, ter seus efeitos estendidos para os fatos praticados durante sua existência (ultratividade).⁸

Referida provisoriedade justificava-se – na proposta legislativa – em razão do emprego das Forças Armadas como instrumento de segurança pública no período temporal correspondente à realização dos Jogos Olímpicos na cidade do Rio de Janeiro (Rio2016) e por conta de uma antiga e reiterada reclamação dos Comandantes das Forças Armadas, quanto à sujeição de seus comandados à Justiça Criminal comum (especialmente em casos de crimes dolosos contra a vida).

A mensagem de veto (ao referido art. 2º) que acompanha a publicação da Lei nº 13.491/17 assevera que as hipóteses que justificam

⁸ Na redação do projeto: “Art. 2º Esta Lei terá vigência até o dia 31 de dezembro de 2016 e, ao final da vigência desta Lei, retornará a ter eficácia a legislação anterior por ela modificada.”

a competência da Justiça Militar da União “não devem ser de caráter transitório, sob pena de comprometer a segurança jurídica”. Acresce que “o emprego recorrente das Forças Armadas como último recurso estatal em ações de segurança pública justifica a existência de uma norma permanente a regular a questão”.

Ainda que discordemos das razões que conduziram à elaboração da nova norma (mesmo que considerada sua trespasse), fato é que, do ponto de vista de opção político-criminal, o legislador foi bastante eloquente, optando por retirar exclusivamente uma categoria de agentes (Militares ativos das Forças Armadas), em condições de ação específicas (art. 9º, § 2º, CPM), do âmbito de conhecimento e julgamento do Tribunal do Júri.

3.1.1 Homicídio Doloso Praticado por Militar Estadual Contra Civil e a Competência para Julgamento dos Crimes Conexos que Afetem Interesse Militar

À primeira vista, e como referido no item anterior, a lógica do sistema, em relação aos crimes dolosos contra a vida de civil praticado por militar estadual da ativa, permanece inalterada desde 1996, competindo ao Tribunal do Júri o seu processo e julgamento.

No entanto, a realidade da persecução penal, fora das hipóteses da nova redação do art. 9º, § 2º, do CPM, também sofreu importantes impactos.

Temos, na verdade, duas competências de fundo constitucional expresse. Vale dizer, o Tribunal do Júri surge fixado no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “d” (“competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”), ao passo que a Justiça Militar conta com as passagens fixadas nos arts. 124 (“à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei” e a “lei disporá sobre (...) a competência da Justiça Militar”) e 125, §§ 4º e 5º (“Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças” e “Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações

judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares”).

Na prática cotidiana, vem à mente imediatamente a regra contida no art. 78, inciso I, do CPP, que informa a prevalência da competência do Tribunal do Júri no caso de concurso entre crime doloso contra a vida e crime da competência de outro órgão da jurisdição (comum), critério amplamente divulgado como a *vis atrativa* do Júri, ou seja, a capacidade de determinar a atração das outras matérias ao universo de conhecimento e julgamento do Tribunal do Júri.

No entanto, tal disciplina deverá ser compatibilizada com a regra do mesmo art. 78, inciso IV (prevalência da Justiça Especial), importando em separação obrigatória do processo, na forma do art. 79, inciso I, do CPP.

O Código de Processo Penal Militar possui regramento correlato, previsto no art. 102, alínea “a”, dispondo sobre a unidade de processo a partir da conexão e continência. O comando legal excepciona essa união em casos especiais, elencando o concurso entre a jurisdição militar e a comum como um deles. Ocorre que essa disposição deverá ser lida à luz da disciplina imposta pela Lei nº 13.491/17 à redação do art. 9º, inciso II, do CPM, o que gerou, a partir de meados de outubro, uma *vis atrativa* para a Justiça Castrense.

Assim, na eventualidade de um militar da ativa praticar um crime doloso contra a vida de civil – sempre ressalvada as hipóteses desenhadas no art. 9º, § 2º, do CPM – em concurso com outra infração penal militar, ocorrerá a situação de separação obrigatória do processo, sendo o crime doloso contra a vida remetido para processo e julgamento perante o Tribunal do Júri e o crime conexo submetido à Auditoria da Justiça Militar.

Apenas a título ilustrativo, podemos figurar a situação de Policial Militar que, em situação de patrulhamento, rende uma civil e contra ela, mediante violência, mantém conjunção carnal (art. 232 do CPM). Posteriormente, consumado o ato e visando manter a impunidade em relação ao delito anterior, ceifa a vida da vítima (art. 121, § 2º, inciso V, do CP). Ainda que reconhecida a escancarada conexão entre as infrações penais, cada delito deverá ser processado e julgado em esferas distintas.

Frisamos, apenas por amor ao debate, que eventual delito conexo ao crime doloso contra a vida de civil, praticado por militar da ativa fora de contexto que revele interesse militar, manterá a regra padrão, seguindo para o Tribunal do Júri, junto com o crime principal. Assim, utilizando elementos do exemplo anterior, se o Policial Militar estivesse de folga, fora de área sujeita à administração militar, sem exercer qualquer atividade que atingisse interesse militar, o homicídio doloso e o estupro seriam de competência integral do Tribunal do Júri.

3.2 Competência Para Os Crimes Não Dolosos Contra a Vida

A nova redação do art. 9º, inciso II, do CPM reconfigurou a realidade da atuação da Justiça Militar. Como já asseverado, atualmente temos três hipóteses de incidência e identificação de crimes militares: (i) crimes previstos exclusivamente no Código Penal Militar (seja pela adesão de elementos especializantes ao tipo penal, seja pela inexistência de paralelo na legislação penal comum – inciso I); (ii) crimes previstos no Código Penal Militar e, de igual forma, na legislação penal comum (inciso II, primeira parte); e (iii) infrações penais previstas na legislação penal comum e sem paralelo na legislação castrense (inciso II, segunda parte). Para que a competência da Justiça Militar ganhe dimensão nestas duas últimas hipóteses, precisamos que condições objetivas sejam delineadas ou, ao menos, um interesse militar seja atingido.⁹

Nesta toada, se militares se reúnem, de forma permanente e estável, para a prática de crimes de fraudes às licitações da Organização Militar que integram, as infrações penais praticadas, não importa a sua localização geográfico-legal, serão da competência da Justiça Militar.

⁹ Conforme dispõe a lei: “II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formação, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar”.

O impacto da nova lógica legal recai imediatamente sobre três condutas criminosas: a associação criminosa (art. 288 do CP), a tortura (Lei nº 9.455/97) e o abuso de autoridade (art. 4º da Lei 4.898/65). No entanto, repetimos, todas as infrações penais da legislação brasileira, quando praticadas nas condições do art. 9º, inciso II, do CPM (excetuados os crimes dolosos contra a vida de civil praticados fora das hipóteses do art. 9º, § 2º, do CPM) serão da competência da Justiça Militar.¹⁰

3.2.1 Competência Para Crimes Não Dolosos Contra a Vida Praticados por Integrantes da Força Nacional de Segurança Pública

A Força Nacional de Segurança Pública (FNSP) é órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, estruturado pela Lei nº 10.201/2001 e regulamentado pelo Decreto Federal nº 5.289/2004.

Por meio de convênio celebrado com a União, os demais entes políticos permitem a cessão de servidores (civis e militares) para compor os quadros da Força Nacional. Assim, em eventos extraordinários, é possível o emprego da FNSP, mediante requerimento ou autorização da região afetada, reestabelecendo as condições normais de segurança pública.

Questão interessante surge quando, no contexto de operação de segurança pública integrada por membros da Força Nacional de Segurança Pública, for praticado, por Policial ou Bombeiro Militar (cedidos à FNSP), crime diverso de homicídio previsto no CPM ou na legislação extravagante.

De início, cumpre destacar que, na dicção do art. 5º do Decreto Federal nº 5289/2004,¹¹ não perde o vínculo originário o servidor militar cedido à Força Nacional de Segurança Pública.

Trata-se de uma decorrência lógica do contraste entre dois institutos jurídicos de Direito Administrativo: a *cessão* e a *transferência*. De acordo com a doutrina:

10 Excepcionamos, de igual forma, os crimes praticados por civil em desfavor da Administração Militar Estadual, que não seguirão para o processo e julgamento perante a Auditoria da Justiça Militar, por expressa vedação constitucional (art. 125, §§ 4º e 5º, da CRFB).

11 Art. 5º Os servidores de órgãos de segurança pública mobilizados para atuar de forma integrada, no programa de cooperação federativa, ficarão sob coordenação do Ministério da Justiça enquanto durar sua mobilização, mas não deixam de integrar o quadro funcional de seus respectivos órgãos.

“A cessão não se confunde com a *transferência*: naquela há o empréstimo temporário do servidor, ao passo que nesta se concretiza, como vimos, o deslocamento definitivo do servidor para outro cargo, inclusive com mudança de cargo.”¹²

Assim, assenta-se que o servidor militar cedido pelo Estado Federado – ou pelo Distrito Federal – não é incorporado à Força Nacional, mas permanece sob regime militar – independentemente do ônus da cessão.

Não fazendo cessar tais deveres enquanto militar, é forçoso reconhecer que mesmo na condição de cedido, o membro da Força Nacional de Segurança pode responder por crime militar, naturalmente decorrente de atividades de natureza militar por ele desempenhadas. Até porque, nos termos do convênio celebrado, emprega o órgão cedente seus servidores em missão típica de segurança pública.

Prestigiando esse entendimento, o II Encontro Nacional do Ministério Público com atuação na Justiça Militar, promovido pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), aprovou os seguintes enunciados:

“2) A atuação do policial militar na Força Nacional de Segurança é função de natureza militar, por ser uma função em que ele é convocado legalmente por ser policial, no caso, policial militar, o que encontra previsão, corroborando, no art. 21, III, do R200 (Decreto nº 88.777/83). Isso implica na aplicabilidade das alíneas “c” e “d” do inciso III do artigo 9º do Código Penal Militar. (empate entre os integrantes do grupo – aprovado por maioria em Plenária)

3) O policial militar na Força Nacional de Segurança Pública pratica crime militar nas condições descritas no art. 9º, inciso I, e inciso II, alíneas a, b, d, e (aprovado por unanimidade). Sobre a alínea “c” do inciso II do artigo 9º do CPM, o grupo empatou na votação sobre a aprovação da seguinte conclusão: “O policial militar em atuação na Força Nacional de Segurança é considerado militar em serviço, nos termos da alínea “c” do inciso II do CPM, por ser uma função em que ele é convocado legalmente por ser policial, no caso, policial militar, o que encontra previsão, corroborando, no art. 21, inciso III, do R200 (Decreto nº 88.777/83).”

12 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, p. 631.

4) Em qualquer caso, a competência territorial para crimes militares cometidos por Policial Militar na Força Nacional de Segurança Pública é da Justiça Militar do Estado de origem.

5) Por aplicação analógica do artigo 250 do Código de Processo Penal Militar, o Inquérito Policial Militar pode ser feito pela Força Nacional de Segurança Pública. O Auto de Prisão em Flagrante, por sua vez, pode ser feito pela aplicação direta do mesmo artigo. Isso possibilita a apuração adequada, eficiente e oportuna.”¹³

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consagrou juízo próximo no enunciado nº 78 do seu caderno de Súmulas: *Compete à Justiça Militar processar e julgar policial de corporação estadual, ainda que o delito tenha sido praticado em outra unidade federativa.*

Portanto, repise-se que a atividade policial militar segue sendo exercida pelo servidor cedido, ainda que fora da unidade federativa em que está vinculado. Tal prática, entretanto, não desnatura o vínculo funcional do militar com a caserna e, tampouco, elide a responsabilidade por crimes militares praticados no contexto do ato administrativo de cessão.

Quanto à apuração, nos filiamos ao entendimento expressado pelo corpo de Promotores Militares, eis que o exercício de coleta de elementos de informação e provas irrepetíveis restaria inviabilizada frente às proporções continentais do país, desaparecendo vestígios imprescindíveis para a elucidação do feito, afora o custo desproporcional e pouco razoável da inquisição.

Todavia, ainda que realizada a investigação preliminar pela própria FNSP, pela autoridade militar do Estado em que praticou a infração (a depender se Policial Militar ou Bombeiro Militar), ou mesmo pela Polícia Civil, a competência não se prorroga àquela Comarca. Em síntese, findas as investigações, competente será o juízo militar do Estado *cessionário*, facultada a expedição de cartas precatórias com a finalidade de atingir a desiderato dos atos processuais de instrução.

3.3 Reflexos para as Infrações de Menor Potencial Ofensivo

As infrações de menor potencial ofensivo são identificadas por infrações penais com penas privativas de liberdade fixadas em – abstrato

13 CNMP. Consolidadas as conclusões do II Encontro Nacional do MP com atuação na Justiça Militar. Publicado em 16/11/2016. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/9851-consolidadas-as-conclusoes-do-ii-encontro-nacional-do-mp-com-atuacao-na-justica-militar>>. Acesso em 20/11/2017.

– até dois anos (art. 61 da Lei nº 9.099/95). Por força de uma opção bem clara de política criminal, as infrações de menor potencial ofensivo estão submetidas a um sistema de medidas despenalizadoras, consistentes – ainda que sem adesão a todas as hipóteses – em representação do ofendido, composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo.

A configuração da conduta como infração de menor potencial ofensivo coloca o réu em uma posição jurídica de vantagem, em termos de estratégia defensiva, pois permite a opção pela cláusula do não litígio, ao fornecer a faculdade de aderir a ou ser beneficiado com uma medida despenalizadora. Dessa forma, sem que se reconheça culpa ou que se gere antecedentes, o autor do fato pode optar por aceitar a proposta de transação penal, submetendo-se à sanção penal diversa da privação de liberdade.

Sabemos de longa data, todavia, que essa posição jurídica de vantagem, a despeito do que eventualmente é praticado aqui e acolá, não encontra respaldo na Justiça Castrense por expressa vedação legal (art. 90-A da Lei nº 9.099/95), sendo vedada a veiculação das medidas despenalizadoras mencionadas em procedimentos ou processos que envolvam crimes militares (próprios ou impróprios).

Ao ampliar o universo de incidência da Justiça Militar, a Lei nº 13.491/97 acabou por abarcar também as infrações de menor potencial ofensivo, quando praticadas nas condições do art. 9º, inciso II, do CPM. A nova regulamentação, contudo, não alcançou ou abalou a redação do art. 90-A da Lei nº 9.099/95, permanecendo a vedação para aplicação dos institutos despenalizadores.

Esse quadro, no entanto, levará a uma dualidade de tratamentos, sendo o marco divisório o início da regência da Lei nº 13.491/17: as infrações de menor potencial ofensivo praticadas por militares (nas condições do art. 9º, inciso II, do CPM) antes da vigência da nova redação deverão permanecer na justiça criminal comum (Juizados Especiais Criminais), permitindo que as medidas despenalizadoras – a que o autor do fato já faz jus (regime de “direito adquirido processual”) – sejam veiculadas. Por outro lado, as infrações penais praticadas a partir de 16 de outubro de 2017 não autorizam mais a veiculação de qualquer medida despenalizadora, permitindo o seu processo e julgamento direto na Justiça Militar.¹⁴

14 Afasta-se, portanto, a máxima *tempus regit actum*, albergando-se o marco *tempus delicti*.

Apenas a título de provocação, deixamos alguns questionamentos que acabam retirando a autoridade da vedação contida no art. 90-A da Lei nº 9.099/95: a) nas chamadas “operações interagências” ou “operações em ambiente interagências” (aquelas em que ocorre interação das Forças Armadas com outras agências com a finalidade de conciliar interesses e coordenar esforços para a consecução de objetivos ou propósitos convergentes que atendam ao bem comum, evitando a duplicidade de ações, a dispersão de recursos e a divergência de soluções com eficiência, eficácia, efetividade e menores custos), em cenários de operações conjuntas, é possível que Militares e Civis desempenhem as mesmas condutas desviadas, que trarão consequências jurídico-penais diferentes;¹⁵ b) admitida como válida a aplicação da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, que prevê no seu art. 18 o chamado “acordo de não persecução penal”,¹⁶ não faria sentido albergar esta medida diversionista e negar outros subprodutos do conceito de justiça penal negocial (como os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95).

3.4 Reflexos para os Crimes Conexos

Cabe aqui um recorte para além do debate sobre as infrações de menor potencial ofensivo, mas que permitirá entender a lógica do raciocínio aplicado no parágrafo anterior.

Via de regra, o fenômeno da sucessão das leis penais no tempo é regrado por um duplo tratamento: a lógica da irretroatividade da lei penal mais grave (e a correlata ultra-atividade da lei penal mais benigna) e a incidência imediata da lei processual penal (atrelada ao conceito *tempus regit actum*).

Como corretamente asseverado por Taipa de Carvalho, o pensamento jurídico-penal tradicional esqueceu-se de que, tal como no chamado direito penal material, também no direito processual penal, no direito da organização judiciária e no direito de execução das penas (sobretudo da pena de prisão: direito penitenciário), há

15 Caso, por exemplo, durante o desempenho de uma Operação de Garantia da Lei e da Ordem, em ambiente de operações interagências, Militares das Forças Armadas e Policiais Federais ingressem sem autorização no interior de uma residência, haverá a configuração do crime de violação de domicílio, que, todavia, trará consequências jurídico-penais distintas para cada envolvido, em que pese a essência da atividade desenvolvida ser idêntica para cada um dos envolvidos. Enquanto os Policiais Federais poderão se valer dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95, Militares das Forças Armadas ficarão vedados.

16 Neste sentido: SILVA, Luiz Felipe Carvalho. As perspectivas de aplicação do acordo de não persecução na Justiça Militar da União: uma solução possível e efetiva, *in*: CUNHA, Rogério Sanches *et al.* (coords.). *Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 228 e ss.

normas que podem afetar os direitos individuais fundamentais. A arbitrariedade legislativa e judicial – motivação e causa originárias da consagração do princípio da legalidade penal e do seu corolário da proibição da retroatividade penal desfavorável – tem, também nestes domínios do direito penal em sentido amplo mas rigoso, um propício campo de afirmação.¹⁷

A maioria dos autores se contenta com a superficial afirmação da sua natureza processual-técnica e com o consequente princípio da aplicação imediata das normas processuais penais, sem que um esforço investigativo do real alcance da norma processual seja sindicado.

O autor português prossegue seu minucioso estudo fazendo a *distinção*, no âmbito do direito processual penal, *entre normas de conteúdo material* – as que condicionam a responsabilização penal ou que contendem com os direitos fundamentais do investigado, réu ou recluso – e *as normas exclusivamente processuais ou formais* – as que estabelecem as formalidades do procedimento criminal.¹⁸ Acrescenta que, diferentemente do que se passa com outros ramos do direito, há entre o direito penal e o processo penal uma verdadeira relação de mútua complementariedade funcional, podendo mesmo dizer-se relação de interdependência ou de implicação biunívoca: o processo penal – tal como qualquer processo – pressupõe o direito penal, e o direito penal – diferentemente do que acontece com os ramos do direito não sancionatório – só se concretiza através do processo penal. O processo penal é, em rigor, o *modus existendi* do direito penal.¹⁹

Em síntese: o regime de incidência do art. 5º do Código de Processo Penal Militar e, de igual forma, o art. 2º do Código Penal Militar aplicam-se a toda esfera de normas proces-

17 TAIPA DE CARVALHO, Américo Alexandrino. *Sucessão de leis penais*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008, pp. 347-348.

18 TAIPA DE CARVALHO, Américo Alexandrino. *Sucessão de leis penais...*, *cit.*, p. 349. O autor exemplifica as normas processuais penais materiais com aquelas situações que tratam da queixa, da prescrição, das espécies de prova, dos graus de recurso, da prisão preventiva e da liberdade condicional, fatores que, em suma, condicionam, a efetivação da responsabilidade penal ou contendem diretamente com os direitos do imputado ou do apenado. De outro giro, elenca na segunda categoria – normas processuais formais – aquelas que, regulamentando o desenvolvimento do processo, não produzem os efeitos jurídico-materiais derivados das primeiras, indicando as formas de citação ou convocação, a redação dos mandados, as formas de audição e registro dos intervenientes processuais, formalidades e prazos dos exames periciais, formalidades e horários de buscas.

19 TAIPA DE CARVALHO, Américo Alexandrino. *Sucessão de leis penais...*, *cit.*, p. 350. Na mesma esteira, na doutrina nacional, LOPES JR. discorre o princípio da necessidade do processo penal e seu fundamento de existência, a instrumentalidade constitucional (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 31 e ss.).

suaís que toca o interesse do imputado ou apenado.²⁰ E, nesta toada, os princípios constitucionais da proibição da retroatividade da lei penal desfavorável e da imposição da retroatividade da lei penal favorável se aplicam às normas processuais penais materiais.

“Deste «direito repressivo» e da consequente proibição da retroactividade das suas normas desfavoráveis só se excluem as normas processuais penais que se referem «aos actos de pura técnica processual», valendo aqui, e só aqui, o princípio da aplicação imediata – tempus regit actum –, respeitando-se os actos praticados e «não podendo ser postos em questão, na sequência de uma lei nova, quer esta seja ou não mais favorável à pessoa perseguida».

*Enquanto que ao «direito processual técnico» pertencem normas sobre, p. e., redacção do auto de notícia, forma de citação, modo de realizar buscas ou apreensões, audição de testemunhas, já ao «direito repressivo» pertencem as normas sobre as condições de procedibilidade, espécies de prova e sua eficácia probatória, sobre a organização e competência dos tribunais penais, sobre o juízo de culpabilidade, determinação concreta da pena e respectiva fundamentação, sobre graus de recurso, sobre a liberdade condicional, sobre a reformatio in pejus, etc.”.*²¹

Logo, nas hipóteses em que identificada for a incidência de uma norma material ou de uma norma processual penal material, a lei temporalmente competente será determinada pelo critério *tempus delicti*, permitindo a formulação de um juízo de irretroatividade ou retroatividade na aplicação da lei nova.²²

Na doutrina nacional, idêntica orientação é defendida por BADARÓ.²³ O Professor das Arcadas enfrenta expressamente a questão

20 TAIPA DE CARVALHO, Américo Alexandrino. *Sucessão de leis penais...*, cit., p. 358. LEONE, Mauro. *Il diritto penale nel tempo – aspetti costituzionali del principio d'irretroattività*. Napoli: Jovene, 1980, p. 90.

21 TAIPA DE CARVALHO, Américo Alexandrino. *Sucessão de leis penais...*, cit., p. 361.

22 TAIPA DE CARVALHO, Américo Alexandrino. *Sucessão de leis penais...*, cit., p. 368.

23 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito intertemporal, in: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 20. Por amor à técnica, devemos assinalar que o autor faz expressa distinção, valendo-se da lição de ROUBIER, entre o princípio *tempus regit actum* e a ideia de retroatividade da lei processual. Retroatividade seria a imposição de uma lei a fatos pretéritos ou situações consumadas antes do início de sua vigência. Já a aplicação imediata é a sua incidência sobre fatos e situações pendentes quando a lei entra em vigor. O autor assevera que o “marco cronológico, seja para as leis penais, seja para as leis processuais penais mistas, ou com conteúdo material, deve ser, sempre, a data do cometimento do delito” (...) “...A retroatividade da lei penal leva em conta o *tempus delicti*. Já a aplicação imediata da lei processual leva em conta o momento

controvertida da possibilidade de aplicação da lei nova aos processos já em curso. Para tanto, invoca três sistemas de enfrentamento do problema da sucessão de leis processuais no tempo: (i) o da unidade processual, (ii) o das fases processuais e (iii) o do isolamento dos atos processuais.

“Pelo sistema da unidade processual, uma única lei deve reger todo o processo. No caso, a lei velha continuaria ultra-ativa. A solução oposta, de regência pela lei nova, implicará a sua retroação, com a ineficácia dos atos processuais anteriormente praticados, o que violaria os direitos processuais adquiridos das partes, com desperdício da atividade processual.

No segundo sistema, das fases processuais, deve ser considerada, separadamente, cada uma das fases processuais autônomas, quais sejam a postulatória, a ordinatória, a instrutória, a decisória e a recursal, que poderão ser regidas, de per si, por uma lei diferente. Consequentemente, a lei anterior será ultra-ativa até o final da fase que estava em curso, quando entrou em vigor a lei nova, que só passará a ser aplicada a partir da fase seguinte.

*Finalmente, no sistema do isolamento dos atos processuais, admite-se que cada ato seja regido por uma lei, o que permite que a lei velha regule os atos já praticados, ocorridos sob sua vigência, enquanto a lei nova terá aplicação imediata, passando a disciplinar os atos futuros, sem as limitações relativas às fases do processo”.*²⁴

Invocando o conceito mais aceito de procedimento (*sequência de atos isolados, mas teleologicamente unidos entre si, de forma que um ato seja causa do subsequente, e assim sucessivamente, até o ato final*), BADARÓ conclui pela impossibilidade da adoção, em todos os casos, do isolamento absoluto dos atos processuais.²⁵ Logo, ainda que o legislador não tenha adotado o sistema que leva em conta as fases processuais, deverá o juiz ter em vista a natureza do processo e a conotação entre seus atos, ou grupo de atos, na verificação da lei aplicável.

da prática do ato processual. Tal ato processual só pode ser posterior ao delicto, pois é ato de um processo que visa a apurar justamente aquele delito praticado no passado. Assim, não coincidindo os referenciais, falar que a aplicação imediata da lei processual não fere a vedação da irretroatividade da lei penal pode ser um mero artifício de retórica, para violar a garantia decorrente do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa”.

24 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito intertemporal..., cit., pp. 23-24.

25 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito intertemporal..., cit., p. 26.

Tal orientação permite a adoção do sistema das *fases processuais*, com especial isolamento das fases postulatória e instrutória: “... Os processos que já estavam com a fase instrutória iniciada quando a lei entrou em vigor deverão seguir sob o império da lei antiga, até a sentença de primeiro grau. Ou seja, uma vez iniciada a instrução sob a vigência da lei anterior, deverá ela ser ultra-ativa até a sentença”.²⁶

Como argumento final, BADARÓ lembra a disciplina do art. 6º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal – Decreto-lei 3.931/1941 –, que estabelece: “*As ações penais, em que já se tenha iniciado a produção da prova testemunhal, prosseguirão, até a sentença de primeira instância, com o rito estabelecido na lei anterior*”.²⁷

3.5 Limites para o Declínio de Competência: Preclusão e Sistema Rígido de Progressão dos Atos Processuais

No processo penal (qualquer que seja o “ramo” considerado), as partes possuem direito ao procedimento tipificado, composto por normas cogentes de observância obrigatória, até mesmo pelo órgão judicante.

Para os fatos não tipificados no CPM ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.491/17 (*tempus delicti*), o procedimento tipificado imposto pelo legislador, num primeiro momento, era um dos procedimentos previstos no art. 394 do CPP. No entanto, com a nova regência legal, devemos adotar o procedimento padrão previsto no CPPM (ressalvado os procedimentos especiais, como o da deserção). E, ainda que consideremos os efeitos gerados por “correções de rota” determinadas pelo Supremo Tribunal Federal (como no caso do HC 127.900, que reposicionou o interrogatório ao final do procedimento penal militar, mesmo sem alteração legal), os procedimentos do Código de Processo Penal comum são probatória e estrategicamente melhores para a Defesa, posto mais amplos.

Seguindo a sabença de DINAMARCO, é possível fixar que cada ordenamento jurídico opta por rigor maior ou menor, na exigência da ordem em que os atos do procedimento devem ser realiza-

26 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito intertemporal..., cit., p. 27.

27 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito intertemporal..., cit., p. 27, nota 25. O autor lembra, ainda, do critério adotado pelo legislador, quando da entrada em vigor do procedimento sumaríssimo da Lei 9.099/95, cujo art. 90 dispõe: “As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver concluída”.

dos. O brasileiro adere tradicionalmente ao sistema de *procedimento rígido*, caracterizado pela nítida distribuição dos atos processuais em *fases* e pelo emprego acentuado do instituto da *preclusão*, destinado a impedir retrocessos.²⁸

A lei brasileira não define de modo direto as fases do procedimento, sequer com referência ao procedimento padrão (o ordinário). A delimitação destas é o resultado de um antigo trabalho doutrinário de reconstrução sistemática, consistente em agrupar os atos do processo segundo sua finalidade comum e levando em conta a ordem em que eles se sucedem: a primeira fase começa logo com o ato de iniciativa do demandante (propositura da demanda) e cada uma das demais, no ponto em que termina a precedente (concernentes ao juízo de admissibilidade da imputação, à instrução probatória, aos debates e ao julgamento).

O instituto da *preclusão* tem imensa relevância no sistema brasileiro de procedimento rígido. Ele dá apoio às regras que regem a ordem sequencial de realização dos atos do procedimento e sua distribuição em fases. Quando a preclusão ocorre, já não poderá a parte realizar eficazmente o ato a que tinha direito nem exigir do juiz os atos que antes poderia exigir. Com isso, ela é um dos grandes responsáveis pela *aceleração processual*. Segundo as circunstâncias em que ocorre, a preclusão será: a) *temporal*, quando decorre do decurso do prazo sem a prática do ato que a parte tinha o poder ou a faculdade de realizar; b) *lógica*, que é a consequência da prática de um ato incompatível com a vontade de exercer a faculdade ou poder; c) *consumativa*, pelo exercício da própria faculdade ou poder. Indica a doutrina uma outra categoria de preclusão, que se pode reputar *mista*, ocorrente quando presentes cumulativamente dois requisitos, que são o decurso do tempo e o prosseguimento do processo.²⁹

Discorrendo sobre o procedimento no processo penal, destaca SCARANSE FERNANDES:

“O procedimento, além de ser revitalizado como instituto de fundamental importância no direito processual, foi considerado importante elementos de legitimação do poder decisório do Estado, em quaisquer planos de sua atuação: legislativo,

28 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 455.

29 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual...*, cit., pp. 456-457.

administrativo e judiciário. Mais que isso. Entendeu-se que há um direito ao procedimento, alçado a direito fundamental. Enunciados objetivamente os princípios das normas dos direitos fundamentais constitucionais, deles derivam direitos subjetivos individuais passíveis de serem reunidos em três posições jurídicas fundamentais em relação ao Estado: o direito a ações negativas ou positivas do Estado; o direito a que o exercício das liberdades seja permitido ou que as liberdades sejam protegidas pelo Estado; o direito a que o Estado fixe os poderes ou competências do cidadão. É na subespécie dos direitos a ações positivas do Estado que se insere o direito ao procedimento.

De maneira embrionária, a doutrina, há muito tempo, sentia a existência de um direito ao procedimento. João Monteiro, ao ressaltar que os atos do processo constituem atos solenes preestabelecidos, acentuava que é nessa forma ‘que reside a condição vital da autenticidade dos atos forenses, sem a qual não pode haver garantia de direito’.

(...)

Na atualidade, segundo Alexy, nenhuma ideia despertou tanto interesse como a que estabelece uma conexão entre direitos fundamentais, organização e procedimento, e, para o que interessa ao estudo, a ideia de que a organização e o procedimento são meios essenciais para se obter, no ordenamento, resultados eficazes das normas de direito fundamental.

Em síntese, extrai-se do conjunto de normas constitucionais um direito ao procedimento como direito à ação positiva do Estado para tornar efetivo os direitos fundamentais. Nesse sentido amplo, o procedimento é posto como um ‘sistema de regras e ou princípios para obtenção de um resultado’, e, assim, o direito ao procedimento constitui um direito a esse sistema de regra e/ou princípios”.³⁰

30 SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 37-39.

Toda norma processual deve incorporar o sentido do princípio publicístico, ou seja, deve obedecer a dupla inspiração: proteger a liberdade e acautelar a eficácia do processo, direcionado à satisfação, no futuro, do direito de punir. A lei processual, assim dimensionada, e como já referido, contém intrinsecamente direito material, quando protege ou limita a liberdade de alguém. Nestes termos, existe ambivalência na lei: ora ela se comunica como garantia de liberdade, ora como privação de liberdade.

Levando-se em consideração essa particularidade da norma processual penal, desenvolveu-se em doutrina a *teoria da tipificação processual penal*, segundo a qual os atos processuais penais devem corresponder ao modelo estabelecido em lei. Consideramos, neste particular, que a terminologia “tipicidade” é utilizada como condição-limite à atuação estatal, à validade e à eficácia dos atos processuais.

Não pode, neste sentido, a lei com efeitos processuais nova ser utilizada como forma de “volta no tempo”, permitindo que a regência nova alcance fatos já praticados (o que já foi chamado aqui de *direito adquirido processual*). É dizer: iniciada a prática de determinada fase procedimental, a lei do *tempus delicti* deve regê-la.

Tal quadro ganha especial relevância no processo penal, quando se pensa no conjunto “audiência de instrução e julgamento” e na regência da identidade física do julgador (art. 399, § 4º, do CPP, subproduto do princípio da imediação processual penal),³¹ o que impossibilita que o ato de instrução (produção e colheita probatória em juízo) seja fracionado e encaminhado à apreciação de um novo magistrado.

3.6 Limites para o Declínio de Competência: Juiz Natural

Prosseguindo sob os ensinamentos de BADARÓ, é possível conceituar o princípio do juiz natural como norma substancial que impõe, sem ressalvas ou flexibilizações, que o juiz competente deve ser um juiz legalmente predeterminado, segundo as regras de competência vigentes no momento da prática do fato delitivo:³² regra do *tempus criminis regit iudicem*.

A alteração superveniente importaria num enfraquecimento dessa garantia, permitindo-se uma escolha (ainda que de natureza

31 Sobre o tema: ALONSO GOMES, Décio. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 139 e ss.

32 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 479.

legislativa) de um juiz alternativo, que sucederá o juiz natural no processo e julgamento de determinado caso penal.

3.7 Reflexos para a Investigação Preliminar Militar

Por certo, com a enorme dilação de competência da Justiça Especializada Militar para processo e julgamento dos novos crimes militares, em igual proporção expande-se a atribuição da Polícia Judiciária Militar e do Ministério Público Militar para a realização da investigação preliminar relacionada a tais delitos.

Esse “deslocamento” de atribuições, além de assoberbar a estrutura dos órgãos que exercem o poder de investigação, também acarreta na concentração de procedimentos que envolvam grandes tramas criminosas, usualmente conectadas à macrocriminalidade, lavagem de dinheiro e atuação sistemática de organizações criminosas, seja com protagonismo de militares, seja em colaboração à prática criminosa estruturada alheia.

À conta disso, não é exagerado concluir que houve uma mitigação da separação constitucional³³ entre polícia judiciária e ostensiva, em rumo a um ciclo completo de polícia, diante o alargamento do objeto de investigação das polícias militares, de protagonismo claro das instituições persecutórias militares em detrimento das civis.

No cotidiano fluminense, abre-se exceção à atuação da Delegacia de Repressão às Ações Criminosas Organizadas e de Inquéritos Especiais (DRACO/IE)³⁴ e da Subsecretaria de Inteligência (SSINTE), eis que diretamente ligadas à Secretaria de Estado de Segurança (SE-SEG) e, portanto, situadas em patamar hierárquico superior à Corregedoria da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro.

De igual sorte, a Corregedoria Geral Unificada³⁵ amplia sua competência original, persecutória e correicional, eis que subordina diretamente à Pasta Estadual.

33 De acordo com o art. 144, da Constituição da República: “§ 4º *As polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.* § 5º *Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.*”

34 A DRACO/IE encontra-se subordinada diretamente à Secretaria de Estado de Segurança, na forma do art. 2º do Decreto Estadual 25.522, de 18 de agosto de 1999.

35 A Corregedoria Geral Unificada (CGU) é estruturado pelo Decreto Estadual nº 27.789 de 22 de janeiro de 2001.

3.8 Ação Penal e Natureza dos Crimes Militares: a Atual Natureza Bifronte de Alguns Delitos da Legislação Extravagante Militarizados (Crimes de Ação Privada ou Pública Mediante Representação na Legislação Extravagante e sua Militarização)

O alargamento do conceito de crime militar altera, de modo fundamental, a análise da modalidade de ação penal conforme o caso, quando na legislação extravagante se imponha a necessidade de representação – se de natureza pública –, ou da necessidade de promoção de ação penal privada diretamente pelo titular ou seus sucessores – ou seja, por meio de *queixa-crime*.

Essa análise recai sobre os “novos” delitos de competência do Juízo “Universal” da Auditoria Militar, sobretudo. Na clássica e dualógica divisão entre crimes própria e impropriamente militares, inexistia necessidade de estudo sobre a titularidade (e condicionamento para seu exercício) da ação penal militar.

Nesse sentido, destaque-se o art. 121 do Código Penal Militar e o art. 29 do Código de Processo Penal Militar que reforçam a natureza pública e incondicionada (via de regra³⁶) do exercício do *jus puniendi*.

A intenção legislativa centra-se na premissa de necessária dupla subjetividade passiva dos delitos impropriamente militares. De um lado, protege-se o bem jurídico ordinário da norma (vida, patrimônio, dignidade sexual e etc.), acrescido ao dano ou perigo de dano aos princípios da Hierarquia e Disciplina, vigas fundantes do Direito Penal Militar.

Essa tutela reflexa de bens jurídicos, ainda que implícita, é fundamento de existência de um Direito Penal Militar em tempo de paz, denotando o convívio harmônico das Instituições Militares em ambiente democrático e a preservação da competência da Justiça Criminal Comum no processo e julgamento dos demais delitos.

Diante da incidência (e da transgressão) dos princípios da Hierarquia e Disciplina, justifica-se a *publicização* das ações penais intentadas em decorrência do cometimento de crimes militares.

Igual raciocínio aplica-se aos delitos de ação penal pública em que seu exercício prescindia o consentimento da vítima. Em que pese a ordinária necessidade de oferecimento de representação ao

36 Aqui, excepcionam-se as ações submetidas à requisição do Ministro da Justiça ou do Ministério a que estiver o agente subordinado, nos casos de crimes contra a Segurança Externa do País (art. 137 a 141 do CPM). Todavia, trata-se de questão de aplicação extremamente restrita ao âmbito da Justiça Militar da União.

Ministério Público, não se pode dispor sobre a aplicação de sanção penal ao acusado por crime militar, diante da afetação de bens jurídicos militares (e, portanto, indisponíveis), indissociavelmente atrelados à conduta por ele praticada.

É o caso de militar que pratica crime de Invasão de Dispositivo Informático (art. 154-A do Código Penal³⁷), em razão da função ou em serviço. Assim, em virtude do raciocínio exposto, entendemos que tal delito, quando praticado nas circunstâncias que atraem a competência ao Juízo “Universal” da Auditoria Militar, afasta-se, por especialidade, a parte inicial do art. 154-B³⁸ do Código Penal Comum, ainda que seja o crime cometido por civil. Inexigível, pois, representação da vítima, eis que se transferiria à esfera de manuseio do ofendido condição não prevista em lei para a tutela penal de bens jurídicos militares.

Outro exemplo é o crime de Exercício Arbitrário das Próprias Razões³⁹ (art. 345 do Código Penal), perfeitamente praticável por militares em serviço, ou em razão de sua função, cuja ação penal atribuída é privada, quando não for utilizada violência. Com a reforma dos crimes militares, tal conduta passa a ter índole pública e incondicionada, na forma do art. 121 do CPM e do art. 29 do CPPM.

3.9 Superação Legislativa dos Precedentes Judiciais (Cancelamento das Súmulas 06, 90 e 172 do STJ)

A edição da Lei nº 13.491/2017 traz extremo reboleço a enunciados cristalizados do Superior Tribunal de Justiça sobre a competência da Justiça Militar. Forçoso concluir, portanto, que a superveniência da lei remove o firmamento em que se baseiam tais Verbetes, impondo sua revisão e cancelamento pelo Tribunal Superior.

De saída, perde vigência a Súmula 06/STJ, que assim dispõe: *“Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar delito decorrente de*

37 Art. 154-A. Invasão dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

38 Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.

39 Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

acidente de trânsito envolvendo viatura de Polícia Militar, salvo se autor e vítima forem Policiais Militares em situação de atividade”.

A partir da edição do Código Brasileiro de Trânsito, o homicídio culposo e a lesão corporal culposa na direção de veículo automotor recebem tratamento penal diferenciado (arts. 302 e 303 do CTB). Esse elemento especializante tinha o condão de deslocar a competência militar à Justiça Estadual Comum, eis que mesmo o militar da ativa, em serviço ou atuando em razão da função, não praticaria crime militar que não estivesse previsto no Código Penal Militar.

Todavia, sendo possível a prática de crimes previstos no Código Brasileiro de Trânsito, nas condições do art. 9º do Código Penal Militar, é possível o deslocamento da competência para a Justiça Militar, restando superado o Enunciado em estudo.

Mesma sorte encontram os enunciados das Súmulas 90⁴⁰ e 172⁴¹, ambos do STJ.

Com a possibilidade de militares dos Estados, da União e do Distrito Federal cometerem crimes militares previstos em legislação extravagante (inclusive do próprio Código Penal Comum, aqui tido como externo ao ambiente castrense), reúnem-se para julgamento na Justiça Militar os crimes previstos no CPM e aqueles previstos na Lei de Abuso de Autoridade (Súmula 172/STJ) e todos os demais, que outrora se submetiam à Justiça Comum Estadual, cometidos em conexão ou continência, desde que não dolosos contra a vida ou praticados fora da função.

Em síntese, demonstramos que não subsistem os enunciados jurisprudenciais, em face do conflito com o substrato legal superveniente (e atual), impondo-se a modificação dos entendimentos exarados, ou mesmo o cancelamento, diante do fenômeno da superação legislativa da jurisprudência ou ativismo congressual⁴².

40 Súmula 90/STJ: “Compete a Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e a comum pela prática do crime comum simultâneo aquele”.

41 Súmula 172/STJ: “Compete a Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço”.

42 No Supremo Tribunal Federal, este instituto restou cunhado da decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5105, nos seguintes termos: “O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. (...) Conseqüentemente, a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se

4. O PROCEDIMENTO A SER ADOTADO A PARTIR DA MUDANÇA NORMATIVA

O art. 1º, inciso III, do CPP (comum) afasta expressamente a sua incidência dos “processos da competência da Justiça Militar”.

Com efeito, perante o Juízo da Auditoria da Justiça Militar o procedimento (padrão)⁴³ a ser adotado é aquele consignado nos arts. 396 e ss. do CPPM, composto por oferecimento e recebimento da denúncia, instalação do Conselho de Justiça,⁴⁴ qualificação e interrogatório, inquirição de testemunhas (de forma não concentrada), eventual reconhecimento de pessoa ou coisa, diligências, alegações escritas das partes e sessão de julgamento (debates e sentença orais).⁴⁵

Não há, na esfera militar, variação do procedimento padrão, com subdivisão em procedimentos comum ordinário, sumário ou sumaríssimo. De igual forma, a regra do art. 1º, inciso III, do CPP afasta a incidência de procedimentos especiais nele previstos, como é o caso do art. 513 do CPP (rito por crimes funcionais).

Para a análise realizada neste trecho do trabalho, precisaremos separar, por nova volta, o momento de início do procedimento, se antes ou depois da vigência da Lei 13.491/17. E fazemos isso em razão da capacidade de realização de atividade probatório-processual (maior ou menor dilação probatória).

A princípio – e a Excelsa Corte já se manifestou neste sentido⁴⁶ – o procedimento comum ordinário, previsto no CPP, permite um

revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (i.e., promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (i.e., edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal. (...) A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (*leis in your face*) nasce com presunção *iuris tantum* de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa. Nesse caso, a novel legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas.” (ADI 5105, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 15-03-2016 PUBLIC 16-03-2016).

43 O Código de Processo Penal Militar fixa, para além desse procedimento-tipo, procedimentos especiais, a partir do art. 451.

44 Nos crimes em que a vítima seja militar ou em que não haja vítima. Nos crimes em que houver vítima civil, não haverá a instação de Conselho de Justiça, por expressa orientação constitucional (art. 125, §, 5º, CRFB).

45 Esse desenho procedimental foi afetado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 127.900, que reconheceu que o interrogatório, assim como ocorre no Código de Processo Penal comum, deve ser o último ato da instrução oral.

