

V. 20 ♦ N. 3 ♦ SETEMBRO/DEZEMBRO ♦ 2018

ISSN 2236-8957

REVISTA DA

EMERJ

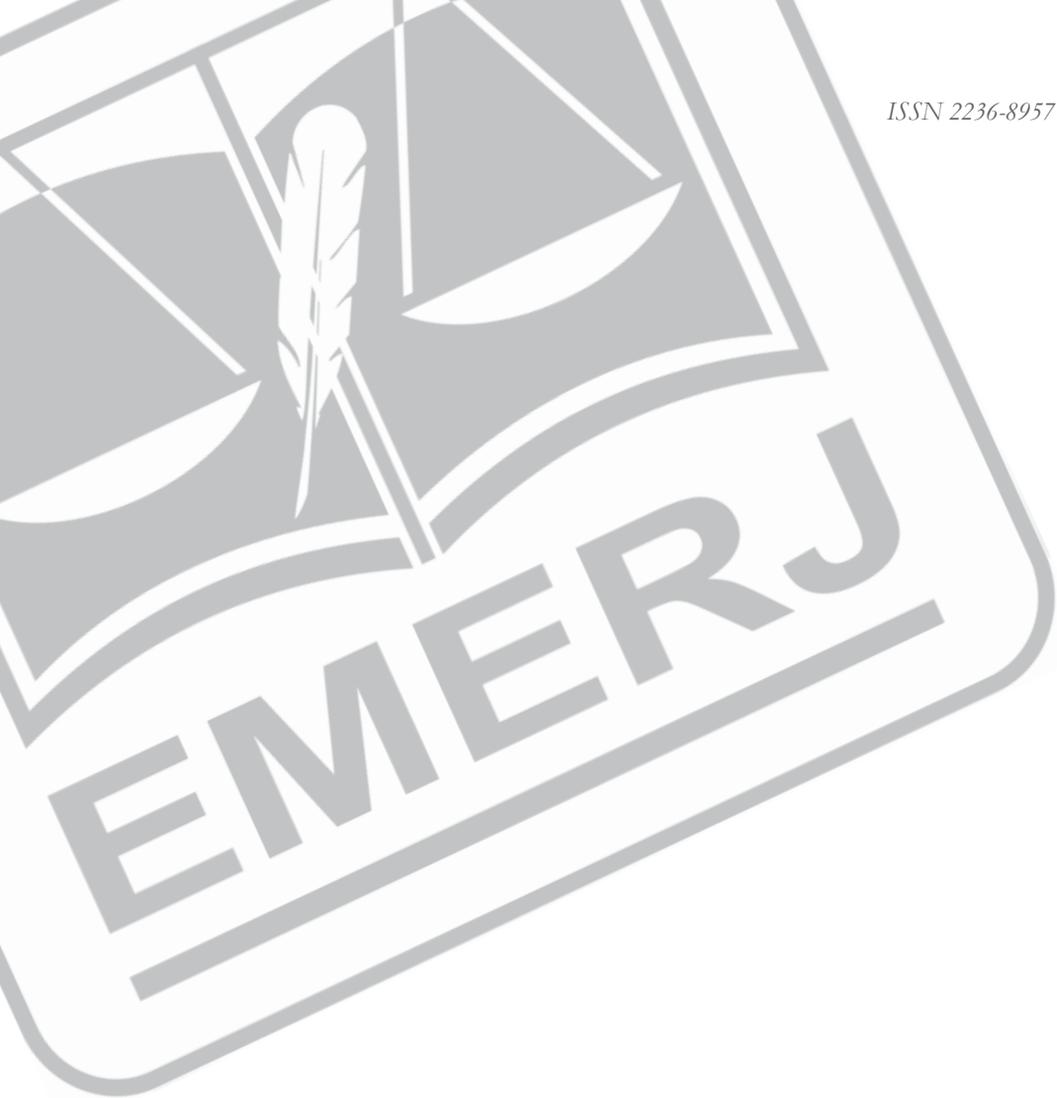
ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



Direito & Inovação

EMERJ

ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

Setembro/Dezembro
V. 20 - n. 3 - 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.

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

■ 1ª VICE-PRESIDENTE

Desembargadora Elisabete Filizzola Assunção

■ 2ª VICE-PRESIDENTE

Desembargador Celso Ferreira Filho

■ 3ª 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 Cláudio Luis 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: Rodolfo Santiago

Capa: Marcelo Melim

Foto: Marcelo Melim

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

Sumário

7 | Prefácio

Des. Ricardo Rodrigues Cardozo

9 | Apresentação

Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte

13 | Responsabilidade por Omissão

Sergio Cavaliéri Filho

24 | Ser Juiz

Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano

51 | A Escola Judicial: a Formação Inicial e o Aperfeiçoamento Continuado do Juiz

Caetano Ernesto da Fonseca Costa

59 | Entre a Expição Religiosa e as Metáforas Medicinais/ Educativas: a Pena Grega

Nilo Batista

70 | Retrotopia e Sistema Brasileiro de Contratações Administrativas

Jessé Torres Pereira Junior

88 | O Ataque às 10 Medidas e à Lava Jato

Deltan Dallagnol

115 | ¿Quiénes Son los Verdaderos Formalistas en la Teoría de la Decisión Judicial?

Juan Antonio García Amado

142 | Caso Julgado e Autoridade de Caso Julgado no Código de Processo Civil Português

Rui Pinto

159 | La Necesidad de Cambios en los Modelos de Solución de Conflictos. Las Ventajas de los Masc

Emiliano Carretero Morales

180 | Desconsideração da Personalidade Societária e Responsabilização de Terceiros na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção

Marçal Justen Filho

199 | Acordos em Litígios Coletivos: Limites e Possibilidades do Consenso em Direitos Transindividuais após o Advento do CPC/2015 e da Lei de Mediação

Settlements in Brazilian Civil Public Actions: Limits and Possibilities of Consensus After the 2015 Civil Procedure Code and the Mediation Act

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

230 | A Arbitrabilidade Envolvendo o Poder Público no Brasil e a Ruptura do Dogma do Interesse Público

Haroldo Lourenço

253 | A Solidariedade Constitucional: de Objetivo Fundamental a Essência da Constituição Fraternal

José Muiños Piñeiro Filho

270 | O Direito Processual Coletivo e o Novo Código de Processo Civil

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Carolina Paes de Castro Mendes

282 | Os Desafios da Cooperação Judicial das Empresas de Internet

Walter Aranha Capanema

296 | O Princípio Republicano nos 30 Anos da Constituição de 88: por uma República Inclusiva

Daniel Sarmento

319 | Os Sete Pecados Capitais da Teoria da Interpretação

The Seven Capital Sins of the Interpretation Theory

Gustavo Tepedino

344 | Inaplicabilidade dos Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e da Liberdade de Associação para Fundamentar a Dissolução de Sociedades

Paulo Penalva Santos

Guilherme Penalva Santos

Prefácio

É grande a responsabilidade que me foi conferida, de prefaciara esta edição da Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, comemorativa dos 30 anos da criação da Escola.

Tudo começou na gestão do Desembargador Manoel Carpena Amorim, 2º Diretor-Geral da EMERJ, idealizador da Revista.

Há 20 anos, na primeira edição, ele apresentou-a dizendo: “Hoje é um dia de festa para nossa Escola” e, agora, afirmo que a alegria e a satisfação se perpetuaram ao longo do tempo, toda vez que se lança uma nova edição.

A comunidade jurídica regozija-se com a Revista da EMERJ, pela contextualização dos temas, seriedade e profundidade com que trata cada assunto. A originalidade de cada artigo hoje se faz presente, tanto que se pleiteia a elevação de grau de qualidade no sistema Qualis-Capes de avaliação de periódicos científicos.

Já se foram 84 edições. E esta 85ª, como não podia deixar de ser, traz mestres e doutores de escol, que se dispuseram a contribuir com artigos originais, sem nada em troca, apenas pelo prazer de espalhar seu saber. A eles, Sérgio Cavalieri Filho, Leila Mariano, Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Nilo Batista, Jessé Torres Pereira Junior, Juan Antonio García Amado, Rui Pinto, Emiliano Carretero Morales, Marçal Justen Filho, Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Haroldo Lourenço, José Muiños Piñeiros Filho, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Walter Aranha Capanema, Daniel Sarmento, Gustavo Tepedino, Paulo Penalva Santos, Guilherme Penalva Santos e Deltan Martinazzo Dallagnol, meus sinceros agradecimentos.

Nada seria possível sem a dedicação daquele que coordena editorialmente a revista, Juiz Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte, que, com dedicação e empenho, visíveis a todos, é incansável na busca do crescimento dos periódicos. Ao lado dele, num trabalho árduo e contínuo, está o Centro de Estudos e Pesquisas, dirigido pela servidora Eline Bussade dos Santos. A todos, meu reconhecimento e gratidão.

A Revista da EMERJ cumpre, pois, seu papel como instrumento de disseminação do conhecimento científico, na busca constante do aperfeiçoamento do nosso sistema jurídico. Pelos estudos apresentados, podemos refletir e concluir acerca do caminho que a comunidade jurídica deve adotar em cada seara de debate.

Recomendo a todos profícua leitura.

DESEMBARGADOR RICARDO RODRIGUES CARDOZO

Diretor-Geral da EMERJ

*Se me perguntarem o que é a minha pátria, direi:
Não sei. De fato, não sei
Como, por que e quando a minha pátria
Mas sei que a minha pátria é a luz, o sal e a água
Que elaboram e liquefazem a minha mágoa
Em longas lágrimas amargas.*

*Vontade de beijar os olhos de minha pátria
De niná-la, de passar-lhe a mão pelos cabelos...
Vontade de mudar as cores do vestido (auriverde!) tão feias
De minha pátria, de minha pátria sem sapatos
E sem meias, pátria minha
Tão pobrinha! – Vinícius de Moraes (Pátria Minha)*

Nossa querida Escola completa seus trinta anos de vida!

Trata-se de uma receita de profundo sucesso, fruto da ideologia, do trabalho e da dedicação de seus diversos diretores, professores e servidores ao longo destes felizes e prósperos 30 anos.

Quantos passaram pelas nossas salas, quantos realizaram seus sonhos pelas nossas salas? Não poderia a Revista da EMERJ passar esta data sem celebrar cada gota de suor empenhado para transformar nossa casa numa das maiores referências educacionais do país.

Como não louvar o espírito vanguardista do Desembargador Cláudio Vianna de Lima, falecido em 2001, que além de deixar seu doce exemplo, construiu um sonho, nos presenteando com seu legado?

Vale rememorar a bela homenagem prestada pelo Desembargador Décio Xavier da Gama na nossa revista em 2001:

A Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, embalada nos sonhos do desembargador Cláudio Vianna, como educador, magistrado e professor, verá refletir para sempre em sua trajetória

de ensino profissional a figura veneranda e a imagem de quem também lhe apontou o seguro caminho por mais de sete anos.

Ao olharmos para trás, vendo um caminho tão próspero, exaltamos nossos ex-diretores-gerais nas pessoas de três de seus mais significativos empreendedores, quais sejam, Desembargadores Sérgio Cavalieri Filho, Leila Carrillo Cavalcanti Mariano e Caetano Ernesto da Fonseca. Magistrados que representam todos e que presentearam nossa revista comemorativa de trinta anos com seus artigos. Com eles e por eles, celebramos todos que se dedicaram à EMERJ nestes 30 anos.

Outrossim, renovo meus agradecimentos ao Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo, por nos permitir voar alto e arriscar, entendedor de que a educação e a ciência não têm limites nem amarras e libertam. Agradeço à nossa equipe editorial, especialmente à Elina Bussade e à Yanka Albertin, por tudo. De coração, muito obrigado!

O atual volume veio para exaltar e homenagear nossa casa, congregando alguns dos mais renomados juristas do Brasil, além dos trabalhos de professores de renome internacional. A Revista da EMERJ tem mantido intercâmbio permanente com os principais professores e universidades do mundo, divulgando ao menos dois artigos estrangeiros em cada uma das edições.

Por fim, para o lançamento da revista de trinta anos, planejamos a realização de um seminário em homenagem ao nosso país, para debater nossa realidade. Afinal, como dizia Voltaire : *“A pátria é nos lugares onde a alma está acorrentada”*.

Nosso país atravessa o segmento mais importante de transformação social que já vivemos, fruto do empenho e da dedicação daqueles que esperam um país melhor, mais limpo, mais transparente, mais patriota. Queremos um país novo, menos colonial, mais ético. Daí termos a corrupção como tema central da edição comemorativa dos 30 anos da Escola.

Não podemos recuar. Não podemos entregar um país cheio de vícios e mazelas para nossos filhos. Chegou o momento de arrumarmos a casa, expulsando o que nos apodrece, o que nos adocece.

O Brasil precisa, nós precisamos, nossos filhos merecem.

Para tanto, estamos felizes em contar no nosso evento de lançamento com o colega Marcelo Bretas, com o procurador da república Eduardo

El Hage e com todos os colegas que integram a Força-Tarefa da Lava Jato no Rio de Janeiro.

Persistam firmes. Agradeço em nome do Brasil, lembrando o bom conselho de Winston Churchill: *“A lição é a seguinte: nunca desista, nunca, nunca, nunca. Em nada. Grande ou pequeno, importante ou não. Nunca desista. Nunca se renda à força, nunca se renda ao poder aparentemente esmagador do inimigo”*.

De igual forma, temos a honra de contar com o professor de Direito Processual da Universidade de Salamanca Adán Carrizo González-Castell. Adán é mestre, doutor, professor licenciado com Prêmio Extraordinário pela Universidade de Salamanca, vice-decano da Faculdade de Direito (2008-2012), diretor do Colégio Maior de Oviedo, subdiretor do Departamento de Direito Administrativo, Financeiro e Processual, conferencista e professor em Portugal, na Inglaterra e em toda América Latina, e aceitou, com seu enorme amor pelo Brasil, brindar-nos com uma conferência no lançamento da nossa revista comemorativa.

Enfim, ofertamos esta edição comemorativa para festejar a nossa casa, a nossa EMERJ, instituição que nos recebe para aprender e nos encaminha para servir.

ANTONIO AURELIO ABI RAMIA DUARTE

Coordenador Editorial da Revista da EMERJ

Responsabilidade por Omissão

Sergio Cavalieri Filho

*Desembargador aposentado e ex-presidente do TJRJ.
Professor emérito da EMERJ. Procurador-Geral do
TCE/RJ. Professor de Responsabilidade Civil e Direito
do Consumidor.*

I. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

1. Ninguém contesta, sequer desconhece, que a omissão, tal como a ação, integra a conduta humana e que esta, por sua vez, é o elemento nuclear do ato ilícito gerador da responsabilidade, em qualquer de suas espécies: penal, civil, administrativa e tributária.

2. O nosso Código Civil de 1916 (para não irmos muito longe nos antecedentes legislativos), no seu artigo 159 (cláusula geral da responsabilidade civil), já se referia expressamente à omissão: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. De acordo com milenar direito, que já vinha da Roma antiga, a omissão estava ali inserida como elemento da conduta humana. E como não poderia deixar de ser, o Código Civil de 2002, no seu artigo 186, repetiu a mesma regra.

3. Também no Direito Penal, a omissão sempre integrou a conduta punível. O nosso Código Penal de 1940, no seu artigo 11, dispunha: “Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. A regra foi repetida na cabeça do artigo 13 do Código Penal vigente.

4. Poucos são os autores, entretanto, na realidade pouquíssimos, que tratam da relevância jurídica da omissão, como se ela, no plano naturalístico, estivesse em condição de igualdade com a ação. Preferem começar

falando da culpa sem atentar ao fato de que esta, isolada e abstratamente considerada, só tem relevância conceitual. A culpa é uma característica da conduta e só adquire relevância jurídica quando a integra. É a conduta humana culpável, vale dizer, com as características da culpa, que causa dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo.

5. Em seu aspecto naturalístico, vale ressaltar, a omissão, ao contrário da ação, é um não fazer, é o nada, e do nada nada provém. Como, então, considerar a omissão como causa de um resultado danoso? Quando será possível responsabilizar o omitente por esse dano?

6. A causalidade omissiva, como se vê, é um dos pontos cruciais e mais tormentosos da responsabilidade, pelo que merece mais atenção e cuidado da doutrina e da jurisprudência.

II. A RELEVÂNCIA JURÍDICA DA OMISSÃO

7. A conduta humana, como já destacado, é o elemento nuclear da responsabilidade, e a ação ou a omissão constituem as formas básicas da conduta. Uma e outra, entretanto, têm estruturas inteiramente distintas. Com a ação, viola-se uma proibição (*non facere*) e, com a omissão, viola-se um comportamento ativo (*um facere*). O direito, como se costuma dizer, não se contenta em que haja abstenção da prática do mal; exige, não raro, que se realize o bem. A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse dever geral de abstenção se obtém através de um fazer.

8. Muito oportuna a observação de ANTUNES VARELA: “*Que o facto gerador da responsabilidade seja, em regra, um facto positivo ou uma acção (e não uma omissão) resulta da circunstância de, fora do domínio contratual, as pessoas estarem as mais das vezes obrigadas, no foro do direito privado, a abster-se da prática de actos que possam lesar o seu semelhante e não a praticar actos positivos de cooperação com ele*”.¹

¹ Das obrigações em geral, Almedina. Coimbra, 8ª edição, 1994, vol. I p.535.

9. O problema, como já ressaltado, está em saber quando e como a omissão pode, em tese, servir de base à responsabilidade. Deveras, se no plano naturalístico a omissão é um não fazer, uma simples abstenção, um nada - e do nada nada provém -, em que medida, ou em que casos pode alguém ser responsabilizado com base na omissão? Como chegar a admitir um efeito positivo de uma causa negativa?

10. Essa questão agitou a doutrina por muito tempo, e, para resolvê-la, sucederam primeiramente as teorias que podem ser chamadas de naturalísticas, minuciosamente examinadas por PAULO JOSÉ DA COSTA JR em seus “Comentários ao Código Penal”. A teoria da *ação contemporânea* foi uma das primeiras a serem elaboradas:

“O homem, enquanto omite a ação comandada, executa algo de diverso. Este aliud actum, que se desenvolve contemporaneamente e paralelamente à omissão, constitui a causa do evento”. Seguiu-se a teoria da ação antecedente, segundo a qual, “através de um comportamento precedente positivo, o omitente assume o compromisso de impedir o evento, ou movimenta uma condição favorável a ele”. Outras teorias tentaram conferir valor causal à omissão : da interferência, das condições negativas da causalidade humana exclusiva etc.²

III. A TEORIA NORMATIVA

11. Falidas as teorias puramente naturalistas, surgiram concepções que foram acampar na zona da *normatividade* e acabaram por oferecer solução jurídica sólida para a questão da causalidade omissiva. Foram concebidas e desenvolvidas por nossos melhores juristas.

12. Na precisa lição de FREDERICO MARQUES,

“a omissão é uma abstração, um conceito de linhagem puramente normativa, sem base naturalística. Ela aparece, assim, no fluxo causal que liga a conduta ao evento, porque o imperativo jurídico determina um facere para

² ob. cit. Saraiva, 1986, Vol. I, p. 116 – 123.

*evitar a ocorrência do resultado e interromper a cadeia de causalidade natural, e aquele que deveria praticar o ato exigido, pelos mandamentos da ordem jurídica, permanece inerte ou pratica ação diversa da que lhe era imposta”.*³

13. Outro grande penalista, ANÍBAL BRUNO, de genialidade indiscutível, deixou-nos a seguinte pérola:

*“A omissão admite um conceito que sustente a sua posição dentro da fórmula geral da ação em sentido amplo, gênero do qual é uma espécie. Como a ação em sentido estrito, ela é um comportamento voluntário, manifestação exterior da vontade do omitente, que, embora não se realize com a materialidade de um movimento corpóreo, não deixa de ser uma realidade, que percebemos com a evidência de um acontecer objetivamente realizado. Este é o elemento naturalista da omissão. Mas esse comportamento, que consiste em um não fazer, não revela espontaneamente o seu conteúdo. Este é o não cumprimento da ação devida, isto é, da ação que teremos de caracterizar, não como uma ação qualquer, mas como a ação determinada que, nas circunstâncias, era de esperar do agente. Assim, o elemento naturalista de voluntário comportamento negativo do agente se completa pelo elemento normativo da ação que era de esperar, da ação devida, o que importa, não no juízo de alguém, mas no contraste real e efetivo entre esse comportamento e uma norma; normativo em sentido muito geral, como vimos, não estritamente jurídico [...] A realidade desse dever jurídico de agir que o omitente ilude, e não o juízo de uma ação esperada, é que serve de núcleo à doutrina da omissão, oferecendo solução para seus problemas”.*⁴

14. Por derradeiro, a primorosa conclusão de PAULO JOSÉ DA COSTA JR:

“Diante da peregrinação realizada nos campos das várias doutrinas, pode-se concluir que a teoria normativa é a mais apta a conceituar a omissão. Sem o filtro normativo, não será sequer possível verificar a conduta omissiva, no mundo exterior em que deita raízes [...] Quem empresta sopro vital à

³ Tratado de Direito Penal, 2ª ed. Saraiva, 1955, p. 49 – 50.

⁴ Direito Penal, Parte Geral, Forense, 2ª ed. 1959, Vol. I p. 297 – 298.

*omissão, para que adquira valor causal, é a própria norma. Graças a ela, o não impedir é equiparado ao causar [...] Embora não possa a omissão ser responsabilizada pelo acontecimento de um fato, poderá permitir que a causa opere, não impedindo o evento, ou até facilitando a sua verificação. De feito, se o não impedir se diversifica do causar, o não impedir significa permitir que a causa opere, deixando-a livremente desenvolver-se, sem tentar paralisá-la”.*⁵

15. Depois de longa maturação, a doutrina normativa assentou que a relevância jurídica da omissão tem por fundamento *o dever jurídico de impedir o resultado*. A responsabilidade do omitente surge não porque tenha causado o resultado, *mas porque não o evitou quando podia e devia agir*. Só ocorre quando, já estando em curso o processo causal que conduziu ao evento (dano final), o omitente deixa de interrompê-lo quando tinha esse dever jurídico (podia e devia agir para impedir o resultado). “*O omitente coopera na realização do evento através de uma condição negativa: ou deixando de movimentar-se, ou não impedindo que o resultado se concretize*” (Paulo José da Costa JR. ob. cit. pg. 128).

16. O dever jurídico de agir tem por fonte a lei, a condição do garante (negocial ou não) e, ainda, a conduta anterior do próprio omitente criando uma situação de perigo.

17. Devemos aos penalistas a maior contribuição para a solução do problema da causalidade na omissão, tal como fizeram com o nexos causal e com a própria culpa. Os civilistas, como já ressaltado, não se dedicaram a essas questões. ANTUNES VARELA, em nosso entender, foi dos poucos a dar atenção ao tema:

*“A omissão, como pura atitude negativa, não pode gerar física ou materialmente o dano sofrido pelo lesado; mas entende-se que a omissão é causa do dano, sempre que haja o dever jurídico especial de praticar um ato que, seguramente ou muito provavelmente, teria impedido a consumação desse dano”.*⁶

⁵ Paulo José da Costa JR. ob. cit. pg. 128.