46 Na AP 528-Agr/DF, sob a Relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, ficou estabelecido que a nova ordem ritual (arts. 396 e 396-A do CPP, na redação dada pela Lei 11.719/2008) revela-se mais favorável ao acusado, ainda que legislação específica discipline de maneira contrária. No mesmo caminho, a decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello, no HC 107.795/SP, quando afirma a necessidade de adaptação do procedimento criminal para persecução dos delitos eleitorais à nova realidade determinadas pela reforma de 2008 do CPP.

melhor exercício do direito de defesa, o que importa reconhecer, em contrapartida, que os demais procedimentos comuns e especiais (reservado o procedimento bifásico dos crimes dolosos contra a vida) importam em maior restrição probatória e defensiva.

Nesta toada, o raciocínio de que os crimes praticados antes da vigência da Lei 13.491/17 não devem ser declinados para a Justiça Militar é reforçado pela necessidade de aplicação do procedimento mais completo e garantidor ao imputado, posto constituir, na expressão de TAIPA DE CARVALHO, direito adquirido processual.

5. A NECESSÁRIA MIRADA CONVENCIONAL SOBRE A JUSTIÇA MILITAR

A Constituição da República confere à Justiça Militar – da União, dos Estados e do Distrito Federal – competência acerca dos chamados crimes militares, delitos esses de conceituação delegada ao legislador ordinário. Com efeito, o art. 9º do Código Penal Militar, ao definir crime militar, delimita a competência constitucional deste ramo de Justiça Especializada, cujo limite é a observância da competência do Tribunal do Júri, nos processos por crimes dolosos contra a vida de civis.⁴⁷

Noutro sentido, baseando-nos na histórica posição do Supremo Tribunal Federal acerca do *status* jurídico dos compromissos internacionais de Direitos Humanos assumidos pela República Federativa do Brasil, extraímos que tais tratados se situam em posição *supralegal*⁴⁸, possuindo capacidade de derrogar a norma ordinária que confronte suas balizas materiais – isto é, a aferição da convencionalidade da norma, tendo por parâmetro o tratado internacional de Direitos Humanos. De acordo com a doutrina:

“Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada vigente (pois, repita-se, está de acordo com

47 CRFB, art. 5º, inc. XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

48 De acordo com o STF: “Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.” (HC 95967, Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgamento em 11.11.2008, DJe de 28.11.2008).

o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados –, mas não poderá ser tida como válida, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno. Ou seja, a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna inválidas as normas jurídicas de direito interno.”⁴⁹

A possibilidade de controle de convencionalidade decorre da matriz materialmente constitucional dos tratados que versam sobre os Direitos Humanos, diante da cláusula de incorporação contida no §2 do artigo 5º da Constituição Federal⁵⁰.

É preciso analisar, nessa perspectiva, a compatibilidade vertical da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017.

5.1 Documentos Internacionais que Reforçam a Excepcionalidade do Juízo Militar

De saída, a Convenção Americana de Direitos Humanos confere a todos o direito ao Juiz Natural, assim entendido como a submissão à juízo ou Tribunal competente, independente e imparcial.

*“Art. 8ª, 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por **um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.**”* (grifos não constantes do original).

Essa submissão deve ser entendida de forma bilateral, isto é: envolve tanto o direito do acusado, quanto o direito da vítima, de obter julgamento justo, prolatado por Juiz Natural.

Adota-se, no âmbito da Convenção, uma interpretação sistemática, que congrega as garantias básicas dos réus/investigados na perseguição criminal e da sociedade e das vítimas, com equidistância.

49 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do “diálogo das fontes”. Retirado de <seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/download/200/199>. Acesso em 16/06/2015.

50 CR, art. 5º, § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Ad referendum, cite-se que o mesmo tratado impõe o respeito à segurança pública e às liberdades públicas:

"Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais."

Nessa medida, reforça-se o caráter isento do julgador, impedindo a instauração de juízos arbitrários de perseguição ao réu, sem prejuízo da vedação à uma Justiça corporativista, que deliberadamente afasta a jurisdição a determinados indivíduos que, pelo prestígio social ou função exercida no seio da comunidade, furtam-se ao alcance da norma penal.

Num regime Democrático de Direito, a prerrogativa do Juiz Natural afasta as penumbras da atuação dos agentes do Estado. A rígida observância dos Direitos Humanos Fundamentais perpassa, de modo indissociável, a apuração e persecução transparente da conduta de quem detém, por delegação, o mandato do uso legítimo da força.

Essa orientação é ratificada pelos documentos internacionais rubricados no ambiente da Organização das Nações Unidas (ONU). O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizado pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992, dispõe que:

"Art. 2º, 3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a: a) Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possuam um recurso efetivo, **mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais;**

Art. 9º, 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

Art. 14, 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil."

Essa proteção especial ao abuso de poder por partes agentes do Estado culminou na elaboração da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado⁵¹, internalizada por meio do Decreto 8.767, de 11 de maio de 2016. O documento em comento reforça a necessidade de apuração imparcial do delito de desaparecimento forçado, intimamente ligado com o desvio de agentes que atuam em nome do Estado.

"Art. 12, 1. Cada Estado Parte assegurará a qualquer indivíduo que alegue que alguém foi vítima de desaparecimento forçado o direito de relatar os fatos às autoridades competentes, que examinarão as alegações pronta e imparcialmente e, caso necessário, instaurarão sem demora uma investigação completa e imparcial. Medidas apropriadas serão tomadas, caso necessário, para assegurar que o denunciante, as testemunhas, os familiares da pessoa desaparecida e seus defensores, bem como os participantes da investigação, sejam protegidos contra maus-tratos ou intimidação em decorrência da denúncia ou de qualquer declaração prestada."

Impõe-se destaque à necessária proteção eficiente e combate, sob o prisma dos Direitos Humanos consagrados internacionalmente, à Tortura⁵², ato intimamente relacionado com o abuso de forças de segurança pública, inclusive militares.

"Art. 13, 1. Cada Estado Parte assegurará a qualquer pessoa que alegue ter sido submetida a tortura em qualquer território sob sua jurisdição o direito de apresentar queixa perante as autoridades competentes do referido Estado, que procederão imediatamente e com imparcialidade ao exame do seu caso. Serão tomadas medidas para assegurar a proteção do queixoso e das testemunhas contra qualquer mau tratamento ou intimação em consequência da queixa apresentada ou de depoimento prestado."

51 De acordo com o documento, considera-se Desaparecimento Forçado "a prisão, a detenção, o sequestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade que seja perpetrada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização, apoio ou aquiescência do Estado, e a subsequente recusa em admitir a privação de liberdade ou a ocultação do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida, privando-a assim da proteção da lei." (art. 2°).

52 Trata-se da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, internalizada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.

Arrematando a discussão, frise-se que a atuação subsidiária do Tribunal Penal Internacional, de acordo com a melhor dicção do Estatuto de Roma (Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002), depende do julgamento imparcial e independente dos agentes responsáveis por tais delitos⁵³. Caso contrário, é legítima a atuação do TPI, ainda que condenados pelo Juiz ou Tribunal de origem.

5.2 Precedentes Internacionais Que Reforçam a Incompatibilidade da Expansão da Justiça Militar com a Garantia do Juiz Natural

À luz dos documentos internacionais descritos acima, reiteradamente, a Corte Interamericana e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos se debruçaram sobre os limites materiais da competência da Justiça Militar, traçando paradigmas aceitáveis com o princípio do Juiz Natural.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) analisou em três casos (*Radilla Pacheco v. México*, *Fernández Ortega e outros v. México* e *Rosendo Cantú e outra v. México*) a compatibilidade do Código de Justiça Militar do México.

Nesse sentido, a CIDH fixou o seguinte parâmetro de atuação da Justiça Militar: deve possuir escopo *excepcional e restritivo* e ser aplicado apenas aos membros das instituições militares, pelo cometimento de crimes que possam afetar interesses militares.⁵⁴

Em precedente anterior, a Corte assinalou que a competência da Justiça Militar refere-se à proteção de interesses jurídicos especiais, relacionados às funções atribuídas pela lei às instituições militares⁵⁵.

De todo modo, a CIDH é taxativa em condenar legislações que atribuem à Justiça Militar a competência para julgar casos envolvendo violações aos Direitos Humanos, ainda que autor e vítimas sejam militares.⁵⁶

53 Art. 20, 3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6°, 7° ou 8°, a menos que o processo nesse outro tribunal: b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça

54 Por todos: Processo nº 12.579, *Rosendo Cantú e outra v. Estados Unidos do México*, Junho de 2010, item 49.

55 *Durand e Ugarte v. Peru*, Agosto de 2000, item 117.

56 Destaca-se, nesse contexto, o presente excerto do Boletim de Jurisprudência da Corte: “a jurisdição militar não é o foro competente para investigar e, se for o caso, julgar e sancionar os autores de violações de direitos humanos, mesmo quando os sujeitos ativo e passivo sejam militares.” (CIDH. Boletim de Jurisprudência, nº 02, nov 14 – abr 15, p. 28. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/boletin2por.pdf> > . Acesso em 12/11/2017.)

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso *Ergin v. Turquia*, traçou profundas deliberações sobre a imparcialidade e independência dos Tribunais Militares:

“38. O Tribunal reitera desde já que, para determinar se um tribunal pode ser considerado “independente” na aceção do artigo 6 § 1, deveria ter, inter alia, quanto à forma de nomeação dos seus membros e os respectivos mandatos, a existência de salvaguardas contra pressões externas e a questão de saber se apresenta uma aparência de independência (ver, entre muitas outras autoridades, Zolotas v. Grécia, nº 38240/02, § 24, 2 de junho de 2005). No que diz respeito à questão da imparcialidade de um tribunal, no contexto específico do presente caso, deve ser avaliado por meio de uma abordagem objetiva, que consiste em verificar se ofereceu garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima a este respeito (ver, entre muitas outras autoridades, Bulut v. Austria, acórdão de 22 de Fevereiro de 1996, Relatórios 1996-II, p. 356, § 31 e Thomann v. Suíça, acórdão de 10 de Junho de 1996, Relatórios 1996-III, p. 815, § 30)

40. O Tribunal reitera que a Convenção não proíbe os tribunais militares de pronunciar-se sobre acusações penais contra militares, desde que sejam respeitadas as garantias de independência e imparcialidade consagradas no artigo 6 § 1 (v. Morris c. Reino Unido, nº 38784 / 97, § 59, CEDH 2002-I, Cooper c. Reino Unido [GC], nº 48843/99, § 106, CEDH 2003-XII e Hakan Önen c. Turquia, (dec.), Nº 32860 / 96, 10 de fevereiro de 2004).

46. O Tribunal observa a posição particular ocupada pelas Forças Armadas na ordem constitucional dos Estados democráticos, que deve ser limitada ao campo da segurança nacional, uma vez que o poder judicial é, em princípio, um atributo da sociedade civil. Também leva em conta a existência de regras especiais que regem a organização interna e a estrutura hierárquica das forças armadas.⁵⁷

57 TEDH. *Ergin v. Turquia* (nº 06), pp. 12/13. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-75327>>. Acesso em 12/11/2017.

Portanto, da análise detida da jurisprudência colhida, percebe-se que é remansoso o posicionamento em oposição à expansão deste ramo da Justiça especializada.

Especificamente quanto à situação brasileira, já se pronunciou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pela extinção da Justiça Militar Estadual, diante de indícios de desvio policial relacionado a execuções extrajudiciais, abuso de autoridade contra detentos e envolvimento com outras atividades criminosas.⁵⁸

Destaque-se, por oportuno, que o referido relatório data de 1997, momento em que policiais e bombeiros militares respondiam por crimes comuns não previstos no Código Penal Militar perante a Justiça Comum (bem como alcançava período em que os crimes dolosos contra a vida de civil ainda eram julgados pela Auditoria da Justiça Militar).

Sem analisar o mérito e principalmente a efetividade da transferência da competência da Justiça Militar Estadual para Varas Criminais Comuns, é forçoso concluir que a norma que criou o chamado “Juízo Universal da Auditoria Militar” segue na contramão da tendência global, no tocante às novas exigências impostas para o pleno gozo dos Direitos Humanos.

5.3 Emenda Constitucional 45/2004, Lei 9299/1996, Lei 13.491/2017 e Princípio da Vedação do Retrocesso Social

Por derradeiro, é salutar rememorar que a atual configuração da Justiça Militar dos Estados foi profundamente reformada pela Emenda Constitucional nº 45,⁵⁹ afastando dos Conselhos de Justiça (Permanente e Especial) a competência para julgamento de crimes cometidos por militares contra civis.

58 Inter-American Commission on Human Rights : Report on the Situation of Human Rights in Brazil, 29 September 1997, OEA/Ser.L/V/II.97, Chapter III, paragraph 78. *Apud* ANDREU-GUZMÁN, Frederico. Military jurisdiction and international law: Military Courts and gross human rights violations vol. 1, 2004, pp. 127/128. Disponível em: <<http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2004/01/Military-jurisdiction-publication-2004.pdf>>. Acesso em 12/11/2017.

59 Art. 125, § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. § 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

Essa decisão política encontra-se alinhada com o afastamento do corporativismo atribuível aos referidos Conselhos, eis que criam a competência monocrática do Juiz de Direito – portanto, civil – que preside o colegiado da Auditoria de Justiça Militar.

De igual sorte, a Lei 9299/1996 excluiu a competência da Justiça Militar Estadual em detrimento do Tribunal do Júri, quando o crime for cometido por militar contra civil.

Em suma: há, pois, vontade política no sentido da gradual restrição da definição de crime militar, de modo consentâneo à garantia do Juízo Natural.

Eventual normativa que contrarie tal tendência afrontaria o princípio da vedação do retrocesso social,⁶⁰ porquanto impõe comportamento político em sentido contrário à maximização dos direitos humanos. Tal prática inequivocamente subtrai de instituições democráticas o julgamento de delitos previstos exclusivamente em legislações alheias ao Código Penal Militar, desnaturando a especialidade militar.

Dentro desse contexto, expressivo é o exemplo dos crimes contra a vida cometidos por militares das Forças Armadas contra civis, no contexto de operação de Garantia da Lei e da Ordem (art. 9º, § 2º, inciso III, do CPM, n/f da Lei 13.491/2017). A subtração da instituição do Tribunal do Júri, notadamente a opção democrática em face de tais condutas, revela-se claramente incompatível com os preceitos mais caros aos Direitos Humanos, especialmente àqueles relacionados à imparcialidade do Conselho julgador, quando exerce o militar função de policiamento ostensivo, e não da sua vocação própria.❖

60 O princípio do retrocesso social pode ser definido, na dicção de Cármen Lucia Antunes Rocha, citada por SARLET, no sentido que: “as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combatidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares”. (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, março, abril, maio, 2010, p. 38. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em 12/11/2017).

6. BIBLIOGRAFIA

ALONSO GOMES, Décio. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Direito intertemporal**, in: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 19-49.

CANOSA USERA, Raúl. **Configuración constitucional de la jurisdicción militar**, in: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Revista del Poder Judicial*, nº 34, junio 1994, pp. 9-37.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas.

CIDH. **Boletim de Jurisprudência**, nº 02, nov 14 – abr 15. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/boletin2por.pdf>>. Acesso em 12/11/2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II, São Paulo: Malheiros, 2005.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal**: parte geral: Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 2004.

HENRIQUES GASPAR, António et al. **Código de Processo Penal comentado**. Coimbra: Almedina, 2014.

LEONE, Mauro. **Il diritto penale nel tempo – aspetti costituzionali del principio d'irretroattività**. Napoli: Jovene, 1980.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de direito penal**: parte geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do “diálogo das fontes”. Retirado de <seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/download/200/199>. Acesso em 16/06/2015.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de direito penal militar**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar comentado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROSSETTO, Enio Luiz. **Código Penal Militar comentado**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, março, abril, maio, 2010. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RE-RE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em 12/11/2017.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SILVA, Luiz Felipe Carvalho. **As perspectivas de aplicação do acordo de não persecução na Justiça Militar da União: uma solução possível e efetiva**, in: CUNHA, Rogério Sanches et al. (coords.). **Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP**. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 215-234.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TAIPA DE CARVALHO, Américo Alexandrino. **Direito penal: parte geral: questões fundamentais: teoria geral do crime**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

_____. **Sucessão de leis penais**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

7. JURISPRUDÊNCIA DO TEDH CITADA

Caso A.P., M.P. and T.P. v. Switzerland, sentença de 29 de agosto de 1997.

Caso Adolf v. Austria, sentença de 26 de março de 1982, série A 49.

Caso Ergin v. Turquia, sentença de 04 de maio de 2006.

8. JURISPRUDÊNCIA DO TIADH CITADA

Caso Radilla Pacheco v. México, sentença de 23 de novembro de 2009.

Caso Fernández Ortega e outros v. México, sentença de 30 de agosto de 2010.

Caso Rosendo Cantú e outra v. México, sentença de 31 de agosto de 2010.

Caso Durand e Ugarte v. Peru, sentença de 16 de agosto de 2000.

Precedentes e a Valorização da Unidade Decisória

Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte

Coordenador Editorial da Revista da EMERJ.

Juiz de Direito do TJERJ e Juiz de Direito integrante do TRE-RJ. Professor e Conferencista da EMERJ, UNESA, IBMEC, EMARF e ESAJ. Mestre em Processo pela UERJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e Membro-fundador do Instituto Carioca de Processo (ICPC). Autor de livros e artigos publicados em livros e revistas especializadas

ÁREA DO DIREITO: Constitucional; Processual

RESUMO: busco no presente estudo defender a necessidade da cultura da unidade decisória como fator a preservar a igualdade formal e a sanidade do sistema decisório, resguardando o prestígio das decisões proferidas, a credibilidade das Cortes Superiores frente à sua preservação como exercício de humildade decisória.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição – precedentes - *common law* – *civil law* – sistema de precedentes no direito processual civil brasileiro – atuação do julgador

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Common Law x Civil Law – Fatores Preponderantemente Definidores de Cada Sistema. 3. da Simbiose dos Modelos Existentes – Tendência Mundial. 4. Precedentes e Conclusão.

Um princípio é uma suposição que não põe obstáculos a maiores indagações. Como ponto de partida, o juiz, no sistema *common law* afirma a pertinência de um princípio extraído do precedente considerado pertinente. Ele, depois, trata de aplicá-lo, moldando e adaptando aquele princípio de forma a alcançar a realidade da decisão do caso concreto que tem diante de si. O processo de aplicação, quer resulte numa expansão ou numa restrição do princípio, é mais do que apenas um verniz; representa a contribuição do juiz para o desenvolvimento e evolução do direito. ALEXANDRE FREITAS CÂMARA¹.

1. INTRODUÇÃO

Temos vivido a problemática do enfrentamento de múltiplas soluções para casos rigorosamente similares, ou seja, juízes encontrando soluções diametralmente opostas para situações com o mesmíssimo arcabouço fático-probatório. Ouvimos com profunda frequência vozes da sociedade nos criticando diante da falta de lógica em posições antagônicas para situações idênticas, gerando instabilidade e descrença quanto a nossa atuação.

Tal situação gera um ambiente de profundo descrédito da sociedade com relação à atuação do julgador ao vê-los, diante de casos concretos idênticos, por vezes colegas de porta, aplicando decisões dispares.

O caso vertente revela verdadeira “*esquizofrenia decisória*”, importando um sentimento de aguda insegurança aos operadores do direito, bem como descrédito social com relação à atuação do Judiciário, já que violador da primazia da isonomia.

Com o advento do novo Código de Processo Civil e da opção legislativa do acolhimento dos precedentes como forma de minorar o crescente número de feitos ofertados em volumes estratosféricos, estes em situações de absoluta similaridade, passa o julgador a ter um novo caminho a seguir.

1 CÂMARA, Alexandre Freitas, Súmula da jurisprudência dominante, superação e modulação de efeitos no novo código de processo civil, Revista de Processo, vol 264/2017, pag. 281/320, fevereiro de 2017.

DIDIER², destacadamente, ressalta a opção por um novo paradigma legislativo:

(...) fica muito claro que, para o NCPC, seu sistema de precedentes é uma valiosa e ousada aposta para se diminuir os estoques de processo que são decorrência do elevado grau de litigiosidade da sociedade contemporânea. E, para que se obtenha bons resultados, é imprescindível que todos os autores do processo tenham a mente aberta para que se possa julgar menos e melhor.

O Novo CPC é pródigo em mecanismos para resolução de questões de massa, derivadas algumas ferramentas de experiências bem-sucedidas de outros países, já que são comuns nas sociedades modernas.

De nada adiante o acolhimento da mais moderna legislação³ processual se manejarmos seus institutos e ferramentas com a visão caolha do passado, com base em ensinamentos e conceitos mundialmente já ultrapassados.

O desafio do intérprete projeta-se para o futuro, marcado pela necessidade de tratarmos as inovações com base em projeções de uma nova sociedade, evitando o retrocesso.

Sabemos que magistrados de *jurisdição mista*⁴ têm papel de maior relevância na criação das normas jurídicas e na definição das políticas públicas a serem perseguidas, apresentando maior força criativa, trazendo mais à tona elementos definidores como os sentimentos de justiça e de direito⁵.

O juiz exclusivamente normativo compromete a dinâmica e a marcha processual, tendo em vista seu papel pouco criativo e objetivamente matemático, bem como diante da sua limitação de enfrentamento da realidade concreta posta.

2 BERNARDO e DE PADUA, Clarissa Campos e Marcelo Santiago. “O sistema de precedentes do novo CPC e sua repercussão no direito eleitoral”. Coleção Repercussões do Novo CPC Direito Eleitoral, v. 12, pág. 84. Paulo Henrique dos Santos Lucon, Luiz Henrique Volpe Camargo (coordenadores) e Fredie Didier Jr. (coordenador geral). Salvador: 2016, Editora Juspodivm.

3 Aqui não me refiro ao nosso novo CPC como a melhor referência mundial, mesmo porque tal análise resta inviável. Contudo, temos um Código de altíssima qualidade científica e prática.

4 Conceituaremos adiante.

5 PALMER, Vernon Valentine, in *Mixed Jurisdiction World Wide – The Third Legal Family*, 2ª edição, New York, Cambridge University Press, 2012, pag. 44-46.

Temos um CPC que dá absoluto valor à jurisprudência como fonte permanente de produção do direito vivo, prontamente aplicável. Ou seja, as decisões proferidas materializam instantaneamente a solução para os imediatos e permanentemente mutantes propósitos sociais. Aqui há absoluta observância da atualidade decisória, fator não solucionado pela lei, já que, quando editada, perde tal condição no dia seguinte.

BARBOSA MOREIRA⁶, nos seus Temas, já apontava que a jurisprudência adapta-se à mutação social com muito mais efetividade que qualquer outra via buscada pelo intérprete. Trata-se da solução para o “aqui e agora”, no exato compasso das mudanças da moderna sociedade globalizada, conforme leciona:

A primeira diz respeito à jurisprudência. Ninguém negará que é indispensável reservar a esta a margem de flexibilidade de que necessita para ajustar-se à realidade cambiante do mundo exterior. Ora, as incessantes mutações da sociedade são captadas mais depressa e mais intensamente pelos órgãos judiciais de nível inferior, convocados a lidar antes dos outros com os conflitos de interesses que as novas condições sociais, políticas, econômicas, culturais vão desenhando.

O mencionado Prof. BARBOSA MOREIRA já sinalizava, antes do advento do Projeto Fux, a necessidade e tendência de buscarmos soluções normativas que prestigiem ao máximo a jurisprudência e a relevância dos precedentes.

Também em alguns julgados do E. Superior Tribunal de Justiça já se notava a convergência de valorização da jurisprudência e da força vinculante dos precedentes, especialmente em lapidar voto proferido pelo saudoso Ministro Teori Zavascki⁷. Do

6 BARBOSA MOREIRA, José Carlos, in *Súmula, jurisprudência, precedentes: uma escalada e seus riscos*, Temas de Direito Processual, nona série, pág. 310.

7 PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL. MATÉRIA CONTROVERTIDA NOS TRIBUNAIS À ÉPOCA DA PROLAÇÃO DA DECISÃO RESCINDENDA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ EM SENTIDO CONTRÁRIO. SÚMULA 343/STF NÃO APLICAÇÃO. REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA A RESPEITO.1. A súmula 343/STF, editada antes da Constituição de 1988, tem origem na doutrina (largamente adotada à época, inspiradora também da súmula 400/STF) da legitimidade de interpretação razoável da norma, ainda que não a melhor, permitindo assim que a respeito de um mesmo preceito normativo possa existir mais de uma interpretação e, portanto, mais de um modo de aplicação.2. Ao criar o STJ e lhe dar a função essencial de guardião e intérprete oficial da legislação federal, a Constituição impôs ao Tribunal o dever de manter a integridade do sistema normativo, a uniformidade de sua

inteiro teor do acórdão, destaco trecho do indigitado voto proferido por Sua Excelência:

(...) trata-se, é bom registrar, de movimento semelhante ao que se verifica em outros países, constituindo-se em fator de aproximação dos diversos sistemas do direito moderno (...). Um olhar sobre a sucessão histórica das normas editadas a respeito ilustra essa afirmação.

Antes do advento do Novo Código de Processo Civil o tema também era objeto de enfrentamento pelo Ministro Luiz Fux, que igualmente enaltecia os benefícios advindos de instrumentos à época existentes, como a repercussão geral⁸.

interpretação e a isonomia na sua aplicação. O exercício dessa função se mostra particularmente necessário quando a norma federal enseja divergência interpretativa. Mesmo que sejam razoáveis as interpretações divergentes atribuídas por outros tribunais, cumpre ao STJ intervir no sentido de dirimir a divergência, fazendo prevalecer a sua própria interpretação. Admitir interpretação razoável, mas contrária à sua própria, significaria, por parte do Tribunal, renúncia à condição de intérprete institucional da lei federal e de guardião da sua observância.³ Por outro lado, a força normativa do princípio constitucional da isonomia impõe ao Judiciário, e ao STJ particularmente, o dever de dar tratamento jurisdicional igual para situações iguais. Embora possa não atingir a dimensão de gravidade que teria se decorresse da aplicação anti-isonômica da norma constitucional, é certo que o descaso à isonomia em face da lei federal não deixa de ser um fenômeno também muito grave e igualmente ofensivo à Constituição. Os efeitos da ofensa ao princípio da igualdade se manifestam de modo especialmente nocivos em sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado: considerada a eficácia prospectiva inerente a essas sentenças, em lugar da igualdade, é a desigualdade que, em casos tais, assume caráter de estabilidade e de continuidade, criando situações discriminatórias permanentes, absolutamente intoleráveis inclusive sob o aspecto social e econômico. Ora, a súmula 343 e a doutrina da tolerância da interpretação razoável nela consagrada têm como resultado necessário a convivência simultânea de duas (ou até mais) interpretações diferentes para o mesmo preceito normativo e, portanto, a cristalização de tratamento diferente para situações iguais. Ela impõe que o Judiciário abra mão, em nome do princípio da segurança, do princípio constitucional da isonomia, bem como que o STJ, em nome daquele princípio, também abra mão de sua função nomofilática e uniformizadora e permita que, objetivamente, fique comprometido o princípio constitucional da igualdade. 4. É relevante considerar também que a doutrina da tolerância da interpretação razoável, mas contrária à orientação do STJ, está na contramão do movimento evolutivo do direito brasileiro, que caminha no sentido de realçar cada vez mais a força vinculante dos precedentes dos Tribunais Superiores. 5. Por todas essas razões e a exemplo do que ocorreu no STF em matéria constitucional, justifica-se a mudança de orientação em relação à súmula 343/STF, para o efeito de considerar como ofensiva a literal disposição de lei federal, em ação rescisória, qualquer interpretação contrária à que lhe atribui o STJ, seu intérprete institucional. A existência de interpretações divergentes da norma federal, antes de inibir a intervenção do STJ (como recomenda a súmula), deve, na verdade, ser o móvel propulsor para o exercício do seu papel de uniformização. Se a divergência interpretativa é no âmbito de tribunais locais, não pode o STJ se furtar à oportunidade, propiciada pela ação rescisória, de dirimi-la, dando à norma a interpretação adequada e firmando o precedente a ser observado; se a divergência for no âmbito do próprio STJ, a ação rescisória será o oportuno instrumento para uniformização interna; e se a divergência for entre tribunal local e o STJ, o afastamento da súmula 343 será a via para fazer prevalecer a interpretação assentada nos precedentes da Corte Superior, reafirmando, desse modo, a sua função constitucional de guardião da lei federal. 6. Recurso especial provido. (REsp 1026234/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/05/2008, Dje 11/06/2008).

8 Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECATÓRIO. PAGAMENTO EM DESACORDO COM O ARTIGO 100, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. JUROS DE MORA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO NO RE N. 591.085-RG. SÚMULA VINCULANTE N. 17 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DIVERGÊNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. 1. Os juros moratórios não são devidos no período compreendido entre a data de expedição do precatório e a do efetivo pagamento, se realizado no prazo estipulado constitucionalmente (artigo 100, § 1º, da CF). Assim, somente se descumprido o prazo constitucional previsto para o pagamento dos precatórios, qual seja, até o final do exercício seguinte, poder-se-ia falar em mora e, em consequência, nos juros a ela relativos, como penalidade pelo

Ademais, trata-se de fenômeno fomentado e bem destacado no Projeto Florença por GARTH e CAPPELLETTI cinquenta anos atrás, objetivando a modernização do Processo Civil europeu, com o escopo de uma tutela mais justa, humana e efetiva

2. COMMON LAW X CIVIL LAW – FATORES PREPONDERANTEMENTE DEFINIDORES DE CADA SISTEMA

Vivemos um movimento mundial no qual ocorre a absoluta miscigenação dos modelos acima, importando, diante sua evolução, a construção de um único sistema jurisdicional misto, ou seja, que não mais pode sustentar, frente ao quadro apresentado no mundo, a existência de sistemas absolutamente puros – capsulados e bastantes em si.

Diversos conceitos e ferramentas de melhor qualidade foram incorporados por cada qual, como fonte de busca de uma solução mais célere e adequada aos feitos em curso. A evolução social de cada país empurrou ao câmbio de experiências normativas e sociais de outros Estados como forma de aprimorar e simplificar a prestação jurisdicional.

atraso no pagamento (RE n. 298.616, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJ de 3.10.03). (Precedentes: RE n. 305.186, Relator o Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ de 18.10.02; RE n. 372.190-AgR, Relator a Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 07.11.03; RE n. 393.737-AgR, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ de 06.02.04; RE n. 420.163-AgR, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ de 13.8.04; RE n. 393.111-AgR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ de 11.2.05; e RE n. 502.901-AgR, Relator o Ministro Eros Grau, 2ª Turma, DJ de 13.08.04). 2. O Sistema processual adotado pelo código de processo civil, conferindo força à jurisprudência do E. STF no sentido de submeter as corte inferiores ao seu entendimento nos casos de repercussão geral, aproxima-se do regime vigente na *common law*, que, em essência, prestigia a isonomia e a segurança jurídica, cláusulas pétreas inafastáveis de todo e qualquer julgamento. 3. Por ocasião do julgamento do RE n. 591.085-RG, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 17.02.09, o Pleno desta Corte reconheceu a existência de repercussão geral da presente questão constitucional e ratificou o entendimento ora firmado pelo STF sobre o tema. Posteriormente o Tribunal editou a Súmula Vinculante n. 17, *verbis*: Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos. 4. Consecutariamente, não incide juros de mora no período compreendido entre a data de expedição do precatório e a do efetivo pagamento, se realizado no prazo estipulado constitucionalmente (artigo 100, § 1º, da CF), máxime por que a *res judicata* incide sobre o núcleo declaratório do julgado não incidindo em meros cálculos aritméticos para cuja elaboração revela-se indiferente qualquer ato de cognição com cunho de definitividade. 5. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUMULAÇÃO COM AQUELES FIXADOS EM EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. TÍTULO JUDICIAL EXEQUENDO QUE DETERMINA INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA ATÉ O EFETIVO PAGAMENTO DA DÍVIDA. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Os embargos à execução constituem verdadeira ação de conhecimento que objetiva a desconstituição do título executivo. 2. Tratando-se de ação autônoma, não há falar em substituição dos honorários advocatícios fixados na execução de sentença por aqueles arbitrados nos embargos à execução, por serem tais honorários independentes e cumulativos. 3. Havendo título judicial exequendo determinando, expressamente, a incidência de juros de mora até a data do efetivo pagamento, não cabe a exclusão de referida parcela dos cálculos para expedição de precatório complementar, sob pena de violação à coisa julgada. 4. Agravo regimental improvido. 6. Dou provimento ao agravo regimental, a fim de conhecer do recurso extraordinário e dar-lhe provimento.” (AI 795809 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 19-02-2013 PUBLIC 20-02-2013).

Contudo, antes de partirmos para estas considerações, devemos analisar o papel do julgador em brevíssimos apontamentos, dentro que se propõe o estudo em questão.

Não mais prospera, quer dentro do nosso ordenamento quer em outros, a visão tradicional de atuação do julgador normativista, o que busca na norma a única e isolada saída para os anseios sociais.

Com isso, descabe uma postura mais tradicional do juiz exclusivamente normativista, aquele que somente segue o plano legal como única saída para todas as questões a ele postas, o seu sol. A leitura não deve limitar-se apenas à aplicação normativa, isolada, pura e simplesmente.⁹

O juiz moderno interpreta com um espectro de visão bem mais amplo, valorando o caso concreto diante de diversos outros conceitos e mecanismos interpretativos.

Voltando à questão da diversidade dos sistemas, resta necessário apontar alguns elementos basilares caracterizadores de sua distinção, reitero, sob o enfoque de uma concepção clássica, tradicional.

Podemos afirmar que o modelo *common law* marca-se pelo emprego de um método bem mais “intuitivo” de resolução dos conflitos, tendo como ponto de partida a casuística posta; portanto, o precedente revela-se apenas como ponto de partida do debate jurídico estabelecido, em proposito estático, ou seja, partindo dele se amadurecerá o julgado. Isto é, a matéria prima é o caso concreto, ele é o núcleo central a ser examinado.

Já no modelo *civil law*, empregamos um método bem mais “dedutivo”, ou seja, nosso ponto de partida será, necessariamente, uma regra “geral e abstrata”; logo, busca-se a adequação da situação fática posta a todo um regramento normativo já existente. Consequentemente, a solução no *civil law* tem como ponto de partida a norma e seu ajuste e a identificação do caso concreto. A leitura parte da norma, e em torno dela gravita toda atuação do aplicador.

Dentro de uma visão primitiva, sugere-se maior presença da oralidade no *common law*, ao passo que o *civil law* se ajusta mais à forma escrita.¹⁰

9 Neste sentido: TARUFFO, Michele, Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e *common law*, Revista de Processo-REPRO, vol 110, 2003, pag 141-158, abril 2003, Editora Revista dos Tribunais.

10 Mostraremos a frente que no modelo misto tais valores já não se isolam mais. Podemos exemplificar com a vinda e acolhimento da oralidade em diversas fases do procedimentos aplicados no Brasil.

De igual forma, no modelo *common law* temos uma postura marcadamente adversarial, assumindo o julgador um papel passivo¹¹, neutro, desinteressado, somente assistindo o debate estabelecido pelas partes, um autêntico mediador de um duelo. Aqui, os advogados colocam-se de forma acentuadamente ativa no desenvolvimento da relação processual estabelecida, inquirindo diretamente as testemunhas, por exemplo, ou com a presença do júri para resolução de causas cíveis.

Com o mencionado cenário, temos a segurança e a previsibilidade como normais decorrências do resultado, ou seja, do exame do caso concreto, marcando-se por típica força vinculante.

Por outro lado, tratando do modelo *civil law* percebemos um quadro acentuadamente inquisitivo, ou seja, com agudo destaque para a atuação de juiz mais gestor, mais gerencial, ativo, tomando para si a direção e os caminhos do processo. Aqui, temos uma postura de espectador dos advogados, mais inerte, assistindo ao juiz impulsionar repetidamente o feito para seu fim, tendo que provocar as partes reiteradamente. O juiz conduz, em sentido figurado, o barco ao seu destino.

Nesta via, a segurança e a previsibilidade decorrem da força da norma jurídica, da lei, com maior predominância da eficácia não vinculante ou persuasiva.

De forma bastante breve e com base em conceitos essencialmente clássicos, essa é a visão mais primitiva das diferenças sistêmicas estabelecidas.

3. DA SIMBIOSE DOS MODELOS EXISTENTES - TENDÊNCIA MUNDIAL

Vivemos em um mundo com progressivo estreitamento e aceleração dos meios de comunicação, comércio e informação; na ciência do Direito tal fator resta crucial para o tema que ora enfrentamos.

Inegavelmente, quer por opção normativa quer pelo intercâmbio científico, ocorreu profunda simbiose entre os modelos descritos, surgindo sensíveis críticas às definições tradicionais que marcam cada qual dos modelos.¹² Naturalmente, buscou-se o que havia de

¹¹ Mero espectador.

¹² TARUFFO, Michele. Icebergs do *common law* e *civil law*? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema

mais eficiente em cada um dos sistemas para o enfrentamento do volume de feitos e da dura realidade, perante a excessiva litigiosidade de cada país.

Poucas décadas atrás, o Colendo STJ então preconizava a imperiosa necessidade da adoção de institutos mais eficazes, decorrentes do modelo *common law*, conforme:

PROCESSO CIVIL. ACIDENTE AÉREO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA. ADMISSIBILIDADE. OMISSÕES. INEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. *CONTEMPT OF COURT*. RECURSO DESACOLHIDO.(...)

IV - A protelação do cumprimento de decisões manifestamente razoáveis e bem lançadas estão a justificar a introdução, em nosso ordenamento jurídico, de instrumentos mais eficazes, a exemplo do *contempt of court* da *Common Law*.

(REsp 235.978/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/11/2000, DJ 11/12/2000, p. 209 – grifou-se).

Nesse ponto, vale ressaltar o entendimento de DIDIER, em seu Curso de Direito Processual Civil, no sentido da especificidade da tradição jurídica brasileira¹³:

O sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estaduniense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do devido processo legal) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade difuso (inspirado no *judicial review* estaduniense) e concentrado (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um

da verificação da verdade. Revista de Processo – REPRO, vol 181-2010, pag. 167-172, março de 2010, Editora RT.

13 DIDIER JR., FREDIE, Curso de Direito Processual Civil, volume I, 17ª edição, pág. 58. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculantes, súmula impositiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc.(...)) de óbvia inspiração no *common law*. Embora tenhamos um direito privado estruturado de acordo com o modelo de direito romano, de cunho individualista, temos um microsistema de tutela de direitos coletivos dos mais avançados e complexos do mundo; como se sabe, a tutela coletiva de direitos é uma marca da tradição jurídica do *common law*.

Notadamente por influência direta do Direito norte-americano, tem crescido muito a combinação de técnicas dos dois sistemas, gerando um entrelaçamento entre as jurisdições, fomentando o surgimento de um modelo *misto de jurisdição*.

Um exemplo bastante significativo do que afirmamos pode ser observado na experiência japonesa, que tinha suas raízes alicerçadas pela influência do sistema *civil law*. Contudo, após o advento da II Guerra Mundial, passou a compartilhar conceitos e instrumentos fruto da influência do direito estadunidense.

Tal questão é bem destacada por UTZIG HASELOF, no trabalho *Jurisdições mistas: civil law & Common law*, conforme:

Além dessas duas hipóteses que já estão amplamente reconhecidas pela doutrina estrangeira como originadoras (potenciais) de uma jurisdição mista, e que possuem na sua mistura, basicamente, o *civil law* e o *common law*, existem muitas outras misturas envolvendo várias combinações. De modo amplo, todas as misturas, incluindo as jurisdições mistas, estão abrangidas pela expressão sistema jurídicos mistos (*mixed legal system*) ou sistema legal misto, que abarca, além do civil e *common law*, leis religiosas de tradição não ocidentais, como a lei muçulmana (*moslem law*), a hindu (*hindu law*), a judaica (*jewish law*) e outras de base religiosa, a lei socialista, bem como costumes típicos da cultura local, como leis tribais da África, Irã, Egito, Síria, Iraque e Indonésia. Ou seja, mais ingredientes, resultando numa mistura ainda mais complexa.¹⁴

14 UTZIG HASELOF, Fabíola. *Jurisdições Mistas: civil law & common Law*, Revista de Processo – REPRO, vol

Ou seja, com a mescla destas diversas influencias temos um novo resultado (jurisdição mista)¹⁵, genuíno fruto da miscigenação do *civil law* com o *common law*, aliás, nosso Novo CPC está repleto de incontáveis exemplos que manifestam tal situação¹⁶.

Possuímos um sistema bastante satisfatório, quer seja pela segurança da norma (fruto do *civil law* – igualdade formal), quer pela possibilidade de atenta análise do resultado (igualdade material – precedentes) com a racional adoção da vinculação obrigatória dos precedentes. De igual forma, diante deste benefício estrutural, nos sujeitamos a uma premissa de dupla fundamentação analítica¹⁷, especialmente em campos de maior amplitude interpretativa como as garantias fundamentais.

Portanto, vivemos o que a doutrina mais moderna chama de “*circulação de modelos*”, marcada pela constante necessidade de adaptação humana diante da crise e fragmentação de antigos conceitos malsucedidos, caminhando por buscar o que existe de mais proveitoso nas experiências externas¹⁸.

270/2017, pag. 385-406, agosto de 2017, Editora RT.

15 Como bem observa UTZIG HASELOF no trabalho acima mencionado citando J.P. Walton: “Walton publicou, em 1899, enquanto atuava como reitor da McGill Law School, em Montreal, Canadá, artigo no qual comparou as Leis de Quebec, Louisiana e Escócia, e concluiu que estas jurisdições ‘ocupavam uma posição entre *common law* e *civil law*’”.

16 Oralidade nas audiências; acolhimento dos precedentes; designação de audiências preliminares; mediação; inquirição feita diretamente pelos advogados (*cross-examination*); negócios processuais; possibilidade das partes pactuarem a escolha do perito; calendário processual entre outros.

17 Norma jurídica e precedentes.

18 Nesse ponto, o Ministro Luiz Fux, quando ainda compunha o STJ, manifestava-se a esse respeito: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 105, III, A E C, DA CF/1988. SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO, POR FORÇA DE SUBMISSÃO DA *QUAESTIO IURIS* CONTROVERTIDA AO RITO PREVISTO NO ART. 543-C, DO CPC - RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICO-SISTÊMICA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DOS PROCESSOS (ART. 5.º LXXVIII, DA CRFB/1988). 1. A submissão de matéria jurídica sob o rito prescrito no artigo 543-C do Código de Processo Civil, inserido pela Lei n.º 11.672, de 8 de maio de 2008, justifica a suspensão do julgamento de recursos de apelação interpostos nos Tribunais. 2. A suspensão dos julgamentos das apelações que versam sobre a mesma questão jurídica submetida ao regime dos recursos repetitivos atende a exegese teleológico-sistêmica prevista, uma vez que decidida a irrisignação paradigmática, a tese fixada retorna à Instância *a quo* para que os recursos sobrestados se adequem à tese firmada no STJ (art. 543-C, § 7.º, I e II, do CPC). 3. É que o novel instituto tem como ratio essendi evitar o confronto das decisões emanadas dos Tribunais da Federação com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mercê de a um só tempo privilegiar os princípios da isonomia e da segurança jurídica. 4. A ponderação de valores, técnica hoje prevalecte no pós-positivismo, impõe a duração razoável dos processos ao mesmo tempo em que consagra, sob essa ótica, a promessa calçada no princípio da isonomia, por isso que para causas com idênticas questões jurídicas, as soluções judiciais devem ser iguais. 5. *Ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*, na uniformização de jurisprudência, a cisão funcional impõe que a tese fixada no incidente seja de adoção obrigatória no julgado cindido, por isso que a tese repetitiva adotada pelo Tribunal competente para conferir a última exegese à legislação infraconstitucional também é, com maior razão, de adoção obrigatória pelos Tribunais locais. 6. A doutrina do tema assenta que: Outro é, pois, o fenômeno que se tem em vista quando se alude à conveniência de adotar medidas tendentes à uniformização dos pronunciamentos judiciais. Liga-se ele ao fato da existência, no aparelho estatal, de uma pluralidade de órgãos judicantes que podem ter (e com frequência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de enunciar teses jurídicas em idêntica matéria.

O mundo globalização e a profunda identidade de demandas em cada canto¹⁹ gerou a busca pelo compartilhamento normativo e de experiências, o que TARUFFO chama de “*interferências horizontais*”.²⁰

Portanto, quando falamos em jurisdição mista, devemos ter no nosso campo de visão um conceito mundial, como ocorrido nos seguintes casos: (1) no já mencionado Japão pós-guerra; (2) nos casos de Texas e Flórida, estados de forte tradição hispânica, quando da formação dos EUA; (3) reforma inglesa de 1999, especialmente por dar maior amplitude de atuação ao julgador e com o fim do júri para causas cíveis; (4) nos EUA, na década de setenta, com a figura do *managerial judge* (juiz gerencial) tendo o juiz papel mais ativo na condução dos processos.

Mais uma vez, TARUFFO defende que, diante deste quadro, não se pode sustentar o total e completo desaparecimento das diferenças dos dois modelos, o que seria ingênuo diante das diversas diferenças de conceitos que ainda persistem. Que o autor sugere é uma profunda modificação dos conceitos tradicionais que não mais persistem, especialmente pela influência de novos e diversos fatores socioeconômicos, citando o exemplo chinês:

Além disso, assumem grande relevância ordenamentos que no passado eram deixados à margem (de fora) do panorama que se tomava em conta, mas que agora não podem, e ainda menos no futuro próximo, ser negligenciados. Valha por todos o exemplo da China, que não só conquistou papel de primeiro plano do ponto de vista político e econômico, senão que está reformando, em vários passos, o sistema de administração da justiça, num

Nasce daí a possibilidade de que, num mesmo instante histórico - sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância -, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e a espécies semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas. Assim se compromete a unidade do direito - que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução homogênea da jurisprudência dos vários tribunais - e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o ceticismo quanto à efetividade da garantia jurisdicional. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: Arts. 476 a 565. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, págs. 4 e 5) 7. Deveras, a estratégia político-jurisdicional do precedente, mercê de timbrar a interpenetração dos sistemas do *civil law* e do *common law*, consubstancia técnica de aprimoramento da aplicação isonômica do Direito, por isso que para “casos iguais”, “soluções iguais”. 8. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp 1111743/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 25/02/2010, DJe 21/06/2010).

19 Ou seja: (1) O mesmo produto que se compra pela internet e que não é entregue pela empresa, (2) A ausência de atendimento de saúde nos hospitais, (3) a violência urbana são problemas exclusivamente nossos. A uniformidade cultural e comportamental nos empurra para repelir a ideia de isolamento normativo.

20 TARUFFO, Michelle. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e *common law*, in Revista de Processo, vol 110/2003, pag. 141-158, junho de 2003, Editora RT.

itinerário que parece dificilmente redutível às conhecidas taxonomias ocidentais, não obstante os traços fundamentais do sistema que permitam enquadrá-lo aproximativamente na área do *civil law*.²¹

4. PRECEDENTES E CONCLUSÃO

Quando pensamos em precedentes devemos ter no nosso campo de visão a existência de uma decisão previamente proferida como princípio argumentativo e jurídico que será a base para sustentar uma série de decisões futuras. Ou seja, temos uma decisão proferida que servirá como apoio técnico para diversos pronunciamentos jurisdicionais e administrativos subsequentes seguindo o mesmo plano decisório, logo, estabelecendo ordem na desordem.

Trata-se do fenômeno que o Professor de Oxford MAC CONECK chama de “*universalização*”.²²

Calçado na decisão precedente, estabelecemos um adequado fundamento determinante que se imporá com força vinculante a todos os demais julgados (reitero que os episódios devem ser particularmente idênticos, sob pena de termos o *distinguishing*). O liame que vincula juridicamente as questões é a adesão ao fundamento acolhido, submetido ao prévio e substancial contraditório; por óbvio, recorro que o dispositivo vincula apenas as partes daquele feito primeiro.

Os precedentes encontram sustentação nas garantias fundamentais da igualdade e segurança jurídica, essenciais à preservação do estado Democrático de Direito. Vale, contudo, recordar as diversas vantagens apontada por THEODORO JÚNIOR e DIRLE NUNES, como: (1) *garantia de duração devida dos processos*; (2) *abolição completa da imprevisibilidade ou loteria decisória*; (3) *zelo à estabilidade decisória, implementando maior segurança e tratamento isonômico*; (4) *preservação dos Tribunais Superiores, evitando que se transformem em cortes revisionais ordinárias*; (5) *estímulo à coerência sistêmica, integridade, estabilidade decisória e colegialidade*.²³

21 TARUFFO, Michelle. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e *common law*, in Revista de Processo, vol 110/2003, pag. 141-158, junho de 2003, Editora RT.

22 CALAMANDREI em 1920 já estabelecia a NOMOFILAQUIA, ou seja, a função de garantir a uniformidade de entendimento decisório com base em precedentes. Entendia que tratava-se de função basilar das cortes superiores garantir a aplicação uniforme e universal da lei.

23 THEODORO JÚNIOR, Humberto, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre *civil law* e o *common law* e os problemas da padronização decisória. Revista de Processo – REPRO, vol 189/2010, pag 09-52, Editora RT

Sabemos que os precedentes comportam dois campos primordiais de aplicação, quais sejam, vertical e horizontal.

No plano vertical, indica a imposição aos juízes de base de seguir a orientação estabelecida, aplicando-se do plano superior ao inferior. Obviamente comportando força vinculante (de observância necessariamente obrigatória) ou não vinculante (meramente persuasiva, afeta ao campo argumentativo).²⁴

Outrossim, no domínio horizontal, restringe-se sua aplicação ao mesmo plano jurisdicional; conseqüentemente, por tratarmos de integrantes da mesma corte, há fortíssima tendência à aplicação e obediência à decisão proferida, tendo por diretrizes a eficiência na prestação jurisdicional e a lealdade.

Uma corte que muda reiteradamente de posição perde a sua credibilidade e o respeito da sociedade, tendo em vista que estabelece tratamento diferenciado para situações iguais, expondo sua pouca coerência.

Mark Tushnet, Professor de Harvard, destaca alguns pontos de observância necessária no plano horizontal, os quais transcrevo resumidamente: *(1) exercício de humildade; (2) o fato de o primeiro feito ter sido julgado em processo sorteado aleatoriamente, preservando o juiz natural; (3) não há razões para crer que um segundo examinará melhor o primeiro, não há razão para crer que examino melhor do que o colega que me antecedeu; (4) no campo meritório, não pode o segundo julgador presumir que teria melhores aptidões para chegar a uma conclusão melhor que o primeiro; (5) poupar tempo, energia e recursos econômicos dos personagens do processo; e (6) afastamento do egocentrismo.*²⁵

Por absoluto, sabemos que as decisões estabelecidas nos precedentes não são eternas, ao contrário, funcionam como ponto de partida, podendo ocorrer sua superação em decorrência do amadurecimento e desenvolvimento sociointerpretativo. Por conseguinte, uma linha decisória estabelecida não pode servir de embaraço para que o direito evolua, evitando o seu engessamento.

Nada obstante, deverão restar, resguardada a fundamentação profunda e analítica, presentes fatores como: (1) a alteração normativa superveniente; (2) modificação política, social, eco-

²⁴ Por absoluta lógica não falamos de verticalização entre países diversos, contudo, especialmente no campo dos direitos e garantias fundamentais, dos direitos humanos, podem servir de fonte de orientação, verdadeiro norte interpretativo

²⁵ TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos, Revista de Processo – REPRO, pag. 99-109, abril de 2013, Editora RT

nômica ou cultural devidamente comprovada e exposta. Mudar por mudar é algo inconcebível e violador da lógica sistêmica constituída.

Compreendemos o drama vivido pelas Cortes Superiores no Brasil, que chegam a ter 300.000 feitos em curso, fator parcialmente vivido na Corte de Cassação italiana profere que cerca de 50.000 decisões ano. Para que possamos dimensionar o que tais números representam, a *House of Lords* que profere 100 decisões ano, e a Suprema Corte estadunidense 200 decisões. Fabricamos processos em larga e alarmante escala, típico fenômeno de um país com baixos índices de educação e escasso desenvolvimento político e de cidadania. As pessoas perderam a capacidade mínima de diálogo, recorrendo ao Judiciário como tábua de salvação para absolutamente tudo.

Entretanto, reitero, uma corte que muda frequentemente seus entendimentos fere, mortalmente, sua credibilidade, violando vetores essenciais como uniformidade, confiança e coerência.

TARUFFO, tratando especificamente deste ponto, novamente leciona:

O problema pode se referir a qualquer juiz, mas se coloca em particular nas cortes superiores, a respeito das quais se pergunta se elas são ou devam ser, de algum modo, vinculadas a seus próprios precedentes. Uma resposta positiva a esta questão parece justificada, essencialmente em razão da necessidade de que casos iguais venham a ser tratados do mesmo modo pelo mesmo juiz. Uma corte que, pela mesma questão, cambiasse cada dia uma opinião, teria bem escasso respeito e violaria qualquer princípio de igualdade dos cidadãos perante a lei.

Citando a própria Corte de Cassação italiana, o mencionado doutrinador, amparado nas lições de GINO GORLA, bem como de diversos outros grandes professores contemporâneos, destaca que o problema não decorre da simples mudança de entendimento, mas das variações FREQUENTES, ARBITRÁRIAS, CASUAIS, IMOTIVADAS e PRIVADAS DE JUSTIFICAÇÃO MÍNIMA E SÉRIA.²⁶

26 GORLA, Gino, *Precedente Giudiziale*. Enc. Giur. Treccani, vol XXIII, pag 4 a 9. Roma: Instituto dela Enciclopedia Italiana, 1990. In TARUFFO, Michelle, *Precedente e Jurisprudencia*, Revista de Processo – REPRO, vol 199/2011, pag.

Partindo-se do fato de que a estabilização é a regra, tendo por base o estabelecimento de entendimentos coerentes, estáveis e íntegros, e, recordando que a alteração desponta como fenômeno excepcional, torna-se impositivo a franca observância a vetores como fundamentação adequada e específica, resguardo a segurança jurídica e o princípio da proteção da confiança e isonomia como caminho inafastável.

A “flutuação jurisprudencial” somente produz insegurança e desgaste da própria corte, importando a descrença social com relação a sua capacidade de resolução de conflitos de forma serena e igualitária.

Estes pontos merecem nossa reflexão, estabelecendo um novo ponto de partida para todos os operadores do direito. ♦

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, in **Súmula, jurisprudência, precedentes: uma escalada e seus riscos**, Temas de Direito Processual, nona série, 2007, Editora Saraiva.

BERNARDO e DE PADUA, Clarissa Campos e Marcelo Santiago. **“O sistema de precedentes do novo CPC e sua repercussão no direito eleitoral”**. Coleção Repercussões do Novo CPC Direito Eleitoral, v. 12, pág. 84. Paulo Henrique dos Santos Lucon, Luiz Henrique Volpe Camargo (coordenadores) e Fredie Didier Jr. (coordenador geral). Salvador: 2016, Editora Juspodivm.

CÂMARA, Alexandre Freitas, **Súmula da jurisprudência dominante, superação e modulação de efeitos no novo código de processo civil**, Revista de Processo, vol 264/2017, pag. 281/320, fevereiro de 2017.

DIDIER JR., FREDIE, **Curso de Direito Processual Civil**, volume I, 17ª edição. Salvador: 2015, Editora Juspodivm.

GORLA, Gino, **Precedente Giudiziale**. Enc. Giur. Treccani, vol XXIII, pag 4 a 9. Roma: Instituto dela Enciclopedia Italiana, 1990. In TARUFFO, Michelle, **Precedente e Jurisprudencia**, Revista de Processo – REPRO, vol 199/2011, setembro de 2011, Editora RT.

PALMER, Vernon Valentine, in **Mixed Jurisdiction Wold Wide** – The Third Legal Family, 2ª edição, New York, Cambridge University Press, 2012.

TARUFFO, Michele, **Observações sobre os modelos processuais de civil law e common law**, Revista de Processo - REPRO, vol 110, 2003, abril 2003, Editora Revista dos Tribunais.

_____, **Icebergs do common law e civil law?** Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. Revista de Processo – REPRO, vol 181-2010, março de 2010, Editora RT.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre. **Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro** – análise da convergência entre civil law e o common law e os problemas da padronização decisória. Revista de Processo – REPRO, vol 189/2010, pag 09-52, Editora RT.

TUSHNET, Mark. **Os precedentes judiciais nos Estados Unidos**, Revista de Processo – REPRO, pag. 99-109, abril de 2013, Editora RT.

UTZIG HASELOF, Fabíola. **Jurisdições Mistas: civil law & common Law**, Revista de Processo – REPRO, vol 270/2017, pag. 385-406, agosto de 2017, Editora RT.

A Semântica como Mediadora entre o Fenômeno e o Magistrado

Alexandre Chini

Juiz de Direito¹

Marcelo Moraes Caetano

Mestre em Letras-Estudo da Língua (PUC-RIO)²

RESUMO: Este artigo parte da noção básica de que a Semântica é a ciência do sentido. Dessa forma, tudo o que disser respeito às maneiras pelas quais o ser humano se comunica, produzindo e recebendo sentido, deve ser contemplado por essa ciência. Compêndios cujo objetivo último seja a positivação desse modo de comunicar coisas, fenômenos, ideias e valores (enunciados), como os ordenamentos jurídicos e as gramáticas dos idiomas, detêm a dupla função articulatória de colher do meio de onde emanam, por meio de sínteses (enunciações), as concretudes com que criarão abstrações, as quais, em seguida, devem retornar àqueles meios de modo concreto, eficaz, eficiente, significativo. A fatura de tais compêndios passa, portanto, pelo que podemos chamar de técnica ou tecnologia semântica. Uma vez que a linguagem, atributo humano, produz comunicação por meio das palavras, é necessário que esse mesmo mecanismo produtor esteja sempre como foco das preocupações das análises semânticas, e que essas análises sirvam, como ficou registrado, de tecnologias para a criação de institutos reguladores. Sabemos que existem, aliados à palavra, outros signos (nem sempre linguísticos, mas

¹ Pós-Graduado em Direito, Professor de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Salgado de Oliveira; Membro efetivo da Academia Fluminense de Letras (cadeira 50).

² Professor Adjunto de Filologia Românica e Língua Portuguesa da UERJ; PHD em Letra (UERJ); Membro efetivo da Academia Brasileira de Filologia (cadeira 38) e do International PEN Club (Londres-Rio de Janeiro).

também semióticos) que também merecem, portanto, atenção. Além disso, os estudos que levam em consideração a linguagem como ato ou ação (a Pragmática e o valor que empresta à noção de “situação”) são de valor capital aos estudos da Semântica, uma vez que não se alcança a integridade do sentido sem que se encareçam essas contribuições. A natureza do discurso e do texto, formas muito próximas e nem sempre com distinção discreta, deve também ser pesquisada, pois que a ideia de “contexto” é fundamental para a busca de sentidos ou das enunciações a que aspiram os institutos aludidos: o ordenamento jurídico e a Gramática, parte deste ordenamento. Julgar/interpretar não se restringe, portanto, à mera constatação do que é já consensual numa célula social, mas deve expandir-se ao campo das possibilidades semânticas que o paradigma haurido dessa célula permite que subjaza.

PALAVRAS-CHAVE: Semântica. Interpretação. Julgamento. Fenômenos.

INTRODUÇÃO

Uma das características do ser humano é o fato de expressar grande parte dos seus pensamentos pela linguagem verbal. Desse modo, desde as mais antigas investigações de que temos notícia sobre a humanidade, encontram-se estudiosos cuja preocupação primordial se calcava justamente nessa característica humana, com todos os meandros que ela possa apresentar.

Atribuir um significado ao fenômeno em si, mas não de forma direta, e, sim, mediado pela linguagem acima mencionada: eis o objeto central da episteme filosófica nomeada de “Semântica”. Assim, desde muito cedo, os filósofos começaram a perceber que o juízo e o raciocínio do ser humano sobre determinado fenômeno se formavam de modo perpassado, em toda a sua consubstanciação, pela palavra (oral ou escrita). Decorreu daí o enorme interesse em se buscarem as semelhanças e distinções havidas entre, de um lado, os fatos e as coisas por si sós (os fenômenos) e, do outro, os modos como estes eram nomeados por um ser humano específico, por um domínio discursivo, por uma célula social, pela gramática normativa que a representa, por ordenamentos jurídicos de nações que, enfim, compunham o pensamento mediado dos povos que os emanaram.

Não se julgam fenômenos com fenômenos, pois essa é uma metodologia ineficaz para que se interprete a fundo a natureza complexa de que aquele fenômeno é meramente uma consequência. Se não levarmos em consideração o edifício semântico que se ergue ao redor do aludido fenômeno, seja ele qual for, ficar-se-á numa espécie de julgamento ou interpretação por mimese, um factóide que ruborizaria até um Kafka ou um Orwell.

Em suma, o estudo da natureza significativa das fenomenologias vicejadas, sempre, pelo viés da palavra e sua consequente gama de significações variáveis de povo para povo passou a ocupar parte central na ontologia em seus mais variados matizes. Não se pode conceber o ser humano sem a linguagem, e tal concepção não apenas é moldada (passivamente) por seres humanos, mas também molda (ativamente) sua cognição, seu raciocínio, seu juízo em relação às teias de fenômenos de que fazemos parte.

Emerge a Semântica, portanto, como centro epistemológico fundamental na filosofia do Direito, sendo este o amálgama (ativo e passivo) da formação de um povo cuja desenvoltura ocorre ao seu redor.

DESENVOLVIMENTO DO RACIOCÍNIO

Pois bem, o Direito, assim como a Gramática (que é um compêndio que naturalmente faz parte do ordenamento jurídico de uma nação, por representá-la como sua face linguística no concerto das nações), é um arcabouço de imensa complexidade, pois tanto um quanto a outra devem fazer constar, concretamente, de forma positiva e consuetudinária, as abstrações emanadas da realidade do domínio discursivo-jurídico que retratam, e que está em constante mudança e transformação. Uma Gramática ou um ordenamento jurídico que estejam alienados da realidade socioantropológica que os precede e amolda estão malfadados a transformar-se em “letras mortas”, isto é, num esvaziamento semântico que destoa do espaço e do tempo a que pertencem, tornando-os ineficazes e inócuos.

Bréal, professor de Saussure e de Meillet, foi o estudioso que cunhou o termo “Semântica”, em 1883, em artigo intitulado “Les lois intellectuelles du langage”, publicado em *L'Annuaire de l'Association pour l'encouragement des études grecques en France* (cf. ULMANN, 1964, p. 17). O pesquisador retirou a expressão, que, em 1825, Reisig nomeara como “Semasiologia”, do verbo grego, que também originou “Semiótica”. Dessa forma, todos eles são conceitos correlacionados:

O nível semiótico é isto: ser reconhecido como tendo ou não um sentido. Isto se define por sim, não. [...] A semântica é o “sentido” resultante do encadeamento, da apropriação pela circunstância e da adaptação dos diferentes signos entre eles. Isto é absolutamente imprevisível. É a abertura para o mundo. Enquanto que o semiótico é o sentido fechado sobre si mesmo e contido de algum modo em si mesmo. (BENVENISTE: 2006, p. 21)

Essa é, com efeito, a passagem prototípica do item que sai do léxico (conjunto de palavras) ou da pluralidade e diversidade dos níveis discursivos, que são genéricos, heterogêneos, imprevisíveis em sua ação, até mesmo irrepetíveis, o que Benveniste acaba de nomear como “nível semântico”, em direção à gramática ou ao ordenamento jurídico, que são específicos, homogêneos, previsíveis em suas faturas, até mesmo reproduzíveis, o que o mesmo pesquisador nomeou de “nível semiótico” de significado.

Os estudos a que se lançavam esses pesquisadores pioneiros eram análises da linguagem humana³ como mediadora entre a coisa *per se* e o juízo que se tece sobre a coisa, como vimos. Basicamente a linguagem já era então compreendida como a comunicação humana quando ocorrida por intermédio de palavras orais ou escritas.

Roman Jakobson aceita, até certo ponto, e com justificada euforia, o entusiasmo com que o pai da cibernética, Norbert Wiener,

[...] se recusa a admitir “qualquer oposição fundamental entre os problemas que nossos engenheiros encontram na medida da comunicação e os problemas dos filólogos”⁴. É fato que as coincidências e convergências são notáveis entre as etapas mais recentes da análise linguística e a abordagem da linguagem na teoria matemática da comunicação. Como cada uma dessas duas disciplinas se ocupa, embora por vias diferentes e assaz autônomas, do mesmo domínio da comunicação verbal, um estreito contato entre elas revelou-se útil a ambas e não há dúvida de que se tornará cada vez mais proveitoso. (JAKOBSON: 2010, p. 92)

3 Embora, também *latu sensu*, como veremos na distinção Wiener-Jakobson, possamos expandir o conceito de linguagem para além das fronteiras humanas.

4 Journal of the Acoustical Society of America, vol. 22 (1957), p. 697

E adiante, prossegue:

A descoberta progressiva, pela linguística, de um princípio dicotômico, que está na base de todo o sistema dos traços distintivos da linguagem, foi corroborada pelo fato de os engenheiros de comunicações empresariais empregarem signos binários [*binary digits*, ou *bits*, para usar a “palavra-valise” ou amálgama] como unidade de medida. Quando eles definem a informação seletiva de uma mensagem como o número mínimo de decisões binárias que permitam ao receptor reconstruir aquilo que precisa extrair da mensagem⁵, com base nos dados já à sua disposição, essa forma realista é perfeitamente aplicável ao papel exercido pelos traços distintivos na comunicação verbal. (Id. Ib., p. 93-4)

Parece natural salientar que a comunicação humana que mais frutos – bons ou maus – produz, como vemos, se dá com a palavra⁶. Por meio dela é que os maiores e mais prolongados benefícios e malefícios causados por pessoas umas às outras se consumam. Mesmo a violência física perpetrada entre duas ou mais pessoas, mesmo a violência do ser humano contra o meio ambiente, mesmo os gestos magnânimos e nobres que seres humanos edificam, mesmo a interação entre o homem e as novas tecnologias da informação, como a cibernética em geral, tudo isso é cingido e precedido pelo universo simbólico das palavras, e, por essa razão, ganha vulto – para o bem ou para o mal, repita-se – quando imposto pela espécie humana, como “locutora”, “interlocutora” ou ambas. Isso ocorre, antes de tudo, porque somos “animais simbólicos”, nas palavras de E. Cassirer. Nossa identidade simbólica, assim como nossa memória⁷, aliás, intrinsecamente coligadas, impõe-nos a necessidade de interagirmos ou comunicarmos com algo que vá além da mera transmissão de mensagem⁸.

5 W. Jackson (org.) *Communication Theory*. Nova Iorque, Academic Press, 1953, p. 2.

6 O que pretendemos enfatizar, nesta seção, não é a palavra como entidade mórfica ou sintática, mas o conceito que ela acarreta de ser intrínseca à natureza humana, tanto comunicativa, quanto cognitiva. Será em citação de Hjelmslev, parece-nos, que, aqui, essa dúlice imanência da palavra (inserida na linguagem) à natureza humana se explicitará com mais clareza.

7 Pode-se equiparar, sem muita margem de erro, o conjunto de memória simbólica àquilo que, em Antropologia, se chama “memória imaterial” ou até “patrimônio imaterial”. Assim, a língua, o folclore, códigos morais e éticos, ordenamentos jurídicos, gramáticas e outros componentes que são compartilhados por um grupo de pessoas as identificam como pertencentes, de alguma forma, àquele grupo.

8 Sobre as noções de memória e esquecimento, escrita e oralidade, e até mesmo a importância da simbologia para a coesão

A mensagem terá, além de sua instância racional ou meramente intelectual, uma instância afetiva e apelativa, o que perfaz a famosa tricotomia de Bühler da língua como representação, manifestação psíquica e apelo. A transmissão da mensagem precisa, portanto, vir revestida de um conjunto de perspectivas simbólicas que a palavra consegue encerrar em suas sutilezas cognitivas com muito maior desenvoltura que outros significantes. O estudo da perspectiva simbólica, portanto, enquadra-se também nos estudos da Semântica como ciência do sentido.

A simbolização, o fato de que justamente a língua é o domínio do sentido. E, no fundo, todo o mecanismo da cultura é um mecanismo de caráter simbólico. Damos um sentido a certos gestos, não damos nenhum sentido a outros, no interior da nossa cultura. [...] Ver-se-ia, então, que há como uma semântica que atravessa todos estes elementos de cultura e que os reorganiza – que os organiza em vários níveis. (BENVENISTE: 2006, p. 25)

A palavra não é um simples “envelope” contendo um significado em seu interior. Essa é uma das causas pelas quais há tantas palavras que se tornam tabus (como os “palavrões”, também conhecidos exatamente como tabuísmos) em certos contextos e situações. Ora, se nos restringíssemos a reconhecer palavras como aglomerados fonéticos-gráficos físicos (acústicos/gráficos) ou fisiológicos (perceptuais ou articulatórios/visuais ou táteis) de sons ou como sequências de letras ou de outras maneiras de escrita que devessem exclusivamente, e em qualquer contexto ou situação, emitir mensagens e mais nada, não haveria diferença alguma quando se utilizasse um “palavrão” ou uma palavra qualquer indiscriminadamente para referir-se, por exemplo, a uma pessoa, coisa ou fato, um fenômeno, em resumo.

Também não haveria diferença em se usar, para darmos um exemplo, a palavra “coração” para nos referirmos a alguém de quem gostamos, em vez de fazermos menção ao órgão do corpo que bombeia sangue etc. Isso mostra que a própria denotação/conotação (a

ou dissolução social ao longo do tempo cronológico, em termos abstratos (teóricos) e concretos (práticos) remetemos o leitor a três obras: 1) PLATÃO, Fedro. 2) ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas*: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. 3) DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. Trad. Miriam Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2006.

que o dinamarquês Hjelmslev conferiu tanta justificável importância) ou a relação de palavras por similaridade/contiguidade, paradigma/sintagma (metáfora/metonímia) (como as estudadas por Freud e Lacan), entre outras relações que pode a palavra alcançar, dependem do contexto comunicativo, e constroem-se com o intercâmbio de mundos simbólicos e memorialistas que aqueles que interagem devem compartilhar de algum modo, o que engendra as competências textual-discursiva e léxico-gramatical, que englobam a competência pragmática, entre outras.

O nosso juízo cria, assim, um universo ou paradigma de significações que atribui valores melhorativos ou pejorativos em decorrência de um sem-número de elementos intelectuais e também afetivos, sendo a nossa cognição construída no âmago de uma rede indissociável de comunicações e sentenças discursivas concretas que, por sua vez, encontram-se espelhadas em compêndios de sentenças abstratas que as refletem, como um ordenamento jurídico específico (em dado espaço e tempo) e uma gramática também específica.

A pluralidade de interesses, que muitas vezes esbarra em divergências, como as controvérsias, as tensões, as incertezas (difusas) e os conflitos, os riscos (concretos), necessita de um elemento que a sintetize de forma abstrata, mas que se volte à concretude de onde partiu a fim de encontrar eficácia em sua gerência. Eis a dupla função articulatória de códigos reguladores, como ordenamentos jurídicos/gramáticas normativas.

Esse duplo movimento de compêndios reguladores, como o Direito e a Gramática, aqui pesquisados, torna-se ainda mais complexo em função justamente do caráter suplementar simbólico de que a comunicação humana se reveste.

Sobre o caráter simbólico da palavra, ainda, Pierre Guiraud, em sua obra *Semântica*, assim se manifesta, remetendo ao conceito mesmo de “interação” que acima discutimos, expandindo-o à concepção de natureza em si:

II – Signos e símbolos

Todo signo é um estímulo associado.

Mas há dois grandes tipos de associações significativas: os signos naturais e os signos artificiais.

Os primeiros são baseados em relações existentes na natureza entre os fenômenos, como, por exemplo, a associação “nuvem-chuva”; todos os nossos conhecimentos, nossas técnicas, nossas ciências, constituem uma tomada de consciência mais ou menos sutil e mais ou menos exata dessas relações naturais, que tomam valor de signo na medida em que as associamos em nosso espírito.

Os signos artificiais são fabricações⁹ humanas (ou animais) e se subdividem por sua vez em dois grupos: alguns nos servem para representar o real – um desenho, um plano, uma gravação fonográfica, por exemplo; outros nos servem para nos comunicarmos com outrem – a linguagem articulada, um gesto de polidez, um sinal; o limite entre essas duas funções não é estanque, porque utilizamos muitas vezes signos de representação para comunicarmos – uma fotografia, por exemplo. Mas é por sua natureza que esses dois grupos se diferenciam, os primeiros são reproduções dos caracteres naturais da realidade – imagens, ou ícones, os segundos são signos convencionais – símbolos. (GUIRAUD: 1972, p. 17-18)

O estudo das significações das palavras – abarcando essa sua natureza simbólica, memorialista e inevitavelmente viva pela prática dos usos interativos – é satisfatoriamente empreendido pela Semântica, que se vale de outras disciplinas para angariar pujança às suas conclusões.

Não é à toa que Claudio Cezar Henriques tenha dedicado um volume de sua coleção sobre Língua Portuguesa e Linguagem (Coleção Português na Prática) não exclusivamente ao léxico, nem exclusivamente à semântica, mas a ambos conjugados: sua obra se intitula *Léxico e Semântica. Estudos produtivos sobre palavra e significação* (HENRIQUES, 2011). A obra parte de capítulo dedicado à “Língua, Lógica e Linguagem” (capítulo 1), esquadrinha rigorosamente as diversas possibilidades de relações semânticas entre as palavras e culmina em capítulo endereçado à “Semântica do texto e do contexto” (capítulo 6). Isto

⁹ Observe-se como é interessante o fato de que grandes pesquisadores oscilam entre 1) nomear as palavras, os signos e a própria linguagem como “fabricações” e, em outros momentos, 2) expressar pudor em vê-las como “instrumentos”. Na verdade, cremos que esses pesquisadores não apontam para ideias contraditórias, mas apenas emprestam aos conceitos que usam acepções mais estritas ou mais genéricas, o que permite que, muitas vezes, não se esteja discutindo ou contrastando um conceito, mas, no fundo, como dissemos, acepções emprestadas a ele.

é, referenda a trajetória que vimos empreendendo neste artigo, uma vez que se ampara em ideias como língua, linguagem, lógica, palavras, significados, sentidos, texto, contexto, concretudes, abstrações.

Observando a palavra pelo viés antropológico, sob a noção de ideologia, Leandro Konder, em sua obra *A questão da ideologia*, no capítulo 15, “Ideologia e linguagem”, evoca o caráter simbólico e revestido de memória que, nessa obra, é evidenciado pela questão ideológica, de poder, de hierarquia. Assim, o autor inicia seu capítulo reconhecendo que “Um dos campos de observação mais ricos para o observador dos fenômenos ideológicos é, com certeza, o da linguagem” (KONDER, 2004, p. 151).

Em seguida, observando acuradamente a etimologia de certas palavras, percebe que se trata de elementos cuja raiz aponta para as relações de poder e hierarquias socioculturais e socioeconômicas. Ainda que muitas dessas raízes não sejam mais sincronicamente transparentes, a opacidade contemporânea não deixa, contudo, de evidenciar o aspecto simbólico e memorialista que as palavras carregam. Embora quase unilateralmente marxista, dadas algumas mitigações necessárias, portanto, ao investigador que, não raro, apaixonasse quase cegamente por seu objeto (ou método) de estudo, o texto de Konder pode esclarecer essa duplicidade simbólico-memorialista inerente à palavra, quando a articula à perspectiva da ideologia ali imbricada:

O povo sempre foi olhado com desprezo e com receio pelos de cima. As palavras que a elite usava para designá-lo deixam transparecer a avaliação negativa: em latim, povo era *vulgus*, termo do qual deriva o adjetivo vulgar. Juntos, os homens do povo constituíam uma turba e a partir dessa palavra se formou o verbo *perturbare* e o substantivo turbulência. O próprio número dos elementos populares os tornava assustadores: o termo *multi* (muitos), que deu multidão, deu também tumulto. Quando se deixavam ensinar (*docere*) e aprendiam as normas de conduta que lhes eram recomendadas pelos detentores do poder, os homens do povo eram elogiados, eram considerados dóceis. [...]

Se, por acaso, pediam algo (pedir em latim era *rogare*), os pobres eram tolerados, desde que se expressassem com humildade. Se, porém, ousavam reivindicar algo (em latim, reivindicar era *arrogare*), passavam a ser vistos como arrogantes. (KONDER: 2004, p. 154-155)

Em seguida, no mesmo capítulo, Konder analisa as visões de Walter Benjamin, Jürgen Habermas e Mikhail Bakhtin sobre a linguagem, seu dinamismo, seu caráter ideológico explicitado pelas ações concretas que a consubstanciam. Seleccionamos alguns trechos em que Konder se detém sobre a visão de Bakhtin, por ser a que mais de perto alia ideologia, dinamicidade discursiva, instâncias de poder, simbologia e memória:

Para o crítico russo [Mikhail Bakhtin], a linguagem estava sempre sendo criada, tinha uma existência dinâmica, transformava-se continuamente, e o povo – a multidão dos falantes – desempenhava um papel absolutamente essencial nesse processo de criação permanente.

[...] Bakhtin resgatou elementos plebeus que costumavam ser sistematicamente desqualificados pelos analistas que estudavam a cultura popular. E os resgatou também no âmbito da linguagem. Os palavrões, por exemplo, são reconhecidos e apreciados por ele como contribuições “à criação de uma atmosfera de liberdade”. Enquanto intelectuais tão importantes como Voltaire, La Bruyère e George Sand manifestavam repulsa ante o que lhes parecia grosseiro e vulgar na obra de Rabelais, Bakhtin sublinhou nos escritos do autor de Gargantua e Pantagrue o vigor da saudável transgressão, a quebra positiva de tabus linguísticos e o fecundo aproveitamento da riqueza e da heterogeneidade do vocabulário da “praça pública”. Em sua reavaliação das extraordinárias potencialidades da cultura popular, Bakhtin promoveu, igualmente, significativa revalorização do riso, da comicidade. [...] (KONDER: 2004, p. 158-159)

São exemplos simples, mas que mostram que a palavra, além de seu estrato material (o significante, fônico/oral ou escrito), é dota-

da de caráter simbólico, que perpassa a memória de um grupo (memória coletiva) e se consubstancia no uso que um indivíduo faz dela (memória individual) para comunicar-se com o grupo de indivíduos de que faz parte, por meio (privilegiado) da língua.

Por sua competência linguística, então, o indivíduo pode recorrer à memória coletiva em que está inserido para buscar formas de expressão que comuniquem seu efeito de sentido pretendido; por seu desempenho ou habilidade linguísticos, o indivíduo consegue (com maior ou menor sucesso) concretizar essas formas de expressão.

Essas são razões para crermos, aliás, que mesmo um texto que se proponha não ter um interlocutor externo, como um “diário” de anotações pessoais, por exemplo, também possa ser considerado elemento de comunicação. Nesse caso, a coincidência do interlocutor com o locutor (isto é, o fato de ser a mesma pessoa) não impede que a mensagem ecoe precedida por um aparato de memória coletiva de que o locutor-interlocutor se valeu, e que essa mensagem venha revestida, assim, de todo o seu caráter simbólico adquirido em função do convívio daquela pessoa com a coletividade em que está inserida. Por essa razão, observa-se com justificado ceticismo quem queira ver na palavra e na linguagem um mero “instrumento”, como discutimos acima, isso porque

[As palavras] Não são meros instrumentos, mas partes essenciais dos acontecimentos que dinamizam as relações sociais e fazem a história das sociedades, a própria face do relacionamento humano. [...]

Eu diria, até mesmo, que a linguagem é muito mais que um instrumento: ela é o próprio espaço simbólico que torna possíveis essas representações e, em larga medida, é por meio dela que modelamos mentalmente o que chamamos de contexto em que integramos. (AZEREDO: 2008, p. 18)

Hjelmslev abre seus *Prolegômenos a uma teoria da linguagem*, verdadeiro arquiteto, refletindo sobre a natureza imantada ou imanente da palavra em relação ao ser humano. Traduzimos, abaixo, as partes de seu capítulo 1 (“Recherche linguistique et theorie du langage” [“Pesquisa linguística e teoria da linguagem”]) que encarecem so-

bre maneira a questão. Note-se, entretanto, que o autor dinamarquês classifica a linguagem, sem prejuízo de suas reflexões acerca da iminência desta à natureza humana, como “instrumento”.

É de observar, também, que Hjelmslev, assim como Saussure, observa a linguagem (manifestada por meio de uma língua) tanto em seu aspecto de troca social, funcionalista (“o homem influencia e é influenciado”) quanto em seu aspecto de cognição em seu sentido mais restrito e puro, formalista (“seu refúgio em horas solitárias”), isto é, a importância dialógica, mas também monológica¹⁰ da linguagem:

A linguagem é inseparável do homem e o segue em todas as suas ações. A linguagem é o instrumento graças ao qual o homem forma seu pensamento, seus sentimentos, suas emoções, seus esforços, sua vontade e seus atos, o instrumento graças ao qual ele influencia e é influenciado, o último e mais profundo fundamento da sociedade humana. Mas também é o último, o indispensável recurso do homem, seu refúgio nas horas solitárias, onde o espírito luta com a existência, e onde o conflito é resolvido no monólogo do poeta e na meditação do pensador. Antes mesmo do primeiro despertar de nossa consciência, as palavras ecoaram em torno de nós, prontas para proteger as primeiras sementes frágeis de nosso pensamento, para nos acompanhar ao longo de nossas vidas, desde as mais humildes ocupações da vida cotidiana até nossos momentos mais sublimes e íntimos, aos quais a vida de todos os dias, por meio das lembranças corporificadas na linguagem, empresta força e calor. A linguagem não é um mero companheiro, mas um fio profundamente entrelaçado no tecido do pensamento; ela é, para o indivíduo, o tesouro da memória e a consciência vigilante transmitida de pai para filho. Para o bem ou para o mal, o discurso é a marca da personalidade, da pátria e da nação, o título de nobreza da humanidade. (HJELMSLEV: 1966, p. 10-11, traduzimos e sublinhamos)¹¹

10 Embora autores como Bakhtin ou Kristeva afirmem que mesmo na atitude monológica há o dialogismo, pois há o confronto (e, portanto, diálogo) entre o suposto discurso monológico e as forças sociais em que este discurso está inserido, como vimos.

11 [...] Le langage est inséparable de l'homme et le suis dans tous ses agissements. Le langage est l'instrument grâce

Então, o significado é algo que sempre será compartilhado (ainda que locutor e interlocutor coincidam numa só pessoa), privilegiadamente pela palavra, e alcançará sentido de acordo com o modo como o conjunto de significantes (materiais) foi emitido. Está inserido dentro deste compartilhamento material, em que a palavra é privilegiada na (e exclusiva da) espécie humana, o verdadeiro sentido captado, nunca é demais ressaltar, a partir da interação entre as pessoas, cuja interpretação, portanto, constrói-se por significados claros, mas também por significados ocultos. Só se obtém sentido quando se compartilham significados.

Teoricamente, há textos ou até gêneros textuais com menor necessidade de decodificação simbólica, com menos (ou nenhuma) carga afetiva e apelativa. São gêneros como contratos de adesão, formulários, bulas de remédio, textos burocráticos ou tecnocráticos, fórmulas de abertura e fechamento formais ou comandos hierárquicos e assim por diante. Bakhtin dividiu-os primordialmente, exatamente em função dessa dicotomia mais clara entre rigidez e flexibilidade interativa, entre gêneros primários e secundários. Dedicamos parte substancial de nossa pesquisa a esses níveis graduais de gramaticalização ou de rigidez versus flexibilidade textual e discursiva, exatamente como parte do objetivo do que empreendemos.

O texto literário, sobretudo na sua forma de poesia ou de prosa poética, estaria no extremo oposto desses gêneros mencionados. Nele, a necessidade de um contrato de comunicação que preveja a importância do compartilhamento de memórias e símbolos para a construção do sentido, ou, em outros termos, que preveja o acesso mais amplo à competência linguística dos interlocutores, a fim de expandi-las para que a mensagem seja interpretada, é mais explícita, mais evidente. Isso se dá porque o texto literário não lida exclusivamente com o que a língua já consubstanciou ou consagrou na memória coletiva, na

auquel l'homme façonne sa pensée, ses sentiments, ses émotions, ses efforts, sa volonté et ses actes, l'instrument grâce auquel il influence et est influencé, l'ultime et le plus profond fondement de la société humaine. Mais, il est aussi le dernier, l'indispensable recours de l'homme, son refuge aux heures solitaires où l'esprit lutte avec l'existence, et où le conflit se résout dans le monologue du poète et la méditation du penseur. Avant même le premier éveil de notre conscience, les mots ont résonné autour de nous, prêts à envelopper les premiers germes fragiles de notre pensée, et à nous suivre sans lâcher prise notre vie durant, depuis les plus humbles occupations de la vie quotidienne jusque dans nos instants les plus sublimes et les plus intimes auxquels la vie de tous les jours, grâce aux souvenirs incarnés par le langage, emprunte force et chaleur. Le langage n'est pas un simple compagnon mais un fil profondément tissé dans la trame de la pensée; il est, pour l'individu, trésor de la mémoire et conscience vigilante transmis de père en fils. En bien comme en mal, la parole est la marque de la personnalité, du pays natal, et de la nation, le titre de noblesse de l'humanité. (HJELMSLEV, 1966, p. 10-11, sublinhamos).

gramática *lato sensu* (conjunto de regras subjacentemente fonológicas, mas prioritariamente morfossintáticas compartilhadas por um grupo; o que Chomsky chamaria de “estrutura superficial”).

O texto literário vai àquele conjunto de regras estabelecido pela gramática e o reconstrói por meio das possibilidades, latências, virtualidades, e não necessariamente das formas já existentes ou expressas, de tal maneira que sua decodificação exige, frequentemente, que o interlocutor trilhe passos e pistas deixados (muitas vezes ocultos ou opacos) pelo locutor, a fim de construírem, juntos, um sentido possível, com graus de verossimilhança interna ou até mesmo externa (o que Chomsky chamaria de “estrutura profunda”)¹².

Os conteúdos compartilhados alcançam, assim, valores interlocutivos, que são precedidos pelo grau de sucesso com que aquele contrato de comunicação se consubstanciou. Assim, vemos que aquilo a que chamamos de tecnologia semântica, fundamental ao julgamento e à interpretação mediada dos fenômenos, deve abarcar também os textos literários e poéticos, repletos não apenas de palavras (e significações) dadas, consensuais, mas também possíveis, latentes, porvindouras.

Para dar um exemplo, se começamos a ler um texto que sabemos ser um conto de fadas, ou um poema surrealista, precisamos nos desligar de certos aparatos racionais a fim de o interpretarmos. Sabemos, graças ao contrato de comunicação emitido de antemão, que, se nos mantivermos numa trilha exclusivamente racional ou remissiva ao mundo concreto da lógica cartesiana, a leitura do texto será prejudicada ou mesmo fracassada. Podemos – e devemos – apelar, nesse caso, à fantasia. Esse mesmo apelo não se mostrará eficaz se quisermos, em vez disso, decodificar um memorando, uma bula de remédio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As palavras são o meio mais privilegiado da comunicação humana. Isso ocorre porque elas partem do discurso vivo, e compõem, com essa liberdade, o que se chama “léxico” de uma língua. Levando-a em consideração, a fenomenologia social (dialógica) e individual (monológica) é interpretada e deve, portanto, ser julgada.