⁶ ob. cit. p. 535.

IV. A DISCIPLINA DA OMISSÃO NO DIREITO POSITIVO

18. A disciplina legal da omissão só ocorreu recentemente, primeiramente no artigo 486 do Código Civil Português de 1966, que tem a seguinte redação: *“As simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou do negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido”*.

19. No Brasil, o Código Civil de 1916 não tratou da relevância jurídica da omissão, tampouco o Código Penal de 1940. Somente em 1984, com a reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7.209 de 11/07/1984), a omissão foi disciplinada no § 2º do seu artigo 13 que, ao incorporar os princípios da teoria normativa, dispõe: *“A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:*

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.

20. Esse dispositivo, como se vê, estabeleceu os pressupostos de fato de que deflui o dever jurídico de agir, dever esse que pode decorrer primeiramente da lei, quando esta impõe a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância. É o caso das disposições relativas ao direito de família, como, por exemplo, o dever de guarda e manutenção dos filhos. A violação de dever jurídico de agir decorrente da lei gera o que a doutrina tem chamado de *omissão genérica*.

21. A segunda situação de que pode advir o dever de agir para impedir o resultado surge da posição de *garantidor*: *“de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado”*. O dever do garantidor vai além do contrato ou do negócio jurídico, para o qual são indiferentes as limitações que possam surgir da relação contratual, inclusive a validade jurídica desta. É indispensável e suficiente que o agente tenha assumido a posição de fato de garantidor, mesmo que a isto não obrigue o contrato. Bastará qualquer situação de fato que coloca o omitente em estreita relação com o bem ju-

rídico tutelado (pessoa ou coisa) de modo a considerar-se garante da não ocorrência do resultado. Encontra-se na posição de garante não só o salva-vidas, o guia turístico, ou o médico que tem contrato com seu paciente, mas também aquele que está de plantão em um hospital. O médico que começa a socorrer um paciente não pode abandoná-lo sem ministrar-lhe os indispensáveis cuidados; a enfermeira, mesmo depois de ter cumprido o seu horário de trabalho, deverá permanecer no serviço até a chegada da sua substituta (são exemplos bem lembrados por Paulo José da Costa Jr). A violação do dever jurídico de agir que decorre da posição de garantidor gera a chamada *omissão específica*.

22. A terceira situação de que pode advir o dever de agir é consequência da atividade anterior do omitente causadora do perigo. *Quem cria perigo tem obrigação ou dever jurídico de impedir que este se converta em dano*. Se um fumante atira a ponta do cigarro em lugar impróprio e ali tem início um pequeno incêndio, não pode se omitir em apagar o fogo. O mesmo se diga de alguém que convida outras pessoas para um passeio em lugar perigoso, na floresta da Tijuca por exemplo, e uma delas lá se perde. Aquele que tomou a iniciativa do passeio não pode se omitir em prestar o socorro ao extraviado. A hipótese não é igual à do guia montanhês que tem contrato com as pessoas que conduz.

V. A CLÁUSULA GERAL DA RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO

23. Resulta do exposto que o § 2º do artigo 13 do Código Penal é a cláusula geral da responsabilidade por omissão. A disciplina jurídica nela estabelecida não é exclusiva para a responsabilidade penal, pois, por ser norma que consagra princípio geral de direito, aplica-se também à responsabilidade civil ou a qualquer outra espécie de responsabilidade. E assim é, relembre-se, porque a omissão, tal como a ação, integra a conduta, e esta é o elemento nuclear do ato ilícito.

24. Essa é também a razão de não haver diferença substancial entre o ilícito penal e o civil. Ambos importam violação de dever jurídico pre-existente. Haverá ilícito penal se o agente infringe dever jurídico estabe-

lecido em norma penal, de Direito Público; haverá ilícito civil se o dever jurídico violado estiver previsto em norma de Direito Privado.

25. CAIO MÁRIO nos legou lição precisa sobre o tema desde a primeira edição de sua consagrada obra:

*“Nesta análise cabe toda espécie de ilícito, seja civil, seja criminal. Não se aponta, em verdade, uma diferença ontológica entre um e outro. Há em ambos o mesmo fundamento ético: a infração de um dever preexistente, e a imputação do resultado à consciência do agente. Assinala-se, porém, uma diversificação que se reflete no tratamento deste, quer em função da natureza do bem jurídico ofendido, quer em razão dos efeitos do ato. Para o direito penal, o delito é um fator de desequilíbrio social, que justifica a repressão como meio de restabelecimento; para o direito civil o ilícito é um atentado contra o interesse de outrem, e a reparação do dano sofrido é a forma indireta de reestruturação do equilíbrio rompido”*⁷.

26. Assim, no caso de omissão, esta terá relevância penal se o *dever de agir* estiver estabelecido em norma penal, *v.g.*, crime de omissão de socorro; se o *dever de agir* estiver previsto em norma civil, haverá relevância jurídica da omissão geradora da responsabilidade civil. E mais, uma mesma conduta omissiva pode incidir, ao mesmo tempo, em violação civil e penal, caracterizando dupla ilicitude, dependendo de sua gravidade.

VI. CONCLUSÃO

27. Estas, nos parecem, são considerações indispensáveis para o enfrentamento da responsabilidade por omissão em face da desconsideração que o tema tem merecido da doutrina civilista. Não por outra razão, grandes são as divergências e dificuldades enfrentadas pela doutrina e jurisprudência para darem resposta a graves problemas decorrentes da omissão em sede da responsabilidade civil do Estado e outras áreas. Persiste, por exemplo, a controvérsia sobre a responsabilidade civil do Estado por

⁷ Instituições de Direito Civil, Forense, 1ª ed., 1961, Vol. I, p. 456-457.

omissão, se objetiva ou subjetiva, por não se fazer distinção entre omissão genérica e específica.

28. No campo da responsabilidade civil nas relações de consumo, a omissão passou a ter um papel extremamente relevante em face do *dever de informar*, que o Código do Consumidor impõe aos fornecedores de produtos e serviços.

29. Com efeito, entre os direitos básicos do consumidor, o direito à informação é dos mais importantes. O Código de Defesa do Consumidor refere-se a esse direito em vários dispositivos, mas de maneira específica no inciso III do seu art. 6º: “*informação adequada e clara sobre diferentes produtos e serviços, bem como sobre os riscos que apresentam*”. A toda evidência, ao direito à informação do consumidor se contrapõe o dever de informar do fornecedor, dever esse que tem graus, vai desde o dever de esclarecer, passa pelo dever de aconselhar, podendo chegar ao dever de advertir, dependendo do grau de gravidade dos riscos dos produtos e serviços.

30. É o que se extrai do próprio texto legal. No inciso III do art. 6º, o Código fala em *informação adequada e clara*; no art. 8º, fala em *informações necessárias e adequadas*; no art. 9º, fala em *informação ostensiva e adequada* quando se tratar de produtos e serviços potencialmente nocivos e perigosos à saúde ou à segurança.

31. A informação tem por finalidade dotar o consumidor de elementos objetivos de realidade que lhe permitam conhecer produtos e serviços e exercer escolhas conscientes. Essa escolha consciente propicia ao consumidor diminuir os seus riscos e alcançar suas legítimas expectativas. Mas só há vontade válida quando o consumidor é bem informado e pode manifestar a sua vontade de maneira refletida. Daí a relevância do chamado *consentimento informado*.

32. A omissão quanto à informação adequada pode levar o fornecedor a responder pelo chamado risco inerente, assim entendido o risco intrinsecamente atado à própria natureza do produto ou serviço, e ao seu

modo de prestação, como, por exemplo, o risco de produtos tóxicos, de uma cirurgia médica etc.

33. Embora o fornecedor, em princípio, não responda pelos riscos inerentes, porque não caracterizam defeito de concepção nem de fabricação, ele pode, entretanto, responder pelo defeito de informação - omissão quanto à informação adequada sobre esses riscos -, consoante arts. 12 e 14 do CDC, parte final: “*informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos*”. O consentimento informado, *v.g.*, no caso de uma cirurgia médica de alto risco, é essencial, o que não se obterá se houver omissão quanto à informação adequada.

34. Por último, a disciplina jurídica da omissão não está acabada em face da atual problemática dos danos difusos e coletivos. O Estado pode ser responsabilizado por omissão pela poluição ambiental por falta de saneamento básico? Como estabelecer a relação causal no caso de poluição ambiental pela omissão de múltiplos poluidores?

35. Estas e outras situações estão a desafiar a criatividade dos novos juristas e a demonstrar a necessidade de uma mitigação da causalidade por omissão, de modo a abranger também o dano indireto.

36. Embora a doutrina tradicional só tenha dado aplicação restrita à omissão como causa, admitindo-a somente nos casos de relação direta e imediata entre a omissão e o dano, a mais atual jurisprudência, a começar pela do Supremo Tribunal Federal, tende a admiti-la no caso de dano indireto. No julgamento do RE 409.203, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, a Suprema Corte responsabilizou o Estado por omissão pelo estupro praticado por apenado foragido. Entendeu que “*se a Lei de Execução Penal houvesse sido aplicada com um mínimo de rigor, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir pena nas mesmas condições que originalmente lhe foram impostas e, por conseguinte, não teria a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o delito em horário no qual deveria estar recolhido ao presídio*”.

37. Em face da dificuldade probatória de se estabelecer o liame causal entre o fato imputado ao agente e o dano final, parte da doutrina já enquadra a responsabilidade pela *perda de uma chance* como uma mitigação teórica do nexo causal, principalmente quando se trata de conduta omissiva; já estando em curso o processo causal que conduziu ao evento, o omitente deixa de interrompê-lo quando tinha esse dever jurídico. A omissão médica, por exemplo, ou falta de tratamento tempestivo são típicos casos de perda de uma chance de cura ou de sobrevivida.

38. Sustentam os defensores desse entendimento ser essa a maneira mais eficiente para resolver toda a perplexidade que a apuração do nexo causal por omissão pode suscitar. “*A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua omissão pode ter contribuído, mas pela chance de que ela privou o paciente (...); a partir da percepção de que a chance, como bem jurídico autônomo, é que foi subtraída da vítima, o nexo causal entre a perda desse bem e a conduta do agente torna-se direto. Não há necessidade de se apurar se o bem final (a vida, na hipótese deste processo) foi tolhido da vítima. O fato é que a chance de viver lhe foi subtraída, e isso basta. O desafio, portanto, torna-se apenas quantificar esse dano, ou seja, apurar qual o valor econômico da chance perdida*”⁸ ❖

⁸ Resp 1254141, Relatora Ministra Nancy Andriahi.

Ser Juiz

Leila Mariano

Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Mestre e doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Diretora-Geral da EMERJ no biênio 2011/2012, Presidente do Tribunal de Justiça no biênio 2013/2014

INTRODUÇÃO

Ingressei na magistratura em 1979. Tudo era diferente.

Os magistrados não eram questionados.

Acreditava-se que a lei continha todas as respostas, limitando-se o juiz a analisar o caso concreto e a verificar a regra pertinente, aplicando-a através do processo de subsunção.

A morosidade sempre existiu, pois o tempo da Justiça nunca foi o real, mas isso não era um problema. Tudo era muito tranquilo, não se pensava em tempo razoável do processo.

Não existiam controles, nem internos nem externos. O único que se conhecia era do Tribunal de Contas quanto aos contratos e gastos, mas quem tinha que responder era o Presidente do Tribunal e nós, juízes, não nos preocupávamos. Não se falava em responsabilidade fiscal e muito menos em improbidade administrativa.

Os consumidores não tinham nenhuma proteção e assim, não tinham acesso à Justiça. Igualmente os companheiros. Não se poderia cogitar em união de pessoas do mesmo sexo. Nos contratos, valia o que estava escrito, não se pensava em discutir suas cláusulas. Os bancos só concediam empréstimos se garantidos por hipoteca e não se podia imaginar que enfrentaríamos questões relativas a superendividamento. O Judiciário não era lugar para se buscar remédios, leitos hospitalares, tratamentos, muito menos creches, escolas e moradias. Ninguém ousaria pleitear mudança de sexo em seu registro e muito menos que se desse dois pais ou duas mães a uma criança. A discricionariedade tinha força absoluta e o Judiciário podia se eximir de decidir o mérito das questões administrativas.

A sociedade não tinha voz nem vez.

O Judiciário não era notícia.

Outra é a situação na atualidade, quando esse Poder ocupa desde as manchetes da primeira página até o caderno de esportes, a maior parte do tempo dos jornais televisivos, e é objeto de grande número de postagens nas redes sociais. Quando o Supremo Tribunal é questionado não só pela comunidade jurídica, pela mídia, mas principalmente pelos cidadãos comuns, imbuídos de rudimentos de conhecimentos jurídicos adquiridos pela televisão e de tendenciosismo ideológico. Quando os ministros da Corte são mais conhecidos que os jogadores da seleção em ano de Copa do Mundo e se veem alvos de críticas em aviões, aeroportos, reuniões sociais, via pública, mesmo fora de nosso país. Quando, dependendo da matéria, formam-se verdadeiras torcidas em favor dessa ou daquela tese, que se posicionam nas redes sociais contrariamente a esse ou aquele ministro. Quando estes são ameaçados e sofrem danos em seus patrimônios causados por pessoas insatisfeitas com seus votos.

Ser juiz na contemporaneidade é muito mais difícil do que há 40 anos.

Éramos formados sob os cânones do positivismo, a Constituição era apenas um conjunto de normas sobre a organização do Estado, as limitações ao exercício do poder estatal e o conjunto de direitos e garantias do ser humano diante, contra ou em relação ao Estado. Fundamentávamos nossas decisões com a doutrina: Aníbal Bruno, Washington Monteiro de Barros, Aliomar Baleeiro, Hélio Tornaghi, Ely Lopes Meirelles, Pontes de Miranda e o jovem José Carlos Barbosa Moreira eram nossos papas. O acesso à jurisprudência, mesmo dos tribunais locais, era muito difícil, apenas sendo ela divulgada através de ementário publicado, no mínimo, seis meses após os julgamentos, no Diário Oficial. Conhecer na íntegra um acórdão do Supremo Tribunal Federal era para poucos.

Hoje, as sessões de julgamento do Plenário da mais alta Corte são televisionadas, acompanhando-se os votos na sua integralidade e em tempo real. Por outra, a divulgação imediata dos acórdãos e decisões nos sistemas informatizados dos tribunais fez com que a jurisprudência se tornasse a mais importante fonte de direito a servir de base para os julgamentos, o que, considerando a multiplicidade de tendências e sua oscilação, colabora para a insegurança jurídica.

O juiz da contemporaneidade, além de dar conta, em tempo razoável e com qualidade, da grande quantidade de demanda que lhe é afeta, deve estar em dia com a legislação e com a jurisprudência e ter uma visão social, econômica e consequencialista para o que precisa estar inserido em seu meio e, ao mesmo tempo, perscrutar o que ocorre no mundo. Tem que administrar o seu juízo, executar e dar concretude ao planejamento estratégico do Poder Judiciário, dar conta das metas que o CNJ impõe. Um verdadeiro Hércules, na metáfora de Dworkin.

2 – A SUPREMACIA DO PODER JUDICIÁRIO E A MASSIFICAÇÃO DAS DEMANDAS – CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS:

A supremacia do Poder Judiciário em relação aos outros poderes da República tornou-se viável a partir das chamadas Constituições dirigentes, que não mais estabeleciam meros programas de governo, mas sim determinações com o intuito de direcionar políticas públicas e conformar a atuação estatal com vista ao estabelecimento de uma nova ordem econômica mais justa e inclusiva¹.

No Brasil, a Carta de 1988 trouxe considerável gama de direitos individuais, coletivos e sociais, estabeleceu a inafastabilidade da jurisdição e determinou a ampliação de acesso à justiça, criando o arcabouço necessário para a judicialização.

Em decorrência disso, nosso país passou a se destacar no número de ações judiciais, sendo que, segundo dados do CNJ, finalizou-se o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação, sendo que, em média, a cada grupo de 100 mil habitantes, 12.907 mil ingressaram com uma ação judicial. A taxa de congestionamento permanece alta, com percentual de 73%, o quer dizer que foram solucionados apenas 27% de todos os processos². Corroboram para tanto a complexidade das relações individuais, sociais, políticas e empresariais advinda principalmente do inafastável processo de globalização, bem como a tomada de consciência pelos indivíduos de sua cidadania e dos direitos a ela inerentes, levando-os a pleitear em face do Estado a sua materialização. Fato é que a judicialização cresceu não só quantitativa, mas também qualitativamente, mudando o panorama

1 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

2 Justiça em números 2017. In www.cnj.jus.br

das ações ajuizadas: antes, de natureza individual buscando, em sua maioria, direitos patrimoniais; depois, de índole coletiva pleiteando direitos sociais.

Com isso, ampliou-se a dificuldade da atividade judicial, tendo ido parar na mesa dos magistrados matérias antes inimagináveis, passando eles frequentemente a decidir sobre questões cuja conceituação e fundamentos não se cingem ao universo jurídico e para cuja solução é indispensável a utilização não só da lei, dos princípios constitucionais, mas de outros saberes de natureza humanística e econômica.

Sem que tivesse havido qualquer planejamento ou reforço orçamentário e financeiro que permitissem aos Tribunais se prepararem para a multiplicidade das demandas que adviriam, foram estes instados a abrir suas portas a outros demandantes e a ampliar seus órgãos julgadores.

2.a – dos Juizados Especiais

Primeiro, em 1995, veio a obrigatoriedade de criação e instalação dos Juizados Especiais³ para conhecer e julgar conflitos concernentes a questões cíveis de menor complexidade e criminais de menor potencial ofensivo, através de um processo simplificado em que a oralidade seria a tônica, podendo ser utilizados para solução dos conflitos conciliadores e juízes leigos. Tudo sem que houvesse qualquer experiência anterior nesse sentido em sede nacional⁴. Esse segmento, que se tornou realidade graças à criatividade e ousadia de juízes pioneiros, construiu-se de forma empírica, com características locais, através de ensaios e erros, e hoje abriga percentual considerável de demandas⁵. É parte sensível porquanto sua ineficiência, além de prejudicar uma grande maioria de jurisdicionados que não terão seus conflitos resolvidos, faz com que essas demandas migrem para as varas cíveis comuns, de forma gratuita, onerando não só a capacidade financeira dos Tribunais, mas a prestação jurisdicional como um todo.

Fato é que nesses pouco mais de vinte anos de existência pode-se afirmar que os Juizados Especiais deram certo ao permitir o acesso à Jus-

³ Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Lei 9.099 de 26 de Setembro de 1995.

⁴ Com essa afirmativa não se está esquecendo que, sob ótica diversa, no período colonial e monárquico, os juízes ordinários, não letrados, julgando conforme os costumes, podiam ser considerados juízes leigos e que os jurados dos Tribunais do Júri também são auxiliares leigos do Poder Judiciário.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a Lei nº 4578, de 12 de julho de 2005, dispôs sobre os conciliadores e os juízes leigos no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

⁵ Justiça em Números 2017 - CNJ. Série histórica dos Juizados Especiais. in <http://www.cnj.jus>

tiça de grande parcela da sociedade que, ao contrário do que se esperava, não é representativa dos mais carentes, tornando-se um espaço de discussão de matérias muito importantes para a vida do dia a dia, mormente daquelas que tratam do direito do consumidor. Dentro desse acerto, o problema é o congestionamento decorrente da multiplicidade de ações a fazer com que, em que pese a simplicidade de seu rito, tenha-se um retardamento na decisão final e na sua execução⁶.

Daí a implantação de políticas para reduzir esses tempos. No Rio de Janeiro, em razão de enunciado aprovado no XI Encontro de Juizados Especiais Cíveis e Turmas Recursais Cíveis, a partir de 08/06/2016, a parte autora não poderá escolher o local do ajuizamento dentre os diversos estabelecimentos ou lojas do fornecedor, nem indicar endereço diverso da sede da empresa, só podendo optar pelo ajuizamento da demanda no seu domicílio, no domicílio da sede da empresa ou no local do fato:

“Nas causas que envolvam relação de consumo, será competente o foro: (a) do domicílio do autor, (b) da sede do réu, (c) do local de celebração/cumprimento do contrato, (d) do local do ato ou fato objeto da demanda, podendo o Juiz reconhecer, de ofício, a incompetência”. (Aviso Conjunto TJ/COJES nº 15/2016)

Essa modificação fez com que se esviassem os Juizados da capital, redirecionando parte da demanda para os Juizados regionais e da periferia. Outrossim, outros fatores influenciaram a diminuição da distribuição desse segmento em nosso Estado, qual sejam: a redução da atividade econômica e a recuperação judicial da Oi, com a suspensão das ações e execuções em seu desfavor. De qualquer sorte, o prazo para realização da audiência, antes em torno de um ano, foi reduzido para 45 dias.

Embora sejam a respeito dos Juizados Especiais Federais, as conclusões a que chegaram os pesquisadores Jânia Maria Lopes Saldanha e José Luiz Bolzan de Moraes⁷ identificaram características que também se aplicam aos Juizados Especiais Estaduais. Eles salientam que se repete nesse segmento o que ocorre na justiça comum: *um agigantamento vertiginoso*

⁶ Justiça em Números 2017 - CNJ in <http://www.cnj.jus> aponta como tempo médio de julgamento nos Juizados Especiais 2 anos e 3 meses para o processo de conhecimento; 1 ano e 4 meses para a execução e 8 meses para o julgamento na Turma Recursal

⁷ SALDANHA, Jânia Maria Lopes e MORAIS, José Luis Bolzan de. **A dupla face do acesso à Justiça: análises iniciais sobre a cultura da eficiência e o desafio de institucionalização dos Juizados Especiais Federais** in Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2011, pp. 121-151.

da demanda e o congestionamento em todos os graus, concluindo que, assim sendo, resta frustrada a potencialidade de democratização do acesso à Justiça prometida por essa forma simplificada de jurisdição, bem que, *ante os discursos que demandam um modelo eficientista, podem os Juizados ser identificados como mecanismos resultantes das demandas neoliberais por formas simplificadas de prestação jurisdicional, comprometidas com quantidade (custo e produtividade), mas, sacrificando a qualidade e a eficácia.*

Outra preocupação refere-se à divergência jurisprudencial. Ante o não cabimento de Recurso Especial ao STJ⁸ e de limitação do Recurso Extraordinário junto ao STF⁹, em face das decisões das Turmas Recursais, para evitar que se cristalizem decisões que contrariam a jurisprudência consolidada do STJ, foi proposta a criação, junto a esse Tribunal, de turmas uniformizadoras da jurisprudência estadual¹⁰, a exemplo do que existe na esfera federal (Lei 10.259/2001), evitando-se assim oscilações de entendimentos que coloquem em risco a segurança jurídica e o equilíbrio econômico do mercado. A proposta consolidada no PL 5.741/13 foi aprovada em 4/6/14 pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, não tendo sido ainda votada pelo plenário daquela Casa.