¹² As verossimilhanças dizem respeito basicamente à coerência que um texto alcança. Ela é externa quando encontra abrigo no mundo real; e interna, quando sua existência se pauta nas inter-relações semânticas ocorridas dentro do texto, muitas vezes com grau amplo de desligamento do mundo real.

Essa característica (pertencer a um discurso vivo e dinâmico) torna as palavras dotadas de significação, que só pode ser compreendida quando se levam em conta os aspectos simbólico e memorialista que elas possuem. Uma vez consagradas no uso dos utentes de uma célula social, as palavras começam a formar regras (fonológicas, morfológicas, sintáticas) numa língua, o que compõe sua gramática (ou suas gramáticas) e seus organismos reguladores, como um ordenamento jurídico, que não se restringem a uma gramática normativa ou a códigos estáticos quaisquer, mas expandem-se, por uma técnica de síntese, basicamente, a todos os usos que permitem que aquela linguagem e seus valores emanados possuam regras compartilhadas e respeitadas pelos interagentes.

Aquele que julga ou interpreta, assim sendo, não deve ater-se meramente ao que já é, mas também ao que pode ser, ao que respeita os valores semânticos plenos de uma comunidade. Em outros termos, o juízo acerca dos fenômenos ocorre sob um sofisticado e sutil exercício de intelectualidade que interpreta a mediação já consagrada dos fatos, mas também as mediações possíveis (ou até prováveis) que ainda não se positivaram de modo cabal, mas que nem por isso inexistem como realidades concretas.❖

REFERÊNCIAS

AZEREDO, José Carlos de. **Ensino de português: fundamentos e objetos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2008.

BENVENISTE, Émile. **Problemas de linguística geral**. Volume I. São Paulo: Companhia Editora Nacional, Editora da USP, 1976.

_____. **Problemas de linguística geral**. Volume II. São Paulo: Pontes, 2006. BRÉAL, Michel. **Essai de sémantique**. Science des significations. Paris, 1897 [1987].

_____. **Ensaio de Semântica**. Ciência das significações. São Paulo: EDUC/ PONTES, 1992.

GUIRAUD, Pierre. **Semântica**. Tradução e adaptação de Maria Elisa Mascarenhas. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1972.

HENRIQUES, Claudio Cezar. **Léxico e semântica**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2011.

HJELMSLEV, L. **Prolegomena to a theory of language**. Madison: The University of Wisconsin Press, [1943], 1963 JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. Trad. De Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. 22. ed. São Paulo, Cultrix, 2010.

KONDER, Leandro. **A questão da ideologia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ULMANN, Stephen. **Semântica**. Uma introdução à ciência do significado. Tradução de J. A. Osório Mateus. 3. edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

O Inquérito Policial como Instrumento de Garantia – Uma Análise Prática a Partir de sua Função Controladora de Prisões Ilegais.

Raphael Jorge de Castilho Barilli

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Delegado de Polícia no Estado do Rio de Janeiro.

RESUMO: O presente artigo visa a debater a função do inquérito policial como instrumento de garantias do indivíduo frente ao Estado, visto que, originariamente pensado sob a ótica inquisitorial, o inquérito representa um procedimento orientado à apuração imparcial de delitos, comprometido, em última análise, com a aplicação da pena. Diante disso, questiona-se: em que circunstâncias o inquérito poderia ser pensado como instrumento de garantias? Quais seriam as adaptações necessárias para viabilizar e potencializar tal função? Essas e outras questões serão enfrentadas no presente, utilizando-se como metodologia a análise de um caso concreto muito comum na prática, que refere-se a prisões em flagrante ilegais, sem o devido preenchimento dos requisitos necessários. A conclusão vai no sentido de que o inquérito policial pode e deve ser pensado como instrumento de garantias; todavia, é necessária uma série de considerações de cunho procedimental e institucional para que realmente possa ser encarado da forma pretendida.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal; Investigação Preliminar; Inquérito Policial; Direitos e Garantias Fundamentais; Prisão.

The Police Inquiry as an instrument of guarantee - A practical analysis based on controlling function of illegal prisons.

SUBSTRACT: This paper discuss the role of the police investigation as an instrument of guarantees against the State, since, originally thought from the inquisitorial point of view, the investigation represents a procedure oriented to the impartial investigation of crimes, ultimately compromised with the penalty application. In this view, it is questioned: Under what circumstances could it be thought as an instrument of guarantees? What would be the necessary adaptations to enable and enhance this function? These and other issues will be addressed here, using as methodology the analysis of a very common concrete case in practice that refers to illegal flagrant arrests, without due fulfillment of the necessary requirements. The conclusion is that the police inquiry can and should be thought of as an instrument of guarantees, however, a series of procedural and institutional considerations are necessary in order for it to really be seen as intended.

KEYWORDS: Criminal Law; Preliminary Investigation; Police Inquiry; Fundamental Rights and Guarantees; Prison.

1. INTRODUÇÃO

Tornou-se argumento relativamente comum a afirmação de que o inquérito policial, procedimento utilizado pela Polícia Judiciária para apuração de delitos, funcionaria em última análise como instrumento para afirmação de garantias do indivíduo. Neste sentido, começou a proliferar passagens doutrinárias e jurisprudenciais¹ afirmando a posição do Delegado de Polícia como o “primeiro garantidor dos direitos fundamentais”.

Todavia, é consabido o fato de que o sistema de corte inquisitivo, sendo este o adotado pelo ordenamento em relação à investigação criminal em nosso país², entende o processo como uma

1 “O Delegado de Polícia é o primeiro garantidor da legalidade e da justiça”. Frase proferida no voto do Min. Celso de Mello no HC 84548/SP.

2 Neste sentido, Salah Khaled Jr: “O sistema processual penal brasileiro tem uma, fase preliminar – o inquérito policial –

investigação oficial, sendo o acusado, de fato, o objeto de uma apuração supostamente imparcial³ que tende a averiguar a ocorrência ou não de um delito. É como ensina Máximo Langer, ao afirmar que “no modelo de investigação oficial, que corresponde ao sistema inquisitorial, o processo criminal é conceituado como uma inquirição feita por um ou mais oficiais do Estado buscando determinar se o crime foi cometido e se o acusado o cometeu.”⁴

Nas realidades processuais que seguem, em maior ou menor medida, nesse sistema,⁵ a função das partes do conflito (autor e vítima) apresenta-se consideravelmente diminuída, sendo que sequer podem ser considerados efetivamente como partes.⁶ Ao contrário, a apuração recai sobre estes, que na verdade funcionam como verdadeiros objetos do processo, de modo que qualquer atuação por parte destes costuma ser considerada como uma distração desnecessária.

Neste sentido, uma vez que o inquérito policial traduz-se numa investigação de cunho inquisitivo que visa a apurar de forma oficial a ocorrência de delitos, como ele poderia representar um instrumento de garantias? Uma vez projetado originariamente para a apuração de delitos de forma imparcial, em que circunstâncias é possível afirmar a função de garantias do inquérito policial?

A referida forma de pensar este instituto em particular nasceu por conta da prática que se tornou corriqueira, envolvendo a apresentação, por agentes de segurança, de situações flagranciais reuniam os elementos necessários para uma autuação em flagrante ou

de caráter inquisitório e uma fase processual acusatória, ou pelo menos, proposta como acusatória (...)” (KHALED JR., Salah H. O sistema processual penal brasileiro. Acusatório, misto ou inquisitório?, p. 294).

3 A imparcialidade na apuração representa uma falácia, posto que em qualquer investigação empírica, o responsável o faz de maneira necessariamente seletiva, partindo de determinados pressupostos, interesses e pontos de vista do próprio investigador. É assim em qualquer área do conhecimento que lide com fatos, bastando imaginar um historiador que analisa determinados acontecimentos segundo os seus interesses historiográficos e, por mais que utilize um determinado critério objetivo de seleção, certamente acabará por privilegiar determinadas fontes históricas em detrimento de outras, chegando até mesmo a ignorar algumas. (HABERMAS, Junger. Conhecimento e interesse, p. 216.).

4 LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure, p. 23. Tradução livre.

5 Máximo Langer afirma que as clássicas expressões “acusatório” e “inquisitivo” como modelos teóricos revelam, de fato, tipos ideais, de modo que inexistem sistemas concretos que correspondam de forma completa às características e expectativas propostas. Vejamos o autor: “Não ha nenhum processo penal atual que contenha todas as características de um desses tipos ideais. Todavia, assim como os edifícios podem se aproximar em maior ou menor medida a um determinado estilo arquitetônico, os processos penais podem se aproximar em maior ou menor medida a um determinado tipo ideal descritivo sobre o processo penal.” (LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatorio- inquisitivo, p. 17). Tradução livre.

6 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal, p. 23.

mesmo apresentavam-se indevidas ou arbitrárias. Em casos tais, os Delegados de Polícia encarregados da lavratura dos autos de prisão em flagrante, para justificar a sua decisão no sentido de não impor a medida prisional, o que é absolutamente óbvio em razão da falta de elementos, passaram a ressaltar a função garantidora do inquérito policial, que, neste caso, serviria para evitar uma prisão ilegal.

O presente artigo visa a debater brevemente a chamada função garantidora do inquérito policial, em especial a partir de uma situação prática muito comum, que envolve a detenção de indivíduos em flagrante pela suposta prática de crime de associação ao tráfico de drogas em comunidades conflagradas. A conclusão vai no sentido de que, de fato, o inquérito policial está apto a funcionar como instrumento de garantias, desde que proporcione um espaço digno de atuação da defesa, além de realmente representar um controle efetivo contra arbitrariedades, de modo que, para isto, algumas ressalvas são importantes.

2. A FUNÇÃO GARANTIDORA DO INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial pensado sob a perspectiva inquisitiva representa uma investigação oficial de delitos, levada a cabo pelo Estado em face do indivíduo, que é considerado simplesmente como um objeto. Neste sentido, trata-se da principal e mais difundida forma de investigação criminal, em que o papel do seu titular, no nosso ordenamento a Polícia Judiciária (sob a presidência do Delegado de Polícia), seria o de funcionar como um agente imparcial que apura a materialidade e a autoria de delitos, dando condição ao titular da ação penal de promover a persecução penal em juízo.⁷

Neste sentido, define Gustavo Henrique Badaró:

"O inquérito Policial é um procedimento administrativo realizado pela Polícia Judiciária, consistente em atos de investigação visando a apurar a ocorrência de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titu-

7 Fauzi Hassan Choukr reconhece que o Inquérito Policial é a modalidade de investigação criminal mais difundida na prática, de modo que a torna fonte de referência para as demais. Além disso, conceitua no seguinte sentido: "É a espécie da investigação criminal presidida por Delegado de Polícia de carreira que, sob o controle externo do Ministério Público, coleta os elementos de informação e provas destinadas à análise do titular da ação penal que decidirá sobre promover ou não a ação penal." (CHOUKR, Fauzi. H. Iniciação ao processo penal, p. 266).

lar da ação penal possa exercê-la, bem como requerer medidas cautelares.^{8"}

Como vimos acima, é difícil enxergar a função garantidora do Inquérito Policial se pensado exclusivamente sob esta perspectiva punitivista, já que o objetivo final, neste caso, é possibilitar em última análise a aplicação de pena. Qualquer pessoa que se pense relacionada a um inquérito na qualidade de investigado dificilmente se sentiria potencializado em suas garantias, muito pelo contrário, a fragilidade é algo comum de se ver nos investigados, que possuem o seu *status dignitatis* ao menos abalado ao se verem alcançados por alguma medida de natureza investigativa.⁹

Todavia, o inquérito não pode ser pensado exclusivamente sob a perspectiva da pena, assim como todo o processo penal também não o deve ser, visto que representa somente uma das soluções possíveis. Pensá-lo desta maneira seria reduzir e muito a sua potencialidade, além de associá-lo a uma visão completamente autoritária e ultrapassada. Como é sabido, o sistema inquisitivo flerta com o autoritarismo, já que acaba por investir o Estado de uma posição agigantada em relação ao indivíduo, que é absolutamente subjugado à sua força.¹⁰ No inquérito, pensado exclusivamente sob a perspectiva punitivista, é exatamente isso que vemos: órgãos estatais encarregados da investigação com o status de “donos da verdade”, numa posição superior, enquanto que o indivíduo é tão somente um objeto de apuração, ostentando posição inferior.

De fato, quando analisado sob a perspectiva de detenções ilegais, tais como flagrantes forjados ou injustificados, ou ainda acusações falsas e infundadas, a instauração de um inquérito policial pode, realmente, representar uma garantia de que o indivíduo não será preso ilegalmente ou acusado de forma arbitrária, e de que terá, além disso, a oportunidade de esclarecer os fatos. Neste sentido, aponta Márcio Adriano Anselmo que “deve ser apontado o papel da investigação preliminar na eficácia dos direitos fundamentais, en-

8 BADARÓ, Gustavo H. *Processo Penal*, p. 122.

9 Aury Lopes Jr., recorrendo à Criminologia crítica, reconhece a função de etiquetamento “labeling approach” realizado pelo processo em razão do indivíduo, funcionando com um fator estigmatizante junto ao corpo social, além de possuir diversas penas acessórias. Resumindo, ensina o autor: “Nesse panorama, o processo penal representa a retirada da identidade de uma pessoa e a outorga de outra, degradada, estigmatizada. Em definitivo, o processo penal é uma clara atividade de etiquetamento.” LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, p. 48.

10 Como constata o Professor Langer, o termo “acusatório” tende a ser ligado historicamente à concepções liberais e democráticas de justiça criminal, enquanto a expressão “inquisitivo” geralmente é referida à concepções autoritárias. (LANGER, Máximo. *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, p. 19).

quanto mecanismo destinado a assegurar o respeito aos direitos do investigado e da vítima (...).”¹¹

Ou seja, o inquérito policial funciona como instrumento de garantias na medida em que evita e controla arbitrariedades, tanto relacionadas a futuras acusações infundadas quanto a prisões e outras medidas ilegais, tendo como nítido benefício a proteção do indivíduo.¹² Neste sentido, Fauzi Hassan Choukr, citando Eugenio Raúl Zaffaroni e Elbin Eser, ressalta a função de controle social punitivo institucionalizado assumida pela investigação criminal, denunciando a necessidade de se despertar para essa mudança de consciência, buscando observar cada vez mais essa fase preliminar a partir das garantias constitucionais.

Nesta toada, afirma o autor:

“Essa forma de encarar a investigação criminal releva-se abundantemente rica, na medida em que traduz uma forma de invasão do Estado na liberdade individual (...). A porta está aberta para que se passe a inserir dentro dessa fase as garantias constitucionais adequadas ao exercício da missão do Estado, desde *la perspectiva del ser humano afectado - y no tanto desde las instituciones interpuestas - se revelan los, derechos humanos del processo - tantas veces reivindicados - no ya como limitaciones del poder estatal impuestas desde fuera, sino como elementos constitutivos imanes a las relaciones interpersonales.*”¹³

Em interessante síntese, esclarece Henrique Hoffman Monteiro de Castro:

"Em outras palavras, inquérito policial consiste no processo administrativo apuratório levado a efeito pela polícia judiciária, sob presidência do delegado de polícia natural; em que se busca a produção de elementos informativos e probatórios acerca da materialidade e autoria

11 ANSELMO, Márcio Adriano. É preciso discutir o inquérito policial sem preconceitos e rancores. In: Conjur. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-07/academia-policia-preciso-discutir-inquerito-policial-preconceitos-rancores>. Acessado em: 27/JAN2018.

12 NICOLITTI, André. Manual de Processo Penal, p. 192.

13 CHOUKR, Fauzi H. Garantias Constitucionais na Investigação Criminal, p. 7.

de infração penal, admitindo que o investigado tenha ciência dos atos investigativos após sua conclusão e se defenda da imputação; indispensável para evitar acusações infundadas, servindo como filtro processual; e que tem a finalidade de buscar a verdade, amparando a acusação ao fornecer substrato mínimo para a ação penal ou auxiliando a própria defesa ao documentar elementos em favor do investigado que possibilitem o arquivamento, sempre resguardando direitos fundamentais dos envolvidos. (...) Não se pode olvidar que o inquérito policial, ao promover a colheita imparcial de vestígios e preservar direitos fundamentais, serve como barreira contra acusações draconianas, qualificando-se como devida investigação criminal. Já passou da hora de o seu exame ser feito sob a lente constitucional, sem reducionismos antidemocráticos."¹⁴

Vejamos agora o caso prático envolvendo detenções por crime de associação ao tráfico de drogas que servirá para ilustrar o argumento.

3. ANÁLISE CONCRETA: A AUTUAÇÃO FLAGRANCIAL POR CRIME DE ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO

O caso prático proposto para concretização do argumento envolve Policiais Militares que se dirigiram até a determinada localidade supostamente dominada pelo tráfico de drogas, em patrulhamento de rotina, e, ao chegarem ao local, identificaram um indivíduo em atitude suspeita, realizando revista pessoal, encontrando junto a este um rádio transmissor em aparente estado de funcionamento. Segundo os policiais, havia ainda informação anônima de que o indivíduo seria encarregado de alertar a organização criminosa atuante no local acerca da presença de policiais e de eventuais rivais na comunidade, função esta popularmente conhecida como “radinho”. Apesar dos poucos detalhes, trata-se de situação muito comum nos plantões de Polícia Judiciária, es-

14 CASTRO, Henrique Hoffman Monteiro de. “Inquérito policial tem sido conceituado de forma equivocada” In: *Conjur*. 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-policia-inquerito-policial-sido-conceituado-forma-equivocada>, acessado em 27/JAN2018.

pecialmente quando próximos a áreas envolvendo comunidades conflagradas por facções criminosas.

Em sede policial, o nacional é identificado, perquirindo-se os seus antecedentes, sendo-lhe oportunizado o direito de se defender, uma vez alertado de sua garantia de permanecer em silêncio. No caso que propomos, o indivíduo nega veemente as acusações, narrando ter sido encontrado na comunidade quando chegava em sua residência após o trabalho, e que o rádio transmissor estava no chão, provavelmente deixado por outras pessoas que se evadiram da abordagem.

Não queremos com o exemplo adentrar no tema dos *standards* de prova, nem mesmo na suposta presunção de legalidade que é atribuída ao depoimento dos agentes policiais, o que poderia ser argumentado para resolver a questão, por a proposta ao presente trabalho se afastaria dos temas indicados.¹⁵ Desta forma, partiremos de uma posição teórica de que ambas as declarações serão consideradas de forma equivalente para a decisão, de modo a indicar a ausência de elementos autorizativos para a prisão. Ressalta-se que, com isso, não estaremos censurando posições em contrário, nem mesmo generalizando a impossibilidade de prisões em flagrante em casos semelhantes, que deverão ser analisadas casuisticamente.

Em uma breve análise jurídica, pode-se constatar que a conduta narrada pelos policiais se amolda teoricamente ao delito de associação para o tráfico, previsto no artigo 35 da Lei 11.343/06, apesar de haver certa divergência jurisprudencial acerca da figura do colaborador, previsto no artigo 37 do mesmo diploma legal. Prevalece atualmente na jurisprudência que a figura do “radinho” representa importante função dentro da organização criminosa, enquanto que o colaborador é pessoa externa à atividade que passa informações privilegiadas, contribuindo com os objetivos, sem, contudo, integrar ativa e constante a estrutura criminosa. Neste sentido, a conduta do “radinho”, “olheiro”, “fogueteiro” ou “atividade” é fundamental para a organização criminosa, garantindo a sua intangibilidade, além do fato de estarem tais pessoas incontestavelmente internalizadas na atividade, inclusive recebem-

15 Já houve enfrentamento do tema de forma específica, obra a qual remetemos o leitor. (NICOLITTI, André. BARILLI, Raphael Jorge de Castilho. Standards de prova no Direito – debate sobre a súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. In: Boletim do IBCrim. Ano. 26. N 302, 2018, pp. 6-9).

do remuneração em dinheiro, materiais entorpecentes ou outras prestações *in natura*.¹⁶

Todavia, diante dos fatos tal como apresentados, torna-se relativamente insustentável a autuação em flagrante por crime de associação para o tráfico. Isto porque o presente tipo penal exige comprovação cabal quanto às elementares, sendo elas a pluralidade de agentes, permanência da associação e o liame subjetivo entre os supostos envolvidos associados. Ou seja, é necessário que se identifique nos autos a presença de elementos informativos significativos que apontem, de acordo com o *standard* de prova utilizado, no caso da investigação criminal, o *probable cause* (causa provável)¹⁷ para o envolvimento do agente na organização criminosa, de forma estável e permanente.¹⁸

Sendo assim, é impensável admitir que, no presente caso, em que o indivíduo é encontrado próximo ao principal elemento de análise, havendo indefinição acerca da interação com o referido material, tal juízo seja realizado em sede de prisão em flagrante, onde a cognição é sumária, tanto horizontal quanto verticalmente, não sendo disponível abranger todos os elementos e nem mesmo com a profundidade necessária. A respeito da sumariedade na cognição da investigação criminal, ensina Aury Lopes Jr., “desde logo pode-se constatar que a investigação preliminar não está destinada a formar um juízo de certeza, pois para isso está o processo penal e a instrução definitiva.”¹⁹

Neste caso, o Inquérito Policial funcionará como instrumento de garantias do cidadão por evitar uma prisão em flagrante indevida, sem que haja causa provável para tanto, devendo cumprir o seu mister, reunindo os indícios acerca da organização criminosa atuante no local e, em especial, da participação ou não do indivíduo, chegando-se ao final a uma eventual conclusão responsável e minimamente fundamentada. Ademais, é extremamente necessário permitir que o indivíduo participe ativamente da apuração, trazendo elementos que

16 Há julgados do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido (STJ - HC: 224849 RJ 2011/0270747-8, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 11/06/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/06/2013).

17 SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Harvard Press, 2009, p. 222.

18 Neste sentido, julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (TJ_SC – APR: 20130863990 SC 2013.086399-0 (Acórdão), Relator: Roberto Lucas Pacheco, Data de Julgamento: 19/11/2014, Quarta Câmara Criminal Julgado).

19 LOPES JR., Aury. Ob cit., p. 92.

confirmem a sua versão, tais como testemunhas que deem conta de que de fato estava trabalhando e que atestem o seu caráter.

Portanto, é fundamental neste caso que a investigação siga seu curso, ao invés de simplesmente decretar-se a prisão em flagrante do conduzido, deixando o controle de eventual ilegalidade para a fase processual. A prisão de um possível inocente, por um dia que seja, representa uma violação a direitos insusceptível de concordância. É nesta medida que o inquérito policial funcionará como verdadeiro instrumento de garantia.

4. CONCLUSÃO

É extremamente necessário do ponto de vista democrático pensar o inquérito policial para além de sua função punitiva, dando-lhe uma efetiva função de garantia. Entretanto, para isto, é necessário, além de uma mudança de mentalidade, a adoção de diversas adaptações de ordem procedimental e institucional que tornem este instrumento realmente comprometido com a garantia de direitos, e não exclusivamente com a apuração dos fatos.

Em primeiro lugar, o Delegado de Polícia não pode continuar a ser visto de forma pejorativa²⁰ por parte das demais carreiras jurídicas, pois, afinal, apresenta-se como integrante de carreira técnica e com conhecimentos específicos, com função preponderante na fase preparatória da persecução criminal. Neste sentido, é impossível que o inquérito policial seja efetivo instrumento de garantias sem que o seu titular tenha autonomia e independência funcional necessárias para dar-lhe aplicação. Enquanto o Delegado de Polícia continuar a ser passível de perseguições por decisões como a, assim como enquanto a gestão da carreira for sujeita a manejos políticos, o inquérito nunca terá expressão necessária do ponto de vista pretendido.

Ademais, o investimento e a correta elaboração do sistema de investigação criminal representam uma necessidade premente no âmbito das reformas processuais penais, pois de nada adianta ter modelos avançados de litigância processual e instituições bem apa-

20 David Queiroz denuncia, além da falta de reconhecimento e estrutura, a constante ocorrência de representações em órgãos correccionais contra Delegados de Polícia que decidem com base no princípio da insignificância. (QUEIROZ, David. Delegado de Polícia, o primeiro garantidor de direitos fundamentais! Mas quem garante os direitos do garantidor? In: Empório do Direito. 2015. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/delegado-de-policia-o-primeiro-garantidor-de-direitos-fundamentais-mas-quem-garante-os-direitos-do-garantidor>. Acessado em: 27/JAN2018).

relhadas no âmbito do processo, como Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, se a investigação criminal, que é a etapa preliminar que lhe dá suporte, continua obsoleta e esquecida. Essa debilidade da investigação compromete o processo como um todo.

É neste sentido que ressalta Alberto Binder acerca das reformas processuais penais da América Latina:

"Assim como é inevitável para um adequado cumprimento dos fins político-criminais do processo organizar a persecução penal sob um paradigma diferente, é impensável que ela cumpra suas finalidades sem o apoio de um sistema eficiente e moderno de investigação de delitos. Aqui encontramos-nos com outra das grandes tarefas políticos-criminais do processo penal.²¹"

Em segundo lugar, a mentalidade punitivista deve ser combatida e dissipada, tanto interna (em relação às categorias atuantes na investigação criminal) quanto externamente (por parte da sociedade), levando consigo práticas absolutamente autoritárias que não combinam com a perspectiva de garantia de direitos. A luta aqui é pela construção de um espaço verdadeiramente digno, que trate o investigado, por mais grave que seja o crime apurado, como verdadeiro sujeito de direito e garantias. É fundamental, pois, que se incentive e possibilite a participação do acusado no inquérito, tomando vista dos autos, juntando documentos, solicitando diligências etc. Em nossa realidade, ainda demandamos súmulas vinculantes²² e leis²³ para formalizar o direito de acesso da defesa aos autos, algo que deveria ser absolutamente automático. Como o inquérito pode se afirmar como instrumento de garantia sem que a defesa tenha sequer acesso aos autos?

21 BINDER, Alberto. Fundamentos para a reforma da justiça penal, p. 200.

22 Súmula vinculante 14 - É direito de o defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

23 Lei 13245/16, que incluiu dispositivo na Lei 8906/94 – Art. 7, XIV: assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos;

Outro aspecto extremamente importante é o da utilização racional das medidas coercitivas, em especial as de cunho prisional.²⁴ O inquérito policial não serve para prender, como pensado por muitos. De fato, seu objetivo é, de um lado, apurar delitos, podendo levar ou não o investigado à prisão, e, de outro, funcionar como garantia a direitos, de modo que esse segundo elemento nunca será alcançado se houver um abuso acerca da utilização de prisões de ordem cautelar. E isso envolve todos os atores processuais, ou seja, refere-se tanto ao Delegado de Polícia quanto ao Ministério Público, devendo esses dois pensar juntos meios mais eficazes de apurar os delitos sem que se passe necessariamente pela prisão, e também o juiz, que deverá ser efetivo controlador, reputando esta e outras forma de intervenção como últimas medidas disponíveis.

Por fim, é extremamente necessário que a Polícia Judiciária se dê conta da sua função de controle das forças de segurança, ao invés de simplesmente ratificar ilegalidades, postergando para a fase processual eventual apuração a respeito. Neste sentido, o inquérito policial deve sujeitar eventuais prisões ilegais, flagrantes forjados, comunicações falsas, homicídios disfarçados de legítima defesa à devida apuração, caso contrário, qual seria a função se ter uma etapa como esta?

Há muito tempo se discute na doutrina a necessidade de atualização do inquérito policial ou mesmo do sistema de investigação criminal utilizado.²⁵ Sem dúvida, análises como essa demandarão estudos mais avançados, contudo, isto não significa que pequenas adaptações não possam ser realizadas. O inquérito policial ainda possui grande utilidade no nosso sistema de justiça criminal, não somente ao possibilitar a aplicação de penas, mas também ao servir como verdadeiro “filtro”,²⁶ evitando ações indevidas, gerando, desta forma, a efetiva garantia de direitos. ♦

24 NICOLITTI, André. As Medidas Cautelares Elencadas no Art. 319, CPP, introduzido pela Lei 12.403/11. In: O novo regime jurídico das medidas cautelares no processo penal. Rio de Janeiro: Emerj, 2012, pp. 63-69, p. 64.

25 Para um estudo analítico sobre o tema: CHOUKR, Fauzi H. Garantias Constitucionais na Investigação Criminal. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

26 Neste sentido, Aury Lopes Jr.: “A investigação preliminar não deve excluir as provas inúteis, filtrando e deixando em evidência aqueles elementos de convicção que interessem ao julgamento da causa e que as partes devem solicitar a produção no processo, como também deve servir de filtro processual, evitando que as acusações infundadas prosperem.” LOPES JR., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal, p. 50.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANSELMO, Márcio Adriano. **É preciso discutir o inquérito policial sem preconceitos e rancores**. In: Conjur. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-07/academia-policia-preciso-discutir-inquerito-policial-preconceitos-rancores>. Acessado em: 27JAN2018.

BADARÓ, Gustavo H. **Processo Penal**. 5ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BINDER, Alberto. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Organização Aline Gostinsk, Geraldo Prado e Leonel González Postigo. Trad. Augusto Jobim do Amaral. 1. ed. Florianópolis-SC: Empório do Direito, 2017.

CASTRO, Henrique Hoffman Monteiro de. **“Inquérito policial tem sido conceituado de forma equivocada”** In: Conjur. 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-policia-inquerito-policial-sido-conceituado-forma-equivocada>, acessado em 27JAN2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. In: Crítica à Teoria Geral do Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CHOUKR, Fauzi. Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 1ed. Florianópolis, SP: Empório do Direito, 2017.

_____. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

HABERMAS, Junger. **Conhecimento e interesse**. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1982.

KHALED JR., Salah H. **O sistema processual penal brasileiro**. Acusatório, misto ou inquisitório? In: Civitas. Porto Alegre. v.10. n.2. 2010, pp. 293-308

LANGER, Máximo. **From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure.** Harvard International Law Journal. Vol. 45. N. 1. 2004, pp. 1-64.

_____. **La larga sombra de las categorías acusatorio - inquisitivo.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol.1, n.1, p.11-42, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.2>.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal.** 10ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

_____. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal.** 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **As Medidas Cautelares Elencadas no Art. 319, CPP,** introduzido pela Lei 12.403/11. In: O novo regime jurídico das medidas cautelares no processo penal. Rio de Janeiro: Emerj, 2012, pp. 63-69.

_____. BARILLI, Raphael Jorge de Castilho. **Standards de prova no Direito** – debate sobre a súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. In: Boletim do IBCrim. Ano. 26. N 302, 2018, pp. 6-9.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório.** A conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUEIROZ, David. **Delegado de Polícia, o primeiro garantidor de direitos fundamentais!** Mas quem garante os direitos do garantidor? In: Empório do Direito. 2015. Disponível em: <http://emporiодо-direito.com.br/leitura/delegado-de-policia-o-primeiro-garantidor-de-direitos-fundamentais-mas-quem-garante-os-direitos-do-garantidor>. Acessado em: 27JAN2018.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer.** Havard Press, 2009.

A Tutela Material e Processual da Privacidade no Meio Ambiente Digital

Rafael Penna Franca

Rodrigo Vieira Farias

SUMÁRIO: Introdução. 1. Apanhado histórico sobre o direito à privacidade. 2. Breve análise sobre o Big Data. 3. A privacidade na era digital. 4. Tutela material da privacidade na era digital. 4.1. Casos polêmicos a respeito da privacidade na era digital. 5. Tutela processual da privacidade na era digital. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho é tecer breves comentários acerca do Direito à Privacidade, buscando, por meio da análise de seus dados históricos, identificar sua melhor aplicação e propósito na atualidade. Justamente em razão de estarmos vivendo uma época de extremo desenvolvimento e avanço no campo da comunicação digital - era da vigilância¹, nas palavras de Stefano Rodotà - não se pretende esgotar o tema neste artigo; o que se busca é tão somente chamar a atenção para um ramo do direito que merece destaque no palco em que a realidade virtual se confunde com a realidade de fato.

Diante dos avanços exponenciais de todos os tipos de tecnologia, as quais se encontram umbilicalmente ligadas à internet, o assunto ganha extrema relevância, especialmente considerando o impacto

¹ Sobre o tema, remetemos o leitor à obra de RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância* - A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

que este meio de comunicação gera em termos numéricos. A título de exemplo, no Brasil, cerca de 120 milhões de pessoas fazem uso da internet², ao passo que, em Portugal, este número é de cerca de 5,9 milhões³. A internet é uma realidade no dia a dia dos cidadãos ao redor do mundo, servindo para trabalho, lazer e diversas outras atividades.

Naturalmente, para fazerem uso das plataformas digitais, seus usuários necessitam fornecer informações de diversos tipos, tais como filiação, dados bancários, preferências políticas, alimentares, dentre outros. Esses dados são armazenados por redes sociais, instituições financeiras, sites de relacionamento, enfim, por um sem número de mídias.

Se, por um lado, o compartilhamento das informações (i) vai ao encontro dos anseios de uma sociedade que, cada vez mais, clama pela velocidade das informações ou, nas palavras de e (ii) pode ter grande relevância em termos de segurança nacional, de outro, o uso indevido ou a destinação incorreta desses dados têm aptidão para violar a privacidade dos usuários.

Em razão dessa dualidade de valores, faz-se necessário, realizar o balanço e equilíbrio entre o direito de acesso à informação e o direito à privacidade, traçando algumas balizas a respeito dos limites que podem (ou devem) ser adotados para que um não extermine o outro.

1. APANHADO HISTÓRICO SOBRE O DIREITO À PRIVACIDADE

O primeiro esboço sobre o conceito de direito à privacidade nasce a partir da queda do sistema feudal, junto com às transformações sociais, econômicas e políticas vindas da Revolução Industrial, no final do século XVIII e começo do século XIX, em especial, na Europa.

À época, quem possuía recursos financeiros suficientes para construir suas próprias casas, isolando-se dos demais, ainda que em centros urbanos, passava a desfrutar de certa privacidade. Esse privilégio, antes, era reservado apenas aos senhores feudais e membros da Igreja, que integravam as classes sociais privilegiadas sob a luz do Antigo Regime.

2 VALENTE, Jonas. *Relatório aponta Brasil como quarto país em número de usuários de internet*. Agência EBC. [Con. 25 abril 2018]. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-10/relatorio-aponta-brasil-como-quarto-pais-em-numero-de-usuarios-de-internet>.

3 Sapo. *Portugal tem 5,9 milhões de utilizadores de internet*. Sapo. [Cons. 26 abril 2018]. Disponível em <https://tek.sapo.pt/noticias/internet/artigos/portugal-tem-59-milhoes-de-utilizadores-de-internet>.

Com isso, é possível afirmar que a privacidade, à época do seu nascimento, não era considerada um direito fundamental, mas sim um privilégio daqueles que tinham um maior poder aquisitivo, existente justamente em razão de possuírem melhores condições financeiras quando comparados com o restante da população.

Já no século XIX, diante das manifestações a seu favor, principalmente por causa da ascensão da burguesia, muda-se a direção da privacidade para considerá-la um valor existencial - “*The Right to be Alone*” - ou, nas palavras de Danilo Doneda, “(...) tomado como garante de isolamento e da solidão(...)”⁴. A privacidade passou a ser vista nesse momento como o direito de estar só.

Em 1890, nos Estados Unidos, uma matéria jornalística divulgou fotos do casamento da filha de Samuel Warren, advogado, sem o devido consentimento dos envolvidos. Então, Warren, juntamente com Luis D. Brandeis, publicou no mesmo ano o artigo “*The Right to Privacy*”, que propunha uma reflexão sobre o tema, sugerindo que a privacidade fosse tutelada no direito americano⁵.

Aquela época, os direitos autorais já eram garantidos pelo Direito norte-americano, sendo qualificados como “*bem jurídico passível de controle por seu titular*”. Objetivando alçar o mesmo *status* ao direito à privacidade, Warren e Brandeis o conceitaram como “(...) controle das informações ligadas à esfera íntima(...)”⁶ e tornaram-se publicamente conhecidos no ambiente jurídico como “pais fundadores da privacidade”.

Vale ressaltar que a ideia de privacidade se aproximava bastante daquela relativa à propriedade privada, criando o dever de abstenção, para terceiros, de não invadir o espaço reservado ao titular

4 DONEDA, Danilo. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TE-PEDINO, Gustavo (Org.). *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 37-54.

5 WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. In: *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5 (Dec. 15, 1890). pp. 193-220.

6 “We must therefore conclude that the rights, so protected, whatever their exact nature, are not rights arising from contract or from special trust, but are rights as against the world; and, as above stated, the principle which has been applied to protect these rights is in reality not the principle of private property, unless that word be used in an extended and unusual sense. The principle which protects personal writings and any other productions of the intellect or of the emotions, is the right to privacy, and the law has no new principle to formulate when it extends this protection to the personal appearance.” Tradução livre: Devemos, portanto, concluir que os direitos (*rectius*, ligados à privacidade), tão protegidos, seja qual for sua natureza exata, não são direitos decorrentes de contrato ou de confiança especial, mas são direitos contra todos; e como acima mencionado, o princípio que foi aplicado para proteger estes direitos não são, na realidade, o princípio da propriedade privada, salvo essa palavra seja usada em um sentido extenso e incomum. O princípio que protege os escritos pessoais e quaisquer outras produções do intelecto ou das emoções, é o direito à privacidade, e a lei não tem nenhum princípio novo para formular quando estende esta proteção para a aparência pessoal.” (Idem)

do direito. Tal conceito estava de acordo, inclusive, com a geração de direitos fundamentais então vigente, qual seja, a primeira geração, enquanto direito de abstenção, intimamente ligado à liberdade.

Agora, já em 1960, diante do avanço das tecnologias da chamada sociedade da informação, percebeu-se que não era mais possível definir a privacidade apenas como o “*direito de ser deixado só*”. Nesse momento, surge um forte clamor social para que o Estado garanta minimamente a efetividade da proteção da privacidade com a finalidade da busca pelo livre desenvolvimento da personalidade humana⁷.

No contexto de tal movimento, nos Estados Unidos, o direito à privacidade foi reconhecido pela Suprema Corte no caso *Griswold v. Connecticut* (1965).

No caso em tela, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade de uma lei do estado de Connecticut que proibia o uso de medicamentos contraceptivos, sob o fundamento de que essa lei ofendia o direito à privacidade do casal⁸. Com isso, passou-se a conferir *status* constitucional à privacidade, justamente aquilo que Warren e Brandeis buscaram em 1890 ao escreverem o supracitado artigo.

Conceitualmente, nos dias de hoje, pode-se dizer que a privacidade é o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular⁹. Trata-se de direito que se projeta além do mero direito ao recato, como se sustentava em fins do século XIX, tendo outras projeções, ligadas diretamente à proteção de uma esfera de inviolabilidade do próprio indivíduo, em face do Estado e de terceiros, intimamente ligado à formação de sua personalidade.

7 BAIÃO, Kelly C. Sampaio; GONÇALVES, Kalline Carvalho. *A garantia da privacidade na sociedade tecnológica: um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana*. Civilistica.com. Rio de Janeiro. Ano 3, nº 2, (jul. - dez. 2014). [Con. 25 abril 2018]. Disponível em: <http://civilistica.com/agarantia-da-privacidade-na-sociedade-tecnologica-um-imperativo-a-concretizacao-do-principio-dadignidade-da-pessoa-humana/>>.

8 Como destacado na decisão proferida pela Suprema Corte: “entire fabric of the Constitution and the purposes that clearly underlie its specific guarantees demonstrate that the rights to marital privacy and to marry and raise a family are of similar order and magnitude as the fundamental rights specifically protected. Although the Constitution does not speak in so many words of the right of privacy in marriage, I cannot believe that it offers these fundamental rights no protection.” (U.S. *Supreme Court*, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) *Griswold v. Connecticut*, No. 496, Argued March 29-30, 1965, Decided June 7, 1965). Tradução livre do autor: Todo o tecido da Constituição e os propósitos que claramente fundamentam suas garantias específicas demonstram que os direitos à privacidade conjugal e ao casamento e ao sustento de uma família são de ordem e magnitude semelhantes aos direitos fundamentais especificamente protegidos. Embora a Constituição não fale em tantas palavras do direito à privacidade no casamento, não posso acreditar que ela ofereça a esses direitos fundamentais nenhuma proteção.”

9 RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância - A privacidade hoje*. Op. cit., p. 15.

No Direito português, a respeito do conceito e, de certa forma, do conteúdo da privacidade, afirmam José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira que o direito à privacidade consiste no direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, subdividindo-se principalmente em dois direitos menores: “(...) (a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e (b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem(...)”¹⁰.

Em relação aos fundamentos normativos do direito à privacidade, no Brasil, esse direito tem previsão no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal¹¹ e, no plano legal, sua previsão genérica consta do artigo 21 do Código Civil¹². No direito português, o artigo 26, item 1, da Constituição¹³ traz previsão idêntica e, no plano infraconstitucional, o Código Civil, em seu artigo 80º¹⁴, prevê o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.

Vale dizer também que outros direitos fundamentais auxiliam na tutela da privacidade ou dela se originaram, tais como a inviolabilidade do domicílio, a inviolabilidade de correspondência (também denominado de sigilo epistolar por alguns autores) e o sigilo das comunicações, expressamente previstos no artigo 5º, incisos XI e XII, da Constituição Federal brasileira¹⁵. No direito português, há previsão semelhante no artigo 34º da Constituição a respeito desses mesmos direitos¹⁶.

10 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 467-468.

11 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

12 Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

13 Artigo 26.º Outros direitos pessoais

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação. (grifo nosso)

14 Artigo 80.º (Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada)

1. Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem.

2. A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas.

15 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

16 Artigo 34.º Inviolabilidade do domicílio e da correspondência

Deve-se destacar, da mesma forma, o Código em matéria de proteção de dados pessoais, instituído na Itália pela Lei Delegada de 31/12/1996, número 675 e que recebeu a sua denominação atual através do Decreto-Lei nº 196 de 30/03/2003¹⁷. Esse Código incorporou boa parte dos princípios previstos na Diretiva 95/46/CE, editada pelo Parlamento Europeu no ano de 1995, e que novamente é mencionada no item 2, a seguir.

Quanto ao fundamento do direito à privacidade, no Direito brasileiro, aponta Gilmar Ferreira Mendes, em conjunto com Paulo Gustavo Gonet Branco, que “*(...)estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas (...)*”¹⁸.

Tomando tais premissas em conta, pode-se dizer que direito à privacidade deixou de ser restrito a uma posição individual, vinculado tão somente ao direito de o indivíduo permanecer sozinho, passando a atingir toda a sociedade, sendo entendido como um direito fundamental, que auxilia e é auxiliado por outros direitos fundamentais na tutela da liberdade do indivíduo e, é neste contexto, que se passa a analisar os desdobramentos do direito à privacidade nos dias atuais.

2. BREVE ANÁLISE SOBRE O “BIG DATA”

O termo “*big data*” surgiu em meados no século XX, sendo utilizado por cientistas e astrônomos, os quais, diante de computadores incapazes de armazenar toda a quantidade de informação disponível à época – em especial, no final da década de 1960 -, foram obrigados

1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.

2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei.

3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei.

4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

17 Para um estudo aprofundado a respeito do Código em matéria de proteção de dados pessoais, recomendada a obra de RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade de informação*. Op. cit., p. 197 e ss.

18. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 255.

a pensar em novas formas para efetuarem suas análises e guardarem tais informações.

Não há uma definição única, e nem poderia, a respeito do “*big data*”. Porém todas as definições parecem convergir para algo semelhante à “*prática de análise de grande quantidade de dados*”. Dessa maneira, o termo “*big data*”, embora seja um substantivo, teria como conceito um verbo: a ação de analisar.

Segundo aponta uma pesquisa realizada pela União Internacional de Telecomunicações, agência da ONU especializada no tema, atualmente existem 3,2 bilhões de pessoas utilizando a internet em todo o mundo, ou seja, quase metade da população mundial está conectada. Consequentemente, muitos dos dados disponíveis na internet são compartilhados voluntariamente por seus usuários, que produzem um montante de cerca de 200 horas de vídeo por minuto e 500 milhões de fotos enviadas e compartilhadas todos os dias¹⁹.

E, ainda, o que falar da chamada “*internet das coisas*”?

Em uma breve análise, é assustador saber que temos como nossa companhia diária um sem número de sensores de todas as formas captando uma grande quantidade de dados em nossos ambientes mais íntimos: dados de imagem, localização, temperatura e outros. Nossos celulares, em especial, são praticamente os diários de cada um de nós, com o inconveniente de que este diário, não necessariamente, ficará restrito ao nosso próprio conhecimento.

Para se ter uma noção de como a “*internet das coisas*” está onipresente em nossas vidas, aplicativos de dados vitais e médicos já somam mais de 200 milhões até o momento, e pulseiras inteligentes já somam cerca de 50 milhões. Basta observar quantas pessoas conhecemos que possuem um *Apple Watch*, *Garmin*, *Nike*, dentre outros *gadgets* semelhantes²⁰. A quantidade de dados produzidos por tais dispositivos eletrônicos chega, até mesmo, a se assemelhar a um roteiro de filmes de ficção científica. Um exemplo deixará isso bastante evidente ao leitor.

19 G1. *Mundo tem 3,2 bilhões de pessoas conectadas à internet, diz UIT*. [Con. 29 abril 2018]. Disponível em <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/05/mundo-tem-32-bilhoes-de-pessoas-conectadas-internet-diz-uit.html>.

20 OLHAR DIGITAL. *Relógios inteligentes devem chegar a 50 milhões de unidades vendidas em 2016*. [Cons. 26 abril 2018]. Disponível em <https://olhardigital.com.br/noticia/apple-deve-ajudar-mercado-de-relogios-inteligentes-a-crescer-em-2016/54937>

A iRobot, empresa norte-americana que produz o Roomba, robô de limpeza doméstico largamente utilizado mundo afora, realizou o mapeamento de apartamentos dos proprietários deste robô e planeja vender tais dados a outras empresas de tecnologia²¹. O próprio aparelho, inclusive, possui uma configuração que lhe permite mapear o imóvel para fazer a limpeza. A depender da utilização de tais dados, será possível planejar uma invasão digna do filme “*11 homens e um segredo*” em qualquer dos imóveis mapeados²².

Vale ressaltar a existência de informações contraditórias entre a intenção da empresa e aquilo que a própria disponibiliza aos compradores de seus produtos. Com efeito, a descrição do fabricante na caixa do Roomba dispõe que “*nenhum dado será compartilhado com terceiros sem o consentimento informado de nossos clientes*”. A sua política de privacidade, ao revés, aponta o sentido contrário:

“Podemos compartilhar suas informações pessoais nas instâncias descritas abaixo. (...) Com outras empresas em razão de qualquer transação da empresa, como uma fusão, venda de total ou parte dos ativos ou de ações da empresa, reorganização, financiamento, mudança de controle ou aquisição de toda ou parte de nossa empresa por outra empresa ou terceiro ou em caso de falência ou processos relacionados e similares;”²³.

Em outros termos, pode-se dizer, interpretando a política de privacidade do Roomba, que é possível que, durante a mera compra de uma única ação integrante do capital social da iRobot, essas informações já possam ser solicitadas por seu pretenso acionista. Não custa mencionar que a companhia possui ações negociadas na Nasdaq. O preço de uma ação da iRobot, em consequência, seria o preço da privacidade de um usuário do Roomba?

Por fim, devemos fazer a advertência de que cada pessoa, diariamente, gera tantos dados no uso da *internet*, que possibilita, com a

21 Sapo. *Roomba: aspiradores autônomos registraram dados de várias casas e a iRobot quer vendê-los*. Sapo. [Cons. 26 abril 2018]. Disponível em <https://tek.sapo.pt/noticias/computadores/artigos/roomba-aspiradores-autonomos-registraram-dados-de-varias-casas-e-a-irobot-quer-vende-los>.

22 Tais dados referentes ao *Roomba* e aos *gadgets* foram obtidos mediante a leitura dos slides elaborados por Rodrigo Dias de Pinho Gomes sob o tema “Desafios da privacidade e proteção de dados pessoais na internet”.

23 IROBOT. *Política de Privacidade* [Con. 25 abril 2018]. Disponível em <https://www.irobot.com.br/Privacy-Policy>.

reunião desses dados, que surja uma identificação que pode apontar para conclusões que até mesmo a própria pessoa desconhece. Esse nível de evolução cada vez mais rápido, diante do barateamento das máquinas e do aumento da velocidade da internet, de dados acumulados na nuvem e outras novidades, trazem grande desafio ao Direito, tais como, a título de exemplo, lidar com o marketing multitudes, escopo de estudo que escapa aos limites deste trabalho.

3. A PRIVACIDADE NA ERA DIGITAL

Como visto, a privacidade é um direito fundamental, consagrado expressamente nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português. Não deixa de ser, da mesma forma, um direito da personalidade. Conceitualmente, consideram-se como direitos da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada de si mesma e em suas projeções na sociedade (redes sociais), previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos, como a vida, a honra e, entre outros, a intimidade²⁴.

Na era digital, a proteção dos dados pessoais torna-se, dessa forma, um valor em si, sintetizando as prerrogativas da pessoa e contribuindo para a nova cidadania (função sociopolítica da privacidade). A privacidade é pré-condição e elemento constitutivo de uma nova forma de cidadania, pois a proteção de dados considerados sensíveis, tais como as opiniões políticas, evita discriminações e permite uma participação mais ampla e igualitária do cidadão na vida pública²⁵.

De início, não custa frisar que o direito à privacidade não tem seu conteúdo, tampouco, seu âmbito de proteção reduzido em razão das mídias digitais. Quem utiliza a internet não renuncia à sua privacidade, tampouco deve tê-la tutelada em menor intensidade do que quem não faz uso. A privacidade, com efeito, continua a ser tutelada, com o mesmo status que possui. Porém, tal proteção exige outros contornos, tanto de direito material como de direito processual, o que enseja a atuação do legislador na matéria.

Passamos a analisar essas formas de tutela da privacidade na era digital nos dois itens a seguir.

24 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela da personalidade no atual direito brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 32, n. 125, jan. - mar. 1995, p. 45-67.

25 BAIÃO, Kelly C. Sampaio; GONÇALVES, Kalline Carvalho. A garantia da privacidade na sociedade tecnológica: um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Op. cit.

4. TUTELA MATERIAL DA PRIVACIDADE NA ERA DIGITAL

Neste item, iremos fazer um breve estudo a respeito das normas de direito material que buscam a tutela da privacidade em face das novas tecnologias, como foco especial nos dados pessoais.

Na União Europeia, houve a edição da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu em 1995. Essa diretiva estabelece que os sistemas de tratamento de dados devem respeitar as liberdades e os direitos fundamentais (artigo 1º). No tema da responsabilidade civil, em seu artigo 23, a Diretiva 95/46/CE reconhece que qualquer pessoa que tiver sofrido prejuízo em razão do tratamento ilícito de dados, tem o direito de obter do responsável a reparação pelo dano sofrido.

Em 2002, o Parlamento Europeu editou a Diretiva 2002/58/CE, que trata exclusivamente do tratamento de dados pessoais e da proteção da privacidade das comunicações eletrônicas. Essa diretiva aponta, em seu artigo 13, sobre a necessidade de consentimento expresse para que se possa receber uma chamada automatizada sem intervenção humana.

Em Portugal, a Constituição de 1976, com as alterações promovidas pela VII Revisão Constitucional (2005), em seu artigo 35º, estabeleceu regras para o controle de dados pessoais, tendo como norte o respeito à privacidade dos indivíduos.

Não se pode deixar de frisar que, em maio de 2018, entrará em vigor o Regulamento Geral de Proteção de Dados (Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016) da União Europeia. Tal regulamento, em Portugal, provocará a revogação da Lei nº 67/1998, que é a lei geral em matéria de proteção de dados pessoais vigente no país atualmente.

No Brasil, como fora mencionado no item 1, infra, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XI, prevê o reconhecimento da inviolabilidade à intimidade e à vida privada, além de assegurar o direito à indenização na hipótese de sua violação. No plano legal, ainda que genérica, há no Brasil a previsão sobre bancos de dados no artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor do Brasil, que é a Lei nº 8.078/1990.

Vale destacar que os bancos de dados de consumidores têm natureza pública por força de lei em razão do disposto no artigo 43, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor. Como consequência, isso

assegura àquele têm possui dados inscritos nesses cadastros a possibilidade de manejar o habeas data, previsto no artigo 5º, inciso LXXII, da Constituição Federal, visando ao conhecimento ou à retificação desses dados na hipótese de recusa do fornecedor em fazê-los voluntariamente. Estudaremos o habeas data no item seguinte, quando do estudo dos instrumentos processuais de tutela da privacidade na era digital.

Ainda no Brasil, no ano de 2014, houve a edição do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), como antes fora brevemente mencionado. Essa lei possui, dentre outros princípios, aquele relativo à disciplina no uso da internet (artigo 3º, *caput*), bem como a proteção da privacidade e dados pessoais (art. 3º, incisos I e II).

4.1 Casos Polêmicos a Respeito da Privacidade na Era Digital

Todo esse complexo de normas jurídicas a respeito da tutela da privacidade naturalmente redundaria no surgimento de casos polêmicos na jurisprudência, em especial, enfrentando o conflito existente entre o direito à privacidade e o direito à informação. Este choque, já existente antes do surgimento e forte expansão da *internet*, ganha novos contornos e maior força, considerando que as violações a tais direitos ganharam um poderoso instrumento para serem realizadas.

Verifica-se, de certa forma, uma tendência de conferir maior tutela à privacidade quando não se está diante de informação que diga respeito ao interesse público. Não se leva em conta, no ponto, se a pessoa cuja privacidade supostamente fora violada é pública ou não; ao revés, relevante é a natureza da informação divulgada.

No Brasil, um dos primeiros casos envolvendo violação do direito à privacidade na era digital envolveu a modelo Daniela Cicarelli, que foi flagrada em uma praia espanhola, no ano de 2005, em cenas íntimas com seu então namorado, cenas estas que foram divulgadas pelo site *YouTube*, bem como replicadas por diversos outros sites de notícias à época do ocorrido. O fato ganhou bastante destaque em razão de a modelo ser ex-esposa do jogador Ronaldo, cujo casamento fora bastante noticiado à época de sua celebração.

Daniela e o ex-namorado, em consequência, ingressaram com ação inibitória em face do *YouTube*, visando à retirada do vídeo íntimo do site, sob pena de cominação de multa diária. Após onze anos de

tramitação, o Superior Tribunal de Justiça – equivalente ao Supremo Tribunal de Justiça de Portugal – manteve o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que julgou procedente o pedido, porém, reduziu o valor da multa diária fixada pelo descumprimento da medida liminar fixada no começo do processo²⁶.

Da leitura da ementa do acórdão, é possível verificar que um dos principais fundamentos adotados pelo Tribunal estadual para determinar a retirada do vídeo do *site* foi a ausência de interesse público na divulgação do vídeo íntimo da modelo e seu ex-namorado: o fato de a mesma ser uma pessoa pública não lhe retira o direito à privacidade em face de informações despidas de interesse público relevante a ensejar sua divulgação.

Outro caso relevante enfrentado na jurisprudência brasileira foi o “Caso Xuxa”, em que a famosa apresentadora infantil ingressou com processo em face do Google com a pretensão de retirar, dos mecanismos de pesquisa desse *site*, ligações entre seu nome e o filme “*Amor Estranho Amor*”, lançado no ano de 1982, em que aparece nua, inclusive se deitando ao lado de um menor de idade, bem como quaisquer associações entre seu nome e pedofilia.

O pedido, porém, foi julgado improcedente em primeira e segunda instâncias, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. A apresentadora, então, interpôs Recurso Especial, o qual foi desprovido pelo Superior Tribunal de Justiça, que manteve a decisão proferida pelo Tribunal local. A Corte fundamentou sua decisão, essencialmente, no seguinte argumento:

“não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da

26 Ação inibitória fundada em violação do direito à imagem, privacidade e intimidade de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espanhóis - Esfera íntima que goza de proteção absoluta, ainda que um dos personagens tenha alguma notoriedade, por não se tolerar invasão de intimidades [cenas de sexo] de artista ou apresentadora de tv - Inexistência de interesse público para se manter a ofensa aos direitos individuais fundamentais [artigos 1º, III e 5º; V e X, da CF] - Manutenção da tutela antecipada expedida no agravo de instrumento nº 472.738-4 e confirmada no julgamento do agravo de instrumento nº 488.184-4/3 - Provimento para fazer cessar a divulgação dos filmes e fotografias em web- sites, por não ter ocorrido consentimento para a publicação - Interpretação do art. 461, do CPC e 12 e 21, do CC, preservada a multa diária de R\$ 250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção. (TJSP; *Apelação Cível 0120050-80.2008.8.26.0000*; Relator (a): Enio Zuliani; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 23.VARA CÍVEL; Data do Julgamento: 12/06/2008; Data de Registro: 17/07/2008).

liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa”²⁷.

Em matéria de direito ao esquecimento, na Europa, há um precedente bastante conhecido (caso “Mario Costeja x Google”), julgado pela Corte de Justiça da União Europeia. Esse julgado versa sobre direito ao esquecimento, tema que têm bastante relação íntima com o direito à internet e à informação, considerando que envolve a tutela da privacidade na era digital.

No caso, um cidadão espanhol ingressou em juízo em face da sucursal espanhola do Google, visando a retirar, dos indexadores de pesquisa notícias que informavam a alienação de um apartamento de sua propriedade, com o objetivo do pagamento de débitos que tinha com a seguridade social.

Em apertada síntese, a Corte europeia reconheceu o direito do cidadão de

27 Vale à pena trazer à baliza a ementa do referido acórdão: CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. 1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. 4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas. 5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. 6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. 7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. 8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo - notadamente a identificação do URL dessa página - a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação. 9. Recurso especial provido. (REsp 1316921/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012).

“requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão nessa lista de resultados, esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca, mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão, em virtude dessa inclusão”²⁸.

Vale ressaltar que o direito ao esquecimento, no Brasil, está sendo vítima de uma tentativa de manipulação por alguns políticos brasileiros, que, em busca de apagar mafeitos praticados em detrimento do patrimônio público e/ou particular, se utilizam do tema para atingir o objetivo de ocultar a divulgação de informações a respeito dessas práticas ilícitas.

O ex-deputado federal Eduardo Cunha (MDB-RJ), atualmente preso, elaborou o Projeto de Lei nº 7.881/2014, primeiro projeto apresentado na Câmara dos Deputados a respeito do direito ao esquecimento, que apenas não logrou êxito em ser aprovado porque o Projeto de Lei nº 215/2015 tramitou com maior rapidez na Comissão de Defesa do Consumidor e ficou pronto para seguir ao Plenário da Casa com maior antecedência²⁹.

Nesse mesmo Projeto de Lei nº 215/2015, atualmente tramitando na Câmara dos Deputados e cuja ida ao Plenário depende apenas do Presidente da Casa incluí-lo em pauta, foi prevista a possibilidade de acesso às informações de internautas por autoridades mesmo sem ordem judicial, através da inclusão de um parágrafo no artigo 10 da Lei do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)³⁰, o que constitui um completo absurdo.

28 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Google Spain SL, Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*. [Cons. 25 abril 2018]. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>.

29 GROSMANN, Luís Osvaldo. *Câmara rejeita projeto de Eduardo Cunha sobre 'direito ao esquecimento'*. Disponível em <http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&infoid=43327>. Acesso em 20/04/2018.

30 “Art. 7º O § 3º do art. 10 da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 10. § 3º O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação,

Passemos a uma breve análise a respeito da tutela processual da privacidade na era digital.

5. TUTELA PROCESSUAL DA PRIVACIDADE NA ERA DIGITAL

As violações ao direito à privacidade, quando praticadas em meio digital, exigem mecanismos processuais de tutela de certa forma diferenciados em relação àquelas praticadas fora da internet. Com efeito, ao passo que as violações à privacidade, fora dessa seara, costumam ter autor e locais certos, sua legitimidade passiva, bem como o local do dano, podem ser facilmente definidos sem que se fuja dos critérios tradicionais já utilizados pelo direito processual.

No caso da internet, porém, a situação muda um pouco de figura. Com efeito, os danos praticados em mídias digitais, muitas vezes, não têm um autor definido, tampouco local certo: o dano se espraia, muitas vezes, mundo afora, sem que possa determinar um único local da infração. Basta pensar, a título de exemplo, na divulgação de fotos íntimas de um indivíduo, sem sua autorização, em uma rede social. Nem sempre será possível definir quem incluiu inicialmente essas fotos no sítio eletrônico, permitindo acesso a elas, mas tão somente quem as replicou e produziu o dano sofrido pela vítima. Da mesma maneira, sequer seria possível definir o local em que a lesão à privacidade ocorreu: esta se espraia mundo afora.

Isso, sem dúvidas, trará consequências severas na seara processual. De início, como definir quem será o réu em eventual ação que vise à retirada desse conteúdo do ar, cumulada com danos morais e materiais? Todos que divulgaram esse conteúdo? Apenas o provedor que hospeda tais informações e permite sua divulgação? Como definir a competência para essas demandas? Isso gerará impactos, também, no próprio cumprimento da sentença que julgar procedente o pedido autoral.

Quanto ao primeiro questionamento, há, de certa forma, tendência jurisprudencial em conferir legitimidade passiva ao site para demandas dessa natureza. Esse entendimento se mostra correto, na medida em que aquele é o responsável por hospedar o conteúdo e,

endereço completo, telefone, CPF, conta de e-mail, na forma da lei, pelas autoridades que detenham competência legal para sua requisição, cabendo aos provedores, obrigatoriamente, a adoção de providências de coleta, obtenção, organização e disponibilização dos referidos dados cadastrais de modo a atender o aqui disposto, se e quando por elas requisitados.” (NR)”.

também, por sua divulgação. No Brasil, inclusive, há a previsão de responsabilização civil subsidiária do provedor que não retirar, em tempo razoável, certos conteúdos ofensivos à intimidade, na forma do artigo 21 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014).

Em termos de bancos de dados de consumidores, deve-se enfrentar um tema bastante relevante no Direito brasileiro: diz respeito à possibilidade ou não de uso do *habeas data* como instrumento para acesso, retirada ou inclusão de justificativas em relação a informações contidas em bancos de caráter público. Devemos enfrentá-lo em relação aos meios digitais porque boa parte desses bancos de dados está disponível na internet, tais como cadastros de consumidores inadimplentes e/ou junto a lojas de e-commerce, dentre outros.

Em doutrina, já se encontram manifestações favoráveis a essa possibilidade. E não haveria de ser diferente. Com efeito, dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal que será concedido *habeas data* para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público (alínea “a”) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (alínea “b”). E, considerando que os bancos de dados de consumidores têm natureza pública, não parece razoável recusar o manejo de *habeas data* para se ter acesso a eles em favor do consumidor.

Vale destacar, porém, a ausência de previsão específica, nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, a respeito de procedimento especial para a tutela de dados contidos na internet. Dessa maneira, em princípio, devem ser aplicadas as disposições comuns dos respectivos Códigos de Processo Civil na matéria.

Outra questão complexa diz respeito ao cumprimento das decisões que reconhecem a violação ao direito à privacidade na seara digital. Afinal, as violações à privacidade praticadas na *internet* se espalham mundo afora, o que exigiria, em tese, que o interessado necessitasse promover a homologação e o cumprimento da decisão em cada um dos países nos quais seu direito foi violado, tornando praticamente impossível que tal decisão seja efetiva.

Deve ser feita a menção, a respeito, do título executivo europeu, criado pelo Regulamento (CE) nº 805/2004 do Parlamento Europeu do Conselho da União Europeia. Trata-se, com efeito, da decisão, a transa-

ção judicial ou o instrumento autêntico que contempla um crédito pecuniário líquido, exigível e não contestado pelo devedor, certificado pelo título executivo por autoridade pública proveniente do Estado-Membro de origem a pedido do credor, podendo, a partir de então, ser executado em qualquer Estado-Membro da União Europeia com o mesmo status de um título executivo interno do país da execução³¹.

Embora a existência de um título executivo transnacional possa conferir maior efetividade às decisões que reconheçam a violação do direito à privacidade, especificamente no âmbito da União Europeia, sua utilização encontra óbice no artigo 3º do Regulamento (CE) nº 805/2004³², que restringe seu cabimento para as decisões que envolvam créditos não contestados. Não há, de outro lado, previsão de seu uso para decisões que reconheçam obrigação de fazer ou não fazer, o que costumeiramente será determinado para as decisões que envolvam lesões ao esquecimento. Assim, apenas a tutela indenizatória seria possível de ser buscada através do título executivo europeu.

Parece, porém, que a melhor solução para a efetividade do direito à privacidade na era digital ocorreria através da criação de um organismo supranacional de autorregulação da internet, onde os próprios responsáveis pela inclusão de conteúdos na rede poderiam ser acionados. Com isso, além de o indivíduo lesado dispor de um meio simples de buscar a retirada do conteúdo supostamente ofensivo da rede mundial de computadores, a via judicial poderia ter seu uso descartado para que houvesse a retirada do conteúdo, sem excluir, de outro lado, a possibilidade de propositura de demanda para buscar a reparação de danos morais e materiais decorrentes da conduta ilícita.

31 HILL, Flávia Pereira. *O Direito Processual Transnacional como forma de acesso à justiça no século XXI: os reflexos e desafios da sociedade contemporânea para o Direito Processual Civil e a concepção de um título executivo transnacional*. p. 159-160.

32 “Artigo 3.o Títulos executivos a certificar como Título Executivo Europeu.

1. O presente regulamento é aplicável às decisões, transacções judiciais e instrumentos autênticos sobre créditos não contestados. Um crédito é considerado “não contestado” se o devedor:

a) Tiver admitido expressamente a dívida, por meio de confissão ou de transacção homologada por um tribunal, ou celebrada perante um tribunal no decurso de um processo; ou

b) Nunca tiver deduzido oposição, de acordo com os requisitos processuais relevantes, ao abrigo da legislação do Estado-Membro de origem; ou

c) Não tiver comparecido nem feito representar na audiência relativa a esse crédito, após lhe ter inicialmente deduzido oposição durante a acção judicial, desde que esse comportamento implique uma admissão tácita do crédito ou dos factos alegados pelo credor, em conformidade com a legislação do Estado-Membro de origem; ou

d) Tiver expressamente reconhecido a dívida por meio de instrumento autêntico.

2. O presente regulamento é igualmente aplicável às decisões proferidas na sequência de impugnação de decisões, transacções judiciais ou instrumentos autênticos certificados como Título Executivo Europeu.”

CONCLUSÃO

O direito à privacidade passou por grandes transformações ao longo dos últimos dois séculos. De um mero direito de primeira geração, focado, essencialmente, no direito a permanecer só (*“the right to be alone”*), assumiu contornos mais rebuscados. Hoje, o direito à privacidade é visto como um direito à proteção de dados pessoais, envolvendo outros direitos fundamentais, tais como o sigilo de correspondência e a inviolabilidade do domicílio, como antes visto.

Na era digital, o direito à privacidade não perde importância nem conteúdo. Este permanece idêntico. Sua antiga tensão junto ao direito de informação permanece, apenas admitindo soluções a este velho conflito no caso concreto, através da técnica da ponderação, de maneira semelhante àquela já adotada em relação aos direitos fundamentais de uma maneira geral.

Tudo isso não passou despercebido pelos legisladores brasileiro e português, bem como pela União Europeia, que já editou diversas diretivas a respeito do assunto. Como visto, há inúmeras normas em ambos os ordenamentos destinadas à tutela à privacidade, inclusive, no meio digital. Há, porém, certa carência de normas processuais com a finalidade de tutela da privacidade, considerando que certos institutos processuais não se mostram plenamente adequados para solucionar litígios dessa espécie. Boas iniciativas, como é o caso da criação do título executivo europeu, podem ser bem utilizadas, desde que com os devidos ajustes formulados, tais como a expansão desta espécie de título às obrigações de fazer e não fazer.

Por fim, não se pode olvidar quanto à necessidade de se estabelecer balizas mais firmes quanto à possibilidade de uso e cessão de dados de terceiros. O exemplo da companhia iRobot, que pretendia vender tais dados, é elucidativo a respeito dos perigos existentes caso não haja a adequada regulamentação do tema, colocando os usuários da internet em sério risco de terem seus dados entregues a quem não desejam que tenham acesso. ♦

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAIÃO, Kelly C. Sampaio; GONÇALVES, Kalline Carvalho. **A garantia da privacidade na sociedade tecnológica: um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana**. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro. Ano 3, nº 2, (jul. - dez. 2014). [Con. 25 abril 2018]. Disponível em: <http://civilistica.com/agarantia-da-privacidade-na-sociedade-tecnologica-um-imperativo-a-concretizacao-do-principio-dadignidade-da-pessoa-humana/>>.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela da personalidade no atual direito brasileiro**. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 32, n. 125, jan. - mar. 1995, p. 45-67.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Deputado Hildo Rocha - PMDB/MA. Projeto de Lei nº 215/2015. [Em linha]. [Cons. 26 abril 2018]. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946034>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1152 p.

DONEDA, Danilo. **Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade**. In: *TEPEDINO, Gustavo (Org.). Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 1, p. 37-54.

G1. **Mundo tem 3,2 bilhões de pessoas conectadas à internet, diz UIT**. [Cons. 29 abril 2018]. Disponível em <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/05/mundo-tem-32-bilhoes-de-pessoas-conectadas-internet-diz-uit.html>.

GROSSMAN, Luís Osvaldo. **Câmara rejeita projeto de Eduardo Cunha sobre 'direito ao esquecimento'**. *Convergência digital*. [Cons. 26 abril 2018]. Disponível em <http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&infol=43327>.

IROBOT. **Política de Privacidade**. [Cons. 25 abril 2018]. Disponível em <https://www.irobot.com.br/Privacy-Policy>.

_____. **Roomba: aspiradores autônomos registaram dados de várias casas e a iRobot quer vendê-los**. *Sapo*. [Cons. 26 abril 2018].

Disponível em <https://tek.sapo.pt/noticias/computadores/artigos/roomba-aspiradores-autonomos-registaram-dados-de-varias-casas-e-a-irobot-quer-vende-los>.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLHAR DIGITAL. Relógios inteligentes devem chegar a 50 milhões de unidades vendidas em 2016. [Cons. 26 abril 2018]. Disponível em <https://olhardigital.com.br/noticia/apple-deve-ajudar-mercado-de-relogios-inteligentes-a-crescer-em-2016/54937>.

REPÚBLICA DE PORTUGAL. Código Civil. [Cons. 26 abril 2018]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis.

_____. **Constituição da República Portuguesa**. Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10. [Em linha]. [Cons. 26 abril 2018]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância** - A privacidade Hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAPO. **Portugal tem 5,9 milhões de utilizadores de internet**. Sapo. [Cons. 26 abril 2018]. Disponível em <https://tek.sapo.pt/noticias/internet/artigos/portugal-tem-59-milhoes-de-utilizadores-de-internet>.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 95/46/CE**. [Cons. 26 abril 2018]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:31995L0046>.

_____. **Diretiva 2002/58/CE**. [Cons. 26 abril 2018]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32002L0058>.

_____. **Tribunal de Justiça da União Europeia**. Google Spain SL, Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González. [Cons. 26 abril 2018]. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>.

VALENTE, Jonas - **Relatório aponta Brasil como quarto país em número de usuários de internet**. Agência EBC. [Cons. 25 abril 2018]. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-10/relatorio-aponta-brasil-como-quarto-pais-em-numero-de-usuarios-de-internet>.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Loius D. **The Right to Privacy**. In: Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5 (Dec. 15, 1890). pp. 193-220.

A Súmula e o Sistema de Precedentes do Novo CPC^{1 2}

Ronaldo Cramer

*Professor de Direito Processual Civil da PUC-Rio.
Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela
PUC-SP. Vice-Diretor do Instituto Brasileiro de Direito
Processual – IBDP. Membro do Instituto Carioca de
Processo Civil. Advogado*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Súmula. 3. Súmula e Precedente. 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Entre as novidades trazidas pelo novo Código de Processo Civil (ainda usarei o adjetivo *novo*, porque o Código tem menos de 3 anos de vigência), o sistema de precedentes configura-se uma das mais relevantes e polêmicas.

Apesar de alguns juristas pensarem o contrário³, efetivamente, o novo CPC introduz, no nosso ordenamento processual, um sistema de precedentes, porque, por meio de algumas normas, confere tratamento e relevância processual ao precedente, instituto que, até bem pouco tempo atrás, não merecia a nossa atenção.

Fala-se em sistema de precedentes, porque o novo CPC traz um conjunto normativo que disciplina a criação (p.e., *caput* do art. 927 do NCPC), a aplicação (p.e., art. 489, §1º, inciso V, do NCPC) e a superação do precedente (p.e., §§2º, 3º e 4º do art. 927 do NCPC).

1 Este artigo é uma homenagem a José Carlos Barbosa Moreira, que, por sinal, tinha resistência à implementação de um sistema de precedentes em nosso ordenamento:

“No caso de nosso país, o máximo de cuidado há de ser posto justamente na abertura das portas jurídicas aos produtos vindos dos Estados Unidos, dada a notória diferença estrutural dos dois sistemas – o brasileiro, de linhagem europeia continental, com o predomínio das fontes escritas, e o norte-americano, muito mais afeiçoado à formação jurisprudencial do direito. Devo declarar com absoluta sinceridade, por exemplo, acerca da atribuição de eficácia vinculativa a precedentes judiciais, que a julgo conatural a este último sistema, enquanto me parece duvidoso, para dizer o menos, que se harmonize com aquele” (“O futuro da justiça: alguns mitos”. *Temas de direito processual* oitava série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004, pp. 9-10).

2 O tema deste artigo foi por mim explorado com mais detalhes e mais pesquisa no livro *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

3 STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha e Alexandre Freire (coord). São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 1195-1196.

A previsão do sistema de precedentes é oportuna e necessária, porque objetiva dar mais segurança jurídica e isonomia à produção judicial, constituindo, ainda, um importante remédio para mitigar o problema das ações repetitivas que abarrotam a máquina judiciária.

Diferentemente do que se possa imaginar, o sistema de precedentes do novo CPC não significa que nosso sistema jurídico esteja migrando para o Common Law. A despeito de se valer, inevitavelmente, de algumas noções do Common Law, o sistema de precedentes do novo Código tem características muito peculiares que o distinguem do sistema adotado no Direito anglo-saxão, como, por exemplo, o fato de que o nosso precedente decorre de previsão legal e encontra seus limites na lei.

Além disso, para que o sistema de precedentes do novo CPC tenha rendimento na prática, sem o que a sua previsão será irrelevante, faz-se necessário que sua compreensão e uso se deem estritamente conforme a lei brasileira e as nossas tradições processuais.

Sem dúvida nenhuma, um dos pontos mais importantes do sistema de precedentes é estabelecer o conceito de precedente. A depender do que se entenda por *precedente*, pode-se inferir um sistema mais ou menos abrangente, ou, até mesmo, se negar a existência do próprio sistema de precedentes no Direito brasileiro⁴.

Precedente é um conceito lógico-jurídico⁵, pois sua definição não depende do direito positivo, uma vez que constitui um instituto fundamental do Direito Processual e seu entendimento é relevante para qualquer ordenamento jurídico.

Segundo a definição mais usada, *precedente é a decisão judicial que fixou a tese jurídica (norma jurídica) que deverá ser seguida pelas demais decisões em casos idênticos*⁶. Essa definição aparece em todos os sistemas processuais, independentemente de pertencerem ao Civil Law ou Common Law⁷, e chega a ser intuitiva.

4 Como fazem Lenio Luiz Streck e Georges Abboud (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha e Alexandre Freire (coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 1195-1196).

5 Sobre conceito lógico-jurídico, vide DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: Juspodivm, 2012, pp. 38-43.

6 No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 441; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 216; TUCCI, José Rogério Cruz e. "Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial". *Direito jurisprudencial*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 98; MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. "Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil". *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*, v. 1. Alexandre Freire et al. (coord.) Salvador: Juspodivm, 2013, p. 686.

7 "Precedents are prior decisions that function as models for later decisions. Applying lessons of the past to solve problems of present and future is a basic of human practical reason" (MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Ashgate, 1997, p. 1). Essa obra é uma coletânea de artigos de juristas de diferentes países sobre precedentes. Esses artigos respondem a tópicos encaminhados por Neil

Adaptando esse conceito para o sistema de precedentes do nosso Direito, *precedente é todo julgado de tribunal que, por força de sua condição originária ou de reconhecimento posterior, cria a norma jurídica a ser seguida, obrigatoriamente ou não, em casos idênticos.*

Algumas explicações sobre esse conceito são necessárias.

O precedente é um julgado, decorrente do colegiado do tribunal⁸. Esse discernimento é importante para se ter claro que uma decisão monocrática, proferida por um relator, não constitui precedente.

O conceito proposto também se refere a precedente como o provimento que, *por força de sua condição originária ou de reconhecimento posterior*, cria a norma a ser seguida. Essa referência à condição do precedente faz-se necessária, uma vez que o precedente, em nosso sistema, diferentemente do que ocorre no Common Law, pode já nascer com essa condição, como na hipótese do precedente vinculante, ou ser distinguido por julgados posteriores, como no caso do precedente persuasivo.

Repare-se, ainda, que o precedente *cria a norma jurídica a ser seguida, de forma vinculante ou persuasiva*, em *casos idênticos*.

Três destaques devem ser feitos sobre a parte final do conceito acima.

O precedente não cria apenas a tese jurídica. Falar em *tese jurídica* é um facilitador comunicativo. Faz mais do que isso. O precedente, a partir da interpretação do texto normativo aplicável ao caso, forja a *norma jurídica geral*, que constitui premissa de julgamento do caso concreto e serve de baliza decisória para casos futuros.

Diversamente do que se dá no Common Law, em que somente há precedentes vinculantes, o precedente, no sistema posto pelo novo Código de Processo Civil, configura-se uma diretriz decisória que pode ser vinculante ou persuasiva. O precedente, no entanto, somente será vinculante se a lei assim previr.

E, finalmente, o precedente, por óbvio, somente deve ser empregado se o seu caso for idêntico ao caso sob julgamento.

MacCormick e Robert S. Summers, e um dos tópicos é “meaning of precedent”. Em todos os artigos, juristas de diferentes países dizem que, pelo menos, precedente é a primeira decisão judicial que firmou a tese jurídica a ser seguida. Parece óbvio, mas é importante dizer, como faz o Enunciando nº 315 do FPPC, que “[n]em todas as decisões formam precedentes vinculantes”.

⁸ O único precedente de primeira instância que se deve admitir é o proferido pela Turma Recursal do Juizado Especial Cível. Essa hipótese é excepcional, porque, no sistema dos Juizados, a Turma Recursal, muito embora integre a primeira instância, é órgão colegiado e atua como segundo grau de jurisdição.

2. SÚMULA

Em primeiro lugar, não se desconhece que *súmula* significa o coletivo dos enunciados representativos da jurisprudência de um tribunal. O correto seria se referir, por exemplo, ao Enunciado 356 da Súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (apenas para citar um dos mais famosos), em vez de simplesmente Súmula 356. No entanto, como essa é uma questão de linguagem, sem grandes repercussões práticas, consagrou-se, no vernáculo forense, o uso de *súmula* como sinônimo de *enunciado*, inclusive pelos próprios tribunais superiores. É nesse sentido que, neste pequeno artigo, me referirei à *súmula*, como substantivo singular, equivalente a *enunciado*.

Inspirado por uma prática adotada pelo Min. Victor Nunes Leal⁹, o Supremo Tribunal Federal, em 1963, alterou seu regimento para criar a *súmula* de sua jurisprudência, contendo enunciados representativos de seu entendimento sobre questões jurídicas controversas, especialmente a respeito de questões repetitivas¹⁰.

As *súmulas* não foram concebidas para servir como precedente, mesmo porque com ele não se confundem, mas para organizar o trabalho dos ministros, identificando como a questão foi julgada e evitando julgamentos contraditórios sobre o mesmo assunto. Victor Nunes Leal, que teve a ideia de criá-las, explica a sua motivação:

“Por falta de técnicas mais sofisticadas, a *Súmula* nasceu – e colateralmente adquiriu efeitos de natureza processual – da dificuldade, para os ministros, de identificar as matérias que já não convinha discutir de novo, salvo se sobreviesse algum motivo relevante. O hábito, então, era reportar-se cada qual à sua memória, testemunhando, para os colegas mais modernos que era tal ou qual a jurisprudência assente da Corte. Juiz calouro, com a agravante da falta de memória, tive que tomar, nos primeiros anos, numerosas notas, e bem assim sistematizá-las, para pronta consulta durante as sessões de julgamento.

Daí surgiu a ideia da *Súmula*, que os colegas mais expe-

⁹ A respeito da origem da *súmula*, veja-se LEAL, Victor Nunes. “Passado e futuro da *súmula* do STF”. *Revista de Direito Administrativo*, 1981, n. 145.

¹⁰ Diário de Justiça dos Estados Unidos do Brasil do dia 30.08.1963. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1940/art_183_3agosto1963.pdf Acesso em: 25 jan. 2018.

rientes – em especial os companheiros da Comissão de Jurisprudência, Ministros Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves – tanto estimularam. E se logrou, rápido, o assentimento da Presidência e dos demais ministros”¹¹.

Somente com o tempo, sobretudo a partir do impacto de seu uso na praxe forense, a súmula tornou-se um importante e persuasivo parâmetro decisório do nosso sistema processual.

À vista dessa eficiência, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, criou, no art. 103-A, a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. Como sabido, a súmula vinculante tem por objeto questão constitucional controversa, pode ser editada por aprovação de dois terços dos membros do STF, depois de reiteradas decisões sobre o assunto, e subordina o Poder Judiciário e a Administração Pública, direta ou indireta.

O Código de Processo Civil de 1973 também contemplou a súmula em algumas normas como mecanismo de abreviação do procedimento (ou como técnica de aceleração do procedimento, como se preferir). Exemplos disso se encontram no art. 518, §1º, que impedia a admissão da apelação em primeira instância, caso a sentença recorrida estivesse em conformidade com súmula do STJ ou STF; no *caput* do art. 557, que conferia ao relator o poder de negar seguimento ao recurso com base em súmula do próprio tribunal ou de tribunal superior; e no §1º do mesmo artigo, que outorgava ao relator o poder de dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estivesse em confronto com súmula dos tribunais superiores.

Por sua vez, o novo CPC, além de manter a súmula como mecanismo de abreviação do procedimento, a relaciona como um dos precedentes vinculantes previstos no art. 927.

Diante disso, impõem-se as seguintes indagações: *súmula é precedente? Como a súmula se integra ao sistema de precedentes?*

3. PRECEDENTE E SÚMULA

A produção judicial segue uma dinâmica própria. Em primeiro lugar, tem-se o julgado, que pode ser um precedente se cria uma tese jurídica. O precedente, se reiteradamente aplicado por outros julgados, vira jurisprudência, e esta, se representa insofismavelmente

¹¹ LEAL, Victor Nunes. “Passado e futuro da súmula do STF”. *Revista de Direito Administrativo*, 1981, n. 145, p. 14.

a posição do tribunal, transforma-se em súmula. A evolução vai do julgado à súmula, nos seguintes termos:

julgado → precedente → jurisprudência → súmula

Essa dinâmica não passou despercebida por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria Oliveira:

“Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal.

Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente.

Há, pois, uma evolução: precedente – jurisprudência – súmula. São noções distintas, embora umbilicalmente ligadas”¹².

Verifica-se, assim, que a súmula não é precedente, mas dele decorre. A súmula constitui a síntese da tese jurídica criada pelo precedente.

Entretanto, para os fins do sistema de precedentes, a súmula deve ser considerada dentro desse sistema, porque, muito embora não seja um precedente, é um provimento judicial que representa o precedente que a originou¹³.

Explique-se melhor. No sistema de precedentes, a súmula não deve ser aplicada de forma autônoma em relação ao precedente originário, como se ela mesma fosse o precedente ou, ainda, um texto normativo. É isso o que se tem feito até hoje, seja na teoria, seja na prática. Pega-se o texto da súmula e se promove a sua aplicação de forma indiferente ao precedente originário¹⁴.

Esse uso indevido da súmula decorre do nosso costume, próprio da tradição do Civil Law, de fazer a subsunção entre a norma do dis-

12 *Curso de direito processual civil*, v. 2. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 487.

13 Francesco G. Mazzotta relata que, na Itália, a *massima*, que seria equivalente à nossa súmula, é usualmente tratada como precedente. (“Precedents in italian law”. *Michigan State University College of Law Journal of International Law*, vol. 9, 2000, p. 129).

14 Numa pesquisa do Conselho Nacional de Justiça, constatou-se que a súmula vinculante é citada a partir de seu verbete, sem alusão ao precedente que a gerou (*A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Thomas da Rosa de Bustamante et al (coord.). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 77).

positivo legal e o fato gerador. Crê-se que a tese jurídica está retratada no texto da súmula e, por isso, se faz simplesmente a sua aplicação ao caso concreto. Não se tem o hábito de ir ao precedente originário, para identificar a tese jurídica e aplicá-la ao caso dos autos.

Essa forma de lidar com as súmulas tem que mudar. Como constitui mera síntese da tese jurídica do precedente originário, a súmula deve ser empregada nos termos de seu precedente, que constitui, obviamente, a primeira decisão da cadeia de julgados que ensejaram o enunciado.

O texto da súmula não é adequado para compreender a tese jurídica do precedente originário, porque, obviamente, constitui sua mera síntese e, como toda síntese, não reúne todos os elementos necessários para o entendimento do objeto sintetizado. Deve apenas servir como indicativo da existência do precedente originário, a fim de se buscar nele a aplicação da tese jurídica criada.

O próprio novo CPC sinaliza nesse sentido ao dispor, no inciso V do §1º do art. 489, que é nula a decisão que invoca enunciado de súmula “sem identificar seus fundamentos determinantes”.

Para ilustrar o que aqui se sustenta, veja-se o exemplo da Súmula 88 do STJ. O seu texto dispõe que “são admissíveis embargos infringentes em processo falimentar”.

Se considerada apenas por seu texto, essa súmula parece tratar apenas da hipótese de cabimento dos embargos infringentes no processo de falência, o que a torna, inclusive, um verbete inútil depois do CPC de 2015, que, como se sabe, aboliu aquele recurso do sistema processual.

Todavia, se visto o precedente da Súmula 88 do STJ, o julgado do REsp 4.155/RJ, verifica-se que a tese jurídica forjada se refere à aplicação supletiva do Código de Processo Civil a qualquer processo regulado pela Lei de Falência, desde que não haja vedação expressa nessa mesma Lei. O cabimento dos embargos infringentes constitui apenas consequência dessa premissa.

Leia-se trecho do voto do relator Min. Cláudio Santos, no julgado do REsp 4.155/RJ:

“Poder-se-ia objetar que a lei de quebras atual, apesar de omissa, é ordenamento especial de natureza comercial e processual, razão por que não se aplicaria o Código de

Processo Civil. Por outro lado, a celeridade do processo estaria a recomendar a vedação do manejo de tal recurso. São as mesmas razões a embasar o entendimento da inaplicabilidade dos embargos infringentes no mandado de segurança, matéria já sumulada pelo Pretório Excelso, no verbete nº 597, a saber: ‘Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação.’

Data vênha, ousou divergir do entendimento da Corte Maior e o faço na boa companhia do Prof. Celso Agrícola Barbi (RT 481/11), de Egas Moniz de Aragão (Ajuris 10/156), de Jacy de Assis (ob.cit., ps. 90/97), de Arruda Alvim (RP 3/192), do eminente Min. José Néri da Silveira, quando integrante do T.F.R. (apud, Roberto Rosas, em ‘Direito Sumular’) e do douto processualista Des. J .C. Barbosa Moreira, em voto no julgamento dos embargos infringentes, na A.C. 5.856, de dezembro de 1978.