No âmbito do Rio de Janeiro, por Resolução do Conselho da Magistratura nº 14, de 2012, ante o permissivo do art. 18 da Lei nº 12.153/2009, foi aprovado o Regimento Interno das Turmas Recursais e, em seu capítulo XII, a possibilidade de instalação de Turma de Uniformização, *destinada*

8 Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº. 203: “*Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais*”.

9 Recursos Especiais em causas de juizados especiais cíveis são admitidos apenas em situações excepcionais. O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) definiu *que os recursos extraordinários contra decisões de juizados especiais cíveis estaduais só devem ser admitidos em situações extremamente excepcionais, nas quais o requisito da repercussão geral estiver justificado com indicação detalhada das circunstâncias concretas e dos dados objetivos que evidenciem a relevância econômica, política, social ou jurídica da matéria em discussão.* O entendimento foi firmado no exame de três recursos extraordinários com agravo (AREs) da relatoria do ministro Teori Zavascki, relativos a controvérsias que envolvem responsabilidade pelo inadimplemento de obrigação em contrato privado (ARE 835833), revisão contratual (ARE 837318) e indenização decorrente de acidente de acidente de trânsito (ARE 836819), que tiveram repercussão geral negada pelo STF.

10 O pleno do STJ aprovou a criação da TNU - Turma Nacional de Uniformização de jurisprudência dos Juizados Especiais Estaduais e do DF. Elaborado por comissão criada pelo presidente Felix Fischer e coordenada pelo ministro Luis Felipe Salomão, o projeto que propõe alteração na Lei 12.153/09 foi encaminhado à Câmara dos Deputados, convertendo-se no PL 5.741/13, que tramita sob a relatoria do deputado Paes Landim (PTB-PI). Segundo o ministro Luis Felipe Salomão, o sistema dos Juizados Especiais corre o risco de entrar em colapso por conta do excessivo volume de causas. “Sem um sistema que funcione quando haja divergência entre turmas de Estados diferentes, ele entra em colapso, por conta da multiplicidade de recursos”. A Associação dos Magistrados Brasileiros manifestou-se contra o projeto sob a alegação de que ele não contribui para a segurança jurídica e desvirtua as finalidades próprias dos juizados especiais por ferir os princípios da celeridade, informalidade e simplicidade, acrescentando mais uma instância na esfera dos Juizados Especiais, que deve contribuir para congestionar ainda mais a tramitação dos processos judiciais. www.conjur.com.br de 5/8/2014.

a dirimir divergências em decisões proferidas por Turmas Recursais, a ser presidida pelo Desembargador Presidente da COJES e composta pelos integrantes das Turmas Recursais da competência onde se verifica a divergência de julgados e pelo Juiz Coordenador das Turmas Recursais.

Assim, em se tratando de divergência interna de natureza material, deve a parte se valer do incidente para provocar a atuação da Turma de Uniformização, sendo perfeitamente possível sua convivência harmônica com o FONAJE - Forum Nacional dos Juizados Especiais -, que congrega em encontros estaduais todos os juizes do sistema para discutirem e decidirem sobre questões de ordem processual¹¹.

A entrada em vigor do Novo CPC em 18 de março de 2016 trouxe a valorização dos precedentes, mormente dos editados pelos Tribunais Superiores que, ante o permissivo da Emenda Constitucional 45/2004, passaram a vincular as decisões dos demais Tribunais e juizes singulares. Nessa linha, o STJ, no uso de sua competência para uniformizar a jurisprudência das Turmas Recursais, editou 16 teses consolidadas em matéria cível e 12 em matéria criminal.

Outrossim, é bom assinalar que, em 03/02/2016, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar questão de ordem nos autos do AgRg na Reclamação 18.506/SP, aprovou a Resolução STJ 03/2016, que dispõe que caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão proferido por Turma Recursal Estadual ou do Distrito Federal e jurisprudência do STJ que esteja consolidada em (i) incidente de assunção de competência, (ii) incidente de resolução de demandas repetitivas, (iii) julgamento de recurso especial repetitivo, (iv) enunciados das súmulas do STJ, e (v) precedentes do STJ, o que não se aplica às reclamações já distribuídas e pendentes de análise naquela Corte Superior de Justiça. Restou revogada, assim, a Resolução STJ 12/2009, que possibilitava o ajuizamento de reclamação contra decisões de Turmas Recursais Estaduais ou do DF perante o STJ.

Embora essa nova Resolução seja indigitada de inconstitucional pelos estudiosos ante a impossibilidade de ampliação da competência de

¹¹ LIMA, João Luiz Ferraz De Oliveira. Uniformização de Jurisprudência nos Juizados Especiais Cíveis. Revista Direito em Movimento. www.emerj.jus.br

Tribunal de Justiça por ato normativo infraconstitucional¹², é a que prevalece, sendo ainda de se apontar a existência de situação diversa prevista em lei¹³ que garante a reclamação para o STJ no caso de divergência entre as Turmas Recursais Fazendárias.

2.b – dos Juizados de Violência Doméstica contra a Mulher

Com a edição da Lei Federal nº 11.340/06, vigente a partir de 22 de setembro de 2006, que passou a tratar com maior rigor as infrações penais praticadas com violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, verificou-se o surgimento de uma demanda que se encontrava encoberta. A tal ponto que, de início, pelo menos no Estado do Rio de Janeiro, não se enxergava esse segmento como carente de proteção especial. A realidade, infelizmente, demonstrou ao contrário, fazendo com que em todo o país os Juizados de Violência Doméstica contra a Mulher passassem a ser intensamente procurados. Os números da série histórica publicada pelo CNJ¹⁴ assim demonstram, bem como reportagens que trazem a lume um problema social que persiste há séculos, o da dominação masculina, o da transformação da mulher e dos filhos em objetos de poder, a serem subjugados pela violência cometida, em sua maior parte, por influência da bebida e das drogas, do que decorrem a dissolução familiar e a prática de crimes que vão desde a agressão física e psicológica até o feminicídio¹⁵.

Sobre esse tema foi estabelecida, em 2015, pelo CNJ, uma campanha de caráter contínuo - **Justiça pela Paz em Casa** - objetivando, juntamente com os vinte e sete Tribunais de Justiça, concentrar esforços para acelerar os julgamentos de casos de violência doméstica e familiar contra mulheres. Considerando apenas o ano de 2016, tramitaram na Justiça Estadual brasileira 1.199.116 processos referentes à violência doméstica e familiar contra as mulheres, o que corresponde a existência de um processo a cada 100 mulheres¹⁶.

12 CHINI, Alexandre e ROCHA, Felipe Borring. A Competência para Julgamento da Reclamação nos Juizados Especiais Cíveis. Justiça e Cidadania. Edição 209

13 Lei no 12.153/2009

14 Justiça em Números. www.cnj.jus.br

15 FEMINICÍDIO OU FEMICÍDIO - Em 9 de março foi sancionada a Lei nº 13104/15, que incluiu no Código Penal o feminicídio, homicídio qualificado praticado contra mulheres em razão de gênero, por causa de sua condição de mulher, ocorrido, na maior parte das vezes, no âmbito familiar. A pena varia de 12 a 30 anos, mais severa do que a prevista para homicídio simples, que é de 6 a 20 anos. Se o crime for contra gestantes ou nos três meses posteriores ao parto, mulheres menores de 14 anos, maiores de 60 ou com alguma deficiência, a pena é aumentada.

16 O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha. CNJ/2017 in www.cnj.jus.br

Esse tipo de jurisdição, além de necessitar de juízes vocacionados, precisa de estrutura maciça para atender aos cartórios, assim como às áreas interdisciplinares, já que a perspectiva legal é a recuperação do homem agressor e a reintegração à família. Com isso, nessa e em outras questões que envolvam políticas públicas, a responsabilidade social que, a rigor, deveria ser assumida pelo Poder Executivo, acaba sendo imputada ou pela própria lei ou pelo Conselho Nacional de Justiça¹⁷, em sua maior parte, ao Poder Judiciário, sem que se tenha orçamento e mesmo material humano para tanto, sendo insuficientes os convênios, onerosos ou não, mantidos com instituições públicas ou privadas.

2.c – da Infância e Juventude

Desde 13 de julho de 1990, uma vez aprovado o Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei nº 8.069, foram estendidos aos menores até 18 anos, de forma prioritária, todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, além de lhes ser concedida proteção integral que lhes possibilitem todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes garantir o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Essa gama de direitos trouxe obrigações para a família, a comunidade, a sociedade em geral e, principalmente, para o poder público.

Nem esses grupos sociais nem o Poder Executivo estão aptos a atender às necessidades apontadas na multiplicidade de pretensões que passaram a ser deduzidas quer em nome individual, quer de forma coletiva, através das ações civis públicas. Verificando que as sentenças condenatórias não têm a efetividade que se impõe, o Poder Judiciário passou atuar de forma mais ampla, propositiva, não só dizendo o direito, mas buscando, através do diálogo, em reuniões, encontros e audiências públicas, sensibilizar aquele Poder a implementar políticas públicas indispensáveis,

¹⁷ Confirmam-se algumas das Resoluções do CNJ que estabelecem a adoção de políticas públicas pelos Tribunais: Resolução nº 128, de 17 de março de 2011 - Determina a criação de Coordenadorias Estaduais das Mulheres em Situação de Violência Doméstica e Familiar no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal; Resolução nº 165, de 16 de novembro de 2012, modificada pela RESOLUÇÃO Nº 191, DE 25 de abril de 2014 - Dispõe sobre normas gerais para o atendimento, pelo Poder Judiciário, ao adolescente em conflito com a lei no âmbito na internação provisória e do cumprimento das medidas socioeducativas; RESOLUÇÃO Nº 93, de 27 de outubro de 2009 - Acrescenta e altera dispositivos à Resolução Nº 54, de 29 de abril de 2008, que cria e dispõe sobre a implantação e funcionamento do Cadastro Nacional de Adoção; RESOLUÇÃO Nº 188, de 28 de fevereiro de 2014 - Altera dispositivos da Resolução CNJ nº 77, de 26 de maio de 2009, que dispõe sobre a inspeção nos estabelecimentos e entidades de atendimento ao adolescente e sobre a implantação do cadastro nacional de adolescentes.

principalmente nas áreas da educação e da saúde, e, quanto a esta, a se voltar para uma das principais mazelas que é o uso de drogas por crianças e adolescentes cada vez mais jovens. Com a participação do Ministério Público e da Defensoria Pública, têm sido firmados alguns termos de ajustamento de conduta objetivando viabilizar a execução consensual das condenações impostas, o que, em razão da carência do Tesouro Estadual, não vem sendo atingido.

Premidos por esse *status*, alguns juízes lideram projetos sociais buscando minorar a situação das crianças e jovens carentes ou em conflito com a lei. Esse é o caso do projeto Apadrinhar – Amar e Agir para Materializar Sonhos, com o qual o Juiz Sérgio Luiz Ribeiro de Souza foi vencedor do 12º prêmio Innovare. Antes, na edição do 8º do prêmio Innovare, o Desembargador Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho recebeu Menção Honrosa pelo projeto Pró-Florescer, que ajuda no desenvolvimento de jovens em situação de vulnerabilidade social, oferecendo reforço escolar e formação profissionalizante.

É de se registrar que, em todos os casos afetos a esse segmento, é indispensável a atuação e assessoria de equipes multidisciplinares que, através de estudos de casos e perícias, apoiam o agir judicial. O custeio desses servidores com formação qualificada ou da terceirização desse serviço é assumido, quase com exclusividade, pelo Poder Judiciário, sendo de ressaltar que as limitações quanto à execução orçamentária trazidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, no que se refere aos gastos com pessoal, impedem que se tenham os profissionais necessários para atender a demanda sempre crescente.

2.d – Execuções Penais

Não é ainda de se esquecer que, poucos anos antes da promulgação da Constituição Cidadã, fora editada a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que deu nova feição à Lei de Execuções Penais, com objetivo de efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, a quem são assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Esse juízo especializado é um dos órgãos de execução penal, devendo, dentre outras atribuições, zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança e inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para seu adequado funcionamento, e pro-

movendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade. Para tanto, é indispensável também a atuação de equipes técnicas multidisciplinares que subsidiem atuação judicial, em especial, no que concerne à fiscalização do cumprimento das penas alternativas. Também aqui repete-se a problemática orçamentária e financeira referida com relação à Infância, Adolescência e Idosos.

Esse quadro, para falar apenas em quatro grandes segmentos geradores de demandas, deve ser completado com a crescente judicialização de execuções fiscais, abrangendo cobranças tributárias e parafiscais pela administração direta e indireta. Essas execuções, que representam o maior percentual da taxa de congestionamento¹⁸, em sua grande maioria são ajuizadas quando já ocorrida ou se avizinha a prescrição, representam débitos, em sua maior parte, incobráveis, mas que oneram consideravelmente o Poder Judiciário, demandando para sua gestão quantidade considerável de servidores, magistrados e recursos orçamentários. Anote-se, porque é importante para os interesses republicanos que, com essa judicialização fora de hora, os Chefes dos Poderes Executivos, principalmente os municipais, garantem seu registro junto à Justiça Eleitoral e a possibilidade de concorrerem a mais uma eleição¹⁹. Assim se eterniza a ciranda: os políticos locais não cobram os tributos de seus eleitores e ajuízam execuções frustradas, exclusivamente para que não sejam enquadrados como ímprobos por terem aberto mão de receita pública.

3 – TENTATIVAS DE SOLUÇÕES PARA VIABILIZAR A ENTREGA DA JURISDIÇÃO NUM PRAZO RAZOÁVEL E COM EFETIVIDADE:

O número cada vez maior de demandas, algumas bastante complexas, envolvendo conflitos de largo alcance social, trouxe como consequência uma maior responsabilidade do Judiciário e fez surgir exigência da sociedade e do mercado de verem resolvidos seus pleitos em tempo hábil, daí as acirradas críticas que passaram a ser dirigidas a esse Poder, buscando atingir diretamente a sua legitimidade. Dois grandes temas, a morosidade e a corrupção, passaram a ocupar a pauta da imprensa e a agenda política, motivando movimentação nacional por sua reforma²⁰.

18 Judiciário em Números 2017 www.cnj.jus.br O prazo médio para baixa das execuções fiscais é de 6 anos e 8 meses

19 Resolução do Tribunal Superior Eleitoral nº 23191 de 16/12/2009 que dispõe sobre Propaganda eleitoral e condutas vedadas em campanhas eleitorais. Publicada no DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 31/12/2009, pp.2-15.

20 Reforma do Sistema Judiciário no Brasil - Supremo Tribunal Federal disponível em <http://www.stf.jus.br>

Nesse contexto, depois de uma série de acirradas discussões, em 30 de dezembro de 2004, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45, que consagrou como direito subjetivo dos jurisdicionados o tempo razoável de duração do processo. Assim, além da obrigação de garantir amplo acesso à Justiça, surgiu para o Poder Judiciário o dever jurídico de prover os meios que garantam a célere tramitação dos processos jurisdicionais que lhe estão afetos. Note-se que estamos falando do Judiciário de um país continental, ao qual é atribuída, de forma universal e isonômica, a solução dos conflitos de interesses que afligem todos os brasileiros e estrangeiros nele residentes. Seus números²¹ não têm precedentes em escala mundial.

O Judiciário não conhecia sequer esses números, sendo de se destacar que, sob a presidência do Ministro Nelson Jobim, é que se deu início a providências nesse sentido, buscando comparar os gastos com a manutenção da atividade judiciária e o PIB nacional e o índice de congestionamento de processos, dentre outros. Foram estabelecidas as fórmulas para que pudesse ser feito por cada Tribunal o RIGER - Relatório de Informações Gerenciais, o que, mais tarde, veio a alimentar o “Justiça em Números”.²²

A partir do conhecimento desses dados foram estabelecidos planos estratégicos, metas quantitativas para a produtividade de cada Tribunal e de cada Juízo e indicadores de alcance nacional, colocando-se nos ombros dos magistrados²³ a grande responsabilidade de responder pelos resultados. Apesar do esforço concentrado do qual redundou o julgamento de milhões de ações, não decresceu o índice de congestionamento²⁴. Ao contrário, os números vêm sendo majorados pela quantidade sempre crescente de novos ajuizamentos, sendo que o número de processos baixados e arquivados não atinge a mesma proporção, havendo sempre resíduo a ampliar o estoque²⁵.

21 Justiça em Números 2017 – só na Justiça Estadual, os processos novos, julgados, pendentes e baixados somam 125.705.729 in www.cnj.jus.br

22 RIGER – Relatório Informações Gerencial do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em www.tj.rj.gov.br. Acesso em 20/01/09.

23 STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Ensino Jurídico in *Terrae Brasilis*. in 180 Anos do Ensino Jurídico no Brasil. Campinas-SP: Millennium Editora, 2008, p. 382. “A discussão em torno da efetividade do processo é de cunho paradigmático. Veja-se que as teses instrumentalistas do processo continuam apostando na “delegação” em favor do juiz da tarefa de “dar agilidade ao processo”. Trata-se da afirmação do paradigma da consciência, enfim, do solipsismo de um sujeito (juiz) que carrega sobre os ombros a “responsabilidade” de “bem conduzir o processo”. Isso, no fundo, é mais do que repriminar a discricionariedade positivista (lembremos do debate Dworkin-Hart).”

24 Judiciário em Números 2017 www.cnj.jus.br. Aponta o percentual de congestionamento total de 73%, sendo 75% da Justiça Estadual, 56% da Justiça do Trabalho 75% da Justiça Federal, 43% da Justiça Eleitoral, 39% da Justiça Militar Estadual, 64% da Justiça Militar da União e 56% dos Tribunais Superiores

25 JUDICIÁRIO EM NÚMEROS 2017 indica, em 2016, relativamente ao Estado do Rio de Janeiro, o crescimento do ajuizamento da ordem de 5,6%, enquanto os processos baixados limitaram-se a 2,7%. In www.cnj.jus.br

Essa massificação da judicialização trouxe um complicador bastante sério para a Administração dos Tribunais na medida em que estes, por mais que queiram, estão tolhidos quanto à nomeação de mais magistrados e servidores ou contratação de terceirizados como pessoal de apoio, em razão da Lei de Responsabilidade Fiscal, que limita as despesas de pessoal em 6% da receita líquida do Estado, tendo seu limite prudencial sido fixado em 5,7% daquela base de cálculo. Fato incontestável é que esse Poder não dispunha e ainda não dispõe das condições essenciais para cumprir as obrigações que lhe são constitucionalmente impostas, quer pela carência de pessoal, quer pela de recursos tecnológicos e de materiais, quer pela legislação inadequada e ultrapassada²⁶, além de um sem número de outros fatores.

A chamada crise do Judiciário, em razão da defasagem entre as expectativas sociais e o que efetivamente se consegue realizar em termos de prestação jurisdicional, veio sempre impregnada de severas críticas e manifestações para que esse Poder abandonasse seu imobilismo e passasse a repensar seu papel e forma de atuação na sociedade. Analisando o assunto, Teresa Sadeck²⁷ mencionava que as críticas ao desempenho da justiça atravessaram o continente, se fazendo sentir, também, em países mais desenvolvidos, sendo, todavia, de se assinalar como novidade a posição central que o tema passou a ocupar nos debates, porquanto a Justiça se transformou em questão prioritária, sendo significativa a diminuição do grau de tolerância com a baixa eficiência do sistema judicial.

A respeito, o Ministro Gilmar Mendes²⁸, quando Presidente do STF e do CNJ, afirmou:

“No Judiciário, a antiga estrutura processual e administrativa consubstancia desafio a ser enfrentado a partir da perspectiva do planejamento estratégico de todos os tribunais, coordenado pelo Conselho Nacional de Justiça, dirimindo o renitente problema de lentidão processual, bem como aumentando a transparência e o acesso dos cidadãos, sobretudo dos mais carentes à prestação de Justiça.”

26 PONCIANO, Vera Lúcia Feil. Eficiência, por si só, não basta para combater morosidade do Judiciário. Consultor Jurídico. 5 de agosto de 2015 in www.conjur.com.br

27 SADEK, Maria Tereza. **O Judiciário em Questão**. Revista São Paulo em Perspectiva, nº 10, ano 1996, p. 53.

28 MENDES, Gilmar. **A Constituição e a Estabilidade Democrática**. A Folha de São Paulo. 19/10/08.

Têm que se considerar ainda, porque pertinente, as dificuldades decorrentes da tramitação e condução dos processos judiciais sob influxo das diversas reformas processuais civis. Examinando essa matéria, o professor mineiro José Coelho Nunes Dierle assim se manifestou:

Desde o início da década de 1990, um peculiar movimento de acesso à Justiça, além da finalidade alegada – qual seja, a socialização do Direito Processual, permitiu uma série de alterações na legislação e no Direito Processual que possibilitaram a sobrevalorização da rapidez procedimental e de uma específica concepção funcional (de eficácia). Tais alterações, ao invés de instaurar um modelo social de processo, estabeleceram, em muitas hipóteses de aplicação, o neoliberalismo processual, com a massificação dos julgamentos e a redução do processo, em seu aspecto técnico, a mera formalidade, e sua função legitimadora e formadora dos provimentos a mera função legitimante das concepções judiciais que podem corroborar os interesses do mercado ou da Administração²⁹.

Sem perceber as diferenças entre os três paradigmas processuais (*liberalismo processual*³⁰, *socialização processual do pós-guerra*³¹ e *neoliberalismo processual brasileiro*³²), e premidos pelo discurso de produtividade e de rapidez

29 DIERLE, José Coelho Nunes. **Processo Jurisdicional Democrático – Uma Análise Crítica das Reformas Processuais**. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 209.

30 DIERLE, José Coelho Nunes, Op. cit. pp. 73-77 – **liberalismo processual** -Dentre os caracteres do processo liberal o autor destaca: a igualdade formal dos cidadãos; a escritura (o juiz devia julgar apenas com base nos escritos, nunca em contato direto com as partes, com os testemunhas, com os peritos, para evitar as tentações e os perigos da imparcialidade) e o princípio dispositivo que compreende o protagonismo processual das partes a quem eram confiados: a proposição, onde era fixado o objeto do juízo, e o impulso processual, estando o juiz vinculado à iniciativa das partes.

31 DIERLE, José Coelho Nunes, pp. 79-115 – **socialização processual** - A partir do início do séc. XX, como crítica à lógica liberal, são propostas alterações profundas no sistema de administração da justiça civil visando a socialização processual. Nesse paradigma temos o protagonismo do juiz que deveria dirigir o processo e estabelecer um equilíbrio entre as partes, podendo ter iniciativa quanto a produção de provas. Sob esse influxo foram aprovados os Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973. Desse ano até 1978 foi levado a cabo, sob o patrocínio da Fundação Ford, o Projeto Florença de Acesso à Justiça, que envolveu representantes de 23 países. Suas tônicas eram a defesa dos procedimentos orais e o aumento da ingerência do juiz no processo, devendo as conclusões serem implementadas por ondas. A primeira, a assistência jurídica integral e gratuita; a segunda, a efetiva tutela dos interesses difusos ou coletivos para a proteção do consumidor e do meio ambiente e a terceira, a simplificação dos procedimentos e a utilização de formas privadas ou informais de solução de conflitos.