Do último, reproduzo expressivo trecho de seu voto: ‘As regras constantes do Código de Processo Civil constituem o reservatório comum da disciplina de todos os feitos, desde que compatíveis com os diplomas legais extravagantes que lhes tracem o procedimento’¹⁵.

Logo, a Súmula 88 do STJ, compreendida a partir do precedente que a originou, prevê a regra de que o Código de Processo Civil regula subsidiariamente o processo falimentar, o que torna esse enunciado ainda útil após o CPC de 2015.

Veja-se outro exemplo, por mim citado em outro livro, escrito em coautoria com Bruno García Redondo e Guilherme Peres de Oliveira^{16 17}.

Antes da nova Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009), a coisa julgada nessa espécie de ação era disciplinada pelos artigos 15 e 16 da Lei 1.533/1951. Com base nessas regras, o STF editou a

15 STJ, REsp 4.155/RJ, 3ª Turma, rel. Min. Cláudio Santos, julgado em 13.05.1991.

16 *Mandado de segurança*: comentários à Lei 12.016/2009. São Paulo: Método, 2009, pp. 146-147.

17 Para demonstrar a mesma prática equivocada de aplicação da súmula, Leonard Ziesemer Schmitz cita o mesmo exemplo no livro *A fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 330-331.

Súmula 304, que assim diz: “Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria”.

A expressão “decisão denegatória” era entendida tanto como sentença de improcedência do pedido, quanto como sentença de extinção do processo, sem julgamento de mérito. A Súmula 304 do STF retratava o entendimento de seu precedente, segundo o qual a decisão denegatória do mandado de segurança, seja processual, seja de mérito, não faz coisa julgada e não impede que o mesmo pedido seja deduzido em ação ordinária.

O julgado no RE 50.816/SP, precedente originário da Súmula 304 do STF, não é tão claro, mas se pode inferir, de sua fundamentação, a tese de que qualquer julgamento desfavorável do mandado de segurança não obsta o uso da ação ordinária para postular o mesmo pedido.

Veja-se trecho do voto do relator, Min. Villas Bôas:

“*Data vênia*, penso que foi desprezado o preceito do artigo 15 da Lei 1.533, quanto à possibilidade de postular direito porventura não reconhecido em processo de mandado de segurança”¹⁸.

Porém, o Supremo acabou por dar à Súmula 304 interpretação divergente do precedente originário¹⁹. Interpretando apenas o texto sumular, o STF passou a entender que a oração “não fazendo coisa julgada contra o impetrante” quer dizer “quando não fizer coisa julgada contra o impetrante”²⁰, o que significa que a decisão denegatória, apenas quando não julga o mérito, não impede a formulação do mesmo pedido em ação ordinária²¹.

Por esse entendimento, construído em desacordo com o precedente que originou a Súmula, a coisa julgada no mandado de segurança é *pro et contra*, igual a de qualquer outro processo. Essa posição foi posteriormente incorporada pelo art. 19 da Lei 12.016/2009.

Vistos esses dois exemplos, tem-se que a súmula não deve ser integrada ao sistema de precedentes para se fazer a aplicação de seu

18 STF, RE 50.816/SP, 2ª Turma, rel. Min. Villas Bôas, julgado em 30.11.1962.

19 Confira-se: STF, RE 50.816/SP, 2ª Turma, rel. Min. Antonio Villas Boas, julgado em 30.11.1962.

20 O correto seria interpretar “se não fizer coisa julgada contra o impetrante”.

21 Veja-se, por todos, o seguinte julgado: STF, RE 78.119/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Rodrigues Alckmin, julgado em 08.08.1975.

texto, como se ela mesma fosse o precedente, mas para se promover o emprego do precedente originário, mais precisamente da tese jurídica nele forjada^{22 23 24}. Em outras palavras, a súmula compõe o sistema de precedentes para ser mero instrumento de emprego do precedente originário.

O novo CPC, no §2º do art. 926, teve a preocupação de demonstrar que a súmula não é provimento judicial autônomo, mas deve se ater às circunstâncias fáticas e jurídicas do precedente que a gerou²⁵.

Dessa feita, quando o sistema de precedentes se refere à súmula, não quer aludir a ela em si mesma, mas ao precedente que a produziu. É somente ele que tem valor para esse sistema^{26 27}.

Daniel Mitidiero faz a mesma observação:

“Súmulas, portanto, são enunciados que visam a retratar precedentes, alocando-se em um *nível acima do nível* do precedente. Por essa razão é que obviamente devem se ater às circunstâncias fático-jurídicas que deram azo à formação dos precedentes subjacentes (art. 926, §2º, do CPC). Isso quer dizer que o legislador deveria ter dito que os *precedentes – enunciados ou não em súmulas, vinculantes ou não, obrigam juízes e tribunais*. Rigorosamente, não são as súmulas que obrigam, mas os precedentes subjacentes”²⁸.

22 No mesmo sentido, vide PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 158, pp. 160-162. Na mesma direção, segue o enunciado nº 166 do FPPC: “A aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente”.

23 Na já citada pesquisa do CNJ, chegou-se à conclusão de que a grande maioria das súmulas é redigida com fidelidade ao precedente que a originou (*A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Thomas da Rosa de Bustamante et al (coord.). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, pp. 43-44).

24 Lenio Luiz Streck e Georges Abboud discordam da possibilidade de a súmula ser considerada no sistema de precedentes, com base, sobretudo, na nossa cultura de fazer o emprego da súmula de forma autônoma (*O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 56 e seguintes). Para uma crítica mais incisiva, vide STRECK, Lenio Luiz. “Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma ‘teoria geral dos precedentes’?”. *Direitos fundamentais e justiça*. Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/RS, ano 2, n. 5, out/dez 2008. Porto Alegre: HS Editora, 2008.

25 O §2º do art. 926 menciona apenas “circunstâncias fáticas”, quando deveria ter se referido a “circunstâncias fáticas e jurídicas”.

26 Confira-se ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 1.329-1.330.

27 Marinoni entende que, se a súmula deve ser usada a partir do precedente originário, ela passou a ser desnecessária (*Precedentes obrigatórios*. 4 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, p. 287).

Não posso concordar, porque o emprego da súmula pelo precedente originário constitui o uso correto desse provimento desde sempre, não apenas a partir de agora, e deve se dar independentemente do sistema de precedentes.

28 *Precedentes*: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 109.

Ressalte-se, ainda, que a tese jurídica sintetizada pela súmula deve ser compreendida não só a partir do precedente que a criou, mas também das decisões posteriores que a aplicaram.

Definitivamente, é importante compreender a súmula desse modo, como mero instrumento de aplicação do precedente originário, não só para incluí-la no sistema de precedentes, mas porque essa, a meu ver, constitui a forma correta de empregá-la²⁹.

4. CONCLUSÃO

Considerando que o novo CPC arrola a súmula como um dos precedentes vinculantes do art. 927, mais precisamente nos incisos II (súmula vinculante do STF) e IV (súmulas em matéria federal do STJ e em matéria constitucional do STF), importa saber se súmula é precedente e como ela se integra ao sistema de precedentes do novo CPC.

Como visto, súmula não é precedente, mas a síntese da tese jurídica criada pelo precedente que a originou. Logo, a súmula deve ser integrada ao sistema de precedentes não para se fazer a aplicação de seu texto, como se ela mesma fosse o precedente, mas para se promover o emprego do precedente originário, notadamente da tese jurídica nele forjada. A súmula compõe o sistema de precedentes para constituir mero instrumento de emprego do precedente originário.

Dessa forma, quando os incisos II e IV do art. 927 do NCPC referem-se a súmulas, estão querendo dizer, na verdade, que são vinculantes os precedentes originários dessas súmulas.❖

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Diário de Justiça dos Estados Unidos do Brasil do dia 30.08.1963**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1940/art_183_3agosto1963.pdf. Acesso em: 25 jan. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário**. Thomas da Rosa de Bustamante et al (coord.). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

²⁹ Em igual sentido, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 464-465.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo**, essa desconhecida. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, v. 2. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

LEAL, Victor Nunes. **“Passado e futuro da súmula do STF”**. Revista de Direito Administrativo, 1981, n. 145.

MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Ashgate, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 4 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

MAZZOTTA, Francesco G. **“Precedents in italian law”**. Michigan State University College of Law Journal of International Law, vol. 9, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. **“Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil”**. Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil”, v. 1. Alexandre Freire et al. (coord.) Salvador: Juspodivm, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **“O futuro da justiça: alguns mitos”**. Temas de direito processual: oitava série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015.

REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. **Mandado de segurança: comentários à Lei 12.016/2009**. São Paulo: Método, 2009.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **A fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas, vaguezas e ambiguidades**: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes?”. Direitos fundamentais e justiça. Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/RS, ano 2, n. 5, out/dez 2008. Porto Alegre: HS Editora, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha e Alexandre Freire (coord.). São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **“Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial”**. Direito jurisprudencial. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ZANETI JR., Hermes. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2 ed. rev. atual. e ampl. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Reflexões sobre a Alteração da Lei Nº 11.101/05 para Inclusão do Financiamento do Devedor à Luz da Teoria da Análise Econômica do Direito

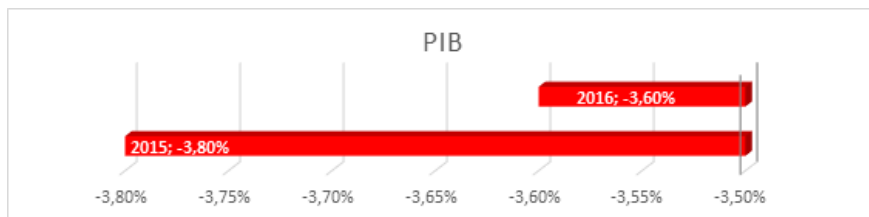
Gustavo Licks

*Doutorando pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Linha de Pesquisa – Empresa e Atividades Econômicas*

Com a economia nacional em uma crise sem precedentes, as sociedades empresárias descompensadas se multiplicam e grande parte delas nunca consegue se reerguer. Assim, a taxa de desemprego cresce continuamente e a arrecadação de tributos despenca desde 2015, o que deixa inúmeras sequelas para a nossa sociedade, como por exemplo, o colapso da saúde pública, da educação e o aumento da criminalidade. Neste cenário, a Lei 11.101/2005 vem sofrendo críticas por não conseguir dar respostas eficazes para o soerguimento das devedoras. Os postos de trabalho preservados através dos processos de recuperação judicial são baixos em face daqueles que foram fechados. Alguns advogam que o culpado pelo insucesso das recuperações judiciais seria a falta de garantia para novos recursos ingressarem nas sociedades em crise. Como solução, propõe-se a alteração da legislação para conceder mais garantias àqueles dispostos a financiar a revitalização. À luz das Teorias da Análise Econômica do Direito, a sugestão seria um avanço ou um retrocesso?

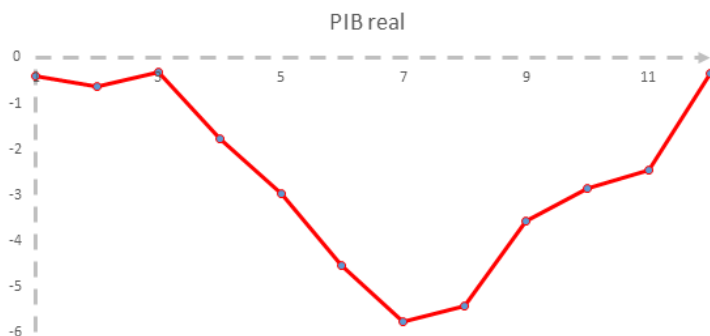
1. INTRODUÇÃO

Em 2015, o Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil¹ encolheu 3,8% e ao final de 2016 a economia nacional retraiu 3,6%. Os dois exercícios acumulados, 2015 e 2016, totalizaram -7,5%.



Os dados oficiais de desempenho trimestral do PIB, que começaram a ser aferidos em 1980, indicam que em apenas uma ocasião a crise econômica perdurou por tanto tempo, onze trimestres, entre 1989 e 1992.

Entre o segundo trimestre de 2014 e o primeiro trimestre de 2017, o PIB real recuou doze trimestres². Considerando apenas as quedas nominais, foram oito trimestres consecutivos³.



Outros comparam a atual situação econômica brasileira com a crise sofrida em 1930, quando o Brasil viveu os efeitos da “Grande Depressão”, que destruiu a economia global.

¹ Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/4890204/pib-do-brasil-recua-36-em-2016>. Acesso em 7/10/2017

² Informação disponível em: <http://www.ipeadata.gov.br/ExibeSerie.aspx?serid=38414>. Acesso em 7/10/2017

³ Dados de: <https://g1.globo.com/economia/noticia/pib-do-brasil-cresce-10-no-1-trimestre-de-2017.ghtml>. Acesso em 7/10/2017

À época para minimizar as consequências causadas pela perda de valor da principal “commodity” nacional, foram queimadas 71.000.000 (setenta e um milhões) de sacas de café⁴.

Desde 2014, a atividade empresarial vem se deteriorando de forma abrupta, provocando níveis de desemprego cada vez maiores. Em maio de 2017, a taxa de desemprego brasileiro atingiu 13,3% dos trabalhadores, chegando a 13,8 milhões de postos de trabalho encerrados⁵.

Um dos resultados deste cenário de destruição é o aumento das demandas de recuperação judicial de sociedades empresárias, que são protocolizadas na esperança de dias melhores, afastando, ao menos temporariamente, o “fantasma” da falência.

Como publicado pela Empresa Brasil de Comunicação S/A - EBC, os pedidos de processamento da ação de recuperação judicial aumentaram em todo país 116,4% (cento e dezesseis inteiros e quatro décimos por cento) no primeiro bimestre de 2016, período em que foram registrados 251 (duzentos e cinquenta um) protocolos⁶.

Em meio da maior crise da República, a Lei de Recuperação Judicial e de Falências, Lei nº 11.101/2005, completa 12 anos de sua promulgação e se encontra em crise de identidade.

Críticos apontam falhas na legislação, o que dificultaria o ingresso de novos recursos para as empresas com dificuldades financeiras.

Os obstáculos para a revitalização estariam relacionados com a ausência de garantias para o “investimento novo”.

A solução seria alterar⁷ a Lei 11.101/05 para, entre outras mudanças, permitir que o ingresso de capital após o processamento da recuperação judicial tenha privilégios e garantias sobre os demais créditos.

Desse modo, os créditos concursais e extraconcursais estariam subordinados aos novos investimentos, o que permitiria a revitalização das sociedades empresárias sob crise financeira.

4 Disponível em: <http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2016/04/como-o-brasil-entrou-sozinho-na-pior-crise-da-historia.html>. Acesso em 7/10/2017

5 Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/desemprego-fica-em-133-no-trimestre-encerrado-em-maio.ghtml>. Acesso em 7/10/2017.

6 Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-03/pedidos-de-recuperacao-judicial-crescem-1164-em-dois-meses>. Acesso em 10/06/2016.

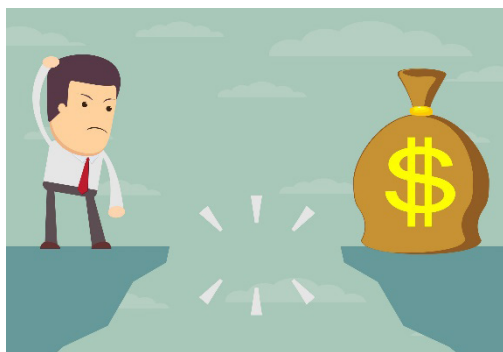
7 Disponível em: <http://economia.ig.com.br/2017-07-05/henrique-meirelles-recuperacao-judicial.html>. Acesso em 7/10/2017

Indubitavelmente, faz-se necessário estimular o aporte de capital nessas sociedades e o incentivo não pode ser dissociado das garantias, pois conforme a regra do mercado financeiro de que quanto maior o endividamento do tomador de capital, maiores serão as garantias exigidas para a concessão de empréstimos, e considerando que as sociedades sob recuperação judicial estão com um nível de liquidez e solvabilidade baixos, deve-se esperar que o mercado requeira garantias sólidas e de fácil realização para a concessão de financiamentos.



O estudo em tela não pretende analisar a necessidades de garantias para o recebimento de aportes financeiros em uma empresa em estado de crise.

A análise almeja identificar se a minuta de alteração da legislação estaria adequada aos interesses dos “novos investidores”, dos credores concursais e extraconcursais, bem como se permite a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores, promovendo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.



Os estudos fundamentam-se na Teoria da Análise Econômica do Direito, pois se o comportamento mercadológico de demanda e de oferta pode ser pesquisado, as atividades não econômicas, como a análise legislativa, também podem se valer das ferramentas interdisciplinares para elaborar uma reflexão sobre comportamento, causas e consequências da legislação sobre a sociedade.

Posner⁸ evidencia a necessidade de trabalhar os estudos econômicos de forma permeada com a interdisciplinaridade, especialmente em áreas como a História e o Direito. Segundo o autor, a noção não mercadológica do conceito de Economia permite uma compreensão mais ampla dos estudos a respeito do tema.

Nesse sentido, Posner ensina que:

“Economia representa o conjunto de aplicações frutíferas da teoria econômica. De qualquer modo, não é necessária uma pesquisa detalhada da Economia não mercadológica para se perceber que a análise econômica tem se mostrado frutífera ao tratar de assuntos não mercadológicos tão variados como educação, História econômica, causas da legislação regulatória, comportamento de instituições sem fins lucrativos, divórcio, diferenças salariais em razão de raça e sexo, prática e controle do crime, bem como (conforme desejo defender) leis que regulam a propriedade, a responsabilidade civil e os contratos. Esse sucesso se mostra satisfa-

8 POSNER, Richard. A. O movimento análise econômica do Direito. Teoria e Filosofia do Direito.

tório para estabelecer a Economia não mercadológica como um ramo legítimo da Economia [...]”.

Posner ainda conceitua a Economia do Direito como “*um conjunto de estudos econômicos que são construídos em cima do conhecimento detalhado de uma área do Direito*”. Para o autor, não é relevante se os estudos são feitos por juristas ou economistas, o que importa é que se chegue a uma análise interdisciplinar acerca de determinado assunto jurídico.

A interdisciplinaridade acrescenta ainda mais valor aos trabalhos científicos e vem sendo cada vez mais incentivada pelos doutrinadores. Como bem elucida a professora e psicóloga Lídia Reis de Almeida Prado, a interdisciplinaridade possibilita que seja encontrado o equilíbrio entre o objetivismo exagerado do cientificismo formalista e o subjetivismo em excesso, também igualmente preocupante. Para melhor explicar, a autora cita Hilton Japiassu:

“Situando o conhecimento interdisciplinar no contexto das pesquisas orientadas, Hilton Japiassu conclui que ele constitui instrumento de reorganização do meio científico, de modo a desencadear uma transformação institucional mais adequada ao bem da sociedade e do homem. Para o autor, isso ocorre porque esse saber toma de empréstimo às diferentes disciplinas os respectivos esquemas conceituais de análise, submete-os à comparação e ao julgamento e, por fim, promove a mútua integração”.⁹

Assim, as análises apresentadas pretendem avaliar a eficiência da alteração legislativa sob a perspectiva do pensamento jurídico contemporâneo de Justiça como bem-estar, considerando em especial a vertente econômica para aferir a correlação entre o novo texto da Lei nº 11.101/05 e sua eficiência.

2. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Atualmente, a Lei 11.101/05 prevê a participação do credor colaborador no artigo 67, que classifica como extraconcursal os créditos com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo contraídos pelos devedores durante a recuperação judicial.

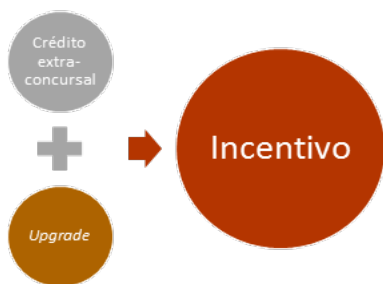
⁹ PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção*. Campinas: Millennium, 2008, p. 32.

Em caso de falência, as obrigações constituídas durante a recuperação judicial não concorrem com a relação de credores subordinados ao processo, ou seja: créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho, créditos com garantia real, créditos quirografários, privilégio especial, privilégio geral ou subordinados, créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

A Lei 11.101/05 também estabelece um *upgrade* para os créditos quirografários, que passariam a ser escriturados como créditos com privilégio geral para os fornecedores que continuarem provendo bens ou serviços normalmente à devedora durante a recuperação judicial. Assim, em caso de falência, os créditos quirografários seriam reclassificados.

Esse *upgrade* possui um teto correspondente ao “*limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação*”. Logo, o valor do fornecimento de bens e serviço durante a recuperação judicial corresponderá ao valor do *upgrade*.

Dessa forma, a legislação prevê duas formas de incentivo aos fornecedores de sociedades empresárias em recuperação judicial com o objetivo de superar o estigma social e preservar a atividade operacional.



“Lei nº 11.101/05, art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extra concursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Parágrafo único. Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação”

Conforme a Portaria¹⁰ do Ministério da Fazenda nº 467, de dezembro de 2016, constitui-se um grupo de trabalho com vinte e um membros com a finalidade de estudar, consolidar e propor medidas voltadas ao aprimoramento da Lei nº 11.101.

Ainda que de forma não oficial, o Grupo vem divulgando sugestões para a alteração legislativa como ocorreu no Terceiro Seminário de Direito das Empresas em Dificuldade, em 29 de setembro de 2017, no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Os membros do Grupo de Trabalho do Ministério da Fazenda vêm apresentando minutas do texto na internet¹¹. Ainda que por ora não seja oficial, a última versão disponível contempla uma seção nova, Seção IV-A, especialmente criada para estimular o financiamento de sociedades empresária durante o processo de recuperação judicial.

SEÇÃO IV-A

Do Financiamento do Devedor e do Grupo Devedor

Art. 66-H. Durante a recuperação judicial, o devedor poderá celebrar contratos de financiamento garantidos pela oneração ou alienação fiduciária de bens e direitos seus ou de terceiros para financiar suas atividades, as despesas de reestruturação ou de preservação do valor de ativos, observado o disposto nesta Seção.

10 PORTARIA Nº 467, DE 16 DE DEZEMBRO DE 2016 - O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso das atribuições que lhe confere o inciso I do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal e tendo em vista o disposto no inciso V do art. 27 da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, resolve:

Art. 1º Fica instituído o Grupo de Trabalho com a finalidade de estudar, consolidar e propor medidas voltadas ao aprimoramento da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e de outros instrumentos legais associados aos temas recuperação e falência de empresas.

11 Disponível em: www.researchgate.net/publication/317570882_Nova_Minuta_ao_oficial_de_alteracao_da_Lei_11101. Acesso em 11 de outubro de 2017.

Art. 66-I. O financiamento de que trata esta seção pode ser realizado por qualquer um, inclusive credores sujeitos e não sujeitos à recuperação judicial, familiares, sócios e integrantes do grupo do devedor.

Art. 66-J. Qualquer pessoa ou entidade pode garantir o financiamento de que tratam os artigos 66-H a 66-O mediante a oneração ou alienação fiduciária de bens e direitos, inclusive o próprio devedor e demais integrantes do seu grupo que estejam ou não em recuperação judicial.

§ 1º Caso o garantidor esteja em recuperação judicial, a constituição da garantia deverá observar o procedimento disciplinado nesta Seção.

§ 2º Bens já onerados poderão ser novamente onerados em garantia, contanto que seja respeitada a prioridade da garantia que lhe é antecedente.

§ 3º A supressão ou substituição de garantia para fins de constituição de nova garantia para financiar o devedor dependerá de consentimento expresso do credor titular da garantia.

§ 4º Caso sejam oneradas ou alienadas fiduciariamente ações ou quotas de sociedades do grupo de que o devedor participe, eventual excussão ou consolidação da propriedade será realizada sem ônus para o adquirente, que não responderá, de forma alguma, por dívidas, obrigações ou responsabilidades de qualquer natureza, inclusive trabalhista e tributária, constituídas antes da excussão ou consolidação da propriedade.

Art. 66-K. Para obter o financiamento de que tratam os artigos 66-H a 66-O, o devedor apresentará nos autos da recuperação judicial proposta que deverá conter:

I - Descrição detalhada dos termos da proposta de financiamento;

II - Indicação dos financiadores que apresentaram proposta de financiamento;

III - Indicação do devedor ou devedores destinatários do financiamento;

IV - A descrição das garantias com indicação dos bens e direitos a serem onerados ou alienados fiduciariamente;

V - Indicação do processo competitivo a ser adotado no caso de eventual proposta concorrente de financiador interessado;

VI - Descrição dos benefícios do financiamento para a coletividade de credores;

VII - minuta de edital com a indicação de data, hora e local de realização de assembleia geral de credores para deliberar sobre a proposta de financiamento a ocorrer em no máximo 45 (quarenta e cinco) dias da data da apresentação da proposta.

§ 1º Na mesma data da apresentação da proposta de financiamento o devedor encaminhará ao administrador judicial e incluirá no sítio de internet da recuperação judicial cópia da proposta de financiamento.

§ 2º O cartório fará publicar imediatamente nota de expediente informando sobre a apresentação da proposta de financiamento.

§ 3º Nos 5 (cinco) dias subsequentes à publicação da nota de expediente a que se refere o § 2º deste artigo, os credores poderão manifestar ao administrador judicial seu interesse na realização da assembleia-geral de credores indicada na proposta.

§ 4º Nas 48 (quarenta e oito) horas posteriores ao final do prazo previsto no § 3º deste artigo, o administrador judicial apresentará ao juiz relatório das manifestações recebidas e requererá a convocação de assembleia-geral de credores conforme indicado na proposta de financiamento, caso as manifestações correspondam a mais de 5% (cinco por cento) do valor total de créditos sujeitos à recuperação judicial.

§ 5º Não havendo manifestações que superem o percentual previsto no § 4º deste artigo ou comprovada a adesão dos credores à proposta do devedor, nos termos do *caput* do art. 45-A desta Lei, considerar-se-á aprovada a proposta de financiamento.

§ 6º A deliberação sobre a proposta de financiamento

será tomada pelo quórum do art. 42 desta Lei.

§ 7º Os financiadores indicados na proposta poderão participar da assembleia-geral de credores referida no § 4º deste artigo, mas estão impedidos de votar se forem credores.

Art. 66-L. O devedor pode apresentar a proposta a que se refere o art. 66-K a qualquer momento entre a distribuição do pedido de recuperação judicial e o seu encerramento. Parágrafo único. A proposta de financiamento de que trata o art. 66-K desta Lei não prejudicará o curso da recuperação judicial.

Art. 66-M. Em caso de falência do devedor, o valor do financiamento efetivamente entregue ao devedor, atualizado até a data da decretação, será considerado crédito extraconcursal e conferirá ao financiador preferência sobre qualquer outro, à exceção do valor mencionado no art. 66-N, § 2º, desta Lei.

§ 1º O financiamento realizado em observância ao disposto nos artigos 66-H a 66-P desta Lei assegurará ao financiador prioridade absoluta sobre o valor de excussão dos ativos onerados ou alienados fiduciariamente, até o limite dos valores efetivamente entregues ao devedor.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se inclusive ao financiamento realizado por familiares do devedor, sócios e integrantes do mesmo grupo do devedor, ou qualquer pessoa referida no art. 43 desta Lei.

Art. 66-N. O financiador poderá adiantar ao devedor até 10% (dez por cento) do valor do financiamento indicado na proposta antes da realização da assembleia-geral de credores que houver por deliberar sobre a proposta de financiamento.

§ 1º Caso rejeitada a proposta de financiamento, o devedor deverá restituir imediatamente ao financiador a quantia efetivamente recebida, salvo se o contrato de financiamento dispuser diversamente.

§ 2º Em caso de falência do devedor, o valor efetivamente entregue a título de adiantamento, atualizado até a data da decretação, será considerado crédito extraconcursal e

conferirá ao financiador preferência sobre qualquer outro. Art. 66-O. Caso a recuperação judicial seja convalidada em falência antes da liberação integral dos valores de que trata esta Seção, considerar-se-á automaticamente rescindido o contrato de financiamento.

Parágrafo único. As garantias constituídas e as preferências serão conservadas até o limite dos valores efetivamente entregues ao devedor antes da data da sentença que decretar ou convolar a recuperação judicial em falência.

Pelos preceitos do primeiro catedrático de Direito inglês em Oxford, Willian Blackstone, as liberdades pessoais estariam sujeitas a restrições necessárias e sutis.

A proposta do Grupo de Trabalho do Ministério da Fazenda cria obstáculos para os trabalhadores que atuaram durante o processo de recuperação judicial (extraconcursais) receberem seus créditos, na medida em que haveria um credor hierarquicamente superior, o “Novo Investidor”, artigo 66-M.

Neste contexto, pode-se afirmar que a legislação estaria intervindo no direito dos trabalhadores.



Porém, a intervenção seria justificada por um bem maior, ou seja, a preservação do emprego dos trabalhadores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Neste aspecto, pode-se dizer que a intervenção seria necessária e justificada.

Contudo, pela doutrina de Jeremy Betham, contemporâneo de Blackstone, o Estado não deveria intervir na Economia.

De fato, ao criar hierarquias entre os créditos, o “Novo Investidor” teria um crédito com mais privilégios do que os demais, na medida em que seria o primeiro da fila, art. 66-M.

Assim, haveria uma intervenção do Estado na Economia, ainda que de forma justificada, o que contrariaria os preceitos de Betham.

3. TEORIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O princípio de preservação das empresas previsto na Lei de Recuperação Judicial e Falência deve ser analisado de forma mais aprofundada, tendo em vista que sua aplicação pode ensejar prejuízo aos credores de boa-fé que têm valores a receber das empresas devedoras.

A fim de estudar as consequências da aplicação deste princípio para todos os envolvidos em um processo de recuperação judicial, por exemplo, mostra-se essencial valer-se de alguns fundamentos de teorias contemporâneas do Direito.

Um dos exemplos a ser analisado se dá quando o referido princípio entra em conflito com outros princípios legais e até constitucionais brasileiros, como o da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, o direito ao trabalho em si, e aqueles inerentes à relação trabalhista.

Não são raros os casos em que os credores trabalhistas passam anos sem receber os créditos em um processo de recuperação judicial, e esses créditos, de natureza alimentícia, fazem parte do reconhecimento por um serviço prestado, além de constituírem muitas vezes a renda de toda uma família que depende do seu pagamento.

Sendo assim, é importante que o intérprete do direito empresarial tenha em mente no momento da análise processual o seguinte questionamento: até que ponto a tentativa de preservar a empresa deve se sobrepor aos direitos dos credores trabalhistas receberem os créditos devidos por exemplo?

No mesmo sentido, cabe perguntar até quando se justifica a preponderância do princípio da preservação da empresa sob o princípio da obrigação contratual (*pacta sunt servanda*) daqueles que ce-

lebraram um contrato de boa-fé? Qual é o nível mais extremo em que os demais princípios também legalmente previstos podem ser preteridos em favor da manutenção da atividade empresarial?

Um dos meios de responder a estes questionamentos seria a aplicação da teoria de ponderação entre princípios, criada por Robert Alexy¹².

Alexy ensina a diferença entre normas, regras e princípios, conceituando as normas como um gênero do qual as demais fazem parte por serem determinações do que “deve ser”. Mais adiante, ele diferencia as regras e os princípios baseando-se na premissa qualitativa:

“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas de ordem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.

As regras, por sua vez, seriam mandamentos diretos e objetivos, aos quais somente cabe a satisfação ou insatisfação integral. A única forma de descumprir uma regra seria a inserção de uma cláusula de exceção a ela.

No caso dos princípios, quando existe uma colisão entre duas previsões contrárias, a solução do conflito se dá por meio da ponderação entre eles e da especificidade do caso.

A fim de otimizar a ponderação entre princípios em colisão, Alexy propôs a análise de alguns requisitos necessários para que se possa sopesar corretamente e, assim, encontrar a melhor solução jurídica para o caso específico. O intérprete deve, portanto, verificar os pressupostos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de cada um dos princípios em colisão com o fito de obter o melhor resultado possível de aplicação da norma jurídica, sem que nenhum deles seja totalmente excluído.

12 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

A reflexão anteriormente proposta pode ser analisada como uma colisão entre princípios, no caso, o de preservação da empresa e os da dignidade dos credores trabalhistas e da vinculação pelas partes aos contratos celebrados. Assim, submeter os credores a condições injustas ou prejudiciais, como a aprovação de medidas sem a sua anuência em favor do processamento da recuperação judicial e com a finalidade de manter o funcionamento da empresa, não parece correto do ponto de vista jurídico e moral/ético.

O fomento estatal no sentido de preservar a atuação empresarial de uma empresa em dificuldade, de fato, também traz benefícios a um grupo social, como por exemplo, aos empregados que, ao invés de serem demitidos e terem seus créditos submetidos a um processo falimentar, mantêm seus empregos na tentativa de reerguer a sociedade empresarial.

Porém, este benefício possivelmente percebido por um pequeno grupo, ou por determinada parcela da população que sofreria os prejuízos da bancarrota daquela empresa, pode ser considerado mais importante do que os direitos individuais daqueles que têm valores a receber?

Este ponto específico vai ao encontro da teoria utilitarista desenvolvida por Jeremy Bentham e aprofundada por John Stuart Mill. Segundo esta teoria, uma minoria infeliz com as circunstâncias deveria ser reprimida pela maioria satisfeita, ou seja, a felicidade da maioria justificaria o sacrifício de alguns.

Segundo o professor da Universidade de Harvard Michael Sandel¹³ sobre a teoria utilitarista:

“Sua ideia central é formulada de maneira simples e tem apelo intuitivo: o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor. De acordo com Bentham, a coisa certa a se fazer é a que maximizará a utilidade. Como ‘utilidade’ ele define qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que evite a dor ou o sofrimento”.

Posner¹⁴, por sua vez, conceitua o utilitarismo da seguinte forma:

“O utilitarismo, no sentido mais comum do termo e também o que usarei aqui, sustenta que o valor moral de uma ação, conduta,

13 SANDEL, Michael. *Justiça - O que é fazer a coisa certa*. Trad: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

14 POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, parte I.

instituição ou lei deve ser julgado por sua eficácia na promoção da felicidade (“o superávit do prazer comparativamente à dor”), acumulada por todos os habitantes (todos os seres sencientes, em algumas versões do utilitarismo) da “sociedade”, a qual pode representar uma única nação ou o mundo inteiro.”

Não obstante ter sido uma teoria considerada bastante inovadora à época em que foi desenvolvida e ter inspirado inúmeros juristas, intérpretes e legisladores até os dias atuais, a teoria utilitarista tem algumas objeções importantes já apontadas pela doutrina. Primeiramente, critica-se o fato de a teoria não levar em consideração os direitos individuais dos indivíduos, que podem ser reprimidos ou suprimidos em prol da “felicidade da maioria”. Ademais, critica-se as questões morais inerentes a essa corrente, em razão de conceber os valores como moedas de mesmo peso simbólico.

John Stuart Mill tentou algum tempo depois, sem sucesso, conciliar a teoria utilitarista com os direitos do indivíduo, tornando-a mais “humana”. Segundo ele, a utilidade seria “*a instância final de todas as questões éticas; mas deve ser uma utilidade no sentido mais amplo, baseada nos interesses permanentes do homem como um ser em evolução*”.¹⁵

A evolução do conceito utilitarista ensejou uma maior preocupação dos juristas com os direitos individuais, abrindo espaço para a expansão das teorias libertárias. Um de seus teóricos, Robert Nozick¹⁶, defendia que:

“[...] apenas um Estado mínimo, limitado a fazer cumprir contratos e proteger as pessoas contra a força, o roubo e a fraude, é justificável. Qualquer Estado com poderes mais abrangentes viola os direitos dos indivíduos de não serem forçados a fazer o que não querem, portanto, não se justifica”.

O pensamento jurídico contemporâneo, em geral, já ultrapassou esses conceitos mais extremistas do utilitarismo e do libertarismo. Algumas de suas premissas, contudo, ainda são utilizadas em

15 MILL, John Stuart. *On Liberty* (1859), Stefan Collini, ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 1989, cap. 1. Apud SANDEL, Michael.

16 NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. Nova York, Basic Books, 1974. Apud SANDEL, Michael. *Justiça - O que é fazer a coisa certa*. Trad: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. *Justiça - O que é fazer a coisa certa*. Trad: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

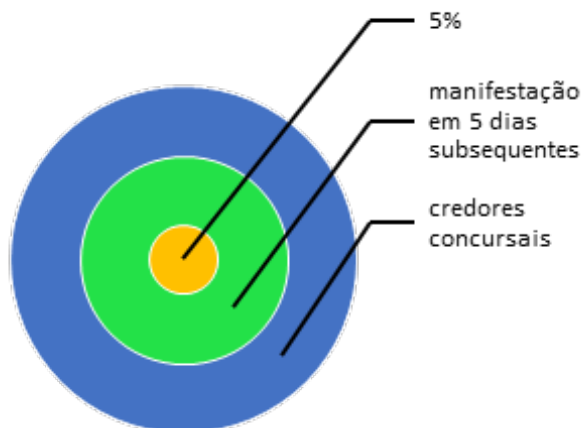
nosso Direito atual. Assim, é importante que a análise econômica do Direito tenha por base esses fundamentos teóricos para que seja feita de forma completa.

Posner¹⁷ propôs uma outra maneira de se analisar a teoria da análise econômica, na tentativa de formular uma teoria moral que conciliasse os três princípios éticos concorrentes de utilidade, liberdade e igualdade, ultrapassando, portanto, as teorias originárias do utilitarismo e libertarismo.

Sendo assim, a partir dessa premissa serão analisadas as propostas de mudança da Lei 11.101/2005 e as suas principais consequências jurídicas, econômicas e sociais, com base na maximização da riqueza como conceito ético.

4. A PARTICIPAÇÃO DOS CREDORES

Aparentemente, a proposta prevê que a escolha sobre o financiamento estaria submetida ao controle dos credores, pois o art. 66-K determina a realização de assembleia de credores para deliberar sobre a contratação do financiamento.



¹⁷ POSNER, Richard A. A economia da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2010, parte I.

Porém, condiciona a assembleia à publicação de uma nota de expediente pelo cartório na mesma data da apresentação da proposta do contrato de financiamento nos autos do processo pela devedora, bem como condiciona à manifestação de credores titulares de no mínimo 5% dos créditos sujeitos a recuperação judicial no prazo, de 5 dias subsequentes à publicação da nota.

Caso o percentual não seja alcançado dentro do prazo, a proposta estará automaticamente aceita pelos credores, art. 66-K, §5º.

Uma pesquisa em dez processos de recuperação judicial, alguns já concludos em processos falimentares, evidencia que as exigências legais, embora aparentemente factíveis, seriam dificilmente alcançadas.

Nº	Nº Processo	Sociedade	Relação de credores	Nº Credores	Média	Credores para AGC
1	0105323-98.2014.8.19.0001	Galileo	R\$395.549.494,96	4.052	R\$97.618,34	203
2	0398439-14.2013.8.19.0001	Hermes	R\$609.000.000,00	3.135	R\$194.506,14	157
3	0000991-41.2014.8.19.0014	CIA AUCA-REIRA	R\$51.925.586,35	2.166	R\$23.973,03	108
4	0051672-79.2010.8.19.0038	Alto da Posse	R\$52.111.729,36	1.010	R\$51.595,77	51
5	0055067-91.2014.8.19.0001	Alutech Alumínio	R\$154.757.979,35	541	R\$286.059,11	27

6	0392571- 55.2013.8.19.0001	OSX Brasil S.A	R\$3.225.307.234,44	403	R\$8.003.243,76	20
---	-------------------------------	-------------------	---------------------	-----	-----------------	----

7	0037024- 38.2016.8.19.0021	Metalbasa Metalúrgica	R\$27.664.080,57	338	R\$81.846,39	17
---	-------------------------------	--------------------------	------------------	-----	--------------	----

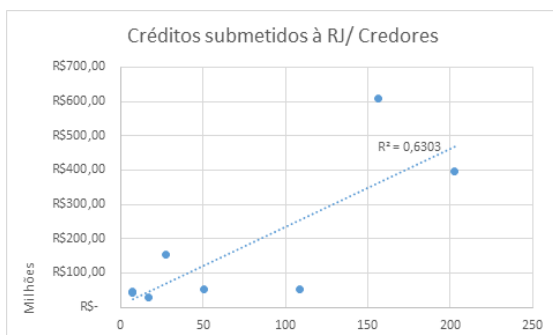
8	0003544- 03.2010.8.19.0014	Hospital Pró - Clínicas	R\$11.438.991,95	275	R\$41.596,33	14
---	-------------------------------	----------------------------	------------------	-----	--------------	----

9	0074626- 97.2015.8.19.0021	Ipeoleo	R\$45.617.403,86	147	R\$310.322,48	7
---	-------------------------------	---------	------------------	-----	---------------	---

10	0019590- 75.2012.8.19.0021	Newpet	R\$41.983.797,84	144	R\$291.554,15	7
----	-------------------------------	--------	------------------	-----	---------------	---

Apesar de se admitir que a amostra é quantitativamente e qualitativamente pequena, pois a relação entre o total de créditos submetidos a recuperação judicial e a quantidade de credores possui um nível de confiança¹⁸ de 63% (apurados sem os processos da OSX e do Hospital Pró-Clinicas, que distorcem a aferição do nível de confiança) quando o ideal seria superior a 85%, as conclusões são assertivas e dificilmente poderiam ser classificadas como tendenciosas.

18 “O valor de r^2 assim definido é conhecido como coeficiente de determinação (amostral) e é o indicador mais usado para medir a qualidade do ajustamento de uma linha de regressão. Em palavras, r^2 mede a proporção ou percentual da variação total de Y explicada pelo modelo de regressão. Duas propriedades de r^2 devem ser destacadas: 1) É um valor não negativo; 2) Seus limites são 0 r^2 1. Um r^2 igual a 1 significa um ajustamento perfeito [...]” (GUJARATI, Damodar N.; PORTER, Dawn C. Econometria Básica. Editora Mc Grawn Hill, 2008, p. 97).



As análises que fundamentam a conclusão de que dificilmente os credores conseguiriam opinar sobre o financiamento, ainda que com uma amostra aquém das necessidades, são:

I. Dificuldades Temporais II. Grande número de credores

4.1 Dificuldades Temporais

Considerando que a proposta do Comitê do Ministério da Fazenda prevê o prazo de 5 dias subsequentes à publicação da nota de expediente, entendemos que o prazo é contado em dias corridos.

Desse modo, considerando que a publicação poderia ocorrer aleatoriamente em qualquer dia da semana, haveria apenas 20% de probabilidade de os credores poderem contar com a integralidade do prazo.

Os credores também poderiam contar com a mesma probabilidade, 20%, para um período de 4 dias úteis para identificar a nota de expediente, estudá-la e encaminhar uma manifestação ao administrador judicial.

Porém, provavelmente, os credores somente conseguiram dispor de três dias úteis, conforme demonstra a tabela abaixo.

Publicação	2f.	3f.	4f.	5f.	6f.	sáb.	domin.	2f.	3f.	4f.	5f.	6f.	Dias Úteis	Probabilidade
Segunda-feira		x	x	x	x	O							4	20%
Terça-feira			x	x	x	O	O						3	60%
Quarta-feira				x	x	O	O	x					3	60%
Quinta-feira					x	O	O	x	x				3	60%
Sexta-feira								x	x	x	x	x	5	20%

Além disso, os maiores credores têm controles internos de compliance, o que exige autorizações específicas dentro da hierarquia do credor para a manifestação formal perante o administrador judicial.

Assim, o advogado do credor responsável pelo processo necessitaria (i) identificar a nota de expediente, (ii) comunicar ao cliente, (iii) que necessitaria elaborar as análises pertinentes para respeitar o Dever de Informar e o Dever de Diligência, (iv) solicitar as autorizações dentro a estrutura hierárquica, (v) responder ao advogado responsável pelo processo. Há uma probabilidade de 60% de que todo esse procedimento não deva ultrapassar três dias úteis.