32 DIERLE, José Coelho Nunes – pp. 158-169 - **neoliberalismo processual** - A partir dos anos de 1990, com a implantação do neoliberalismo pelos governos Fernando Henrique e Collor, pelas vozes de suas equipes econômicas, passou a ser defendida a não interferência da jurisdição nos contratos financeiros, sob pena de se criar um risco ou “incerteza jurisdicional”. Vozes da teoria econômica passaram a defender reformas processuais que reduzissem a função fiscalizadora e construtora do Judiciário, tendo por base o Documento Técnico 319 do Banco Mundial intitulado “O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe”. O modelo de reforma pretendido deveria assegurar uma uniformidade decisória que não levaria em consideração as peculiaridades do caso concreto, mas asseguraria alta produtividade decisória, de modo a assegurar os critérios de excelência e de eficiência requeridos pelo mercado financeiro; a defesa da máxima sumarização da cognição, com redução do espaço discursivo processual.

na prolação das decisões, não raramente os juízes possibilitam que estas decisões não atinjam uma adequação constitucional que as legitime, o que só ocorreria se fosse examinando o caso concreto em suas especificidades. Partindo de uma suposta identidade entre as centenas de casos a decidir, com a utilização alargada do permissivo contido no art. 285 do CPC de 1973, passaram a ser procedidos julgamentos coletivos, os chamados pau-tões, e reprisadas decisões padrão. Outra não é a situação à luz do art. 332 do CPC de 2015 se o pedido contrariar enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência ou ainda enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. Nessas situações, examinam-se, em verdade, teses jurídicas, negligenciando-se a garantia que o processo deve representar, graças à comparticipação de todos os sujeitos processuais³³.

Para viabilizar produção que atendesse a essas cobranças e a um mínimo de segurança jurídica passou-se a produzir em grande quantidade enunciados que representavam o pensamento dos Tribunais sobre diversas matérias. A partir deles, as súmulas também passaram a proliferar, vindo, com a reforma do Judiciário, as súmulas vinculantes e a repercussão geral e, com o novo CPC, o sistema de precedentes.

Com essa metodologia, o próprio Poder Judiciário abriu oportunidade para “uma jurisprudência *prêt-à-porter*” que, mesmo forçando a modelagem, passou a vestir os diversos casos postos a julgamento, sem que se buscasse conhecer o contexto em que foi produzido o enunciado assertório e se ele era idêntico àquele do caso em análise. Esse foi um primeiro passo para o déficit de fundamentação que, via de regra, se encontra nas decisões que assim passaram a ser proferidas³⁴.

Assim, em tempo de viragem linguística – ou, para ser mais específico, em tempos de viragem ontológico-linguística³⁵ - não poderiam passar

33 DIERLE, José Coelho Nunes, Op. cit. pp. 209-211.

34 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 1ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 77.

35 STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? p. 18 mudança paradigmática ocorrida no sec. XX, caracterizada pela invasão da filosofia pela linguagem e pelo seu ingresso no mundo prático - o chamado giro ontológico-linguístico, que, ao superar a filosofia da consciência, não permite mais que o ato de julgar tenha sua complexidade reduzida pela discricionariedade do juiz.

desapercebidas teorizações ou enunciados performativos que reduzem a complexíssima questão do ato de julgar à consciência do interprete, como se o ato (de julgar) devesse apenas “explicações” a um, por assim dizer, “tribunal da razão” ou decorresse de um “ato de vontade” do julgador

A qualidade dessas decisões e a forma de produção de direito apresentado pelos magistrados tornaram-se objeto de severas críticas por parte de estudiosos, que apontam a redução da credibilidade do Poder Judiciário ante o não atendimento das expectativas dos jurisdicionados e da sociedade em geral.

Dentro desse quadro é de se reconhecer que, apenas pela forma tradicional, pelo sistema processual clássico, não se alcançará o objetivo de se pacificar os conflitos de interesse com a entrega da jurisdição com qualidade e em tempo razoável.

Daí, numa segunda vertente, o CNJ induzir os tribunais a estabelecer programas e ações destinados a propiciar a autocomposição de conflitos³⁶, bem como a incentivar as instituições e empresas mais demandadas a formular política conciliatória, evitando novas ações. Assim, no ano de 2012, firmada pela primeira vez pela Justiça Federal, surgiu a Meta 3, que tinha como foco potencializar a desjudicialização por meio de formas alternativas de solução de conflitos. Essa meta foi mantida em 2013, não constou em 2014, e retornou em 2015 como meta nacional para a Justiça Federal e a Justiça Estadual e como meta específica para a Justiça do Trabalho. Nos anos de 2016 e 2017, os três ramos – Justiça do Trabalho, Justiça Federal e Justiça Estadual – estabeleceram a conciliação como meta .

Desde 2015 os Tribunais Estaduais assumiram o compromisso de instalar e impulsionar os trabalhos de seus Centros de Justiça e Cidadania, o que vem sendo feito. A importância desses Centros se faz sentir ante os dispositivos do art. 334 do novo CPC, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que impõe a conciliação prévia em todos os novos processos. O novo Codex estabeleceu um amplo incentivo à autocomposição e à necessidade de se implementar uma cultura de pacificação, conforme estabelecido no § 3º de seu art. 3º, que afirma

36 Resolução Nº 125 de 29/11/2010 que Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

A respeito, apenas para pontuar o tema, é de se acentuar que, para que se considere democrática, a ocorrência de uma conciliação endoprocessual deve resultar de um fluxo discursivo que respeite a autonomia privada das partes, e não de uma imposição que gerará um possível resultado: acordos inexecutableis e antisociais que busquem tão somente a obtenção de um dado no plano estatístico de casos “resolvidos” ou que ofereçam uma falsa sensação apaziguadora e de adequação constitucional³⁷.

Apesar da grande expectativa em torno do novo Diploma Processual, cuja vigência se deu em 18 de março de 2016, sabemos que não será apenas a lei que irá resolver as questões de acesso à Justiça, nem dará solução à morosidade, à falta de qualidade e eficiência das decisões judiciais. É preciso mais.

4 – A FORMAÇÃO DO MAGISTRADO E A COMPLEXIDADE DA DECISÃO JUDICIAL: O SENSO COMUM, O DOGMATISMO E O ATIVISMO JUDICIAL

Como se pode inferir das considerações supra, o Poder Judiciário brasileiro continua imerso numa crise de grandes proporções que, como identificou Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁸, possui três matizes: (a) uma estrutural, que tem relação com a deficiência do número de juízes e a falta de controle efetivo; (b) uma funcional, que se refere à inadequação das leis e a problemas de acesso à Justiça e (c) uma de natureza individual ou imaginária, que é fortíssima porque faz o amálgama das duas primeiras vertentes e na qual se situam as dificuldades por que passam os juízes para dar conta dos desafios da jurisdição.

Nesse contexto, é de se afirmar que o bacharelado em direito, único curso que é exigido para o concurso para magistratura, é insuficiente para que o juiz consiga dar conta da complexidade da jurisdição

37 DIERLE, José Coelho Nunes. Op. cit. p. 174

38 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Uma política alternativa para o sistema judiciário brasileiro**. Rio de Janeiro: Mimeo in STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Op.cit. p. 87.

que lhe está afeta.³⁹ Daí a importância do papel do CNJ, da ENFAM e das Escolas da Magistratura ao buscarem superar o abismo existente na formação de Magistrado, para que este esteja apto a dar a resposta constitucionalmente adequada, de molde a concretizar direitos fundamentais.

Lenio Streck sustenta a existência em favor do jurisdicionado de um *direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição*⁴⁰.

A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito a partir de uma detalhada fundamentação.

Por outra, chama atenção para os efeitos nocivos da utilização do senso comum e do dogmatismo por darem ensejo ao discricionarismo.

4.a – o senso comum

A falta de uma formação complementar, principalmente de natureza humanística⁴¹, possibilita soluções voluntaristas⁴², contraditórias, segundo idiosincrasias pessoais, em detrimento da própria democracia. Isso porque as lacunas nessa formação acabam sendo supridas pelo senso comum, que são saberes cotidianos sem fundamento científico, carregados de subjetividade, que exprimem sentimentos e opiniões individuais e de grupos, que se cristalizam em preconceitos com os quais passamos a interpretar toda a sociedade que nos cerca e todos os acontecimentos.⁴³

Warat⁴⁴ nomeia de senso comum teórico dos juristas as condições implícitas de produção, circulação e consumo de verdades nas diferentes

39 STRECK Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, pp. 51-56; e TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 31.

40 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, pp. 656-657.

41 OLIVEIRA, Rafael Tomaz de e TRINDADE, André Karam. **Diário de Classe**. Consultor Jurídico. www.consultorjuridico.com.br, consultado em 12 de dezembro de 2014. Ao analisar as modificações trazidas pela Resolução nº 75 do CNJ, registram-se pela introdução das chamadas matérias propedêuticas na grade dos concursos para a magistratura, entendidas como tais - Introdução ao Estudo do Direito, Filosofia, Sociologia, História, Antropologia, Argumentação, Hermenêutica, etc.

42 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 1ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 18.

43 CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000. pp. 248-249

44 WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito – Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

práticas de enunciação e escritura do Direito. Em sua obra pioneira sobre a matéria alerta que, em nossa prática e mesmo na teoria, seja judicial ou acadêmica, somos fortemente influenciados por representações, imagens, preconceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que acabam governando e disciplinando, anonimamente, nossas decisões. Chama a atenção para o fato de que, em nosso discurso, nos utilizamos, sem perceber, de um máximo de convenções linguísticas que já encontrarmos prontas em nós mesmos, são visões, fetiches, lembranças, ideias dispersas, neutralizações que beiram as fronteiras das palavras, de tal forma que sua significação não se extrai da consciência ou da realidade, mas sim da própria circulação discursiva.

O sentido comum teórico “coisifica” o mundo e compensa as lacunas da ciência jurídica. Interioriza – ideologicamente – convenções linguísticas acerca do Direito e da Sociedade. Refere-se à produção, à circulação e à consumação das verdades nas diversas práticas de enunciação e de escritura do Direito. Traduz-se em uma “para-linguagem”, situada depois dos significantes⁴⁵.

Na função interpretativa do juiz, esse saber difuso que consagra os interesses dominantes acaba sendo difundido pela via da argumentação e da persuasão.⁴⁶ Nessa linha, o juiz, ao justificar uma decisão tomada *a priori*, utiliza-se do senso comum para dar significado ou seja, para valorar o texto legal impreciso, ambíguo ou enigmático. O senso comum teórico dos juristas, ao abrigar pseudoverdades tidas por absolutas e, portanto, inquestionáveis, sufoca as possibilidades interpretativas, delimitando previamente as dissidências, apenas admitindo o debate periférico, cujas respostas não ultrapassem o teto hermenêutico decorrendo dessas distorções o surgimento do decisionismo *strictu sensu*, do instrumentalismo no processo civil e do inquisitivismo no processo penal⁴⁷

4.b – dogmática jurídica

É ainda de se indagar se para dar conta dos conflitos envolvendo direitos humanos e sociais basta à dogmática jurídica. E se ela não basta, o que fazer?

45 WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. 2. Ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, p.51.

46 WARAT, Luiz Alberto. *Op. cit.* p. 57.

47 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. pp. 85-86.

A dogmática jurídica vem a ser o estudo metódico e sistemático das normas vigentes de um dado ordenamento, organizando-as segundo princípios e tendo em vista sua interpretação e aplicação⁴⁸. Seu objeto é, pois, o Direito Positivo, sem pretensão de sobre ele fazer qualquer juízo de valor.

Partindo da afirmação de Clève Clémerson de que a dogmática jurídica é constituinte do saber jurídico instrumental e auxiliar da solução dos conflitos de interesses individuais e coletivos e que não há direito sem doutrina, sem dogmática, Lenio Streck sustenta que é razoável concluir que o discurso jurídico-dogmático instrumentalizador do Direito é importante fator impeditivo, obstaculizante, do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, da realização da função social do Direito, constituindo-se numa espécie de censura significativa.⁴⁹

Por sua vez, Warat⁵⁰, desde o início de suas publicações, denunciava o fato de que as obviedades, as certezas e verdades transmitidas pela dogmática jurídica não passam de construções retórico-ideológicas, senão no todo, pelo menos em parte, na medida em que estas se constituem em um espaço simbólico de “retaliações discursivas”, “justificações *ad hoc*” e “neossofismizações”.

É através do discurso dogmático que a lei passa a ser vista como sendo uma lei em si, abstraída das condições que levaram a sua produção, como se a sua condição de lei fosse uma propriedade “natural”, fenômeno que Lenio Streck chama de “*fetichização do discurso*”.⁵¹

*No contexto da dogmática jurídica, os fenômenos sociais que chegam ao Judiciário passam a ser analisados como meras abstrações jurídicas, e as pessoas, protagonistas do processo, são transformadas em autor e réu, reclamante e reclamado, e, não raras vezes, “suplicante e suplicado”, objetivações essas que, convenhamos, deveriam envergonhar (sobremodo) a todos nós. Isto quer dizer que a luta de classes não entra nos fóruns e nos tribunais, graças às barreiras criadas pelo discurso (censor) produzido pela dogmática jurídica dominante.*⁵²

48 BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução do Direito: lições de propedêutica jurídica**. São Paulo: Letras & Letras, 1995. Pp.371

49 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. pp. 115-117.

50 WARAT, Luiz Alberto. **Epistemologia e Direito**. Rio Eldorado, 1977

51 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. p. 94.

52 STRECK, Lenio Luiz. Op. cit. pp. 185-192.

A falta de familiaridade pelos magistrados com as questões filosóficas que envolvem a hermenêutica jurídica no que se refere, em especial, à jurisdição constitucional, fato que se atribui à carência do ensino jurídico universitário onde prevalece a orientação dogmática, o mundo da vida fica excluído do debate, sendo o juiz preparado para pensar abstratamente e decidir em tese. Em decorrência disso, a opção interpretativa realizada pelo Judiciário para a solução das questões macro-sociais, transindividuais e que envolvem as normas programáticas tem por fundamento o senso comum teórico dos juristas, o que torna inócuo e mesmo ineficaz o texto constitucional. Isto, como salientado, deve-se, em parte, ao distanciamento existente entre os problemas sociais e os textos jurídicos que definem e asseguram os direitos individuais e sociais fundamentais, bem como aos limites de sentido que a dogmática jurídica estabelece para o processo hermenêutico. Esse estado de coisas não tinha maiores reflexos quando a sociedade era mais homogênea e as ações, em sua grande maioria, restringiam-se a conflitos individuais. Todavia, outra passou a ser a situação a partir do Estado Social e do surgimento dos chamados direitos promocionais, o que, no Brasil, país de modernidade tardia, apenas se deu a partir da Constituição de 88.

Quase três décadas após, as mudanças ocorridas no campo hermenêutico não foram significativas, principalmente em razão da simplificação com que se trata o direito, a partir de inúmeras produções estandardizadas, e da forma fragmentada e simplista com que os conhecimentos jurídicos são transmitidos em certas universidades ou cursos. Tudo isso aliado à mitigação da produção doutrinária e ao fortalecimento da importância das decisões dos Tribunais, onde se denota a produção de ementários com pretensões de universalização.⁵³

Concomitantemente, é de se referir à sobrevivência de mitos que ocupam o imaginário dos juristas, como, por exemplo, o da busca da “verdade real” que, no entender da grande maioria dos juízes, deve continuar a ser perquirida, como se existissem essências; o da condução da prova pelo juiz, como se a produção da prova pudesse ser gerida a partir de sua consciência. A respeito, em que pese a modificação do Código de Processo Penal feita pela Lei nº 11.690/08, que alterou seu art. 212⁵⁴ para

53 OLIVEIRA, Rafael Tomaz e TRINDADE, André Karam. *Diário de Classe*. www.conjur.com.br em 4/8/2012

54 art. 212 do CPP com a redação do Lei nº 11.690/08: “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não

determinar que a iniciativa de inquirir a testemunha é da parte, essa mudança legislativa que visava a introduzir o sistema acusatório na produção da prova acabou não vigorando, em razão da interpretação que passou a ser feita pelo Poder Judiciário, interessado em não perder o controle dessa importante fase processual, valendo-se, para tanto, da dogmática jurídica que, com seu discurso *prêt-à-porter*, acabou por esvaziar o conteúdo do novo texto jurídico.

4.c – hermenêutica jurídica

A questão da interpretação judicial é uma das mais complexas do mundo jurídico, sendo de se destacar na atualidade a valorização da hermenêutica no campo das ciências políticas e sociais, principalmente da hermenêutica jurídica.

Nesses tempos de protagonismo do Poder Judiciário, de excesso de judicialização e de judicialização da política, torna-se fundamental a interpretação dos textos legais, da jurisprudência e das decisões judiciais que levam ou não em conta essas fontes de direito.

Com o pós-positivismo, a partir dos textos constitucionais surgidos após a Segunda Guerra, o Direito deixou de ter natureza meramente regulatória, assumindo o papel de fazer a transformação das relações sociais. O lema dos Estados Democráticos passou a ser: *fazer democracia a partir do e pelo Direito* e, como consequência, o Judiciário foi identificado como o *locus* para o qual passaram a se dirigir os carentes, os oprimidos, os necessitados, os excluídos. Por outro lado, o juiz passou a ser encarado como grande agente de transformação social.

Essa crença invadiu o imaginário coletivo e, em decorrência disso, o juiz convenceu-se da possibilidade de fazer Justiça, de dizer o Direito de acordo com sua ideologia, suas crenças, seu sentimento. A etimologia da palavra sentença foi identificada como *sentire*, a justificar a autocracia judicial. Na mesma linha, ampliou-se no senso comum dos julgadores a assertiva de que possuem ampla liberdade para julgar, apenas devendo obedecer a sua própria consciência. Instalara-se o solipsismo.

O solipsismo é uma construção filosófica que *tem sua base no cogito ergo sum de Descartes, passando pelas mônadas de Leibniz, pelo eu transcendental de*

admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição."

*Kant, até chegar a seu extremo em Shopenbauer com a ideia de mundo como vontade e representação. Por essa corrente filosófica, apenas um Eu comanda o Mundo, ou seja, o mundo é comandado consciente ou inconscientemente pelo sujeito.*⁵⁵

O juiz solipsista é aquele *que não sai de si no momento de decidir. O mundo ao redor é apenas um esboço virtual do que ele, o sujeito, imagina, quer e decide que é.*⁵⁶ Essa visão que seria aceitável sob o esquema do sujeito-objeto⁵⁷ não pode prevalecer após o giro ontológico-linguístico⁵⁸. Em assim agindo, sob o argumento de estar fazendo justiça, o juiz reforça o positivismo, cujos cânones não pactuam com o estágio da democracia que se atingiu em nosso país com o advento da Constituição de 88. A questão que se coloca à discussão é a impossibilidade de, dentro de um sistema democrático, seja a convicção do juiz o critério utilizado para resolver as indeterminações da lei e os “casos difíceis”⁵⁹.

Essa discussão não foi ainda travada em profundidade no universo jurídico. Fato é que, com a disseminação nos meios forenses, de forma acrítica e atécnica, das teorias de Dworkin e Alexy, os julgadores encontraram coragem para, explícita e reiteradamente, afastar a lei e buscar nos princípios constitucionais a solução para os chamados casos difíceis sob sua jurisdição. Como justificativa, buscavam se livrar da pecha de positivistas, afirmavam que, representando os princípios a positivação de valores, estes eram superiores às regras que cristalizavam a dominação da classe dirigente e do mercado e que podiam, livremente, ponderar os princípios e até mesmo as regras, escolhendo os que entendessem melhor para o caso concreto, de molde a concretizarem os direitos fundamentais e sociais e as garantias constitucionais, assim entendendo estarem cumprindo com os objetivos fundamentais da República no sentido de promover o bem de todos, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, com vista a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Data venia, nada mais positivista do que essas colocações. Tanto o afastamento do texto legal, como a ponderação de princípios ao

55 STRECK, Luiz Lenio. **O que é isto? Decido conforme minha consciência.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 56.

56 BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador). **Dicionário de Filosofia do Direito.** Editora Unissinos e Renovar, 2006.

57 Sob o positivismo o Direito era fundado na relação sujeito-objeto aí entendido o sujeito como o intérprete e o objeto como a lei, sendo preocupação do interprete saber se o que o legislador quis dizer é diferente do que ele efetivamente disse.

58 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 18

59 STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit. p. 54.

sabor da própria métrica caracterizam o voluntarismo⁶⁰, próprio da filosofia da consciência ou dos interesses⁶¹, teoria dominante na Alemanha, pós II Guerra Mundial, fundada na relação sujeito-objeto na qual a racionalidade era fruto da consciência interior de cada indivíduo, mas que é inadmissível no Estado Democrático de Direito no qual os juízes estão, sim, obrigados a buscar no ordenamento jurídico a resposta adequada à Constituição.

Na contemporaneidade, ao se desvelar o mito prevalente no século XIX de que a lei tivesse o condão de tudo disciplinar, de enfeixar todas as possibilidades fáticas, restou ao Judiciário preencher suas lacunas⁶² e solucionar suas contradições ou aporias. Tem razão Capelletti ao dizer que *“o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do Direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”*⁶³; todavia, como superar essas questões, como interpretar a lei criada em outro contexto político? Essa é a grande questão do juiz de nossos tempos.

Para tratar dessa problemática, que recentemente passou a preocupar não só os juristas mas também os cientistas políticos, precisa-se ter em conta que o Direito é um sistema fechado e que as intervenções individualistas por parte dos julgadores quebram essa unidade, enfraquecendo o sistema que garante o Estado Democrático de Direito. Daí a importância de alertá-los para o que Dworkin identifica como um dever moral, que nomeia de responsabilidade política, pelo qual estaria o juiz obrigado a descobrir o direito que as partes têm, sendo que essa busca não poderia ser empírica e deveria manter a integridade do Direito.

A teoria dworkiana é limitadora da liberdade judicial ao sustentar que, mesmo quando a lei não é suficiente, o juiz estará vinculado aos princípios jurídicos, ao passado das decisões judiciais, à estrutura sistêmica do ordenamento jurídico e à noção de que a decisão do juiz é um trabalho in-

60 STRECK, Lenio. **Eis Porque Abandonei o “Neoconstitucionalismo**. CONJUR: 13/3/2014, www.conjur.com.br.

61 Após a II Guerra Mundial, a Jurisprudência dos interesses tornou-se a teoria dominante na prática jurídica alemã. Para Philipp Heck, seu mais importante teórico, o escopo da Jurisprudência dos interesses ou da consciência e, em particular, da decisão judicial dos casos concretos, é a satisfação de necessidades da vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal, existentes na sociedade.

62 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. P. 154, O problema da lacuna da lei surge com a positivização do Direito. Trata-se de uma construção da dogmática jurídica que tanto assegura a eventuais critérios transcendentais uma coloração, como dá força e serve de sustentáculo à argumentação do intérprete do Direito.

63 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Sergio Antônio Fabris Editor; Porto Alegre, 1999. p. 40

serido no contexto histórico das decisões, e não uma manifestação isolada de vontade ou de opinião.⁶⁴

Cabe lembrar, como reiteradamente vem repetindo Lenio Streck, que no Constitucionalismo Contemporâneo não há que se cogitar da aplicação dos princípios gerais do Direito⁶⁵ que não passam de axiomas com finalidades próprias no positivismo do século XIX. Por outro lado, também é equivocado pensar que os princípios constitucionais representam a positivação dos valores. Esse alerta é de suma importância para uma correta hermenêutica, não se podendo esquecer que nosso sistema jurídico é formado por regras (preceitos) e por princípios e que ambos são normas. A regra, ou seja, o texto legal, não pode abarcar todas as hipóteses fáticas de sua incidência, sempre sobra algo, sendo que é o princípio que traz à tona o sentido que resulta do ponto de encontro entre texto e realidade. *Se a regra não explica, esconde; o princípio desnuda a capa de sentido imposta pela regra, resgatando o mundo prático.*⁶⁶

Sabemos que toda lei, regularmente formalizada, traz ínsita a sua validade, somente podendo ter sua aplicabilidade negada no caso concreto em situações restritas, fora das quais ela é obrigatória.⁶⁷ Apenas é possível o seu afastamento em casos restritos, ou seja: quando ela for inconstitucional, caso em que o juiz ou deixará de aplicá-la (controle difuso de inconstitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; quando aplicar a interpretação conforme a Constituição⁶⁸; quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto⁶⁹; quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto⁷⁰; quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio. Fora dessas hipóteses, o afastamento da lei viola a autonomia do Direito, sua coerência e integridade.

64 DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 19 99. p. 402.

65 STRECK, Luiz Lenio. Os princípios gerais de direito foram introduzidos como um critério positivista de fechamento do sistema, visando a preservar a pureza e a integridade do mundo de regras.

66 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...**p. 170.

67 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, pp. 604-605.

68 Interpretação conforme – nesse caso o texto de lei permanecerá intacto, o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à Constituição

69 Nulidade parcial sem redução de texto – permanece a literalidade do dispositivo sendo alterada apenas a sua incidência

70 Declaração de inconstitucionalidade com redução de texto – quando a exclusão de uma palavra do texto conduz a manutenção da constitucionalidade do dispositivo

Aquele juiz que, segundo sua consciência, cria a lei para solucionar o caso concreto, assim como aquele que, fora das hipóteses supra elencadas, deixa de aplicar a lei sob o fundamento de que está fazendo Justiça, assume uma postura positivista, porquanto revestida de discricionariedade.

É verdade que muito se fala em decisão justa, devendo-se, a respeito, considerar a advertência feita por Eros Grau ao afirmar que, *o juiz, como intérprete, ele está vinculado à objetividade do Direito e não a sua ou a minha Justiça*⁷¹. O sentimento de Justiça é transcendente e, como tal, individual, intrínseco, dependendo da formação e das vivências de quem avalia o fato e escolhe o que denomina de solução justa para o conflito. Em assim agindo, o juiz age solipsisticamente, volta à filosofia dos valores que caracteriza o positivismo.

Dentro desse quadro, é de se admitir que o neoconstitucionalismo deu azo ao ativismo judicial, na medida em que, ao incentivar o julgador a reduzir as desigualdades sociais, propiciando a todos a concretização das promessas constitucionais e dos ideais de vida boa, abriu caminho para que este criasse de forma individualista o Direito que entende necessário ao caso concreto⁷².

Por outra, o fenômeno da judicialização da política⁷³, assim como aquele que veio a ser denominado de politização da justiça, são campos fecundos para o ativismo judicial. A respeito, Luiz Werneck Vianna⁷⁴ assinala que os novos textos constitucionais, ao incorporarem princípios, configurarem Estados Democráticos de Direito, estabelecerem objetivos e fundamentos do Estado, asseguram o espaço necessário para interpretações construtivistas por parte da jurisdição constitucional, ampliaram a participação política dos juízes, fazendo brotar um “direito judicial”, em contraposição a um “direito legal”.

71 GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 19.

72 STRECK, Luiz Lenio. **Porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes**. www.conjur.com.br/26/4/2014.

73 EISENBERG, José. **Pragmatismo, Direito Reflexivo e Judicialização da Política**. in A Democracia e os Três Poderes no Brasil, organizado por Luiz Werneck Vianna. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2002, para quem a Judicialização, numa visão pragmática, diz respeito a uma transformação das normas e das formas de atuação dos membros do Poder Judiciário, com a ampliação do alcance da ação executiva e legislativa do Judiciário, em razão das demandas por resolução de conflitos sociais, enquanto que a judicialização ou tribunalização da política se refere a transformações no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo com a densificação nos seus espaços de poder do império do direito e de suas normas, principalmente de natureza procedimental, como é o caso do constante uso das CPIs.

74 WERNECK, Luís Vianna; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel PALÁCIOS; NURGOS, MARCELO B. A. **Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

Basta que se acompanhem as sessões do Plenário do Supremo Tribunal Federal para constatar que há dicotomia na questão relativa ao ativismo judicial. A divisão de entendimentos faz com que a maioria, grande parte das vezes, seja obtida com a diferença de um único voto. Isso, que também ocorre nos demais Tribunais, dá ensejo a insegurança jurídica, porquanto, dependendo da composição, o resultado pode oscilar.

A respeito convém mencionar recente fala do Ministro Roberto Barroso no XXIII Congresso Brasileiro da Magistratura, em que S.Exa, um dos expoentes do neoconstitucionalismo pátrio, vê o juiz “*não como um mero aplicador do Direito ou da lei existente, mas como um coparticipante do processo de criação do Direito*”, salientando, outrossim, que ele deve estar atento em auscultar o sentimento social, mas que **não é escravo da opinião pública**.

Analisando o tema, Giselle Cittadino⁷⁵ adverte que:

... a despeito da dimensão inevitavelmente criativa da interpretação constitucional, dimensão presente em qualquer processo hermenêutico, e que, por isso mesmo, não coloca em risco a lógica da separação dos Poderes, os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que ultrapassam o direito escrito, devem proferir decisões corretas e não se envolver na tarefa de criação do direito a partir de valores preferencialmente aceitos.

A tarefa dos julgadores que, como vimos, é difícil e complexa, ficou mais difícil e mais complexa a partir da edição da Lei nº 13.655, de 25/04/18”, que promoveu alterações no Decreto-Lei 4.657/1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), prevendo normas de segurança jurídica do Direito Público para determinar que o juiz considere as consequências jurídicas e práticas de sua decisão e que, em sua motivação, demonstre a necessidade e adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Essa determinação de natureza consequencialista, em desacordo com as políticas judiciais implantadas desde a reforma, vai trazer maior ônus para as partes, inclusive financeiros, e para os juízes, além de retardar a entrega da prestação jurisdicional, tudo o que nenhum dos atores do processo nem o Poder Judiciário querem.

Realmente, é muito difícil ser juiz na contemporaneidade. ❖

75 CITTADINO, Giselle. Op. cit. pp. 17-49

A Escola Judicial: a Formação Inicial e o Aperfeiçoamento Continuado do Juiz

Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de Barcelona. Diretor-Geral da EMERJ no biênio 2015-2016. Diretor-Geral do CEDES-TJRJ.

PALAVRAS-CHAVE: Aperfeiçoamento. Ensino. Ética e Humanismo. Hermenêutica. Magistratura.

I - INTRODUÇÃO

A tarefa de julgar é o resultado concreto de longo e complexo processo de reflexão e amadurecimento, de cunho eminentemente hermenêutico, em que há fortes influências positivas e negativas das convicções pessoais do juiz intérprete, da visão interdisciplinar que tem do mundo, de seus conflitos e, como não poderia deixar de ser, do conhecimento técnico que possui e da melhor maneira de aplicá-lo, inclusive em sintonia com os precedentes já consolidados das Cortes Superiores.

É exatamente esse, a meu ver, o principal significado de atuação da Escola Judicial, vale dizer o ensino ao juiz de como manejar correta e adequadamente esses instrumentos, a fim de produzir, como resultado, uma decisão justa e equilibrada, assim entendida como a resposta ética do Judiciário para a controvérsia que lhe foi imposta para solucionar.

Essa ética é a que brota de uma ponderação proporcional entre a representação do desejo majoritário e o inevitável respeito às minorias, notadamente em se tratando de direitos fundamentais, pois dessa proporção

resultará o equilíbrio a que se propõe o regime democrático instituído por nossa carta política de 1988.

Trabalhar na formação e no aperfeiçoamento do magistrado é, no fundo, auxiliá-lo na tarefa de compreender o fato que julga numa dimensão não apenas técnica, mas também humana e interdisciplinar, fugindo de um positivismo exacerbado que já não tem lugar no mundo atual e globalizado.

Há que se fornecer, é claro, o aprendizado técnico, fruto de novas legislações, mas sempre sem se descuidar a Escola de oferecer aos novos e também aos juízes mais experimentados as ferramentas que os auxiliem a trabalhar corretamente a arte de interpretar a lei e a constituição.

II- A FORMAÇÃO INICIAL

Em que pese a ampla divulgação dos regulamentos e Resoluções da ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, não chega a ser conhecida de todos as duas principais vertentes de atuação das Escolas Judiciais no âmbito do ensino da magistratura.

A primeira, do aperfeiçoamento continuado, direcionada a juízes já vitaliciados e experientes, da qual cuidaremos a seguir, sendo a outra vertente a da formação inicial, endereçada a juízes recém-concursados e aprovados, que, uma vez empossados, são obrigados a concluir um curso de exatos quatro meses nas respectivas Escolas de Magistratura de seus Estados, ou das Jurisdições Federais para as quais foram aprovados.

Poder-se-ia questionar, a princípio, o que um jovem juiz teria a aprender logo depois de testado seu conhecimento em severo concurso público, como sempre acontece quando se dá o acesso à carreira da magistratura.

De fato, em termos de conhecimento técnico, pouco há o que acrescentar a esse magistrado, já que o traz afiado e atual, mas a quem, via de regra, falta a habilidade necessária a trabalhar, na prática, com esse imenso universo da própria cultura.

Em outras palavras, a tarefa principal da Escola Judicial será a de ensinar a esse juiz inexperiente a arte de julgar, a ensinar a pôr em prática como ideal de justiça um sistema legal, pré-existente, manejando com racionalidade suas emoções, sua experiência de vida e seu conhecimento

técnico, a fim de produzir ao final uma solução ética do conflito, sempre em sintonia, pelas peculiaridades do caso, com as orientações principiológicas de nossa constituição federal.

Humanizar esse magistrado e trazer-lhe a consciência de sua responsabilidade social talvez seja a principal tarefa do ensino do curso de formação inicial, e isso fica patente da leitura do que dispõe a Resolução nº 07/2017 da ENFAM, ao dispor sobre suas principais diretrizes pedagógicas.

As ações oficiais de formação – destinadas à profissionalização dos magistrados brasileiros atuantes nos ramos da Justiça Estadual e Federal – serão realizadas pela ENFAM e pelas demais escolas autorizadas a realizar cursos de formação para ingresso, vitaliciamento e promoção na carreira. As instituições de formação de magistrados deverão organizar seus programas de formação de acordo com o objetivo e as especificidades de cada ação, com foco nas atividades dos magistrados para o exercício da prática jurisdicional, considerando os contextos social, econômico e cultural, cada vez mais complexos. Para isso, a formação do magistrado deverá ser humanista, crítica, teórico-prática, interdisciplinar e integradora, buscando apreender a prática jurisdicional em suas relações com a totalidade complexa constituída pela sociedade. Essas dimensões orientarão as práticas pedagógicas de formação inicial e continuada promovidas pelas escolas judiciais e de magistratura. A formação dos magistrados deverá ser realizada de forma coerente com o planejamento estratégico do Judiciário e com os planos institucionais, além de ser fundamentada em pesquisas, estudos e debates sobre temas relevantes para o aprimoramento dos serviços judiciários e da prestação jurisdicional.¹

Essa a proposta desse curso inicial, vale dizer, a de preparar o magistrado para a tarefa do seu dia a dia, transmitindo-lhe, ao lado do conhecimento técnico, já testado em concurso recente, o ensino das ferramentas que irá necessitar para aplicar correta e humanamente a lei e a constituição.

¹ Resolução nº 07 de dezembro de 2017 da ENFAM, Apêndice A- Apresentação Sistematizada das Diretrizes Pedagógicas, p. 04. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/116264/Res_7_2017_Enfam_Diretrizes_Pedagogicas_Enfam_%20Apendice_A.pdf> Acesso em: 22 de mai. 2018.

Tivemos oportunidade de participar, à época, como Diretor da EMERJ, de dois cursos de formação inicial, e a experiência é de fato instigante, tanto para os novos juizes como para nós, formadores, numa troca constante de experiências, de conhecimento e, acima de tudo, de muita energia dos que entram para com a necessidade da eterna motivação.

III – O APERFEIÇOAMENTO CONTINUADO

Tão importante como trazer para os novos juizes a técnica da melhor hermenêutica e as ferramentas essenciais a aperfeiçoar a maneira de se trabalhar com o arcabouço técnico de conhecimento testado pelo concurso público, reside a responsabilidade da Escola Judicial para com os juizes já experimentados e vitaliciados, de quem vem a ser exigido o aperfeiçoamento periódico como requisito essencial da progressão na carreira.

O tempo e as condições de trabalho são fatores cruéis, a testar a todo momento a motivação do juiz no exercício da judicatura.

A par de tantas dificuldades, há a contínua e insistente alteração de valores imposta pela sociedade, agora mais do que nunca incrementada em tempos de globalização, que alteram conceitos com rapidez inesperada e assustadora.

Valores de hoje já não valem para o amanhã e os conceitos com que trabalha o juiz tornam-se obsoletos com velocidade que não conseguem acompanhar os magistrados.

Os conceitos inseridos tanto no texto legal como no constitucional não se ostentam eternos e absolutos. Daí a contínua necessidade de revisá-los para adequá-los às necessidades culturais da atualidade, como leciona o mestre Luis Roberto Barroso ao citar Georges Bordeau e Anna Cândida da Cunha Ferraz na obra “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo”, *verbis*:

Se o poder constituinte é um poder que faz ou transforma as constituições, deve-se admitir que sua atuação não se limita às modalidades juridicamente disciplinadas de seu exercício. (...). Há um exercício cotidiano do poder constituinte que, embora não esteja previsto pelos mecanismos constitucionais

ou pelos sismógrafos das revoluções, nem por isso é menos real. (...) Parece-me, de todo modo, que a ciência política deva mencionar a existência desse *poder constituinte difuso*, que não é consagrado em nenhum procedimento, mas sem o qual, no entanto, a constituição oficial e visível não teria outro sabor que o dos registros de arquivo”²

Tais alterações constitucionais, operadas fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado, justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado *poder constituinte difuso*, na feliz expressão de Bordeau.³

Idêntico alerta nos faz o não menos autorizado José Ricardo Cunha ao defender a abertura do sistema jurídico no período pós-constitucional de 1988, consignando:

A provisoriidade e modificabilidade que caracterizam a abertura do sistema jurídico revelam, antes de mais nada, a historicidade do direito como condição de sua afirmação. Além disso, expressam a maneira da relação dialógica e dialética entre auto-referência jurídica e referência externa social, por meio da influência que exerce a ordem jurídica sobre a sociedade, nos seus diversos setores, na forma de significá-la e de regulá-la e, inversamente, por meio da influência que as manifestações metas-jurídicas exercem sobre o direito, modificando valores e recompondo continuamente a própria leitura do sistema. A abertura implica, portanto, num **devir** da ordem jurídica que garante ao operador do direito os fundamentos necessários para uma justificação razoável da adequação dos valores e correção dos fins de direito, segundo cada fato juridicamente relevante.⁴

2 BARROSO, Luis Roberto apud BORDEAU, Georges e FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, Curso de *Direito Constitucional Contemporâneo*, 2ª edição, Saraiva: São Paulo, 2010, p. 210-211.

3 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *Processos informais de mudança da Constituição*, 1986, p. 10.

4 CUNHA, José Ricardo, *Sistema Aberto e princípios na Ordem Jurídica e Metódica Constitucional*, apud PEIXINHO, Manoel peixinho, GUERRA, Isabela Franco e FILHO, Firly Nascimento, *Os Princípios da Constituição de 1988*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 21-42.

Sair, portanto, da zona de conforto, do conhecimento já incorporado e medido para o universo do aprendizado é um desafio constante na carreira de um juiz, e a Escola exerce um papel importantíssimo nesse terreno, não só por ter que oferecer esse novel conhecimento continuamente, mas principalmente por oferecê-lo de forma a motivar e a interessar o juiz por incorporá-lo.

Por isso a preocupação mais do que justificada da ENFAM com as Escolas Judiciais - a EMERJ felizmente já incorporou essa técnica nos seus cursos - de trazer o conhecimento para o magistrado de maneira especial, introduzindo-o através de técnicas ativas de ensino, por formadores especialmente preparados para tanto.

Esse o desafio principal dessa modalidade de ensino, o de “interessar” o magistrado a questionar o seu conhecimento, a fim de adequá-lo à atualidade, para o que precisará incorporar novos saberes, muitas vezes contrários aos que acreditava e professava até então.

No lugar das antiquadas aulas puramente expositivas, a locução do docente deve passar a ser intercalada com métodos participativos do aluno juiz, a fim de tirá-lo do foco tradicional da simples escuta e estimulá-lo a discutir casos concretos, a participar como ator de situações práticas simuladas, como julgamentos e audiências, trocando experiências práticas com seus companheiros de curso.

A Resolução nº 07, de dezembro de 2017, da ENFAM cuida novamente de estimular essa modalidade e técnica de ensino, ao dispor:

Para formar magistrados de novo tipo, são necessários novos processos educativos, que lhes permitam: transitar da situação de meros espectadores para protagonistas de sua própria formação, a partir de situações intencionais e sistematizadas de aprendizagem organizadas pelos docentes, que lhes permitam estabelecer relações com a ciência, com o conhecimento técnico, tecnológico e com a cultura de forma ativa, construtiva e criadora; substituir a certeza pela dúvida, a rigidez pela flexibilidade, a recepção passiva pela atividade permanente na elaboração de novas sínteses que possibilitem o exercício da magistratura com qualidade e rapidez de resposta; a passagem da aceitação da autoridade para a autonomia, na perspectiva da autonomia ética e estética, permitindo que

o magistrado avance para além dos modelos preestabelecidos pela criação de novas possibilidades fundadas em sólidos argumentos, revendo normas e jurisprudência.⁵

Há que se humanizar, enfim, esse magistrado e motivá-lo sempre, o que se faz hoje felizmente por novas técnicas de ensinagem (esse o termo adequado), colocando-o no centro do processo, que se desloca do instrutor para se diluir na figura de cada juiz que se propõe a participar.

É importante que o juiz de hoje tenha em mente a necessidade de aperfeiçoamento contínuo, ciente de que não detém o absolutismo dos saberes que há de utilizar na tarefa de julgar.

IV – CONCLUSÃO

O papel das Escolas Judiciais é preponderante tanto na formação inicial como no aperfeiçoamento continuado dos magistrados.

Essa tarefa não se limita a fornecer o conhecimento técnico das regras de direito e vai para muito além disso, porque ocupa o terreno de um saber maior, vinculado ao efetivo manejo e utilização de ferramentas úteis à aplicação mais humana e ética da lei.

O modelo educacional da própria ENFAM, a ser seguido e perseguido pelas Escolas Judiciais, se reproduz com certeza no objetivo principal de sua missão, *verbis*:

A preocupação central por parte da Enfam está em contribuir para fomentar a formação de magistrados autônomos, criativos, críticos, cooperativos, solidários, fraternos e socialmente responsáveis, mais integrados com as necessidades e os impactos dos fenômenos sociais, políticos e econômicos que perpassam o dia a dia da Sociedade Brasileira. Esses são os elementos que, combinados, permitem que os magistrados sejam capazes de explorar o universo de suas construções intelectuais, mediados pela dinâmica social e pelas interações intra e inter-relacionais que se estabelecem no convívio com o outro.⁶

⁵ Resolução nº 07 de dezembro de 2017 da ENFAM, p. 11. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/116264/Res_7_Enfam_2017_Diretrizes_Pedagogicas_Enfam%20_Texto_%20Principal.pdf> Acesso em: 10 de mai. 2018.

⁶ Resolução nº 07 de dezembro de 2017 da ENFAM, p. 09. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/116264/Res_7_Enfam_2017_Diretrizes_Pedagogicas_Enfam%20_Texto_%20Principal.pdf> Acesso em: 10 de mai. 2018.

Estimular sempre o juiz a conhecer suas limitações, a evoluir e a se atualizar no aprendizado, através de técnicas próprias e ativas é, pois, a principal tarefa das Escolas Judiciais, abrindo caminho para a formação de um juiz comprometido com a continuidade democrática, ciente de suas limitações e da necessidade de seu eterno aperfeiçoamento no caminhar da criação e do fortalecimento de uma justiça cada vez mais ética e social. ❖

V - REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

1 - Resolução nº 07 de dezembro de 2017 da ENFAM, Apêndice A- Apresentação Sistematizada das Diretrizes Pedagógicas, p. 04. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/116264/Res_7_2017_Enfam_Diretrizes_Pedagogicas_Enfam_%20Apendice_A.pdf> Acesso em: 22 de mai. 2018.

2 - BARROSO, Luis Roberto apud BORDEAU, Georges e FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 2ª edição, Saraiva: São Paulo, 2010.

3 - FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *Processos informais de mudança da Constituição*, 1986.

4 – CUNHA, José Ricardo, *Sistema Aberto e princípios na Ordem Jurídica e Metódica Constitucional*, apud, PEIXINHO, Manoel peixinho, GUERRA, Isabela Franco e FILHO, Firly Nascimento, *Os Princípios da Constituição de 1988*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

Entre a Expição Religiosa e as Metáforas Medicinais/Educativas: a Pena Grega

Nilo Batista

Ex-Professor Titular de Direito Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Se Ulpiano, para resolver um caso no qual se questionava se certa mulher divorciada estava grávida do marido, consideraria que o feto (*partus*), antes de dado à luz, constituía “parte da mulher ou de suas vísceras (*mulieris portio est vel viscerum*)”¹, Aristóteles, para legitimar as práticas punitivas do pai sobre o filho (e do senhor sobre o escravo) afirmou que “os escravos de um homem, e seus filhos até uma certa idade (...) são por assim dizer partes deste homem”². Isso ele afirmou na *Ética*; na *Política*, explicitou que o pai “manda (...) nos seus filhos como súditos”³. Enquanto a primeira comparação se formula sobre uma base natural, aquela da proveniência biológica do filho, a segunda pressupõe a *polis*, e seria incompreensível para quem ignorasse suas relações de poder: afinal, como é mesmo que o monarca manda no súdito? Em ambas, contudo, é muito clara a superioridade jurídica do pai sobre o filho, que o direito romano registraria em pormenores assustadores.