Da mesma forma, deve ser considerado que o credor racional não gasta recursos para acompanhar diariamente o processo de recuperação judicial, pois (i) não é parte do processo, (ii) nem há previsão de participação do credor no processo, com exceção da objeção ao plano de recuperação judicial (Lei. nº 11.101/05, art. 55), cujo prazo de entrega pelo devedor é previsível (Lei nº 11.101/05, art. 53), 60 dias do deferimento do processamento da recuperação judicial.

Nesta hipótese, o credor possui 30 dias contados da apresentação do plano ou da publicação da segunda relação de credores, o que ocorrer por último, Lei nº 11.101/05, art. 55, parágrafo único.

Acrescenta-se que o credor já incorreu em prejuízo ao ter o seu título inadimplido. As perdas aumentariam no caso de se manter uma estrutura jurídica capaz de acompanhar o processo diariamente para uma eventualidade na qual o devedor apresentaria uma proposta de contrato de financiamento.



Assim, não há racionalidade econômica ou jurídica que justifique impor ao credor tamanha diligência com o andamento processual, aumentando os prejuízos dos créditos malparados.

4.2 Grande Número de Credores

A tabela acima de amostras dos processos considera que o total de créditos estão distribuídos de forma igualitária entre os titulares, ou seja, média aritmética.

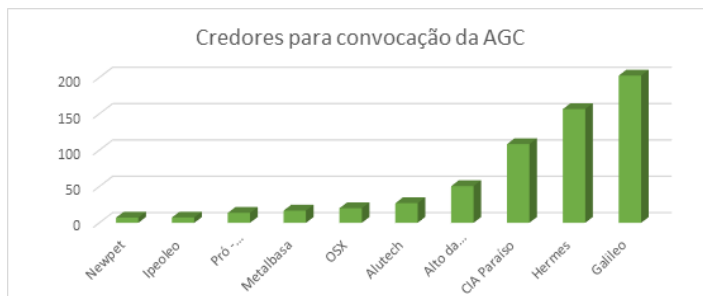
Ainda que seja uma premissa arbitrada, não se identificou outro critério melhor apropriado para quantificar o número de credores necessários para se alcançar o percentual de 5% da relação de credores submetidos à recuperação judicial.

A mostra, apesar de pequena, abarca processos cuja relação de créditos submetidos à recuperação judicial ultrapassam R\$ 3 bilhões de reais, até processos menores, como o Hospital Pró-Clínicas, em que a relação de créditos totaliza R\$ 11,4 milhões.

A amostra também abrange processos que somam mais de 4.000 credores – Galileo Administração de Recursos Educacionais

S/A – até recuperações judiciais menores com 144 credores –Newpet Indústria e Comércio de Plásticos Ltda.

Assim, pode-se admitir que os elementos da amostra contêm características bem distintas, o que contribui para a análise.



Portanto, partindo da premissa de que os créditos estão distribuídos igualitariamente entre os credores, identificou-se que:

- a) Em dois processos seriam necessários que sete credores manifestassem o desejo de realização de assembleia em um prazo que provavelmente seria de três dias úteis.
- b) Em três processos seriam necessários mais de cem credores para que a assembleia fosse instalada. Haveria 60% de probabilidade de que todos esses credores só tivessem três dias úteis para se comunicar com o administrador judicial.
- c) Pela média da amostra, seriam necessários sessenta e um credores.

Considerando que os credores seriam surpreendidos com o andamento processual (nota de expediente), não há viés em se concluir que dificilmente conseguiram discutir a contratação de um financiamento com a devedora em assembleia, ainda que desejassem.

Assim, considerando a Economia Normativa, em que as instituições e a legislação devem servir a um bem-estar social, as dificuldades de os credores em deliberar sobre o contrato de financiamento poderiam ser socialmente aceitas.

Considerando também que o “princípio da maximização da riqueza determina que os direitos devem ser inicialmente conferidos

àqueles que provavelmente os valorizarão mais”¹⁹ e, considerando que a sobrevivência da sociedade empresária seria um direito hierarquicamente superior ao título do credor, a alteração legislativa teria amparo na Teoria da Análise Econômica do Direito.

5. OS BENEFÍCIOS DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO

Os contratos de financiamentos previstos na proposta legislativa do Grupo de Trabalho do Ministério da Fazenda possuem o objetivo de melhorar as condições clínicas das sociedades empresárias com problemas de liquidez.

Ao protocolar o processo de recuperação judicial, o crédito de tais empresas desaparece. Os fornecedores não concedem mais prazo para o pagamento da matéria-prima, exigindo o pagamento à vista.



Da mesma forma, as linhas de financiamento dos clientes (desconto de duplicatas, capital de giro, etc) também desaparecem ou passam a ser proibitivas.

O custo do dinheiro que já era elevado antes do ajuizamento da ação, em face de um Balanço Patrimonial desequilibrado que evidencia dificuldades para garantir o crédito, consegue piorar ainda mais com o deferimento da ação.

O custo do processo judicial, o temor da convolação em falência e uma maior dificuldade de renegociações ante às exigências da Lei nº 11.101 – por exemplo, onerar bens do ativo permanente, art.66 – podem ser causas da escassez do crédito para sociedades empresárias em crise.

¹⁹ POSNER, Richard A. **A Economia Da Justiça**. WMF - Ed. Martins Fontes, SP, 2010, p. 86

Neste cenário, a proposta de alteração legislativa estaria alinhada com o processo de revitalização da atividade empresarial com dificuldades financeiras, pois, ao conceder mais garantias ao “novo crédito”, reduziria o custo do capital e abriria as portas para a revitalização.

A salvaguarda do capital de terceiro advém de dois fatores: garantia e hierarquia do crédito.

Em caso de falência, a obrigação não será inscrita na classe II prevista no artigo 83 da Lei 11.101, créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado, mas sim como “*extraconcursal e conferirá ao financiador preferência sobre qualquer outro*”, art. 66-M. A única exceção seriam os adiantamentos de financiamento ainda não contratados.

O adiantamento ocorre durante o período em que os credores devem se manifestar ao administrador judicial (art. 66-K, § 3º) ou no período que antecede a assembleia de credores para deliberar sobre a contratação.

Desse modo, os contratos de financiamento seriam hierarquicamente superiores aos créditos trabalhistas, aos créditos dos fornecedores que continuaram a prover seus bens e serviços normalmente durante a recuperação judicial etc.

A hierarquia, além de proteger o crédito, também diminui o tempo de inadimplência em caso de convolação em falência. Por ser extraconcursal, o crédito sequer necessitaria ser habilitado, o que estimularia o fluxo de capital para o encontro das empresas sob reestruturação judicial²⁰.



20 A Proposta (2016/0359) de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, à concessão de uma segunda oportunidade e às medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e quitação, e que altera a Diretiva 2012/30/EU – 5. A morosidade dos processos de reestruturação, de insolvência e de quitação da dívida contribui de forma significativa para as baixas taxas de recuperação de crédito e dissuade os investidores de fazerem negócio em jurisdições em que tal morosidade seja um risco, p.28.

A proposta legislativa ainda admite que o financiamento “*pode ser realizado por qualquer um, inclusive [...] familiares e sócios e integrantes do grupo do devedor*”, art. 66-I.

A extensão para possibilitar aos familiares e aos sócios das devedoras financiamento às atividades da devedora em crise poderia reduzir ainda mais o custo do capital de terceiros, melhorando as perspectivas de crescimento.

Portanto, a proposta legislativa do Grupo de Trabalho do Ministério da Fazenda concede garantias mais sólidas aos novos investimentos, diminui o período de cobrança dos créditos inadimplidos e aumenta o número de investidores.

Poderíamos entender que a alteração atenderia à regra de Pareto-Superior quando beneficia ao menos uma pessoa sem prejudicar ninguém.

Considerando que “as pessoas agem como maximizadoras racionais²¹ e que a alteração legislativa estaria operando para impor um preço mais reduzido ao capital de terceiro, que seria aproveitado por todos (credores, devedora e colaboradores), pois a atividade empresarial se recuperaria mais rapidamente, pode-se entender que a proposta do Grupo de Trabalho do Ministério da Fazenda se coaduna com os preceitos da Teoria da Análise Econômica do Direito.

6. OS RISCOS DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO

Caso os contratos de financiamento auxiliem na aprovação do plano de recuperação judicial e em seu cumprimento, preservando a “*fonte produtora do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica*”, a proposta do Grupo de Trabalho do Ministério da Fazenda será um sucesso.

Porém, na hipótese de o contrato ser pactuado e o processo de recuperação desandar em falimentar, poderia ocorrer a dilapidação do patrimônio da sociedade empresária, prejudicando ainda mais os credores.

21 POSNER, Richard A., *Análise Econômica do Direito*, capítulo 13, p. 8.

6.1 Venda da Sociedade

O primeiro cenário malsucedido identificado seria a venda da companhia por preço vil.

O artigo 66-I possibilita que a devedora contrate financiamento com sócios e seus familiares integrantes do grupo econômico, enquanto o artigo 66-J, § 4º dispõe que seria possível onerar ou alienar fiduciariamente as ações ou quotas em garantia ao financiamento:

"§ 4º Caso sejam oneradas ou alienadas fiduciariamente ações ou quotas de sociedades do grupo de que o devedor participe, eventual excussão ou consolidação da propriedade será realizada sem ônus para o adquirente, que não responderá, de forma alguma, por dívidas, obrigações ou responsabilidades de qualquer natureza, inclusive trabalhista e tributária, constituídas antes da excussão ou consolidação da propriedade."

XPTO Ltda.	Total
Total do Passivo Exigível	R\$250.000.000,00
Total do Ativo	R\$100.000.000,00
Patrimônio Líquido Descoberto	R\$150.000.000,00
Obrigações Concursais	R\$200.000.000,00
Número de credores Concur-sais	1.000
Classe I	700
Classe II	2
Classe Ili e classe IV	298
PREJUÍZO EXERCÍCIO ANTERIOR	R\$ 15.000.000,00
Despesas financeiras a.a.	R\$ 20.000.000,00
Faturamento/ ano	R\$100.000.000,00
Necessidade de Capital de Giro	R\$10.000.000,00

Para demonstrar o risco da conduta, utiliza-se o seguinte exemplo: uma sociedade XPTO Ltda., após um período em crise, e após sua atividade operacional incorrer em sucessivos prejuízos, recorreu ao Poder Judiciário para requerer o processamento da recuperação judicial.

A XPTO Ltda. possui as características contidas na tabela acima.

Com o ajuizamento da ação, a sociedade viu o seu crédito, que já era restrito e caro, desaparecer.

Com o intuito de preservar a atividade produtiva, o filho de um dos sócios, com base no artigo 66-I, resolve emprestar R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) para o capital de giro e, em garantia ao investimento, exige 100% das quotas sociais, uma vez que o passivo estava descoberto.

Com o investimento, a sociedade começou a reverter os resultados adversos e conseguiu aprovar o plano de recuperação judicial.

Entretanto, antes de completar o período de dois anos da concessão da recuperação judicial²², inadimpliu com o plano de recuperação judicial e o administrador judicial requereu a convalidação do processo recuperacional em processo falimentar²³.

Com a convalidação em falência, a garantia é executada. O filho passa a ser proprietário de 100% das quotas da sociedade XPTO Ltda. Porém, *“não responderá, de forma alguma, por dívidas, obrigações ou responsabilidades de qualquer natureza, inclusive trabalhista e tributária, constituídas antes da excussão ou consolidação da propriedade”*, artigo 66-J, § 4º.

XPTO Ltda.	Antes	depois
Total do Passivo Exigível	R\$250.000.000,00	R\$ -
Total do Ativo	R\$100.000.000,00	R\$100.000.000,00
Patrimônio Líquido	-R\$150.000.000,00	R\$100.000.000,00
Obrigações Concursais	R\$200.000.000,00	R\$ -
Número de credores Concursais	1.000	R\$ -
Classe I	700	R\$ -
Classe II	2	R\$ -

²² Lei 11.101, art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

²³ Lei 11.101/ 05, art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:

II – na recuperação judicial:

b) requerer a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação.

Classe III e classe IV	298	R\$ -
Resultado do EXERCÍCIO ANTERIOR	-R\$ 15.000.000,00	R\$ 5.000.000,00
Despesas financeiras a.a.	R\$ 20.000.000,00	R\$ -
Faturamento/ ano	R\$100.000.000,00	R\$100.000.000,00
Necessidade de Capital de Giro	R\$10.000.000,00	R\$10.000.000,00

O novo proprietário não responderia nem pelas obrigações tributárias que não se submetem à Lei 11.101/05.

Dessa forma, seria um negócio altamente rentável ao investidor, visto que:

- o filho do dono passaria controlar a sociedade sem o passivo, mas com a totalidade do ativo;
- o Patrimônio Líquido passaria de descoberto em R\$ 150 mil para positivo em R\$ 100 mil, já que não haveria qualquer obrigação de terceiro;
- não responderia a qualquer credor, pois seria responsável pelas obrigações “*constituídas antes da excussão ou consolidação da propriedade*”.

Sem o passivo concursal, dentre eles, as obrigações com os Bancos de elevado custo, a sociedade passaria a realizar lucro.

O capital de giro investido pelo filho do dono também passaria a pertencer a ele.

Neste exemplo teórico não haveria qualquer ativo para responder pelas obrigações submetidas à recuperação judicial, tampouco àquelas que não se subordinam.

O risco do negócio, no caso em tela, risco da contratação, seria muito mal interpretado caso não se tivesse a oportunidade de analisar o assunto previamente em assembleia, o que seria bem difícil de ocorrer, já que seriam necessários a manifestação de 50 credores (caso se mantenha a premissa da média aritmética), que provavelmente (60% de possibilidade) teriam apenas três dias úteis para encaminhar os requerimentos ao administrador judicial.

6.2 Conta-Gotas

Instituição Financeira	Tx. a.m.
BCO PINE	5,3
BCO DO NORDESTE	6,16
BCO DO EST. DO PA	6,92
BRB - BCO DE BRASÍLIA	7,41
BCO BANESTES	7,54
BCO MERCANTIL DO BRASIL	8,66
BCO SAFRA	9,09
BCO DO ESTADO DO RS	9,77
BCO DA AMAZÔNIA	10,43
BCO DO EST. DE SE	12,13
ITAÚ UNIBANCO BM	13,4
BCO DO BRASIL	13,52
BCO BRADESCO	13,67
CAIXA ECONÔMICA	13,74
BCO SANTANDER (BRASIL)	13,74
BCO DAYCOVAL	16,74
média	10,51375

O segundo cenário malsucedido identificado seria o esvaziamento dos recursos da sociedade empresária através de pagamentos de juros mensais, a conta-gotas.

Considerando o mesmo exemplo, sociedade XPTO Ltda., e o mesmo montante investido pelo filho do controlador, de R\$ 10 milhões de reais, sobre o qual se aplicaria uma taxa de juros mensais de 5% ao mês, o contrato poderia ser considerado bem vantajoso para a atividade empresarial.

Conforme os dados do Banco Central do Brasil, a taxa representaria metade da taxa de juros aplicada pelo mercado financeiro para as operações de cheque especial²⁴. Apesar de serem conside-

24 Disponível em: www.bcb.gov.br/pt-br/#/c/TXJUIROS/. Acesso em 15 de outubro de 2017.

radas as taxas de juros mais altas do mercado, normalmente, as sociedades em recuperação judicial somente podem contar com esta modalidade de financiamento.

Para determinar o período em que incorreria a taxa de juros consideramos a data do deferimento do processo e a data da homologação do plano de recuperação judicial. Após, acrescentamos o período de 24 meses de concessão da recuperação.

Na amostra abaixo, alguns processos, por exemplo, Sata e Vanila, não conseguiram chegar ao final do período de concessão da recuperação judicial porque foram convolados em falência por inadimplência do plano de recuperação judicial, enquanto outros, o processo continua ativo apesar de já ter transcorrido o período de concessão, razão pela qual se optou pelo critério de somar o tempo transcorrido entre o protocolo da ação e a homologação do plano com o período de concessão da recuperação judicial.

Desse modo, diminuimos a amplitude da amostra, melhorando a qualidade da análise.

#	N. Processo	Recuperação	Data do protocolo	Homologação PRJ	Dias	Art. 61	Processo de RJ
1	0013255-08.2009.8.19.0001	Sata	15/1/09	15/4/10	455	720	1175
2	0051672-79.2010.8.19.0038	Alto da posse	3/3/10	2/8/11	517	720	1237
3	0019590-75.2012.8.19.0021	Newpet	12/4/12	25/5/15	1138	720	1858
4	0055067-91.2014.8.19.0001	Alutech	12/9/14	4/9/17	1088	720	1808
5	0303292-63.2010.8.19.0001	Vanilla	22/9/10	16/1/13	847	720	1567
6	0000991-41.2014.8.19.0019	Usinas	10/1/14	22/7/15	558	720	1278
7	0003544-03.2010.8.19.0014	Pro Clinica	8/2/17	4/9/17	208	720	928
8	0392571-55.2013.8.19.0001	OSX	11/11/13	19/12/14	403	720	1123
9	0398439-14.2013.8.19.0001	Hermes	18/11/13	9/10/14	325	720	1045

10	0116330-24.2013.8.19.0001	Grupo Peixoto de Castro	9/4/13	7/1/14	273	720	993
11	0006916-36.2015.8.19.0029	Supermercados Verone	17/7/15	16/12/16	518	720	1238
12	0417662-50.2013.8.19.0001	Produtos Farmacêuticos Milletroux	5/12/13	31/8/15	634	720	1354
13	0093715-69.2015.8.19.0001	Galvão Engenharia	25/3/15	22/9/15	181	720	901

Assim, para se arbitrar o período em que a taxa de juros incorreria, optou-se pela média () da soma do período que compreende o deferimento da ação e a homologação () e o período de concessão da recuperação judicial (), Lei 11.101/05, art. 61, pelo número de processos (n):

$$X = (\sum +)/n = (7.145 + 9360)/13 = 1.269,6$$

Desse modo, as despesas financeiras incorreriam em 1.265 dias, que correspondem a aproximadamente 42 meses, o que seria um prazo factível, considerando o atual cenário das recuperações judiciais.

O investidor auferiria durante esse tempo seria:

Juros Simples - R\$ 21.000.000,00

$$J = C * i * n \Rightarrow 10.000.000 * 5\% * 42 = \text{R\$ } 21.000.000,00$$

Juros Compostos - R\$ 67.615.875,55

$$M = C * (1+i)^n \Rightarrow 10.000.000 * (1+0,05)^{42} = 77.615.875,55$$

$$J = M - C \Rightarrow 77.615.875,55 - 10.000.000 = 67.615.875,55$$

Portanto, o investidor lucrará duas vezes o capital investido em um período inferior a dois anos caso o regime de capitalização seja simples.

Caso o regime de capitalização seja composto, o investidor auferirá 6,7 vezes.



A comparação entre o capital investido e a respectiva remuneração não possui viés socialista, pelo contrário.

O questionamento está relacionado à capacidade de uma sociedade empresária em crise, fragilizada, conseguir dispor de tamanho montante para remunerar capital.

Acrescenta-se que os credores concursais e extraconcursais também financiaram a atividade produtiva concedendo bens e serviços durante o mesmo período e sem qualquer remuneração. Aliás, os planos de recuperação judicial preveem deságio, ou seja, nem o principal será integralmente honrado.

Caso o contrato de financiamento fosse aprovado sem a participação dos credores, pois seria necessária a manifestação de 50 credores (caso se mantenha a premissa da média aritmética) em possíveis (60% de possibilidade) três dias úteis, o sentimento de injustiça e desrespeito a eles poderia florescer e prejudicar a empresa.

Partindo do pressuposto da justiça corretiva sob uma perspectiva da maximização da riqueza e considerando que a legislação poderia ser aplicada para um fim diverso daquele que se propõe, o que causaria prejuízo aos credores na medida em que seus créditos seriam inadimplidos por falta de ativos para suportá-los, a alteração proposta pelo Grupo de Trabalho do Ministério da Fazenda poderia “criar uma arena na qual grupos de interesse se digladiam em busca de vantagens sem preocupações éticas”²⁵.

25 POSNER, Richard A. **A Economia Da Justiça**. WMF - Ed. Martins Fontes, SP, 2010, p. 112

Para Posner, “a maximização da riqueza como norma ética valoriza a utilidade assim como o consentimento²⁶”, logo, pode-se entender que a proposta legislativa feriria a autonomia dos credores, pois concederia mais privilégios ao devedor.

Diferentemente da Teoria Distributiva, que prevê a existência da Cooperação Social pela qual todos colaborariam por um conjunto mais eficiente, visto que os benefícios da cooperação superariam em muito a soma dos benefícios de cada indivíduo separadamente, pela Teoria da Análise Econômica do Direito, haveria racionalidade no devedor que, ao invés de tentar salvar a atividade empresarial, aproveita-se dos benefícios concedidos pela legislação para aumentar sua riqueza em detrimento dos demais.

7. CONCLUSÃO

O Brasil vive uma expectativa de em 2018 iniciar um processo de reação à maior crise econômica que se tem registro.

O Produto Interno Bruto (PIB) encolheu 7,5% entre 2015 e 2017 e uma das consequências mais severas é a elevada taxa de desemprego, que atingiu 13,3% dos trabalhadores em maio de 2017. Em termos nominais, a taxa representa 13,8 milhões.

Muitas sociedades empresárias vêm buscando abrigo nos processos de recuperação judicial para se proteger da crise nacional.

Contudo, a Lei nº 11.101/05 não tem conseguido atender às expectativas no que se refere à conservação dos postos de trabalho.

Os críticos apontam que uma das falhas da legislação seria dificultar o ingresso de novos recursos para as empresas com dificuldades financeiras, ou então não oferecer garantias e estabilidade suficientes para tal.

O Ministério da Fazenda, pela Portaria nº 467, de dezembro de 2016, criou um Grupo de Trabalho com vinte e um membros com a finalidade de estudar, consolidar e propor medidas voltadas ao aprimoramento da Lei nº 11.101.

Os membros do Grupo de Trabalho vêm apresentando minutas não oficiais do texto na internet.

26 Op cit, p.119

Dentre as alterações sugeridas, destaca-se a Seção IV-A, especialmente criada para estimular o financiamento de sociedades empresárias durante o processo de recuperação judicial.

A solução proposta seria a de permitir que o ingresso de Capital Novo tenha privilégios e garantias sobre os demais créditos, ainda que sejam extraconcursais.

Atualmente, a legislação prevê duas formas de incentivo aos fornecedores de sociedades empresárias em recuperação judicial.

A primeira é classificar o crédito concedido na recuperação judicial como extraconcursal, pois assim, não concorre com as obrigações anteriores ao protocolo do processo recuperacional.

A segunda forma de incentivo é conceder um *upgrade* do crédito concursal, de quirografário para crédito com garantia geral, para cada centavo fornecido em bens e serviços durante a recuperação judicial corresponderá a um centavo de *upgrade*.

Mas o modelo atual não vem surtindo efeito e o Grupo de Trabalho propôs as seguintes sugestões:

I. Previsão dos credores opinarem na assembleia sobre o interesse do financiamento.

II. A assembleia está condicionada a credores titulares de mais de 5% das obrigações se manifestem ao administrador judicial no prazo de cinco dias da publicação de uma nota de expediente. Caso o percentual ou o prazo não sejam observados, a proposta estaria automaticamente aprovada.

III. Os credores concursais, extraconcursais, sócios ou seus familiares poderiam realizar o financiamento.

IV. Em caso de falência, o financiamento não se subordina a qualquer crédito, concursal ou extraconcursal.

V. As ações ou quotas de sociedades do grupo de que o devedor participe podem ser oneradas ou alienadas fiduciariamente. Eventual excussão ou consolidação da propriedade será realizada sem ônus para o adquirente, que não responderá, de forma alguma, por dívidas,

obrigações ou responsabilidades de qualquer natureza, inclusive trabalhista e tributária, constituídas antes da excussão ou consolidação da propriedade.

Pelas análises realizadas, a proposta do Grupo de Trabalho do Ministério da Fazenda impõe aos credores exigências para poder opinar sobre a contratação do financiamento que dificilmente seriam cumpridas.

A imprevisibilidade da apresentação da proposta, acrescida ao curto prazo (cinco dias corridos) e somados ao número mínimo de credores de 5% dos créditos concursais, são obstáculos difíceis de serem transpostos.



Caso as exigências não consigam ser cumpridas, o contrato estaria automaticamente aprovado.

Como comparação, atualmente, para que a assembleia seja instalada para os credores deliberarem sobre o plano de recuperação judicial (PRJ), faz-se necessário a objeção de apenas um credor que possui um prazo de trinta dias.

As inovações do Grupo de Trabalho do Ministério da Fazenda trouxeram grande estímulo ao ingresso de Novos Recursos para as sociedades empresárias em crise, o que é essencial para a revitalização da empresa.

A escassez do crédito é apontada como um dos maiores desafios para as sociedades em recuperação judicial.

Causa	Efeito
■	■
Créditos não estão subordinados a outros	■ Maior segurança
■ Extraconcursal	■ Maior celeridade em caso de inadimplência
■ Familiares e sócios	■ Maior oferta de crédito/ diminuição do custo do capital

A proposta legislativa do Grupo de Trabalho do Ministério da Fazenda concede garantias mais sólidas aos novos investimentos, pois (i) diminui o período de cobrança dos créditos no caso de inadimplência, (ii) concede mais segurança ao investidor e (iii) aumenta o número de possibilidades de interessados em investir na sociedade em crise.

Porém, caso o contrato de financiamento não tenha os efeitos esperados para os credores e para a atividade empresarial e o processo de recuperação seja convolado em falimentar, uma das consequências poderia ser a dilapidação do patrimônio da sociedade, prejudicando ainda mais os credores.

Uma das hipóteses seria a venda da sociedade sem responder por qualquer obrigação. Assim, não haveria ativos para ratear entre os credores concursais nem entre os credores extraconcursais, que continuaram prestigiando a devedora durante o processo de recuperação judicial.

Outra possibilidade é o esvaziamento dos recursos monetários da sociedade através do pagamento de juros, despesa financeira.

A proposta de alteração legislativa do Grupo de Trabalho do Ministério da Fazenda concede à sociedade devedora maior liberdade para negociar contratos de financiamento, mas a conduta pode ferir os direitos dos credores.

Até então, a Lei nº 11.101/05 determina uma trégua entre credores e devedores, permitindo que se crie um ambiente propício para que se chegue a um acordo.

Caso contrário, o ressarcimento do crédito continua normalmente através de um processo falimentar.

Os credores serem forçados a contribuir para o bem estar da atividade empresarial, ainda que seja socialmente justificado, poderia violar os direitos deles.

Impor aos credores uma conduta de acompanhar permanentemente o processo de recuperação judicial sob pena de ter seus direitos violados, pois, caso contrário, os exíguos prazos podem ser perdidos, também seria uma forma de lesão à liberdade e à propriedade.

Como resultado desta violação, os credores podem reagir e retirar o apoio ao plano de recuperação judicial. Ao final, sequer a tão perseguida revitalização da atividade empresarial seria alcançada.

Dificilmente a proposta de alteração legislativa conseguiria amparo na Teoria das Titularidades, defendida por Robert Nuzick, visto que há hipótese de ocorrer a violação do direito (inadimplência dos créditos concursais) sem haver a compensação, pois a massa falida estaria esvaziada de ativos, feriria seu Terceiro Princípio.

Da mesma forma, se a análise partisse das premissas do Liberalismo Igualitário de Rawls, em que a justiça estaria baseada nos procedimentos acordados sob o véu da ignorância, a proposta do Grupo de Trabalho do Ministério da Fazenda também não seria bem recebida.

No momento em que os fornecedores, instituições financeiras e demais colaboradores deram um voto de confiança para a sociedade empresária concedendo crédito, não havia a possibilidade de a sociedade ser 100% esvaziada de ativos, restando apenas uma “*casca de ovo*”.

Novamente, as conclusões das análises não estão direcionadas para o Princípio Geral Igualitário, pelo qual as desigualdades se justificam se seus benefícios forem mais importantes do que seus custos.



A Teoria da Análise Econômica do Direito revela que a proposta do Grupo de Trabalho do Ministério da Fazenda aumenta a insegurança jurídica nos processos de recuperação judicial ao impor condições para a participação dos credores que são difíceis de serem resolvidas.

Um dos efeitos da insegurança jurídica seria o afastamento dos credores e demais colaboradores da sociedade devedora piorando ainda mais a situação dela.

Uma das sugestões para se preservar os benefícios da proposta do Grupo de Trabalho do Ministério da Fazenda sem correr o risco de os credores e demais colaboradores serem prejudicados pela ausência de participação deles seria:

- I. Discutir o contrato de financiamento durante a assembleia geral de credores instalada com a finalidade de aprovação, rejeição ou alteração do plano de recuperação judicial (PRJ). Aliás, seria o momento com maior racionalidade para os credores opinarem tanto para o plano quanto para o financiamento.

II. Caso já tenha ocorrido a assembleia para a provação do PRJ, os devedores deveriam apresentar a concordância dos credores que representem mais da metade dos créditos de cada classe. Caso contrário, a assembleia seria instalada.

Dessa forma, garantir-se-ia a análise pelos credores da proposta de financiamento e sua anuência.

Portanto, no caso de o processo não correr bem e a falência ser sentenciada, ao menos, haveria a participação de todos, contribuindo para uma justiça mais colaborativa e com mais equidade. ♦

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBER, Benjamin R. **Deconstituting Politics: Robert Nozick and Philosophical Reductionism**. The Journal of Politics Vol. 39.

BURRES, David e RICH, William. **Economic Analysis and Distributive Justice**.

DIETERLEN, Paulette. **Ensayos Sobre Justicia Distributiva – 51**, Ed. Fontamara, México.

EXDELL, John. **Distributive Justice: Nozick on Property Rights, Ethics**

Vol. 87, No. 2 (Jan., 1977).

FARRELL, Martin Diego. **Filosofia Del Derecho Y Economia**. 1A Ed. Buenos Aires: LA LEY, 2006.

KAPLOW, Louis e SHAVELL, Steven. **Fairness Versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice**. Harvard Law Scholl

LACEY, A. R. - Robert Nozick, **Philosophy Now**, Series Editor: John Shand, First published in 2001 by Acumen.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Ed. WMF Martins Fontes, SP, 2011

NOCK, Christopher John. **Equal Freedom and Unequal Property: A Critique of Nozick's Libertarian Case**. McMaster University, Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique.

NOZICK, Robert. **Major Conservative and Libertarian Thinkers**, by Ralf M. Bader (Author), Series Editor John Meadowcroft, 2010.

NOZICK, Robert. **Property, Justice, and the Minimal State**, Jonathan Wolff, Stanford University Press, Stanford, California 1991.

POSNER, Richard A. **A Economia Da Justiça**. WMF - Ed. Martins Fontes, SP, 2010.

POSNER, Richard A. **El Análisis Económico Del Derecho**. 2ª ed. – México: FCE 2007.

PAUL, Jeffrey. Reading Nozick: **Essays On Anarchy, State, And Utopia**, Rowman & Littlefield , First published in the united States 1981.

PRADO, Lúdia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção**. Campinas: Millennium, 2008.

ROTHBARD, Murray N. **Robert Nozick and the Immaculate Conception of the State**, Journal of Libertarian Studies, Vol. 1, Number 1 (1977).

SANDEL, Michael. **Justiça - O que é fazer a coisa certa**. Trad: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SCANLON Thomas. **Nozick on Rights, Liberty, and Property**, Philosophy and Public Affairs Vol. 6, No. 1 (Autumn,1976).

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski e OLIVEIRA, Elton Somens. **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. Barueri, SP: Monole, 2010.

PROCESSOS JUDICIAIS

RIO DE JANEIRO. 4ª Vara Cível de Comarca de Campos dos Goytacazes. Plano de Recuperação Judicial e relatórios mensais do administrador judicial processo n.º 0000991-41.2014.8.19.0014. Autor: Companhia Açucareira Paraíso S.A. e outras. 2014, *passim*.

RIO DE JANEIRO. 5ª Vara Cível da Comarca de Duque de Caxias. Plano de Recuperação Judicial e relatórios mensais do administrador judicial processo n.º 005067-91.2014.8.19.0021. Autor: Alutech Alumínio Tecnologia Ltda. 2014, *passim*.

RIO DE JANEIRO. 5ª Vara Cível da Comarca de Duque de Caxias. Plano de Recuperação Judicial e relatórios mensais do administrador judicial processo n.º 0019590-75.2012.8.19.0021. Autor: Newpet Indústria e Comércio de Plástico Ltda.2012, *passim*.

RIO DE JANEIRO. 3ª Vara Empresarial da Comarca da Capital. Plano de Recuperação Judicial e relatórios mensais do administrador judicial processo n.º 0392571-55.2013.8.19.0001. Autor: OSX Brasil S/A e outros. 2013, *passim*.

RIO DE JANEIRO. 6ª Vara Empresarial da Comarca da Capital, processo n.º 0117979-68.2006.8.19.0001. Autor: Veplan Hotéis e Turismo S/A. 2006, *passim*.

RIO DE JANEIRO. 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital, processo n.º 0116330-24.2013.8.19.0001. Autor: GPC Participações S/A. 2013, *passim*.

RIO DE JANEIRO. 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital, n.º 0398439-14.2013.8.19.0001. Autor: Sociedade Comercial e Importadora Hermes S/A. 2013, *passim*.

RIO DE JANEIRO. 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital. Plano de Recuperação Judicial e relatórios mensais do administrador judicial processo nº 0105323-98.2014.8.19.0001. Autor: Galileo Administradora de Recursos Educacionais S/A, 2014.

RIO DE JANEIRO. Vara Cível da Comarca de Mesquita. Plano de Recuperação Judicial e relatórios mensais do administrador judicial processo nº 0051672-79.2010.8.19.0038. Autor: Supermercados Alto da Posse Ltda., 2010.

RIO DE JANEIRO. 4ª Vara Cível da Comarca de Campos dos Goytacazes. Plano de Recuperação Judicial e relatórios mensais do administrador judicial processo nº 0003544-03.2010.8.19.0014. Autor: Hospital Pro-clínica Clínica e Diagnóstico de Tratamento S/A, 2010.

RIO DE JANEIRO. 7ª Vara Cível da Comarca de Duque de Caxias. Plano de Recuperação Judicial e relatórios mensais do administrador judicial processo nº 0037024-38.2016.8.19.0021. Autor: Metalbasa Metalurgica, 2016.

RIO DE JANEIRO. 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital.

Plano de Recuperação Judicial e relatórios mensais do administrador judicial processo nº 0105323-98.2014.8.19.0001. Autor: Galileo Administradora de Recursos Educacionais S/A, 2014.

RIO DE JANEIRO. 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital. Plano de Recuperação Judicial e relatórios mensais do administrador judicial processo 0303292-63.2010.8.19.0001. Autor: Vanilla Confecções Ltda, 2010.

RIO DE JANEIRO. 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital. Plano de Recuperação Judicial e relatórios mensais do administrador judicial processo 0013255-08.2009.8.19.0001. Autor: Sata Serviços Auxiliares de Transportes Aereos, 2009.

RIO DE JANEIRO. 1ª Vara Cível da Comarca de Magé. Plano de Recuperação Judicial e relatórios mensais do administrador judicial processo nº 0006916-36.2015.8.19.0029. Autor: Supermercados Verolme, 2015.

Bom Senso e Senso Jurídico

Nelson Monteiro Neto

Advogado

RESUMO: O autor deste trabalho procura apontar a significação das expressões *bom senso* e *senso jurídico*; menciona, além disso, diversas posições, muito interessantes, a respeito do tema. Afigura-se correto o entendimento de que, no universo do Direito, é sem dúvida fundamental, em não poucos casos, a utilização do bom senso.

PALAVRAS-CHAVE: Bom senso. Senso jurídico. Lógica. Processo civil. Solução justa.

SUMÁRIO: 1. Traços característicos das expressões. 2. Bom senso e senso jurídico: noções. 3. Posição de Pontes de Miranda. 4. Aplicação do direito e Gustav Radbruch. 5. Relevância da lei e Wilson de Souza Campos Batalha. 6. Direito positivo, segurança e justiça. 7. Importância da consciência: Giorgio Del Vecchio. 8. Lógica e bom senso. 9. Piero Calamandrei: tarefa de julgar e intuição. 10. Textos legais, senso jurídico e solução do problema. 11. Luiz Fernando Coelho: subsunção no mundo jurídico. 12. Prudência do juiz, utilização do bom senso: palavras de Barbosa Moreira.

1. TRAÇOS CARACTERÍSTICOS DAS EXPRESSÕES

Dois textos que escrevemos, na área do direito processual civil, empregam as locuções “bom senso” e “senso jurídico”. Daí parece útil fazer breves considerações acerca de tais elementos, os quais, não poucas vezes, influem na solução do litígio.

Convém, antes de mais nada, registrar duas opiniões a respeito do tema.

“(…) Denominamos de *senso jurídico* a qualidade do profissional do Direito que tem o dom de atinar com a solução justa para o

problema. Equivale à *intuição jurídica*, locução que sublinha a instantaneidade e não discursividade do encontro da solução” (Carlos Nicolau Galves, *Manual de Filosofia do Direito*, pág. 30).

“O *senso jurídico* supõe uma sensibilidade especial, um espírito de justiça, uma finura de avaliação dos atos humanos, um equilíbrio que o afasta da paixão e do interesse particularizante” (Silvio de Macedo, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 67, pág. 502).

Ambas as afirmações atinentes ao *senso jurídico*, acima transcritas, põem em relevo “a solução justa” e “um espírito de justiça”, também a tal respeito menciona a primeira delas a “*intuição jurídica*”, no que tange ao exame da questão.

A noção de bom senso e a de *senso jurídico* se assemelham; porém, não são totalmente coincidentes. Em relação ao *senso jurídico*, deve a pessoa observar sem dúvida o bom senso, como tal entendido a “aplicação da razão de um indivíduo, que serve para julgar ou raciocinar nos casos particulares da vida” (no dizer de Laudelino Freire, *Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa*, vol. II, 3ª ed., pág. 1.066); e, além disso, a pessoa precisa levar em conta a legislação, a doutrina e a jurisprudência, visando à obtenção de um resultado justo. Isto é: no *senso jurídico*, digamos assim, contém-se *algo mais*, quanto à atitude do intérprete ou aplicador do Direito, no sentido de solucionar o problema.

Com referência à sentença de primeiro grau, levada em conta a norma do art. 494 do Código de Processo Civil de 2015 (ou art. 463 do Código anterior), o erro do juiz às vezes pode ser corrigido por via de embargos de declaração, mesmo que não se trate de algum dos defeitos típicos (obscuridade, contradição ou omissão, ou ainda erro material), aplicando-se, neste caso, o bom senso, ou o *senso jurídico*. Tal entendimento consta do trabalho “Embargos de declaração e regra da imodificabilidade da sentença”, por nós elaborado ao tempo do Código de 1973.

2. BOM SENSO E SENSO JURÍDICO: NOÇÕES

Sabemos todos o que se entende por “bom senso”; mas convenhamos que é extremamente difícil definir (dizer o que é), em termos claros, tal qualidade. Tentaremos, em todo caso, formular, agora, a noção de bom senso, e também a de *senso jurídico*.

Bom senso é um atributo da pessoa humana que possibilita a tomada de posição mais exata no caso concreto. No que respeita ao senso jurídico, este último é (significa) aquele mesmo bom senso, ligado ao Direito. De modo que não raro o operador do Direito, ante as circunstâncias, à vista do estado atual da legislação, da doutrina e da jurisprudência, valendo-se do senso jurídico (ou da “intuição jurídica”, como diz Carlos Nicolau Galves), apresenta a correta solução para o problema, independentemente de regras expressas (*vide* os exemplos adiante aludidos: item nº 3).

Observa-se que “bom senso” e “senso jurídico” são expressões cognatas das palavras “sentimento” e “sentença”. Cumpre levar-se em consideração, no trabalho de julgar, o bom senso, o senso jurídico e o senso prático (que significa “sentido utilitário”, como explica Antônio de Moraes e Silva, *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, vol. X, 10ª ed., pág. 63).

3. POSIÇÃO DE PONTES DE MIRANDA

Sobre a “incidência e aplicação das regras jurídicas”, observa Pontes de Miranda (*Sistema de Ciência Positiva do Direito*, tomo II, 2ª ed., pág. 87): “As regras jurídicas incidem no espaço e no tempo a que elas se destinam. Uma vez que se compõe todo o suporte fáctico, a regra como que colore o que se compôs”. Poucas linhas abaixo, remata: “Se alguém não atende ao que ocorreu e, pois, à incidência, o juiz, ou quem tenha de impor o respeito à lei, *aplica* a regra jurídica. Aplica-se o que incidiu”.

Eis aí expressiva síntese da doutrina desse notável jurista, no que tange à incidência das normas jurídicas e à aplicação do direito a fato.

No volume I da mesma obra acima citada (pág. 97), assim se manifesta o mencionado autor sobre o *senso jurídico*: “Não basta ao jurista o chamado senso jurídico, que é amplo surrão para todas as fraquezas de equidade e todos os desacertos inseridos em textos”. Pouco adiante, acrescenta o escritor: “As impressões humanas são falíveis, como a razão. É preciso temer as perfídias daquelas e as desta, que todas podem danar a evolução da cultura e a realização da felicidade humana”.

É forte essa maneira de dizer, utilizada por Pontes de Miranda, no tocante ao significado de senso jurídico, mas o argumento, em

certa medida, afigura-se procedente, e o ideal seria que os operadores do Direito pudessem solucionar, sempre, o problema discutido, à luz das normas jurídicas, observado o que acima ficou dito sobre a “incidência e aplicação das regras jurídicas”. Entretanto, não poucas vezes, a realidade judiciária demonstra que, ante a inexistência de norma legal que permita uma decisão exata, o senso jurídico, o qual é o bom senso utilizado no mundo do Direito, tem influência decisiva no que tange ao desfecho do julgamento.

Note-se, a propósito, que, exemplificativamente, no que concerne ao direito material, a utilização do senso jurídico, no trabalho de julgar, outrora tornou possível o reconhecimento da sociedade de fato decorrente de concubinato; e, no tocante ao direito processual civil, o senso jurídico, hoje, vem possibilitando um resultado justo, no mesmo processo, por via de embargos de declaração, fora das hipóteses legais. Sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, escrevemos um comentário a acórdão, intitulado “Embargos de declaração. Devolução de tributo indevido. Correção monetária. Existência de decisão com premissa equivocada. Senso jurídico”, o qual ilustra esta última afirmativa, no sentido de que as hipóteses de cabimento do recurso de embargos de declaração, já agora, não são apenas as enumeradas na lei.

4. APLICAÇÃO DO DIREITO E GUSTAV RADBRUCH

Sobre o juiz e as regras expressas, assinala Gustav Radbruch (*Filosofia do Direito*, trad. de L. Cabral de Moncada, 6ª ed., pág. 182): “Sentimos, sem dúvida, desprezo pelo padre que prega uma doutrina contrária às suas convicções; não, porém, pelo juiz que se não deixa desviar do respeito devido à lei, não obstante a oposição que na sua consciência experimenta contra ela, inspirada no seu sentimento jurídico”. E acrescenta o autor: “Porque a verdade é esta: o dogma só tem valor como expressão duma fé religiosa; a lei, essa, não o tem só como expressão da justiça, senão também como penhor da segurança e da ordem, sendo esta até a razão principal pela qual ela se acha colocada nas mãos dos juízes”. Ainda segundo o escritor, “(...) um juiz que cumpre a lei é já por isso mesmo, e só por isso, um ‘juiz justo’”.

Não se desconhece a relevância da segurança jurídica e da ordem a que alude esse autor. Contudo, voltando a exemplo já refe-

rido, é dado da experiência que, não poucas vezes, o órgão judicial, nos embargos declaratórios, reforma (acertadamente) a decisão por ele proferida, em hipótese não prevista no texto legal, mas admitida pela jurisprudência, possibilitando, com isso, um resultado justo. Conforme a construção de Gustav Radbruch, seriam inadmissíveis aí os embargos porquanto o recorrente aponta fundamento não elencado no estatuto processual civil. Convém ressaltar que, no sistema do Código de 2015, a jurisprudência tem força vinculativa (*vide* o art. 489, § 1º, nº VI).