Em toda a antiguidade, as práticas punitivas dispunham de três cenários: a casa, o templo e o palácio. Há uma passagem de Platão na qual esses três cenários são vistos como alvos (objetos) de ofensa: é quando, ao preconizar a pena capital para os “incuráveis”, menciona a reincidência em “falta gravíssima e infame contra *os deuses, os pais ou o Estado*”⁴. Práticas

1 D. XXV, IV, 1, § 1º.

2 *Ética a Nicomacos*, L. V, nº 6 (1134b).

3 *Política*, III.

4 *As Leis*, IX (trad. E. Bini, Bauru, 1999, ed. Edipro, p. 359).

punitivas no âmbito familiar são arcaicas e, como hoje sabemos, disporiam de impressionante longevidade. Integravam elas um direito privado que certamente existiu antes da cidade⁵. É igualmente arcaico o sacrilégio, que poderia desligar seu autor do culto comunitário. A assimilação do ato sacrilégio ao delito teria configurado, segundo respeitada opinião, o nascimento do direito penal⁶. Sem dúvida, as práticas punitivas mais tardias foram as da cidade – e talvez só em relação a essas se pudesse falar propriamente de *poder punitivo*. Essa visão é confortada pela explicação aristotélica do surgimento da cidade: “a principal das sociedades naturais é a família”, formada “da dupla reunião do homem e da mulher e do senhor e do escravo”; vem depois “a sociedade que se formou com várias casas chamadas aldeias”; finalmente, “a sociedade que se formou da junção de várias aldeias constitui a cidade”⁷. Platão havia descrito de modo similar a origem da legislação, naquela seleção e compatibilização de diferentes costumes que membros de distintos clãs estabeleciam para o novo governo⁸. Epicuro explicará a cidade mencionando pactos “para não agredir nem ser agredido”⁹. O modelo explicativo de Aristóteles contém uma semente perdida do evolucionismo, enquanto no de Epicuro está uma do contratualismo. É muito evidente que as figuras nucleares dessas práticas punitivas – o pai, o sacerdote e o rei – se interpenetrariam: o pai é sacerdote nos cultos domésticos e tem súditos nos filhos; o rei é filho de um deus ou ele próprio é um (semi-)deus, a quem Aristóteles recomendava usar do castigo com “cuidado paternal”¹⁰. Ressalvado o monoteísmo, a tradição judaico-cristã conduzirá essa comistão – que argumentará com o fundamento divino da realeza – até a modernidade.

Quando tentei estudar o inquisidor¹¹, recorri à distinção entre culturas da vergonha e culturas da culpa, formulada pela antropóloga norte-americana Ruth Benedict em seu estudo sobre a civilização japonesa tra-

5 Fustel de Coulanges, *A Cidade Antiga*, trad. J.C. Leite e E. Fonseca, S. Paulo, 1975, ed. Hemus, p. 68.

6 Gastaldi, *Viviana, Direito Penal na Grécia Antiga*, trad. M.S. Glik, Florianópolis, 2006, ed. F. Boiteux, p. 13.

7 *Política*, Int.

8 *As Leis*, III.

9 Os modelos explicativos de Aristóteles e Epicuro em Pérez Martín, Elena, *Los Extranjeros y el Derecho en la Antigua Grécia*, Madri, 2001, ed. Dykinson, pp. 18 ss.

10 *Política*, XIX.

11 *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*, p. 260.

dicional¹² e retomada para a reflexão jurídica por François Tricaud¹³. Ainda que provavelmente não tenha jamais existido um puro sistema de *shame culture* ou de *guilt culture*, e sim predominâncias temporais de características suficientes para a identificação de uma ou outra, a distinção parece muito relevante para a história das políticas criminais. Simplificadamente, a cultura da vergonha supõe ausência ou fraqueza da ideia de Estado e de suas institucionalizações, implicando uma moral enraizada predominantemente em estruturas familiares, na qual o sujeito, cujo maior temor é a desonra, será reconhecido – ou não – pela adequação de sua conduta a modelos clânicos virtuosos (o sentimento de honra grupal ou individual – *timê* –, o pudor pessoal e a coragem na batalha – *aidos* –, a força física – *bia* – etc). Como frisou Jaeger, “o elogio e a reprovação são as fontes da honra e da desonra”¹⁴. Pode ser didático, para fixar a distinção entre cultura da vergonha e cultura da culpa, pensarmos nas práticas penais germânicas em comparação com as práticas penais canônicas (e muito especialmente a Inquisição). Gastaldi, registrando que o modelo homérico de sociedade corresponde, em linhas gerais, à cultura da vergonha, observou que “é por isto que (...) os heróis transferiam os seus atos reprováveis (a responsabilidade) aos deuses ou às forças externas (*moira*)”¹⁵. Exemplar dessa transferência é o discurso em que Helena justifica seu adultério perante Menelau¹⁶. Os poemas de Homero espelham a Grécia dos séculos X e IX a.C.: a invenção da escrita, a partir de um alfabeto provindo do fenício, no qual os gregos introduziriam vogais (e vigente até hoje), segundo os testemunhos conhecidos teria ocorrido na metade do século VIII a.C.¹⁷. Se em Homero temos os dilemas religiosos e morais e as peripécias da aristocracia proprietária e guerreira, em Hesíodo, no final do século VIII a.C. (e pois conhecendo e dialogando com narrativas homéricas) aparece o mundo do trabalho nos campos e aquilo que Jaeger chamou de “fé apaixonada no direito”¹⁸, que numa passagem – posteriormente interpretada como demanda pioneira por leis estabilizadas pela escrita – criticava abertamente o arbítrio judicial.

12 *The Chrysanthemum and the Sword – Patterns of Japanese Culture*, Boston, 1946, ed. H. Mifflin.

13 *L'accusation – recherche sur les figures de l'agression éthique*, Paris, 1977, ed. Dalloz, pp. 147 ss.

14 Jaeger, Werner, *Paidéia*, trad. A.M. Parreira, S. Paulo, 2003, ed. M. Fontes, p. 31.

15 Op. cit., p. 25.

16 Eurípedes, *As Troianas*, 1158 ss.

17 De Romilly, Jacqueline, *La Loi dans la Pensée Grecque*, Paris, 1971, ed. *Les Belles Lettres*, p. 11.

18 Op. cit., p. 91.

No léxico dos poemas homéricos, *themis* designa qualquer das normas consuetudinárias (ou o conjunto delas) que, tendo origem nas religiões ou no grupo familiar (*genos*), prescrevem condutas seja para o cotidiano, seja para ocasiões excepcionais: sepultar os mortos, conceder hospitalidade, oferecer sacrifícios aos deuses etc¹⁹. Já a palavra *dikê* aproxima-se mais da ideia de equidade ou mesmo, em certo sentido, de justiça, significando a solução para um conflito concebível na interação entre sujeitos jurídicos igualmente capazes. Olhemos para o tratamento jurídico do homicídio no universo de Homero. Da mesma forma que observaremos, mais de um milênio depois, no direito germânico antigo, o homicídio anunciado, constituindo frequentemente um imperativo do sentimento de honra e manifestando uma valorizada superioridade física, não era ilícito. Nessas profundezas em que nos encontramos, a força que mais tarde se converterá em direito começa por legitimar-se a si mesma: o homicídio do mais forte é *ipso facto* justo. Seria preciso esperar pelos sofistas para que a legitimidade da força bruta fosse enunciada, com áspera clareza, por Cálicles²⁰, argumentando com o décimo trabalho de Hércules, que roubara o gado de Gérion sem indenizá-lo e sem ver-se por isso censurado²¹. Ao contrário do homicídio anunciado, que por vezes assumia tinturas de duelo, o homicídio aleivoso, o homicídio contra hóspede e o parricídio ensejavam respostas punitivas. A mais arraigada e frequente dessas respostas era a vingança privada, que no mundo homérico configurava “um dever social”²². Como observa Eva Cantarella, “vingar as ofensas sofridas não era apenas uma conduta louvável, mas também inevitável, ao menos para aquele que desejava desfrutar do respeito e do prestígio que a voz do povo (*démou pbêmis*) reconhecia a quem obedecia aos modelos de conduta (...); ao contrário, quem não se vingava era um fraco, um ser desprezível que não merecia qualquer consideração”²³. A vingança podia ser evitada pelo exílio ou pela multa (*poinë*) – primitivamente, uma oferenda *in natura*, mais tarde em dinheiro – aceita pelos familiares da vítima; após aceita a *poinë*,

19 Viviana Gastaldi, op. cit., p. 28.

20 “Mas a própria natureza (...) demonstra que é justo que o melhor esteja acima do pior e o mais forte acima do mais fraco. (...) Na ordem da justiça, o mais poderoso deve dominar o mais fraco e gozar as vantagens de sua superioridade. Que outro direito tinha Xerxes para vir fazer guerra à Grécia, ou o seu pai aos Citas?” – cf. Platão, Górgias, 483d; no mesmo sentido, Trasimaco: “nas cidades, são os fortes que governam e fazem as leis” (Platão, República, I).

21 Platão, Górgias, 484 b e c.

22 Cantarella, Eva, *Les Peines de Mort en Grèce et à Rome*, trad. N. Gallet, Paris, 1991, ed. Albin Michel, p. 51.

23 Op. cit., pp. 51-52 e 56. Também Eva Cantarella vê no mundo homérico uma *shame culture* (p. 52, nota 1).

não mais cabia vingança. Biscardi viu na *poiné*, em síntese, uma alternativa à vingança²⁴; nessa alternativa reside um acreditado radical da palavra *pena*. Na famosa cena esculpida no escudo de Aquiles, descrito por Homero, o debate entre as partes concentra-se no pagamento ou não da multa “*de um recente homicídio; afirma ao povo / Um tê-la pago à risca, o outro o nega, / Produzir ambos testemunhas querem*”²⁵. O exílio exprimia também uma ruptura dos laços familiares do exilado, com o efeito de desfigurar a solidariedade passiva de seus parentes no delito dele.

Aproximemo-nos agora da cidade, e por certo de Atenas. Olhe-mos para essa lei de Dracon sobre o homicídio²⁶, que de um lado procura manter a arraigada tradição e por outro pretende controlar e concentrar a teia de coações que a vingança privada tece. Enquanto os antigos juízes lavrados no escudo de Aquiles decidem se a *poiné* foi ou não paga, a cidade tem que avançar a pergunta, para saber se o homicídio realmente ocorreu: doravante, será imprescindível que o basileu promova uma instrução (*anácrisis*) para colecionar provas que permitam estabelecer a natureza do homicídio ocorrido. A vingança privada terá extensa sobrevida, e mesmo antes da cidade ela já era exercida como dispositivo fundado em deveres religiosos e familiares comunitários. Mas para que o autor de homicídio premeditado fosse morto, agora era preciso que o Areópago decidisse. O homicídio involuntário – conceito que incluía o homicídio de ímpeto, tal qual já supunham personagens de Homero²⁷ – era punido com uma pena talvez algo desacreditada, frequentemente confundida com oportuna fuga: o exílio. Esse descrédito foi percebido por Biscardi na norma que equiparava a morte do exilado submetido ao homicídio de um ateniense²⁸. A lei de Dracon também previa a *poiné*, caso aceita pela unanimidade dos parentes do morto, como alternativa não só da vingança mas também do exílio, equivalendo a um perdão. A lei declarava ainda impunível o homicídio praticado em defesa própria ou do patrimônio. Essa proto-história da pena

24 Biscardi, Arnaldo, *Diritto Greco Antico*, Varese, 1982, ed. Giuffrè, p. 278.

25 *Iliada*, canto XVIII, vv. 420 a 432 (trad. M.O. Mendes, S. Paulo, 1958, ed. Atena, p. 347); em outras traduções, XVIII, 496 a 508.

26 Cf. Biscardi, op. cit., pp. 284 ss.; Cantarella, Eva, op. cit., p. 61.

27 Pátrocles se lastima por ter, em meio a um jogo de dados, matado o adversário, da seguinte forma: “Porque, ao jogo irritado, *involuntário* / Matei sem tento o filho de Anfídamas” (*Iliada*, trad. O. Mendes, XXIII, 74 e 75). Aristóteles ensinava que “os atos devidos à cólera não são premeditados (...) pois quem inicia a ação não é a pessoa que age sob o efeito da cólera, e sim aquela que encoleriza o agente” (*Ética* a Nicómacos, V, 1135b).

28 Op. cit., p. 286.

pública, que a lei escrita está instalando na *polis*, sofreria contudo a drástica interferência de uma crença religiosa que futuramente se reeditaria, sob outras faces e pretextos, nas políticas punitivas ocidentais.

Alheia à épica homérica, a crença de que o homicídio gera um estado de impureza no sujeito que o praticou, e que essa mácula pode contaminar (*miasma*) outras pessoas e mesmo toda a cidade até que ocorra sua purificação, tem origem religiosa no culto de Apolo em Delfos²⁹. Platão preconizava que mesmo o autor de homicídio justificado (ocorrido numa competição de ginástica ou num treinamento bélico, como o “exercício de dardo sem couraça”) deveria purificar-se “como orienta a regra de Delfos”³⁰. Na Tebas do rei Édipo, onde “rebanhos definham nos pastos, filhos não sobrevivem ao parto (...) e o deus maléfico da peste devasta a cidade” por causa da impureza provinda do homicídio impune de Laio, Creonte retorna de Delfos com a seguinte orientação: “Apolo ordena, expressamente, que purifiquemos esta terra da mancha que ela mantém; (...) urge expulsar o culpado, ou punir com a morte o assassino, pois o sangue maculou a cidade”³¹. Nas Eumênides, a tragédia em que a superação da vingança inexorável é debatida, o deus Apolo explica ter sido ele próprio que purificou Orestes “do sangue derramado”³². Perante tal crença, o exílio adquire nova função, que Dionísio expõe claramente em As Bacantes: “Os ofensores deixarão esta cidade para apagar a nódoa vinda do crime”³³. Até mesmo os ossos já enterrados de homicidas não purificados deveriam ser removidos da cidade, como ocorreu após o julgamento dos participantes (ainda vivos) do massacre dos companheiros de Cilon³⁴. A crença de que o delito cria um estado de impureza para o sujeito, capaz de contaminar os outros ou a própria sociedade política, antes de mais nada produz e legitima poder punitivo. Como notou a antropóloga Mary Douglas, “esses pretensos perigos” (derivados da impureza) “são uma ameaça que permite a um homem exercer sobre outro um poder de coerção”³⁵. Mas, sobretudo, essa crença alavanca uma concepção retributivo-expiató-

29 A idéia de impureza, para Louis Gernet, seria anterior ao culto de Apolo (*Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce*, Paris, 2001, ed. Albin Michel, p. 52).

30 As Leis, IX.

31 Ésquilo, Édipo-Rei.

32 Ésquilo, Eumênides, 755-756.

33 Eurípedes, As Bacantes, 1753-1754.

34 Aristóteles, Constituição de Atenas, I (“os autores foram expelidos de suas sepulturas e seus descendentes partiram em exílio perpétuo”); Plutarco, Sólon, 12.

35 Douglas, Mary, Pureza e Perigo, trad. S.P. Silva, Lisboa, 1991, ed. 70, p. 15.

ria da pena, na assimilação “quase tirânica”³⁶ entre a infração religiosa e a impureza. Um triste sintoma desses efeitos estava nos *pharmakoi*, sob certo ângulo antecedentes do *homo sacer*, desgraçados mantidos pela cidade para serem sacrificados, caso necessário purificá-la; em Atenas, por lapidação, método também repleto de conotações religiosas³⁷. Quando a cidade dá os primeiros passos para a desapropriação da vingança³⁸ – e para fazê-lo, como veremos, construía outro discurso legitimador da pena, inventando-lhe utilidades sociais – uma crença religiosa inculca “a vingança de Zeus, à qual ninguém se furta”³⁹, e sustenta uma concepção retributivista, própria das origens místicas dos direitos gregos⁴⁰.

Às lutas dos camponeses, cuja escravização por dívidas seria proibida por Sólon, e aos conflitos partidários urbanos segue-se a passagem da tirania à aristocracia e desta à democracia. A cidade, além de viveres, artes e ofícios, moeda e sacerdotes, precisa de “armas para manter internamente a autoridade e submeter os rebeldes” (além de eventual guerra contra inimigos estrangeiros) e “tribunais”⁴¹. O exercício de um poder punitivo propriamente político – perdoada a redundância – não se sustenta numa justificação puramente religiosa, por mais entranhada que esteja a religião nas tradições da cidade. Quem procura a utilidade política das leis pode pegar um atalho e acabar encontrando a utilidade política das penas. Uma cabal refutação do princípio retributivo está no Protágoras: “aquele que deseja punir racionalmente não castiga por causa das ações passadas – porque não é possível desfazer o que já foi feito – mas como salvaguarda do que poderá acontecer, para que nem essa mesma pessoa, nem outra que presencie a punição, pratique novas injustiças”⁴². Uma comparação de Sócrates nos indicará as grandes linhas dessa viragem: “embora a cultura do corpo constitua uma unidade, distingo nela duas partes, a ginástica e a medicina. O que na política corresponde à ginástica é a legislação; o que

36 Tricaud, François, op. cit., p. 167.

37 Cantarella, Eva, pp. 74 ss. Sobre a execução sacrificial, Girard, René, A Violência e o Sagrado, trad. M.C. Gambini, S. Paulo, 1990, ed. UNESP.

38 Sobre a justiça na polis, Glotz, Gustave, A Cidade Grega, trad. H.A. Mesquita e R.C. Lacerda, S. Paulo, 1980, ed. Difel, pp. 190 ss.

39 Jaeger, Werner, Paidéia, cit., p. 183.

40 “Como foi assinalado, o direito penal grego, em suas origens, é essencialmente retribucionista” (Viviana Gastaldi, op. cit., p. 106).

41 Aristóteles, Política, VIII.

42 Platão, Protágoras, 324b.

nela corresponde à medicina é a justiça⁴³. Numa cidade que é a suprema mestra dos cidadãos, a lei tem compromisso com a educação de todos; e se algum mal-educado infringi-la, uma pena medicinal dele se encarregará, mesmo que o remédio para a doença seja a morte. Da obra tardia de Platão, *As Leis*, que descreve idealizadamente princípios e regras de várias legislações gregas, porém não corresponde concretamente a nenhuma delas, disse Barker: “a concepção do crime como uma doença e o emprego de metáforas retiradas da arte da medicina estão presentes em todo o diálogo⁴⁴. Afirmo Jaeger que “a finalidade da obra era edificar um formidável sistema de educação⁴⁵, e sem nenhuma dúvida, tal edificação influenciaria muito a reflexão penalística subsequente. Mesmo a pena que respondia a um delito já praticado se empostava preventivamente: “a lei o instruirá (o infrator) e absolutamente o compelirá no futuro a não mais ousar deliberadamente cometer tal ação⁴⁶. No plano político, o mesmo raciocínio terá a forma de uma regra de três: assim como o médico pode obrigar o enfermo, mesmo contra sua vontade, ao tratamento, assim também os governantes podem forçar os súditos a fazer aquilo que lhes é proveitoso. Sobre esse enunciado de Platão, baste-nos o comentário de Welzel: “pela primeira vez aparece aqui fundamentada filosoficamente a terrível tese de que a coação para ‘o bem’ é também boa moralmente e lícita⁴⁷”.

Em algum momento, atestado por uma arenga de Demóstenes⁴⁸, a execução da pena passa à competência da cidade, culminando o multissecular período no qual era ela delegada aos familiares da vítima acusadores. Uma breve mirada nos mais importantes métodos de execução da pena capital poderá ajudar-nos a compreender a política criminal grega clássica⁴⁹. Descartemos desde logo a *lapidação*, cujas referências sugerem uma reação coletiva instintiva, carregada de sentido religioso, não porém uma pena institucionalizada por lei⁵⁰. Sejam cautelosos com a *precipitação*, que em seus primórdios parece ter constituído uma ordália, aplicável a delitos religiosos e ostentando caráter expiatório-sacrificial; na metade do século

43 Platão, *Górgias*, 464b.

44 Barker, Ernest, *Teoria Política Grega*, trad. S.F. Bath, Brasília, 1978, ed. UnB, p. 430.

45 Op. cit., p. 1299.

46 Platão, *As Leis*, IX.

47 Welzel, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. F.G. Vicén, Madri, 1971, ed. Aguilar, p. 19.

48 *Apud* Cantarella, Eva, op. cit., p. 66.

49 Cf. Gernet, Louis, *Droit et institutions en Grèce antique*, Paris, 1982, ed. Flammarion, pp. 175 ss.

50 Sobre isso, Eva Cantarella, op. cit., pp. 67 ss.

V, um decreto cominava a precipitação no *Barathron* para crimes políticos; é possível que, mais tarde, fossem lançados no abismo corpos de condenados já mortos. Detenhamo-nos sobre o *apotympanismos*, a correspondência punitiva da crucificação em Atenas. Aplicável inicialmente a ladrões (*kleptai*) e traidores, depois a adúlteros não justificados legitimamente (mas não existe no adultério algo do furto e da traição?) e também homicidas após abandonada a execução privada pelos parentes-acusadores, era uma pena infamante (às vezes complementada pela “túnica amarela”, ou antecedida por um cortejo pelas ruas durante o qual o padecente era achincalhado) e cruel. Fixado por braceletes de ferro no pescoço, nos tornozelos e pulsos, a um poste, o condenado era abandonado à própria sorte, exposto ao tempo, sedento e faminto, e aos insetos e animais que buscassem pasto em seu corpo indefeso. Impaciente com a resistência de alguns condenados, após a rendição da cidade de Samos, que sobreviviam dez dias atados ao *tympanon*, Péricles mandou concluir a execução a golpes de maça nas cabeças⁵¹. A similitude dessa pena com aquela aplicada aos legendários Tântalo, ladrão de ambrosia e néctar dos deuses, imobilizado num pântano repleto de árvores frutíferas sem conseguir beber a água ou colher as frutas, e Prometeu, ladrão de fogo, fixado a um rochedo onde um abutre todo dia lhe devora o fígado, entra pelos olhos⁵². Chegamos, por fim – deixando de lado formas específica ou eventualmente destinadas a escravos (como a *roda*), estrangeiros e mulheres (para elas, *forca* e *emparedamento*) – à *cicuta*, à “morte fria”, que de recurso insidioso para eliminar inimigos políticos converteu-se em método institucionalizado de execução da pena de morte alternativo à precipitação, que o desassombro (ou a inabilidade) processual de Sócrates tornou famoso⁵³. Superada a execução comunitária, de cariz religioso, por lapidação⁵⁴, podemos encontrar no *apotympanismos*, na ingestão de cicuta e mesmo na precipitação (cujas raízes ordálicas abriam em tese a possibilidade acidental de sobrevivência, e o choque mortal era função da altura do precipício, do peso da vítima e do relevo sobre o qual caía ela) um curioso elemento comum: a cidade não desfere o golpe letal. É claro que existia “o homem da fossa”, é claro que alguém fixava, pelo pescoço e membros, o padecente ao *tympanon*, é claro que alguém entre-

51 Plutarco, Péricles, 28.

52 Sobre ela, páginas admiráveis de Eva Cantarella, op. cit., pp. 27 ss.

53 Cf. Stone, I.F., O Julgamento de Sócrates, trad. P.H. Britto, S. Paulo, 1988, ed. Cia das Letras; cf. ainda Cantarella, Eva, op. cit., pp. 103 ss. Sobre processo em geral, cf. Herrero, Juan Pablo, *El Sistema Jurídico Atico Clásico*, Madri, 2007, ed. Dykinson.