Diga-se que foi publicado no livro *Filosofia do Direito* (já aludido), 6ª ed., págs. 415-418, como “apêndice”, pequeno texto intitulado “Cinco minutos de filosofia do direito”, onde se lê (“*Quarto minuto*”): “(...) Será, muitas vezes, necessário ponderar se a uma lei má, nociva ou injusta, deverá ainda reconhecer-se validade por amor da segurança do direito; ou se, por virtude da sua nocividade ou injustiça, tal validade lhe deverá ser recusada”. Pouco adiante (“*Quinto minuto*”), acrescenta Gustav Radbruch: “Há também princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda a lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade”.

Nesse texto mais recente (o qual, segundo consta, foi “publicado pela primeira vez como circular dirigida aos estudantes de Heidelberg, após a guerra, em 1945”), o citado escritor menciona também a importância da segurança jurídica; e, além disso, admite o exame referente à validade da regra expressa, bem como valoriza a atuação do juiz, o resultado justo, ainda no caso de decisão que nega vigência à lei.

5. RELEVÂNCIA DA LEI E WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA

Pela observância das normas legais, frisa Wilson de Souza Campos Batalha (*Lei de Introdução ao Código Civil*, vol. I, pág. 376): “(...) abandonando-se a lei, para dar prevalência ao que se diz ser o Direito, abrem-se as portas ao arbítrio infrene, em que pompeiam as convicções subjetivas acerca dos ideais jurídicos, vacilantes, fugidios, incertos e inseguros”. E ainda: “A segurança jurídica compõe, com o ideal jurídico, a ideia do Direito. Direito, sem segurança jurídica, não seria mais direito – seria o arbítrio, isto é, seria *não Direito*”.

De fato, impressiona a consideração supratranscrita. Entretanto, na decisão que emprega o senso jurídico, a possibilitar a prestação jurisdicional adequada, só excepcionalmente ocorre a inobservância de norma contida na lei (não raro em razão da posição da jurisprudência), e essa exceção não gera insegurança. Assim é que o pronunciamento que emprega o senso jurídico, as mais das vezes, não é prejudicial à normatividade.

6. DIREITO POSITIVO, SEGURANÇA E JUSTIÇA

Direito positivo é o ordenamento jurídico vigente no país. Com referência à paz social, é sem dúvida fundamental a segurança. Cumpre sublinhar, além disso, a importância da justiça.

A normatividade, o direito positivo é essencial à segurança jurídica. Se, porém, os textos legais não tornam viável um resultado justo, segue-se que o órgão judicial pode valer-se do senso jurídico, ou quem sabe dos subsídios do senso comum (posição da maioria das pessoas), para a formulação de uma decisão acertada. Parece razoável sustentar que isso, em geral, não compromete a segurança, e permite a justiça, relativamente aos integrantes da coletividade.

Quanto a decisões transitadas em julgado, salvo as hipóteses previstas na lei, não há lugar para o rejugamento (mesmo em caso de injustiça), sob o regime vigente, e em razão da certeza jurídica.

7. IMPORTÂNCIA DA CONSCIÊNCIA: GIORGIO DEL VECCHIO

Consoante explica Giorgio Del Vecchio (*Lições de Filosofia do Direito*, vol. 2, trad. de Antônio José Brandão, págs. 258-259), “gozamos de faculdade originária, não induzível da experiência, graças à qual nos é possível distinguir a Justiça da Injustiça”. Noutro passo, continua: “Verdade é, na maior parte dos casos, que o direito positivo se conforma ao exigido pela nossa consciência. No entanto, se a correspondência entre ambos falta, e assim acontece, por vezes, logo do confronto entre ambas, resulta a experiência inesgotável da consciência subjectiva do justo e do injusto”. E, pouco adiante, conclui esse mesmo autor, com acerto, que tal consciência é fundamental no que tange à evolução do Direito.

No que respeita à tarefa de julgar, a observação do que acontece mostra que o uso do bom senso ou do senso jurídico, de modo geral, é legítimo, e não compromete a segurança jurídica.

Ainda com relação ao trabalho de julgar, nenhum texto legal (*vide* o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, e o art. 140 do Código de Processo Civil) faz menção ao “senso jurídico”, mas na verdade tal elemento, em não poucos casos, torna viável um pronunciamento judicial exato.

8. LÓGICA E BOM SENSO

Não raro, precisa a pessoa valer-se da lógica, a par do bom senso (v. Ludgero Jaspers, *Manual de Filosofia*, 5ª ed., pág. 266; Goffredo Telles Junior, *Curso de Lógica Formal*, 4ª ed., pág. 83). Quanto aos advogados e juízes, é instrumento de trabalho a linguagem, o argumento.

Pode o indivíduo bem argumentar, é certo, sem haver estudado lógica. Todavia, cumpre observar, o conhecimento de lógica facilita muito a atividade profissional, no campo jurídico.

O bom senso relaciona-se com a intuição, enquanto a lógica diz respeito à argumentação. Há casos em que o raciocínio baseia-se, antes de tudo, no bom senso. A lógica, em última análise, tem grande utilidade para o intérprete ou aplicador do Direito.

9. PIERO CALAMANDREI: TAREFA DE JULGAR E INTUIÇÃO

Sobre a formulação da sentença, assim se manifesta Piero Calamandrei (*Eles, os Juízes, vistos por nós, os Advogados*, trad. de Ary dos Santos, págs. 144-5): “Posto que continue a repetir-se que a sentença pode esquematicamente reduzir-se a um silogismo, no qual, de premissas dadas, o juiz, por simples virtude de lógica, tira a conclusão, sucede às vezes que ele, juiz, ao elaborar a sentença inverte a ordem normal do silogismo, isto é: encontra primeiro o dispositivo e depois as premissas que o justificam”.

Esse mesmo autor, pouco adiante, afirma, com muito acerto, que, no trabalho de julgar, “a intuição e o sentimento têm frequentemente maior lugar do que à primeira vista parece”.

Desse ponto de vista, algumas vezes, a conclusão é ditada pelo bom senso. Em tal hipótese, pode ser complexa a adoção de premissas justificadas, no tocante à conclusão acertada.

10. TEXTOS LEGAIS, SENSO JURÍDICO E SOLUÇÃO DO PROBLEMA

Que as “impressões humanas são falíveis, como a razão”, não há dúvida. Porém, cumpre reconhecer que o senso jurídico às vezes representa significativo fator atinente ao correto equacionamento da questão.

De qualquer maneira, chamam a atenção as observações feitas por Pontes de Miranda, bem como as formuladas por outros escritores citados, sobre o assunto.

Em nosso ordenamento, é sem dúvida muito importante a observância das normas legais. Contudo, em não poucos feitos, à míngua de regra de direito escrito que possibilite um resultado justo, mostra-se essencial o uso do senso jurídico quanto à solução do litígio.

11. LUIZ FERNANDO COELHO: SUBSUNÇÃO NO MUNDO JURÍDICO

Referindo-se ao momento da subsunção, Luiz Fernando Coelho (*Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, 2ª ed., pág. 148) sublinha que “o próprio silogismo judicial como um todo pode significar que a decisão concreta é anterior a todo raciocínio analítico, isto é, o enunciado das premissas é somente um apoio lógico-formal que o próprio juiz elabora para fundamentar *a posteriori* a decisão que ele já tomara”.

Isso quer dizer que, às vezes, o juiz, primeiro, encontra a solução (ou seja: desenha-se desde logo a conclusão correta) e, imediatamente em seguida, faz os outros passos do raciocínio (isto é: adota as premissas exatas). Sua intuição, nesse caso, influi na decisão (v. acima, item nº 9).

12. PRUDÊNCIA DO JUIZ, UTILIZAÇÃO DO BOM SENSO: PALAVRAS DE BARBOSA MOREIRA

No dizer de Barbosa Moreira (*O Juiz e a Cultura da Transgressão*, in *Revista da EMERJ*, vol. 3, nº 9, 2000, pág. 118), “nenhum dos princípios do ordenamento jurídico pode ser tomado como absoluto, sem a preocupação de confrontá-lo com outros, porque há uma série de garantias e de direitos que podem estar em choque uns com os outros”.

Logo em seguida, vem o exemplo que ilustra a afirmação antes feita: “A liberdade de informação pode chocar-se com o meu direito à honra, à privacidade e em muitas situações acontecem esses conflitos”.

Daí, conforme acentua esse notável processualista, “é necessária muita prudência, utilização do bom senso”, por parte do juiz, para, no exame de caso concreto, apontar o princípio ou o direito que deve prevalecer, de modo que se obtenha uma solução justa.

Aludindo ao problema da transgressão e da repressão (rev. cit., pág. 119), em última análise, corretamente o inesquecível mestre coloca em evidência a importância da utilização do bom senso, da prudência do juiz.❖

Abrangência dos Limites Objetivos da Coisa Julgada no Novo CPC à Prescrição

THE RESOLUTION OF PRESCRIPTION SUBJECT TO THE
OBJECTIVE LIMITS OF *RES IUDICATA* IN THE NEW CODE
OF CIVIL PROCEDURE

Felipe Barreto Marçal

*Mestre em Direito Processual pela UERJ. Oficial de
Justiça do TJRJ, na função de assessoria de Desembar-
gador.*

Maurício Rafael Antunes

*Advogado do escritório Dannemann Siemsen Adv-
ogados.*

RESUMO: O presente artigo pretende demonstrar que os limites ob-
jetivos da coisa julgada devem abarcar a resolução da prescrição.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada. Limites objetivos. Prescrição.
Questões preliminares. Questões prejudiciais.

ABSTRACT: This work aims to demonstrate the extension of the ob-
jective limits of *res judicata* to the resolution of prescription.

KEYWORDS: Preliminary issue. *Res judicata*. Objective limits. Pres-
cription. Issue preclusion. Brazilian Code of Civil Procedure/2015.

INTRODUÇÃO

O primeiro objetivo deste texto é esclarecer a classificação da prescrição¹ no objeto da cognição judicial, uma vez que vem sendo abordada equivocadamente nos dias de hoje, *indistintamente* como uma “prejudicial de mérito”,² sem qualquer *referencial* e apuro técnico-terminológico.³

Em seguida, busca-se demonstrar que a coisa julgada, de acordo com o art. 503, § 1º, do CPC/15, em seus limites objetivos, deve abarcar a resolução da prescrição, sob pena de termos um sistema incongruente e “capenga”.

1. QUESTÕES PRÉVIAS/PRIORITÁRIAS, QUESTÕES PRINCIPAIS, QUESTÕES PRELIMINARES E QUESTÕES PREJUDICIAIS

Antes de tudo, impõe-se determinar como premissa o que é questão. Como ensina Barbosa Moreira, “a palavra ‘questão’ vê-se empregada em dois sentidos diversos na linguagem da lei. Ela serve primeiro para designar *ponto duvidoso*, de fato ou de direito, de que dependa o teor do pronunciamento judicial. Nessa acepção, dir-se-á com propriedade que a solução das ‘questões’ é o meio de que se vale o juiz para julgar: a ‘questão’ não constitui, em si, objeto de julgamento, mas, uma vez resolvida, insere-se entre os fundamentos da decisão, entre as razões de

1 Praticamente tudo que será dito aqui se aplica à decadência. No entanto, optou-se por não incluí-la no presente texto em razão do procedimento especial do mandado de segurança, que merece análise minuciosa e mais detalhada daquela que se pretende fazer aqui. Para uma leitura aprofundada – tanto da decadência, quanto de todas as questões relativas ao mandado de segurança –, recomenda-se: CÂMARA, 2014.

2 Como exemplos, no STJ: AgRg no REsp 1281960/DF, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2016, Dje 16/03/2016; AgRg no REsp 1036458/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2015, Dje 10/02/2016; EDcl no AgRg no AREsp 618.368/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, Dje 25/08/2015; AgRg nos EAREsp 92.725/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/11/2014, Dje 16/12/2014. No TJ/RJ: AI nº 0070282-39.2015.8.19.0000 - JDS. MARIA DA GLÓRIA BANDEIRA - Julgamento: 27/04/2016 - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR; AC nº 0092520-22.2010.8.19.0002 - DES. RENATA COTTA - Julgamento: 27/04/2016 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL; AC nº 0403512-64.2013.8.19.0001 - DES. CLAUDIO DELL ORTO - Julgamento: 27/04/2016 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL; AC nº 0412885-56.2012.8.19.0001 - DES. MARIA REGINA NOVA ALVES - Julgamento: 19/04/2016 - DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL.

3 Não se tratará, no texto, sobre a polêmica entre o efeito da prescrição: se suspende a eficácia de exigibilidade da obrigação, a que o Código Civil chama de “pretensão” (MOREIRA, jul/set. 2002. MIRANDA, 1955, p. 101 e 136. LEAL, 1959, p. 22. MONTEIRO, 1995, p. 288. THEODORO JR., 2008.), ou se extingue o próprio direito (GOMES, 2002, p. 496. SANTOS, 1958, p. 372. PEREIRA, 2001, p. 435. DINAMARCO, 2000, p. 441-445.).

decidir. (...) Outras vezes, ‘questão’ é o próprio *thema decidendum*, ou ao menos cada uma das partes em que ele se fraciona. Se alguém, v.g., pleiteia a resolução da promessa de compra e venda e a reintegração na posse do imóvel, dir-se-á, neste outro sentido, que o juiz deve julgar duas ‘questões’, a da resolução contratual e a possessória. Existe aí manifesta correspondência entre ‘questão’ e pedido: havendo mais de um pedido, ou – o que afinal é o mesmo – compondo-se o pedido de mais de um item, estarão subpostas à cognição judicial tantas ‘questões’ quantos forem os pedidos, ou os itens do pedidos” (MOREIRA, 1998, p. 243.).⁴

Além disso, faz-se necessário esclarecer que as *questões preliminares* e as *questões prejudiciais* são espécies do gênero *questão prévia/prioritária*, havendo um vínculo de subordinação *lógica* entre elas, que repercute na ordem em que devem ser analisadas. Assim, as questões guardam uma relação entre si e, somente à luz dessa relação, é que se pode classificá-las como prévias (preliminares ou prejudiciais) ou posteriores (principais).⁵

Nesse sentido, *questão prévia* ou *prioritária* é aquela que possui uma subordinação lógica (deve ser conhecida anteriormente) a outra questão, que chamaremos de questão principal ou posterior (em relação à primeira).

4 Em sentido semelhante: CARNELUTTI, 1939, p. 104.

5 “A existência de vínculo de subordinação necessariamente [sic] repercute na ordem em que um juiz há de apreciar as questões relacionadas. (...) A ordem a que não poderá fugir é mais lógica do que cronológica. Ainda que as conclusões se exteriorizem de um jato, no raciocínio do juiz, haverá sempre um prius (questão subordinante) e um posterius (questão subordinada) [ademais, mesmo que no raciocínio do juiz isso ocorra, ele deve expressar seu processo mental na decisão, com a resolução de cada questão, sob pena de vício de fundamentação, especialmente à luz do art. 489 do CPC/15 – nota minha]. Neste sentido, e não em contexto temporal, é que se fala de questões prévias – que melhor se diriam, talvez, prioritárias – para designar todas [sic] aquelas cuja solução é logicamente [sic] anterior à de outras. Neste ponto começa a desenhar-se o problema terminológico a que de início se aludiu. Os processualistas cedo perceberam que nem todas [sic] as questões subordinantes (e, por isso, prioritárias) são da mesma natureza, e que varia a espécie de influência por elas exercida sobre a solução das questões subordinadas. (...) Expressões como ‘questão prejudicial’ e ‘questão preliminar’, por exemplo, foram com frequência promiscuamente [sic] empregadas na literatura processual, do nosso como de outros países (...). (...) Convém atentar em que todo o fenômeno de que se está tratando emerge d’este [sic] dado substancial: a existência de uma relação lógica de subordinação. As questões prioritárias não são tais em virtude de algo que esteja nelas mesmas, isoladamente, nem de algo que esteja nas questões que dela dependem, mas por força [sic] da particular relação que se estabelece entre umas e outras. Uma questão prévia – e o mesmo se dirá da questão a ela subordinada – pode dizer respeito ao processo, à ação ou ao mérito, sem que essa característica, relevantíssima de outros pontos-de-vista, nos esclareça sobre [sic] a função que a questão prévia exerce como tal, isto é, sobre [sic] a natureza da sua relação com a questão subordinada. Mas se é precisamente essa relação, e só ela, que a faz prévia, que justifica o caráter prioritário da sua solução, a luz projetada.” (MOREIRA (b), 1971, p. 76-81.)

A partir desse ponto, faz-se necessário diferenciar *questão preliminar* de *questão prejudicial*, conceitos inconfundíveis.

Prejudicial é a questão logicamente anterior a outra que exerce influência na *forma* como a questão posterior (prejudicada) será resolvida; como diz o nome, ela *prejulga* a outra.⁶

Por outro lado, a questão *preliminar* é também logicamente subordinante (anterior) a outra, mas não exerce influência sobre o conteúdo da resolução da questão posterior; na verdade, dependendo da forma como a questão preliminar será decidida, será possível ou não ingressar no exame da questão principal. Dito de outra forma, não dizem respeito à *forma* de enfrentar a questão seguinte, mas à *possibilidade* de analisá-la.⁷

Assim, “o que importa, portanto, para distinção entre prejudicial e preliminar não é, assim, a natureza da questão vinculada, mas o teor de influência que a questão vinculante terá sobre aquela (vinculada)” (ALVIM, 1977, p. 15.)

Além dessa classificação, existem, ainda, as questões “preliminares impróprias/dilatórias”⁸, que não chegam a impedir a análise da questão seguinte, mas apenas postergam/atrasam/dilatam o momento para que isso ocorra.⁹

A partir de sua conceituação, é possível constatar que classificá-las a partir de critério que leva em conta se integram ou não o mérito é absolutamente errado.¹⁰

6 “A denominação de prejudiciais é, pois, a que histórica e logicamente [sic] mais convém às questões de cuja solução depende o teor da solução de outras. A doutrina moderna, em geral, peca apenas no restringir ao *meritum causae* o âmbito de manifestação do fenômeno. É nêle [sic], realmente, que a prejudicialidade assume, em regra, maior importância, visto que aí a questão subordinada – ou prejudicada, como agora se pode dizer com melhor técnica – versa sobre [sic] o próprio pedido e vai ser decidida pela sentença definitiva, pondo fim à lide; mas a essência do fenômeno é a mesma nos casos em que a prejudicada é uma questão referente ao processo ou à ação (...).” (MOREIRA (b), 1971, p. 86-87.)

7 “À outra classe de questões prévias ou prioritárias de cuja solução pode decorrer, para o juiz, a dispensa ou o impedimento de ir além – ficará, então, reservado o nome de preliminares.” (MOREIRA (b), 1971, p. 86-87.)

8 A rigor, e o artigo supracitado do Prof. Barbosa Moreira deixa bem claro isso, etimologicamente, ambas são preliminares (“próprias”). Entretanto, dado que se adotou o conceito para aquelas questões subordinantes que impedem a apreciação das questões subordinadas, aí se justifica – esticando ainda mais o equívoco etimológico do primeiro conceito – o adjetivo “impróprias”. Melhor se mostra, portanto, o adjetivo “dilatórias”.

9 “Registre-se que, no art. 301, são incluídas duas questões que não se enquadram propriamente no conceito apresentado de preliminares: a incompetência absoluta e a conexão (aí utilizado o termo em sentido amplo, abrangendo tanto a conexão stricto sensu como a continência). Estas duas questões não chegam jamais a impedir a apreciação do mérito da causa, razão pela qual são denominadas preliminares impróprias ou dilatórias.” (CÂMARA, 2012.)

10 “É equivocada a distinção que se faz entre prejudiciais (mérito) e preliminares (processuais). A distinção correta baseia-se na relação que mantêm as diversas questões postas à cognição judicial.” (DIDIER JR. (a), 2012, p. 325.)

Isso porque as questões podem ser principais ou prévias, preliminares ou prejudiciais, de acordo com o que (e como) se discute no processo, sendo necessário analisá-las caso a caso.

Do mesmo modo, uma mesma questão pode receber diferentes classificações (prévia/principal/preliminar/prejudicial) se confrontada com as demais questões analisadas naquele processo, jamais podendo receber uma abordagem “estranque”.¹¹

2. PRESCRIÇÃO COMO QUESTÃO PRELIMINAR DE MÉRITO

Diante do exposto, ao analisar a questão, caso o magistrado acolha a prescrição, ele irá enfrentar as demais questões de mérito colocadas sob a cognição judicial?

Pense numa demanda em que o réu alegue que ocorreu a prescrição do direito alegado pelo autor. Se o juiz verificar que, de fato, ocorreu a prescrição, ele *não* passará à análise das demais questões que visam a explicar se o réu deve ser condenado, normalmente se tratando, portanto, de uma preliminar em relação às demais questões principais do mérito, e não de uma prejudicial, nesse aspecto.

Esse exemplo é a regra geral nas causas em que a prescrição é suscitada ou verificada *ex officio*, estando-se diante de uma verdadeira questão *preliminar de mérito em relação às demais questões de mérito*.

Sendo assim, percebe-se esse equívoco em nossa jurisprudência, em razão do vício (retroalimentante entre operadores do direito) que se perpetua em nosso universo jurídico, em que se utiliza indistintamente *preliminar e prejudicial*.

3. PRESCRIÇÃO COMO QUESTÃO PREJUDICIAL DE MÉRITO

Provavelmente, o que leva alguns de nossos juristas a fazerem esse uso indistinto é o fato de que a prescrição, em regra, é tema de mérito¹² (e nesse ponto não paira mais qualquer dúvida, desde a

11 “O tipo de relação entre a questão subordinante e a questão subordinada tampouco depende da pertinência de uma ou de outra ao direito material ou ao direito processual. Pode o vínculo de dependência manifestar-se entre duas questões regidas pelo direito material, entre duas questões regidas pelo direito processual, entre uma questão regida pelo direito material e outra pelo processual, ou vice-versa – e em todos esses [sic] casos tanto é possível que a solução dada à subordinante predetermine o sentido em que se resolverá a subordinada, como é possível igualmente que a primeira seja capaz de preexcluir o conhecimento da segunda pelo juiz. (...) Não se há de dizer de uma questão X que seja, em si mesma, prejudicial ou preliminar, mas que é prejudicial ou preliminar da questão Y.” (MOREIRA (b), 1971, p. 85 e 89.)

12 Diz-se “em regra”, porque, como exposto acima, nenhuma classificação das questões pode ser feita a priori, mas, tão somente, diante do caso concreto. No entanto, até o momento, os autores não vislumbraram uma hipótese de prescrição

edição da Lei 5.925/1973, que alterou o art. 269, IV, do CPC/1973) e, em razão do desconhecimento existente dos conceitos – misturando mérito e relação lógica de subordinação –, tratam-na como uma verdadeira questão prejudicial, em qualquer contexto.

Sobre a inclusão da prescrição e da decadência em um inciso autônomo do art. 269 do CPC, ouvi explicação bastante elucidativa do Professor Alexandre Freitas Câmara no sentido de que o acolhimento/reconhecimento da prescrição ou da decadência é fundamento para a improcedência do pedido, razão pela qual estariam embutidas no inciso I do art. 269 do CPC. Contudo, tendo em vista a grande divergência sobre se a sentença que acolhesse essas questões seria de mérito ou terminativa, optou-se por colocá-las como inciso autônomo do art. 269 do CPC. Parafraseando o que ele me disse naquela ocasião: *quod abundat non nocet*, sendo melhor isso do que retornar àquela velha discussão (sobre serem ou não questões de mérito).

Se a prescrição, então, é *fundamento* para dizer se o autor tem ou não razão, pode-se pensar nela como uma questão que condiciona o julgamento de procedência ou de improcedência.

Assim, é verdade que a prescrição é uma questão *preliminar de mérito* quando confrontada com as demais questões de mérito; ela “é, porém, uma questão prejudicial ao exame do pedido (questão principal do processo): uma vez acolhida a prescrição, rejeita-se o pedido” (DIDIER JR. (b), 2012.).

Em outras palavras, criou-se uma “fórmula” – completamente descabida: se a questão é de mérito, é prejudicial; se não é de mérito, é preliminar.

Como já foi dito acima, essa justificativa não merece prosperar, pois integrar ou não o mérito não guarda qualquer relação com essa classificação (preliminar/prejudicial).

Aliás, não se pode deixar de mencionar que as questões preliminares podem ser preliminares *ao mérito* ou preliminares *de mérito*.

Cumprе ressaltar que as primeiras (*ao mérito*) são questões que *não integram o mérito da demanda*, mas devem ser conhecidas antecipadamente pelo magistrado da causa, tais como os pres-

como questão que não integre o mérito e que seja preliminar ao mérito. Talvez seja somente uma hipótese, mas não me parece correto excluí-la definitivamente sem maiores reflexões.

supostos processuais e as condições da ação (mantendo o que já foi dito acima sobre as preliminares dilatórias/impróprias). Constituem, em geral, questões processuais (normalmente associadas à defesa *processual* do réu, apesar de serem cognoscíveis *ex officio*, em sua maioria).

Já as preliminares *de mérito* fazem parte do mérito (e geralmente integram a defesa de mérito do réu), mas, por serem questões prévias à principal, também devem ser resolvidas pelo juiz anteriormente à questão principal do mérito (ter o autor direito ou não).¹³

A diferença entre elas pode ser facilmente verificada se pensarmos: ao acolher determinada preliminar, será proferida sentença terminativa (que não resolve o mérito) ou definitiva (com resolução do mérito)? O CPC/73 e o CPC/15 facilitam a vida dos aplicadores do direito, deixando óbvio que, caso seja hipótese de extinção do processo *sem* resolução de mérito, estar-se-á diante de uma preliminar *ao* mérito. De outra banda, nas situações de extinção do processo (ou uma de suas fases) *com* resolução do mérito, fundada em uma questão prévia/prioritária (e, claro, sem enfrentar a questão principal), não resta dúvida que esta será uma preliminar *de* mérito, como é, em regra, o caso da prescrição e da decadência.¹⁴

No sentido que sustentamos, é possível encontrar julgados recentes do STJ¹⁵ e no TJ/RJ,¹⁶ abordando corretamente o tema.

13 Aliás, registre-se a lição de Fredie Didier Jr., escorado nos ensinamentos de Barbosa Moreira: “José Carlos Barbosa Moreira identifica três tipos de questões preliminares. Eis a sua classificação: a) Preliminares ao conhecimento do mérito da causa. Os pressupostos de admissibilidade do exame do mérito (pressupostos processuais e condições da ação) são questões preliminares, na medida em que, a depender da solução que se lhes dê, podem impedir o exame do objeto do processo. Essas preliminares são questões processuais. b) Preliminares de recurso: ‘...questões de cuja solução depende a possibilidade de julgar-se o mérito da impugnação...’. São preliminares de recurso todos os seus requisitos de admissibilidade: cabimento, legitimidade, interesse, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, tempestividade, regularidade formal e preparo. c) Preliminares de mérito: ‘...as questões já situadas no âmbito do *meritum* causal, mas suscetíveis, se resolvidas em certo sentido, de dispensar o órgão julgador de prosseguir em sua atividade cognitiva (v.g., a questão da prescrição).’ (DIDIER JR. (a), 2012, p. 326.)

14 Correta a análise feita na seguinte passagem: “O legislador brasileiro disciplinou que os institutos da prescrição e decadência estão atrelados ao ‘mérito’ ou, como alguns preferem, são preliminares de mérito. Desta forma, quando o julgador reconhece um desses institutos está fulminando o próprio ‘mérito’, mesmo quando não ingressa na análise das demais questões arguidas [sic] na exordial, ou compreendidas no processo propriamente dito” (STJ - AgRg no REsp 553.053/PB, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2003, DJ 09/02/2004, p. 205)

15 STJ - AgRg no AgRg no REsp 1379424/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 23/03/2015; EDcl no AgRg no AREsp 452.998/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/06/2014, DJe 01/08/2014; AgRg no REsp 1266809/SE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/05/2014, DJe 30/05/2014; AgRg no AREsp 418.790/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 06/03/2014. Infelizmente, no Superior Tribunal de Justiça, essa não é a terminologia predominante nos julgados, especialmente nas decisões monocráticas, quando se realizam buscas com ambas as expressões.

16 TJRJ - AC nº 0032543-72.2010.8.19.0205 - DES. ADRIANA MOUTINHO - Julgamento: 05/05/2016 - VIGÊSI-

Por todo o exposto, é forçoso concluir que a prescrição, via de regra, se trata de questão preliminar *de mérito*, em relação às demais questões *de mérito*, e de questão prejudicial de mérito, em relação à questão principal (se o autor tem ou não razão), apesar de depender da análise casuística e do confronto entre questões.¹⁷

Com isso, espero que seja possível colocar uma pá de cal nessa discussão, enterrando esse vício e prestigiando a precisão terminológica, que pode parecer mero preciosismo técnico e/ou teórico, mas não é. Isso porque o direito é uma ciência que – como toda ciência, diga-se – prega pela rigidez terminológica.¹⁸⁻¹⁹⁻²⁰

MA SEXTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR; AC nº 0348292-47.2014.8.19.0001 - DES. GILBERTO GUARINO - Julgamento: 27/04/2016 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL; AC/REEX nº 0386859-21.2012.8.19.0001 - DES. LUIZ HENRIQUE MARQUES - Julgamento: 13/04/2016 - DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL; AC nº 0006637-11.2015.8.19.0042 - DES. PETERSON BARROSO SIMAO - Julgamento: 13/04/2016 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL; AI nº 0027885-96.2014.8.19.0000 - DES. ALEXANDRE CÂMARA - Julgamento: 11/06/2014 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL; AC/REEX nº 0155653-36.2013.8.19.0001 - DES. MARIO GUIMARAES NETO - Julgamento: 24/02/2014 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL; AI nº 0021800-94.2014.8.19.0000 - DES. MAURO DICKSTEIN - Julgamento: 12/05/2014 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL; AC nº 0053544-80.2009.8.19.0001 - DES. CLAUDIA TELLES DE MENEZES - Julgamento: 18/03/2014 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL; AC/REEX nº 0414111-67.2010.8.19.0001 - DES. GILBERTO GUARINO - Julgamento: 30/01/2014 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL; AC/REEX nº 0003043-34.2012.8.19.0061 - DES. HELENA CANDIDA LISBOA GAEDE - Julgamento: 07/03/2014 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL; AC nº 0051744-22.2011.8.19.0203 - DES. CLEBER GHELFENSTEIN - Julgamento: 11/02/2014 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL; AC nº 0241792-98.2007.8.19.0001 - DES. ANTONIO ILOIZIO B. BASTOS - Julgamento: 26/03/2012 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL.

17 Tudo indica que, se o autor ajuíza uma demanda declaratória negativa, fundada em prescrição, essa questão passa a ser uma prejudicial de mérito.

18 “What’s in a name? That which we call a rose by any other name would smell as sweet (Romeo and Juliet, 2.º ato, cena II). Ao pôr [sic] na boca [sic] de sua gentil heroína esses [sic] versos famosos, cunhou SHAKESPEARE uma das mais perfeitas fórmulas poéticas de que se tem notícia; mas não terá enunciado, nem o pretendia, um princípio científico. Em ciência os nomes importam bem mais do que parecia à apaixonada Julieta. Na ciência do Direito não menos do que em qualquer outra. Pode o jurista deleitar-se com o lirismo do texto shakespeariano; mal andaria, porém, se dele [sic] quisesse tirar uma regra aplicável ao seu próprio ofício. A elaboração dogmática já é por si trabalho bem árduo para que nos demos ao luxo de entravá-lo com o pesado lastro dos equívocos terminológicos. À precisão dos conceitos há de corresponder, nesse terreno, como condição sine qua non de todo progresso, a univocidade da nomenclatura por meio da qual eles [sic] se expressem. Não existe outro modo de evitar a esterilidade das discussões doutrinárias que se resolvem em simples queeres de mots. (...) Dar a cada coisa o seu nome, e apenas este [sic], não é preocupação formalística de quem pusesse acima de tudo o amor pela boa arrumação e pelo impecável polimento do mobiliário dogmático; é esforço [sic] que se inspira, principalmente, na compreensão da utilidade que daí se tira para a melhor aplicação do Direito e, portanto, para uma realização menos imperfeita da Justiça entre os homens.” (MOREIRA (b), 1971, p. 73-74.)

19 “Gostaria de ver esses dois conceitos mantidos na sua distinção. Entendo que, em Direito, a precisão terminológica e, sobretudo, o caráter unívoco das palavras, é um valor muito importante. É preciso que quando alguém pronuncia uma palavra técnica todos saibam do que se trata, e não se esteja a refletir se aquela expressão estará sendo usada neste ou naquele sentido. Trata-se de uma exigência científica, não de um formalismo de professor de processo. Em geometria só podemos usar a palavra triângulo para o polígono de três lados. Não poderemos usá-la para o polígono de cinco lados, nem para o de dez lados, senão Tales, que formulou a Lei Angular, seria desrespeitado.” (MOREIRA, 1993.)

20 “Está claro que o ponto não interessará a quem não dê importância à terminologia - a quem suponha, digamos, que em geometria tanto faz chamar triângulo ou pentágono ao polígono de três lados, e que em anatomia dá na mesma atribuir ao fígado a denominação própria ou a de cérebro... Mas - digamos com franqueza - tampouco interessará muito o que esses pensem ou deixem de pensar” (MOREIRA, 2001, p. 121.)

Apenas para trazer luzes àqueles que pensam de forma diferente, deve-se lembrar que o uso de uma ou de outra nomenclatura traz consequências inúmeras, por exemplo, em relação a desdobramentos práticos, bastando, para tanto, refletir sobre chamar-se a um pronunciamento judicial de mérito, que põe fim a uma das fases do processo (sentença) de despacho.

Até mesmo porque – e pedimos *venia* para a metáfora –, “se você chamar um copo d’água de ônibus, quando você tiver sede, pode ser atropelado” (STRECK, 2014.).

Ademais, é importante acabar com as “fórmulas” decoradas, uma vez que nenhum dos ramos do direito, em especial o processual, é mecânico e deve, portanto, ser analisado de acordo com as circunstâncias apresentadas ao jurista.

4. INCIDÊNCIA DA COISA JULGADA SOBRE A PRESCRIÇÃO: ART. 503, § 1º, DO CPC/15

Visto isso, passa-se a demonstrar que o art. 503, § 1º, do CPC/15 – que trata do alcance de *status*²¹ de coisa julgada às questões prejudiciais em algumas hipóteses (DIDIER JR., 2015, 81-94.) – incide também sobre a resolução da prescrição.

Antes de tudo, merece registro que o art. 503, § 1º, do CPC/15 ainda “não pegou”. Como se verá a seguir, não se pode admitir sua “aplicação surpresa”, devendo o juiz alertar as partes sobre quais questões possivelmente serão acobertadas pela coisa julgada. Entretanto, na prática, não se tem notícia de que esse debate no processo está acontecendo, o que esvazia completamente o dispositivo.

Dito isso, como se sabe, para que a coisa julgada se forme sobre as questões prejudiciais, é necessário que: *i*) se trate de questão resolvida incidentalmente (DIDIER JR., 2015, p. 432-433.); *ii*) integre o mérito; *iii*) as partes tenham se manifestado previamente sobre ela; *iv*) o juízo seja competente para apreciar essa questão como se fosse principal.

21 Sobre a natureza jurídica da coisa julgada como uma situação jurídica, confirmam-se as lições dos Professores Luiz Machado Guimarães (GUIMARÃES, 1969, p. 14.) e José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA (a), 1971, p. 145; MOREIRA, 1984, p. 113). Na doutrina mais moderna: CÂMARA, 2012, p. 524; CÂMARA, 2015, p. 303.

É necessário, ainda, dizer que, como decorrência do contraditório (que é um dos requisitos do § 1º do art. 503) e do modelo cooperativo/comparticipativo de processo (princípio do CPC/15), não se pode admitir que as partes sejam surpreendidas (MITIDIERO, 2016. CÂMARA, 2015. NUNES, 2004, p. 80. CABRAL, 2011, p. 201-204.).

Assim, é tanto uma garantia para as partes quanto um dever para o magistrado que essas sejam alertadas sobre quais questões prejudiciais formarão a coisa julgada.²²⁻²³⁻²⁴

Nesse sentido e conforme já apontado no início do texto, deve-se aplicar o art. 503, § 1º, do CPC/15 à resolução da prescrição. O mesmo, como já dito, se passa com a decadência: soa pouco razoável que essas questões possam ser livremente rediscutidas em outro processo, à luz do disposto no art. 503, § 1º, do CPC/15.

Ademais, ainda haverá outro problema: como já demonstrado, nossos tribunais não realizam a distinção entre questões prejudiciais e preliminares de mérito da maneira correta. Assim, haverá casos em que um magistrado mais técnico (mas que realize a leitura literal do dispositivo) entenda pela não formação de coisa julgada sobre questões preliminares de mérito. Entretanto, a prescrição – para fins de limites objetivos da coisa julgada – deve ser vista como *prejudicial*, sendo englobada pelo art. 503, § 1º, do CPC/15.

22 No mesmo sentido: MARINONI, 2015, p. 634. Em sentido contrário: REDONDO, 2015, p. 43-67. Merece críticas essa posição do autor, sob o fundamento de que, por decorrer de formulação expressa e cristalina da lei, o juiz não precisa alertar as partes acerca da formação de coisa julgada sobre determinadas questões prejudiciais incidentais. Isso porque, se a enunciação da lei fosse tão cristalina, sequer seriam necessários tantos textos discutindo sobre quais questões se forma a coisa julgada. Além disso, o dever de cooperação e o contraditório (como direito de influência e de não haver decisões-surpresas) não estão vinculados ao fato de a lei ser pouco ou muito clara; ao contrário, mesmo sobre questões absolutamente cotidianas e “esdrúxulas” deve o juiz alertar e ouvir as partes. Some-se o fato de que é perfeitamente possível que o magistrado se equivoque sobre a natureza e a necessidade de determinada questão, bem como que as partes celebrem um negócio jurídico processual, no curso do processo, para afastar a coisa julgada sobre determinada questão (o próprio autor admite isso como possível em seu texto; no mesmo sentido aqui sustentado: DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 521).

23 Se for levado em conta que somente mediante análise a posteriori será possível constatar sobre quais questões se formou a coisa julgada, esse alerta do juiz servirá apenas como um estímulo (convite para que as partes discutam determinada questão), como um indicativo (de que houve contraditório efetivo) e como um fator de boa-fé (caso uma das partes fique omissa com o convite do magistrado para o debate e, posteriormente, venha a questionar o alcance da coisa julgada).

24 “Acredito que uma solução intermediária poderia ser encontrada e poderia talvez ser objeto de uma reforma processual. Toda vez que o juiz visualizasse que uma questão de direito, não objeto do pedido, tivesse relevância para o julgamento da causa e exigisse cognição exaustiva, consultaria as partes, facultando-lhes requerer o seu julgamento por sentença, reabrindo-se os prazos para alegações e provas a respeito dessa questão. O princípio da colaboração, hoje tão decantado, deve ter duas mãos. Não são apenas as partes que devem colaborar entre si e com o juiz. Também o juiz deve colaborar com as partes, advertindo-as do alcance que o julgamento da causa poderá adotar.” (GRECO, 2012, p. 1-46.)

CONCLUSÃO

Demonstrada a necessidade de nomeação correta dos fenômenos e dos institutos jurídicos, busca-se voltar ao tema da correta classificação das questões prejudiciais e das questões preliminares, dando ênfase à prescrição.

Assim, reforça-se a ideia de que, em regra, se trata de questão preliminar *de mérito em relação às demais questões de mérito*, e de questão prejudicial de mérito, *em relação à questão principal* (se o autor tem ou não razão), apesar de depender da análise casuística e do confronto entre questões.

Com isso, pretende-se pôr fim a eventuais problemas que possam surgir dessa imprecisão técnica e, ainda que eles não ocorram, pretende-se dar maior seriedade à ciência do Direito, especialmente à processual, reduzindo a promiscuidade terminológica que lhes é comum.

Além disso, defende-se a incidência do art. 503, § 1º, do CPC/15, a fim de que a coisa julgada se forme sobre a resolução da prescrição.

Caso contrário, não só teremos problemas práticos (especialmente da atecnia que se apontou ao longo do texto), como uma incoerência bastante grande em nosso sistema.

Por fim, ainda que se corra o risco de ser óbvio com a exposição e com a ideia apresentada, deve-se preferir pecar pelo excesso, principalmente porque a obviedade, às vezes, não é tão fácil de ser vista. ♦

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Thereza. **Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: RT, 1977.

ARAÚJO, José Aurélio de. **A cognição sumária e a coisa julgada no processo justo**. Dissertação de mestrado defendida em 20 de julho de 2009, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

CABRAL, Antonio do Passo. **Contraditório (Princípio do -)**, in: Dicionário de Princípios Jurídicos. Org: TORRES, Ricardo Lobo et al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual**: volume 1. 23ª ed - São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Manual do mandado de segurança**. 2ª ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **O Novo CPC e o princípio do contraditório**. Publicado em 17.04.15. Disponível em: <http://justificando.com/2015/04/17/o-novo-cpc-e-o-principio-do-contraditorio/>. Acesso em: 18.04.16.

CARNELUTTI, Francesco. **Studi di Diritto Processuale**. Pádua, vol. III, 1939.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, vol. I. 14ª ed. - Salvador: JusPODIVM, 2012. (a)

_____. **Editorial 146** – Prescrição como questão preliminar e como questão prejudicial. Publicado em: 06.06.12. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-146/>. (b)

_____. **Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro**, in: Civil Procedure Review, v.6, n.1: 81-94, jan-apr., 2015.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela - vol. 2. 10ª ed. – Salvador: JusPODIVM, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A excepcionalidade da prescrição na vida dos direitos**, in: Fundamentos do Processo Civil Moderno. 3ª ed. - São Paulo: Malheiros, 2000, vol. I.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O novo CPC não é o que queremos que ela seja**. Publicado em 20.07.15. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-novo-cpc-nao-e-o-que-queremos-que-ele-seja>. Acesso em 14.03.16.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, n. 293.

GUIMARÃES, Luiz Machado. **Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo**, in: Estudos de direito processual civil. Rio de Janeiro-São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969.

LEAL, Antônio Luis da Câmara. **Da prescrição e da decadência**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, v. 2.

MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Rio, Borsoi, 1955, t. VI.

MITIDIERO, Daniel. **A Colaboração como Modelo e como Princípio no Processo Civil**. Disponível em: https://www.academia.edu/10250562/Coopera%C3%A7%C3%A3o_como_Modelo_e_como_Princ%C3%ADpio_no_Processo_Civil. Acesso em: 14.05.16.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 33. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. I.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e sempre a coisa julgada**, in: Direito Processual Civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. (a)

_____. **Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada**, in: Temas de Direito Processual – terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz**, in: Temas de Direito Processual - sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Interesses difusos e coletivos**, in: Revista trimestral de direito público, n. 3. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Item do pedido sobre o qual não houve decisão**. Possibilidade de reiteração noutro processo, in: Temas de Direito Processual - segunda série. 2ª ed - São Paulo: Saraiva, 1998, p. 243.

_____. **Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro**, in: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v. 11, jul/set. 2002.

_____. **Questões prejudiciais e questões preliminares**, in: Direito Processual Civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. (b)

NUNES, Dierle. **O princípio do contraditório**, in: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº 29, maio-jun/2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. I, n. 121.

REDONDO, Bruno Garcia. **Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC**, in: Revista de Processo. São Paulo: RT, a. 40, v. 248, out. 2015.

SANTOS, Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. 7.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. III, p. 372.

THEODORO JR., Humberto. **Alguns aspectos relevantes da prescrição e decadência no novo código civil**. Disponível em: https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Humberto/Algunsaspectosrelevantesprescr.pdf. Acesso em: 15.08.17.