54 Comum em muitas passagens da antiguidade; às vezes, bastões substituem as pedras.

gava a – aliás caríssima – cicuta ao condenado. Mas, para brincarmos com palavras de Foucault, a cidade em certo sentido os deixava morrer, impondo coercitivamente condições negativas para sua sobrevivência. Se nos recordarmos das características do exílio, da *poine*, e de uma pena chamada *atimia* que, como a futura *capitis deminutio* romana, admitia graus na redução da capacidade jurídica do sujeito (quando total, implicava confisco de bens e proscricção da cidade, cominada a morte em caso de retorno; quando parcial, perda do precioso direito de dirigir-se à assembleia), seremos tentados a pensar que na gestão de conflitos criminalizados a *polis* levou a sério o oráculo de Delfos, e organizou-se de sorte a não parecer, também ela, uma homicida cujo *miasma* contaminaria seu povo e suas próprias muralhas. E eis como o gênio grego logrou extrair de um princípio expiatório-retributivo tão propício a fundamentar massacres punitivos e mesmo genocídios, como a história da pureza nos revelaria, uma orientação que modelou neste sentido negativo suas penas. Talvez resida aí o vestígio de um dilema moral: quando a cidade se apropria da força imanente à vingança privada para convertê-la em direito está impedida de reproduzir o delito. A futura proscricção da pena de crucificação, decorrente da conversão de Constantino, demarcaria o fim desse estilo executório, e os sistemas penais cristãos matariam comissivamente.

A *polis* grega clássica constitui o lugar histórico em que a lei procura pioneiramente desvencilhar-se do divino e sobrepujar o privado-senhorial. Ao contrário de experiências mais arcaicas, como a mesopotâmica – recordemos a invocação de tantos deuses do panteão sumério na introdução da coletânea de Hammurabi, ele próprio delegado do deus Marduk para fazer justiça aos povos – agora a pretensão é de que a lei seja o rei, como disse Píndaro. O juramento dos juizes principiava por um “votarei de acordo com a lei”⁵⁵. A lei escrita, este “senhor invisível” como se disse então, era em Atenas a encarnação discursiva da própria democracia, que após a Constituição de Clístenes rompe definitivamente as estruturas de castas familiares e consolida o assembleísmo. A força da vingança privada e da inexorável expiação religiosa, recicladas como um primitivo poder punitivo, não se circunscreve às ofensas contra a organização política, mas reivindicava o castigo do parricídio e do sacrilégio, instituindo tensas disputas que se reaperceberão em inúmeras passagens. Para termos uma ideia da longa duração dessa disputas, olhemos para nós mesmos, que sob o modo de produção escravista colonial

55 Ésquines, Contra Ctesifonte.

tivemos no século XIX não a concorrência mas o predomínio de um poder punitivo doméstico.

Para legitimar essa concentração de força, o discurso grego apela aos campos já legitimados da educação e da medicina: como pode alguém opor-se ao aprimoramento ou à cura dos cidadãos? Sobre o sofrimento punitivo, quase nada. Sobre o uso puramente político da pena, ou seja, por pura conveniência da cidade, uma curiosa atitude que alcançará a modernidade: ignorar sua natureza punitiva. Quando Aristóteles estuda as monarquias que se conservam recorrendo ao rigor, aconselha “abaixar os personagens mais eminentes tanto quanto for possível e desfazer-se dos mais hábeis”⁵⁶. Mas como é mesmo que o monarca “se desfaz dos mais hábeis”?! Por causa de uma dúvida religiosa muito hábil, Atenas desfez-se de Sócrates. Nós constataremos que na fundação moderna da ciência política a natureza política da pena também foi dissimulada. Por fim, o contraponto expiatório-retributivo socorre prestamente o despautério concreto das utilidades punitivas, como uma espécie de escada de Jacó que religa o sofrimento penal à ordem divina. Olhando de perto essas primeiras manifestações, o que hoje chamamos de teorias absolutas e relativas da pena não exprimem uma oposição, mas uma complementação. Se “desfazer-se dos mais hábeis” não puder fundamentar-se na educação ou na medicina, basta introduzir uma impureza contaminante e o assunto está liquidado. O legado de uma crença religiosa na pena e em seus dotes mágicos está aí, dois milênios e meio depois, diante de nossos olhos, tão forte quanto na Grécia. ❖

56 Política, XIX.

Retrotopia e Sistema Brasileiro de Contratações Administrativas

Fiel ao espírito utópico, a retrotopia deriva seu estímulo da esperança de reconciliar, finalmente, segurança e liberdade, feito que nem a visão original nem a sua primeira negação tentaram alcançar, ou, se tentaram, fracassaram – Zygmunt Bauman.

Jessé Torres Pereira Junior

Desembargador. Professor-coordenador dos cursos de pós-graduação em direito administrativo da Escola da Magistratura e da Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor convidado da Fundação Getúlio Vargas-Rio.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Relance avaliativo da gestão pública brasileira. 3. Retrotopia e administração dialógica. 4. À guisa de conclusão.

INTRODUÇÃO

Assinalar o primeiro (ou o último?) quarto de século de vigência da Lei federal nº 8.666/93 tem suscitado manifestações que vão do repúdio à sua permanência na ordem jurídica positiva brasileira ao aplauso por sua existência, embora com ressalvas quanto à necessidade de seu aperfeiçoamento pontual. Contribuí para a controvérsia a tramitação, pelo Congresso Nacional, do Projeto de Lei nº 6.814/2017, que pretende a revogação de todas as leis que regem a atividade licitatória e contratual do estado, a partir da Lei Federal nº 8.666/93, substituindo-as por lei que integre, sistemicamente, as normas que o direito brasileiro tem produzido sobre a matéria nos últimos 25 anos.

Sobre tal projeto veiculam-se opiniões que lhe propõem inúmeras e discrepantes alterações, tais como: inserir regras sobre sustentabilidade ambiental, a serem observadas em editais e cláusulas contratuais, determinantes da desclassificação, sem prejuízo à competitividade, de propostas de empresas que as descumpram de modo a causar danos sociais, econômicos e ambientais que se conjugam; restringir a modalidade licitatória do pregão a compras e serviços comuns (os que são encontrados no mercado com características que satisfazem às necessidades administrativas), ou ampliar a sua aplicação para abranger obras e serviços de engenharia; extinguir as modalidades de tomada de preços e convite; instituir a técnica de compras compartilhadas entre órgãos e entidades com objetivos institucionais convergentes; admitir, nas licitações, orçamentos sigilosos como meio para evitar a cartelização, ou proscrevê-los com o fim de precatar vazamentos que alimentem informações privilegiadas; exigir que empresas contratadas pelo estado adotem regras de integridade (*compliance*) como política compulsória de prevenção da corrupção, vinculada, ou não, ao valor do contrato e ao prazo de sua duração; impor, como requisito de habilitação para participar de licitações e para contratar com o estado, o da inexistência de antecedentes de sanções aplicadas à empresa (“ficha-limpa”); conferir maior autonomia a estados e municípios na formulação de normas próprias de licitações e contratações, independentemente das normas gerais da legislação federal, com o fim de ajustar a atividade contratual desses entes federativos às circunstâncias, peculiaridades e disponibilidade de seus recursos organizacionais, materiais, financeiros e humanos.

Percebem-se dois elos entre essas e outras proposições que vão e vêm no cenário brasileiro da atividade contratual estatal, aparentemente díspares do ponto de vista técnico e administrativo: o primeiro, o da insatisfação com o elevado grau de insegurança jurídica gerada por legislação extensa e fragmentada, sujeita a conflitos de interpretação entre os agentes de sua aplicação e os agentes de controle interno e externo dessa aplicação (CF/88, art. 74), a provocar incertezas quanto à qualidade dos resultados obtidos a cada contratação, bem como à configuração e à extensão de responsabilidades administrativas, civis e penais daqueles agentes; o segundo, o da suspeita de que a etiologia dessa insegurança jurídica advenha de uma cultura de gestão pública que não logra avanços expressivos, nem mudanças significativas, quaisquer que sejam as normas reguladoras que se

adotem. Ou seja, ou se promove a educação para o desempenho de uma fundamental ética de boa-fé objetiva na gestão dos contratos públicos ou estes sempre estarão expostos a desvios, qualquer que seja o seu quadro regulatório.

O presente texto se propõe a especular acerca do segundo elo, que ressoa condicionante do primeiro.

2. RELANCE AVALIATIVO DA GESTÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Problemas de gestão e questões jurídicas se influenciam reciprocamente. A interdisciplinaridade entre o direito e outras áreas do conhecimento tem sido cada vez mais reconhecida e posta em relevo para a construção de melhores soluções, no mundo contemporâneo.

O direito público do século XXI está cada vez mais balizado por princípios, que nada mais são do que normas jurídicas gerais, impessoais e abstratas, providas de eficácia e cogência, predispostas a desenhar o norte valorativo de um sistema, de tal modo que a violação de um princípio equivale à violação de uma norma jurídica essencial para o funcionamento do sistema, daí cada princípio portar a efetividade exigente de seu cumprimento e ser provido de sanção para o caso de seu comprovado descumprimento.

Com fundamento no art. 37, § 4º, da Constituição da República, a Lei da Improbidade Administrativa (nº 8.429/92), em seu art. 11, define como terceira categoria de atos de improbidade aquela constituída por condutas de gestores que violam princípios da administração pública dolosamente, isto é, a conduta ímproba, por violação de princípios, traduz má-fé e desonestidade; ignorância e despreparo podem dar origem a irregularidades ou ilegalidades, não a improbidade. O gestor ímprobo é aquele que, deliberadamente, pratica atos violadores de princípios com o propósito de atender a seus próprios interesses ou de terceiros, em detrimento do interesse público.

A Constituição brasileira de 1988 explicita cinco princípios – além de outros que dela se extraem implicitamente – a que a administração pública, direta ou indireta, em qualquer das esferas da federação e em qualquer de seus poderes constituídos, deve obediência: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*). Se qualquer

gestor público ofende tais princípios dolosamente, estará praticando, no mínimo, ato de improbidade, que também poderá configurar crime, e esse gestor estará sujeito a ser sancionado nas três esferas de responsabilização – administrativa, civil e penal –, ao final dos devidos processos, observadas as garantias da ampla defesa e do contraditório.

A gestão pública brasileira está a conviver, nos últimos anos, com a instauração de inquéritos e processos destinados a apurar responsabilidades administrativas, civis e penais de agentes públicos e privados no emprego de verbas públicas, resultando em índice de condenações que se prenunciam elevadas. O fato poderia, por si só, amparar a conclusão de ser pífia a qualidade da gestão pública brasileira?

A necessária amplificação, pela mídia e outros veículos eletrônicos de comunicação, da deformação de conduta dos gestores na aplicação dos princípios regentes da administração pública basta para que se formule a condenação generalizada dos gestores públicos brasileiros? Pondere-se que não. A circunstância de haver uma ordem jurídica transgredida, levando à instauração de processos atraentes de condenações, indica a existência de certo número de gestores transgressores, mas não fornece índices dessas transgressões em face do sistema global da gestão pública brasileira. Não se conhece pesquisa ou levantamento que aponte, especificadamente, que tais casos representam tal ou qual percentual de gestores públicos brasileiros ímprobos [notícia veiculada na edição de 11.05.2018, p. 2, do jornal O GLOBO, atribuído ao Ministro Gilmar Mendes, do STF, a informação, lançada em julgamento da Corte, de que “em 2016, havia 301.346 inquéritos civis na Justiça Estadual... 32.334 se referem a casos de improbidade administrativa. No mesmo ano, o Ministério Público Federal tinha 76.135 inquéritos civis, dos quais 14.323 tratavam de improbidade”, dados que, a serem confirmados, indicariam que os casos de improbidade administrativa representariam entre 10% e 18% dos inquéritos civis instaurados para a apuração de ilicitudes na administração pública federal e dos estados]. Ou seja, aqueles que, no cotidiano de suas funções, afirmam proceder conforme à lei, mas a ofendem por via transversa ou oculta; garantem ser impessoais suas escolhas administrativas, porém almejam satisfazer interesses com nome e endereço diversos da sociedade brasileira; asseguram proferir, de acordo com a moralidade administrativa, decisões que, todavia, se desviam dos valores que as balizam na Constituição, na le-

gislação e nos contratos, sedes das chamadas obrigações primárias; dizem ser transparentes as parcerias que formalizam, cujas motivações, contudo, são desconhecidas, porque impublicáveis, da sociedade a que deveriam servir; proclamam ser eficientes medidas e programas de custo superior ao razoável, acrescido por pagamentos indevidos ou com o fim de obter vantagens à margem do suposto benefício.

Esse comportamento doloso, que caracteriza a conduta ímproba na gestão pública, não pode ser generalizadamente imputado à conduta ordinária dos gestores públicos brasileiros. Há, por toda parte, esforços pessoais e institucionais para que a boa qualidade da gestão supere a eventual má qualidade ética e técnica de pessoas despreparadas para gerir ou que, carentes de uma formação educacional e ética adequada, se deixam seduzir pelo egocentrismo que acompanha a natureza humana, qualquer que seja a sua naturalidade ou nacionalidade. A história registra que a corrupção imperou em períodos passados da vida de países europeus hoje tidos como modelos de ética e qualidade na gestão pública.

É por isto que o grande desafio da gestão pública, e não apenas a brasileira, é o do investimento na formação das pessoas, para que saibam fazer bom uso de técnicas e ferramentas de gestão, sem desvios que tanto podem ser decorrentes de ignorância e despreparo, quanto de má-fé, aqui residindo a improbidade que arruína a gestão e compromete o desenvolvimento social e econômico.

Os debates, que ainda ocorrem, sobre a conceituação jurídica de eficiência, no plano da gestão, se aproximam de concluir que se há de distinguir eficiência (conceito pouco versado pelo direito) de eficácia (conceito de grande e antiga utilidade jurídica). Enquanto eficiência traduz a relação custo-benefício de uma atividade, projeto ou iniciativa, eficácia corresponde à aptidão de uma norma, ato ou contrato produzir os efeitos que motivaram a sua edição. Desde a tradicional decomposição kantiana dos planos em que se desdobra a formação do ato jurídico - existência, validade e eficácia -, que se tem por certo que a eficácia pode ser sobrestada quando o próprio ato determine, em suas últimas disposições normativas, que somente começará a produzir efeitos - ou seja, ser cogente e exigível - a partir do implemento do prazo estabelecido. Há leis, decretos regulamentares e contratos que estabelecem que somente terão vigência depois de certo prazo de sua publicação. A palavra vigência é aí empregada defeituosamente. O que se deveria dizer

é eficácia. Vigente, no sentido de conhecido e obrigatório, o ato já é, desde que publicado. Mas, nada obstante publicado, pode não estar ainda apto a ter o seu cumprimento exigido porque ele próprio ou a sua lei de regência delimitou o termo inicial de sua eficácia para tantos dias ou anos após a sua publicação, no evidente intuito de assegurar tempo de ajustamento para todos aqueles que passarão a ter o exercício de direitos ou obrigações subordinado ao regime estabelecido pela nova norma. Ilustre-se com o disposto no art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

Pois bem.

O sentido com que a Emenda Constitucional nº 19/1998 acrescentou a eficiência ao rol dos princípios enunciados na cabeça do art. 37 parece referir-se a essa moeda de dupla face: de um lado, a relação custo-benefício; de outro, a aptidão para produzir resultados. Como se trata de eficiência na seara da gestão pública, esse resultado a ser alcançado só poderá ser o de interesse público. Em síntese, não atende ao princípio da eficiência a ação de gestão que produz pouco, nenhum ou discutível benefício com custo desproporcional; tampouco será eficiente a ação que, embora com razoável custo-benefício, poderia obter resultado de superior interesse público com a mesma ou inferior relação custo-benefício. Trata-se de princípio cuja aplicação haverá de ser avaliada nas circunstâncias do caso concreto, medindo-se não apenas os aspectos financeiros, se não que, também, opções e disponibilidades técnicas, no tempo e no espaço, incluindo-se a previsão de riscos. Tais e tantos pormenores de operacionalização do princípio exigem qualificação, cultura e instrumentos gerenciais que soam distantes do cotidiano da gestão pública brasileira, considerada a diversidade estrutural, a dimensão física e a capacitação operacional de seus milhares de órgãos e unidades federais, estaduais, municipais e distritais, na administração direta e indireta, aqui crescendo-se as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Ressalvada a reconhecida existência de elogiáveis centros de excelência no serviço público brasileiro, o princípio da eficiência ainda não tem sido observado pelo poder público brasileiro com a extensão e a profundidade que lhe conformam o conteúdo conceitual.

Há resultados que, na aparência, seriam desejáveis, porém vêm a ser recusados por aqueles que seriam os destinatários de seus supostos bene-

fícios. Entramos no campo da consensualidade, que já se deve situar entre os novos paradigmas conformadores da gestão pública no estado democrático de direito. Resultado de interesse público legítimo é aquele que a população destinatária reconhece como tal, por atender a suas prioritárias necessidades do mínimo existencial.

Exemplifica-se. As partes do processo nº 2004.001.17.929, que tramitou na Justiça do Estado do Rio de Janeiro, interpuseram recurso de apelação contra sentença que julgara improcedente pedido para compelir-se concessionária de energia elétrica a dar continuidade a projeto de substituir, em comunidade urbana, a rede aérea e clandestina de distribuição de energia por rede subterrânea. O processo judicial ensejou ampla dilação probatória, vindo aos autos provas e contraprovas periciais, além de depoimentos de testemunhas. Ressaiu comprovado que a concessionária desistira do projeto, dando-o por encerrado, nada obstante a sua excelência técnica, porque, durante as noites, a comunidade destruía o que a concessionária executava durante o dia. E assim agia a comunidade porque fora convencida por terceiros (os operadores da rede aérea clandestina...) de que a rede subterrânea expunha a risco de morte as crianças que tocassem nas aberturas de visita técnica aos equipamentos subterrâneos. Em outras palavras, a concessionária decidira realizar o projeto sem antes esclarecer a comunidade sobre os benefícios e afastar credices e aventados malefícios que decorreriam da rede subterrânea, solução desconhecida da comunidade, embora de reputação técnica indiscutível (v. nosso *Temas de Direito Administrativo sob Tutela Judicial, no Estado Democrático Eficiente*, p. 44-52. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2010). Eis a síntese da consensualidade: o índice de êxito de um projeto que interfira nos hábitos da cultura da comunidade que o receberá é tanto maior quanto mais essa comunidade for previamente esclarecida e convencida de que o projeto é de seu interesse. Obtido o consenso, a comunidade passa a adotar o projeto como seu e o protegerá e compartilhará sua execução e seu sucesso. Portanto, antes da ação dos técnicos, é imperativa a atuação de agentes comunitários. Não se investe recurso público, sob pena de desperdício, enquanto não houver consenso no seio da população destinatária do projeto, ainda que este tenha embasamento teórico de indiscutível qualidade.

A Lei nº 8.666/93 representou um esforço elogiável de parametrização nacional de normas regentes de licitações e contratos celebrados pela

administração pública, num país, como o nosso, de tantas diversidades e desigualdades. Não há obra humana perfeita, e a Lei Geral das Licitações padece de imperfeições que, com o desdobramento de sua aplicação, se foram evidenciando e acentuando. A tais imperfeições técnicas, somaram-se desvios éticos, que existem, como sempre existirão, onde quer que haja competições envolventes de grandes somas de recursos públicos. Recorde-se que o movimento de recursos gerado pela atividade contratual do estado brasileiro representa cerca de 15% do PIB, ou seja, cerca, hoje, de 500 bilhões de reais ao ano. Qualquer que seja o regime legal, sempre haverá quem nele busque encontrar pontos vulneráveis pelos quais se intro-metam práticas de compadrio, destrutivas da competição isonômica, que é a essência de toda licitação, qualquer que seja o seu regime normativo.

A revisão da legislação de licitações e contratos administrativos no direito brasileiro deve ser movida por sua simplificação. Comprovado está que o excesso de exigências burocráticas, além de não evitar desvios, compromete a eficiência. E já tivemos recentes exemplos objetivos para demonstrar ambos os lados da moeda. A modalidade do pregão - seja o presencial ou o eletrônico - veio a dar, fora da Lei nº 8.666/93, novos ritmo e margem de segurança às licitações, sobretudo ampliando o universo da competição, reduzindo o tempo de processamento e o valor da proposta vencedora. O Regime Diferenciado de Contratação (RDC), destinado, a princípio, apenas à contratação de compras, obras e serviços relacionados a eventos desportivos mundiais que o Brasil sediaria, e que, por isto mesmo, inovou em vários pontos a Lei nº 8.666/93, nem por isto impediu práticas condenáveis de corrupção nas licitações e contratações de obras de complexos desportivos em vários pontos do país, como se está a denunciar e comprovar em inquéritos e processos em curso, acarretando o encarecimento dos serviços e obras contratados.

Simplificação do regime jurídico-administrativo, qualificação técnica dos agentes, eficiência dos sistemas de controle interno e externo, e, sobretudo, compromisso ético são os fatores que poderão elevar o padrão das contratações da administração pública brasileira.

Em outras palavras: (a) a substituição da Lei nº 8.666/93 seria útil para dar novo rumo ao sistema de licitações e contratações administrativas, desde que renovado em suas diretrizes e prioridades gerenciais e operacionais, o que demanda um consenso que ainda não se observa existir,

haja vista o elevado número de anteprojetos e projetos que sobre tal reforma circulam, há anos, no Congresso Nacional, sem que nenhum deles obtenha o quórum necessário para prosseguir e transformar-se em lei, tais e tantos são os interesses corporativos em conflito; (b) a só edição de um novo regramento de licitações não erradica a figura do mau gestor, cujo combate eficiente depende de maiores investimentos em formação ética e técnica, investimentos que, em última instância, constituem o grande desafio da sociedade brasileira em todos os sentidos e direções.

Dentre outras premissas conceituais, reconheça-se que a proposta de simplificar estruturas, regras, procedimentos administrativos e processos de trabalho, com o fim de elevar a relação custo-benefício (eficiência) e contribuir para a obtenção de resultados (eficácia), assim satisfazendo aos compromissos do estado com a sociedade civil, tem sido desenvolvida na gestão pública de vários estados democráticos de direito, desde meados do século passado.

A experiência mais próxima da cultura brasileira - filiada aos sistemas romano-germânicos de compreensão do direito, fundados na norma positivada - se encontra na doutrina e na práxis da administração pública portuguesa deste século, sem embargo de retratar conhecidos esforços da gestão pública filiada a sistemas jurídicos anglo-saxões, fundados nos costumes. Tanto que, no Reino Unido, tornou-se conhecida e reiterada a pauta dos dez princípios da simplificação dos serviços públicos, corrente entre os gestores públicos britânicos, em livre tradução de seu manual de gestão:

1 – Comece com o usuário.

A simplificação do serviço começa com a identificação **do usuário**, do seu ambiente sociofamiliar, seus anseios, sua rotina, suas reclamações, suas necessidades, **explícitas e implícitas**. Se você não sabe quem é o seu usuário e do que ele precisa, você não vai construir a coisa certa. Faça pesquisas, analise dados, fale com os usuários, **levante da cadeira e vá para a rua!** Não faça suposições, coloque-se no lugar do usuário, **experimente você** o serviço, tenha empatia e lembre-se de que o que eles pedem nem sempre é o que eles precisam.

2 – Decida com dados.

Na maioria dos casos, podemos aprender com o comportamento do mundo real, observando como os serviços existentes são usados. **Deixe os dados colhidos** na prestação do serviço (tempo e custos da prestação para o usuário, nível de satisfação, entre outros) **direcionar a tomada de decisões**, ao invés de intuições ou conjecturas. Continue fazendo isso depois de ter seu serviço disponível e sempre que tiver novos protótipos e testes com os usuários.

3 – Sempre poderá ser mais simples.

É muito simples fazer algo complexo, mas **é muito complexo fazer algo simples**. Fazer algo simples de usar é muito mais difícil, especialmente quando os sistemas subjacentes são complexos. O usuário necessita de foco, ele precisa ser direcionado por um serviço simples, claro e intuitivo, e não se perder na complexidade. Não tome “sempre foi assim” como resposta. **Menos é mais**, procure retirar funcionalidades, formulários, opções, campos, cores etc. Por fim, sempre use a regra **KISS (Keep it Simple, Servant)**.

4 – Dê pequenos e constantes passos, itere.

A única maneira de resolver um grande desafio é dividi-lo em pequenas ações. A melhor maneira de construir bons serviços é **começar pequeno e iterar constantemente**. Libere o **Serviço Mínimo Viável (SMV)** com antecedência, teste-o com usuários reais, passe de **Alpha** para **Beta** para **“Go Live”** adicionando recursos, excluindo coisas que não funcionam e fazendo refinamentos com base em **feedback**. A iteração reduz o risco. Torna as grandes falhas improváveis e transforma pequenas falhas em lições. Se um protótipo não estiver funcionando, não tenha medo de descartá-lo e recomeçar.

5 – Simplicidade é acessibilidade.

Tudo o que construímos deve ser o mais inclusivo possível. Estamos construindo para as necessidades, não para o

público. **Estamos projetando para todos**, não apenas para aqueles que são a maioria, como nós. As pessoas que mais precisam de nossos serviços são muitas vezes as pessoas que o consideram mais difícil de usar. Vamos pensar sobre essas pessoas desde o início.

6 – Entenda o presente e projete o futuro.

Não estamos projetando para uma tela de computador ou smartphone. Estamos projetando para as pessoas que acompanham tendências. Precisamos pensar muito sobre o contexto em que estão usando nossos serviços. Pergunte-se: eles estão em uma biblioteca? Eles estão em um telefone? Eles só estão realmente familiarizados com o Facebook? Eles usaram a web antes? **Onde estarão daqui a 3, 5 ou 10 anos?**

7 – Crie serviços digitais, não websites.

Um serviço é algo que ajuda as pessoas a fazer alguma coisa. Nosso trabalho é descobrir as necessidades dos usuários e construir o serviço que atenda a essas necessidades, **que seja 100% digital**, que possa ser consumido em uma caminhada no parque, no tempo de uma parada no semáforo vermelho. Claro que muito do que são os serviços estará em páginas na web, **mas não estamos aqui para construir canais de informação unidirecional**. O mundo digital tem de se conectar ao mundo real, por isso temos de pensar sobre todos os aspectos de um serviço, e certifique-se de que eles somam algo que atenda às necessidades do usuário.

8 – Seja consistente, não uniforme.

Devemos usar a mesma linguagem e os mesmos **padrões de design** sempre que possível. Isso ajuda as pessoas a se familiarizarem com nossos serviços, mas quando isso não é possível, devemos nos certificar de que nossa **abordagem é consistente**.

Esta não é uma camisa de força ou um livro de regras. Cada circunstância é diferente. Quando encontramos padrões que

funcionam, devemos compartilhá-los e falar sobre o motivo pelo qual os usamos. Mas isso não deve impedir-nos de melhorá-los ou mudá-los no futuro, quando encontrarmos melhores maneiras de fazer as coisas ou as necessidades dos usuários mudarem.

9 – Crie em parceria e compartilhe.

Devemos compartilhar o que estamos fazendo sempre que pudermos. Com colegas, com usuários, com o mundo. Compartilhar códigos, compartilhar projetos, compartilhar ideias, compartilhar intenções, compartilhar falhas. Quanto mais olhos houver em um serviço, melhor ele fica.

Se você conhece uma maneira de fazer algo que funciona e é eficiente, deve torná-la **reutilizável e compartilhável**, em vez de reinventar a roda o tempo todo. Isso significa construir plataformas e registros que outros órgãos possam utilizar, fornecendo recursos que sejam facilmente utilizáveis e escaláveis para outros contextos e trabalhos.

10 – E funciona?

Por fim e mais importante, caso nenhum destes mandamentos tenha ajudado, faça-se simplesmente a seguinte pergunta: **“Esta solução melhora a vida do usuário?”** Se não transformar claramente a experiência do usuário do serviço para melhor, simplesmente abandone-a e comece novamente do mandamento número 1.

3. RETROTOPIA E ADMINISTRAÇÃO DIALÓGICA

Os desafios de conceber uma normatividade sistêmica para a atividade contratual do estado, capaz de conciliar segurança jurídica e flexibilidade de gestão, empenhadas na produção de resultados de invariável interesse público, sempre acompanharam os vários textos de normas produzidos na matéria, desde o império [“A licitação vive no direito público brasileiro... desde que introduzida no positivismo normativo da Adminis-

tração central pelo Decreto nº 2.926, de 14.05.1862, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Públicas. Mais tarde, a lei orçamentária n. 2.221, de 30 de dezembro de 1909, em seu art. 54, fixou as regras a serem observadas no processo das *concurrências*, e as leis n. 3.232, de 5 de janeiro de 1917 (art. 94); 3.454, de 6 de janeiro de 1918 (art. 170); 3.991, de 5 de janeiro de 1920 (art. 73), e o decreto n. 4.555, de 10 de agosto de 1922 (art. 87), também se ocuparam do assunto, afinal consolidado no Decreto nº 4.536, de 28.01.22, que organizou o Código de Contabilidade da União (arts. 49-53)” – v. nosso Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, p.1 e segs. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 8ª ed., 2009]. Assim sempre foi, e continua sendo, porque jamais se chegou a um modelo que lograsse aquela conciliação (segurança jurídica e flexibilidade de gestão), no direito brasileiro e no estrangeiro, tanto que o veículo dessas normas variou desde o decreto – ato administrativo do chefe do poder executivo – à lei formal, e, por último, tendo esta assento na própria Constituição da República, o que, entre nós, somente veio a ocorrer com a Carta de 1988 (artigos 22, XXVII, 37, XXI, e 175), precedida do Decreto-lei nº 200/67 e do Decreto-lei nº 2.300/86, a configurar opção da sociedade nacional representada em assembleia constituinte. Em síntese matemática, um novo regramento administrativo ou legal sobre licitações e contratos do estado a cada 14 anos, entre a primeira norma, de 1862, e a Constituição de 1988.

Essa peregrinação histórica em busca de um modelo parece confirmar o cacoete da cultura jurídica administrativa brasileira, de supor que a solução para todos os problemas sempre estará na edição de uma norma que lhe discipline o tratamento institucional. Em artigo publicado na edição do jornal O GLOBO, de 03.04.2018, o editorialista José Casado, valendo-se de estudo empreendido pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, comenta que “Sobram leis... foram editadas 23 legislações federais a cada dia útil dos últimos 29 anos, contados a partir da promulgação da Constituição de 1988... A coletânea federal beira seis milhões, com média de três mil palavras cada uma. Essa conta inclui 103 emendas constitucionais, 103 leis complementares, 5.731 ordinárias, 6.903 Medidas Provisórias e 12.292 decretos com 139.506 anexos (de portarias e pareceres)... Mudou-se o teor de 95,87% de toda a legislação produzida...” (p. 15).

Em seu quadragésimo e último livro, Zygmunt Bauman, sociólogo polonês radicado no meio acadêmico inglês, tendo lecionado na Universidade de Leeds até o falecimento, nonagenário, no início de 2017, sintetizou que “A estrada para as guinadas do futuro parece sinistramente uma trilha de corrupção e queda. Talvez a estrada de volta, aquela para o passado, ainda tenha a chance de se tornar uma trilha de limpeza dos estragos cometidos pelos futuros toda vez que eles viraram presente...” (Retrotopia, p. 12. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2017, trad. de Renato Aguiar).

Para Bauman - antes famoso por haver cunhado o conceito de liquidez dos valores e instituições da sociedade consumidora contemporânea, como sinônimo de fluidez e inconsistência, o que deu nome a vários de seus livros (“amor líquido”, “medo líquido”, “modernidade líquida”, “tempos líquidos”, “vigilância líquida”) -, retrotopia “é um derivativo que compartilha com o legado de Thomas More a fixidez num topos territorialmente soberano: uma base sólida que, segundo se crê, fornece e otimisticamente garante um mínimo aceitável de estabilidade; e, por conseguinte, um grau satisfatório de autoconfiança. Entretanto, a retrotopia difere do seu legado ao aprovar, absorver e incorporar as contribuições/correções suprimidas por seu predecessor imediato, a saber: a substituição da ideia de ‘perfeição suprema’ por uma hipótese de incompletude e dinamismo endêmico da ordem que ela promove, permitindo, por conseguinte, a possibilidade (bem como a deseabilidade) de uma sucessão infinita de mudanças posteriores, as quais aquela ideia a priori deslegitima e obstaculiza. Fiel ao espírito utópico, a retrotopia deriva seu estímulo da esperança de reconciliar, finalmente, segurança e liberdade, feito que nem a visão original nem sua primeira negação tentaram alcançar, ou, se tentaram, fracassaram” (*op. cit.*, p. 14).

O século XX começou bafejado pela utopia de revoluções ideológicas, industrial e agrícola, bem como pela consagração internacional de sucessivas gerações de direitos e garantias fundamentais (individuais, sociais, ambientais), tudo amparado por um positivismo jurídico exacerbado, produzindo códigos, estatutos normativos, regras gerenciais e operacionais em profusão, a embalar o milenar sonho humano de retornar ao paraíso ou de estabelecer a bem aventurança na terra promotora da felicidade, fundada na dignidade da pessoa humana. O século XX acabou com uma inquietante nostalgia, na medida em que à crença em um mundo equili-

brado e justo sucederam organizações estatais desacreditadas, entidades empresariais suspeitas, a sociedade confrontada com violência, corrupção e medo, propiciando o retorno a “soluções heróicas” como intervenções militares, “guerras” comerciais, protecionismos monopolistas, ativismo judicial portador de ambiguidades. A nostalgia tende a confundir o lar verdadeiro com o lar imaginário, daí o desalento com o solo pátrio, as fugas para o estrangeiro, os medos dos centros urbanos, as perdas de segurança e estabilidade. Os sinais emergem por toda parte: na Alemanha, revive o nazismo, que obtém cadeiras no parlamento; na Grã-Bretanha, vence o plebiscito em favor do isolamento (“brexit”); nos Estados Unidos, a sociedade entrega o poder político a mitos empresariais apontados antes como desagregadores do que articuladores; nos países asiáticos, realimentam-se imemoriais extremismos ditos religiosos que deflagram destruição e migrações aos milhares; em países sulamericanos, persistem regimes que, a pretexto de substituírem interesses de mercado considerados deletérios, alimentam conhecidos fenômenos massivos de desestruturação social, inflação, desemprego e migração, perpetuando a insegurança e as desigualdades que pretenderiam combater.

A frustração da utopia gera a retrotopia, ou seja, o desejo de restauração do passado que se perdeu, foi roubado ou indevidamente abandonado, mas que não morreu e pode vir a substituir o futuro que não nasceu. Na medida em que os velhos medos caíam aos poucos no esquecimento, e os novos medos ganhem em volume e intensidade, progresso e retrocesso trocam de lugar. Arremata Bauman: “Em lugar de investir as esperanças públicas de melhoria num futuro incerto e duvidoso demais, reinvesti-las mais uma vez no passado vagamente lembrado, valorizado por sua suposta estabilidade e, portanto, confiabilidade. Com essa virada de 180 graus, o futuro se transforma de habitat natural de esperanças e expectativas legítimas em local de pesadelos: pavor de perder o emprego e a posição social e ele vinculada; de ter a casa, o resto de seus pertences e bens de toda uma vida retomados; de assistir aos filhos patinando ladeira abaixo do bem-estar...” (*op. cit.*, p. 12-17).

No ponto que interessa a uma reforma legislativa sobre sistema tão vital para a saúde social, política e econômica do estado e da sociedade, como seja o da seara de sua atividade contratual, que movimenta bens e serviços que empregam, de modo permanente, milhões de recursos fi-

nanceiros e humanos, promovendo um de dois extremos éticos - legítimo bem-estar ou desalentador descrédito institucional e nas pessoas que exercem autoridade estatal ou empresarial -, Bauman só vislumbra a saída do diálogo, como a define o Papa Francisco:

Hoje, nós precisamos urgentemente engajar todos os membros da sociedade na construção de “uma cultura que privilegie o diálogo como forma de encontro e na criação de “um meio para construir consenso e entendimento ao buscar a meta de uma sociedade justa, responsiva e inclusiva” (*Evangelii Gaudium*, 239). A paz será durável na medida em que armarmos nossos filhos com a arma do diálogo, que os ensinarmos a travar a boa luta do encontro e da negociação. Desse modo, nós lhes legaremos uma cultura capaz de formular estratégias de vida, não de morte, e de inclusão, não de exclusão” (*op. cit.*, p.153).

O direito administrativo no estado democrático de direito assim igualmente o proclama, na interpretação do saudoso Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Aproximar o administrado de todas as discussões e, se possível, das decisões em que seus interesses estejam mais diretamente envolvidos, multiplicando, paulatinamente, os instrumentos de participação administrativa, com a necessária prudência, mas decididamente, com vistas à legitimação das decisões que, como ensina a ciência política, serão por isso mais aceitáveis e facilmente cumpridas pelas pessoas... como conseqüência da participação, a consensualidade aparece tanto como uma técnica de coordenação de interesses e de ações, como uma nova forma de valorização do indivíduo... parceria que potencializa a ação desses dois atores protagônicos: a sociedade e o Estado... participação dos interessados e consensualidade passam a integrar o devido processo legal administrativo. Tanto que consultas públicas e audiências públicas (*right to a fair hearing* – USA, França, Bélgica, Alemanha, Suíça, México, Argentina) são previstas como integrantes do processo” (Mutações de Direito Administrativo, p. 22-26. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000), e, no Brasil, tanto na Lei Federal nº 9.784/99 (art. 32), quanto na Lei Estadual do Processo Administrativo fluminense, nº 5.427, 01.04.2009 (art. 46), acrescente-se, em testemunho

da evolução do conceito de administração dialógica ou consensual, que se espera seja aplicado, com os temperamentos adequados, também nos processos administrativos de contratações públicas, precedidas ou não de certames competitivos, como, aliás, nossas Cortes Superiores já reconhecem quando proclamam que a lei do processo administrativo incide nos processos licitatórios em caráter suplementar.

4. À GUIA DE CONCLUSÃO

A nova lei de licitações e contratos em gestação há de primar por soluções que viabilizem segurança jurídica e flexibilidade de gestão de modo ético e inclusivo, viabilizando permanente diálogo entre estado e sociedade, agentes executores e controladores, públicos e privados, partícipes todos os poderes do estado. Os pontos mais sensíveis serão os de sempre: licitações e contratos administrativos devem resultar de sede jurídica formal que cumpra o devido processo legal, não apenas quanto a ritos, se não que, também, quanto à transparência, o que pressupõe protagonistas solidamente preparados, tanto técnica quanto eticamente, preparo esse exigente de treinamento prévio e permanente de todos os agentes públicos designados para atuar nesse segmento administrativo, qualquer que seja a modalidade de licitação ou no desempenho nas funções de fiscalização e gestão de contratos, que se devem segregar e especializar; a fase interna desse processo administrativo (aqui entendido em sua acepção universal de conjunto coordenado de atos que se praticam com observância de projeto, cronologia, prazos e competência funcional predeterminados, com o fim de produzir resultado de interesse público) deve retratar o atento cumprimento de todo o ciclo virtuoso da gestão (planejamento, execução, controle e avaliação), mediante o entranhamento, nos autos de cada processo, de todas as peças respectivamente pertinentes e necessárias à tomada de decisões (estudos, projetos, levantamentos, pesquisas, pareceres), a atrair a responsabilidade subjetiva de seus signatários; mecanismos eficientes para a prevenção de desvios e fraudes na definição do objeto a ser contratado e na estimativa de seu valor de mercado - que se há de fundar em ampla pesquisa em várias fontes -, de sorte a evitar direcionamentos e conluíus comprometedores da competitividade e da identificação da melhor proposta, que nem sempre será a de menor preço em face das peculiaridades do objeto, dos prazos e métodos de sua execução, com

repercussão sobre os riscos e a duração do contrato; na elaboração do ato convocatório do certame, atenção deve ser concentrada na escolha de modalidade (concorrência, pregão, leilão ou concurso) e tipo de licitação para obra ou serviço (melhor preço, empreitada por preço unitário, empreitada por preço global ou contratação integrada) com elevado teor de vinculação e reduzida discricionariedade, a preservar a competitividade e respeitar as características do objeto, capazes de garantir que o contrato decorrente venha a cumprir as funções e as finalidades planejadas, bem assim a conter-se dentro do custo estimado; critérios e fatores de julgamento de propostas, objetivos e contribuintes para evitar fracionamentos indevidos do objeto - inspirados pelo falseamento de hipóteses de contratação sem licitação - ou parcelamentos de objeto que comprometam a economia de escala; metodologia que sustente o exercício isonômico, por pregoeiro ou comissão de licitação, do juízo de admissibilidade de propostas de preço ou técnicas, de modo a que o órgão julgador distinga, fazendo reagir cada proposta em face das exigências do edital, as hipóteses de sua classificação ou desclassificação, sempre dependentes de expressa motivação (revelação das razões de fato e de direito que justifiquem a decisão, que se torna vinculante da administração), a cada caso; reservar, para momento posterior à fase de julgamento de propostas, a verificação do atendimento aos requisitos de habilitação que propiciem a contratação do proponente classificado em primeiro lugar ou impliquem sua inabilitação para contratar; explicitação dos recursos administrativos cabíveis contra as decisões proferidas na fase de julgamento de propostas e de requisitos de habilitação, indicando os níveis hierárquicos que participam de sua recepção e julgamento, em prazo razoável e sem eficácia suspensiva; informatização de todos os procedimentos competitivos, com acesso universal garantido a todos os segmentos do mercado interessados no objeto da contratação e ao particular que pretenda exercer o direito constitucional de representação aos poderes públicos; regramento específico para a instrução dos processos de contratação que se possam aperfeiçoar sem licitação, em caráter excepcional, para o que de grande valia será a elaboração de manuais operacionais que correspondam às peculiaridades da estrutura organizacional de cada departamento administrativo provido de autonomia de gestão. ❖

O Ataque às 10 Medidas e à Lava Jato

Deltan Dallagnol

Procurador da República, coordenador da força-tarefa da Operação Lava Jato.

Capítulo 8 do livro “A luta contra a corrupção – a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade”, Primeira Pessoa - 2017

O DIA SEGUINTE

Na manhã de 30 de novembro, acordei atordoado. Era a terceira noite em que dormia mal. O chão tinha sumido debaixo dos meus pés. A madrugada tinha sido terrível. O plenário da Câmara dos Deputados havia dilacerado as 10 Medidas e ido além: desferira um duro golpe contra a Operação Lava Jato. Era como se eu estivesse de ressaca, mas precisava encontrar forças para ler os textos aprovados, cada destaque e cada emenda que haviam desfigurado o pacote anticorrupção. Era urgente entender a abrangência do ato de vingança contra a independência do Ministério Público e do Poder Judiciário. O sentimento era de que tudo tinha sido em vão. Sem mudanças no sistema político e de Justiça Criminal, a Lava Jato de nada teria adiantado. Ainda assim, era necessário juntar os cacos da esperança que me mantivera firme ao longo dos últimos dois anos e meio e ir para a sede da força-tarefa. Perto das 10 da manhã, havia uma reunião marcada para tentar fechar o acordo de colaboração com a Odebrecht.

A iminência desse acordo era o pano de fundo de tudo que vinha acontecendo nas últimas três semanas. A empreiteira tinha sido uma das maiores doadoras de campanhas eleitorais. Mas isso, mais uma vez, era apenas a ponta do iceberg. Por debaixo dos panos, um departamento específico para pagamentos ilícitos, o chamado Setor de Operações Estruturadas, pagava centenas de milhões em propina para uma grande quantidade de políticos do mais alto escalão. Circularam pelo departamento, segundo

um colaborador, mais de 3 bilhões de dólares, em grande parte empregados em subornos, caixa dois eleitoral e outros pagamentos ilícitos. As negociações estavam se desenvolvendo havia meses e, apesar da confidencialidade das tratativas, era notório que estávamos na reta final, chegando ao momento da assinatura. O Congresso estava em polvorosa.

Além disso, dois acontecimentos haviam exacerbado a atmosfera de pânico do poder corrupto frente à Lava Jato: as prisões de dois ex-governadores fluminenses, Anthony Garotinho e Sérgio Cabral Filho. No dia 16 de novembro, Garotinho, que governara o estado entre 1999 e 2002, foi preso preventivamente numa investigação de compra de votos conduzida pela Justiça Eleitoral. No dia seguinte, foi a vez de Cabral. Ele foi preso na 37ª fase da Lava Jato, em operação conjunta entre a Justiça do Paraná e a do Rio de Janeiro.

Um dos políticos mais influentes da história do Rio, Cabral foi eleito três vezes deputado estadual, chegando a presidir a Assembleia Legislativa do estado (Alerj). Também se elegeu senador e duas vezes governador, o que lhe rendeu prestígio no PMDB, fazendo com que seu nome fosse cogitado para a presidência da República. Depois de governar o Rio entre 2007 e 2014, conseguiu eleger seu sucessor, o então vice-governador Luiz Fernando Pezão. Passando por uma grave crise financeira, o estado vinha sendo palco de inflamadas manifestações contra o pacote de medidas de austeridade de Pezão, que incluíam cortes em programas sociais, aumento de contribuições previdenciárias de servidores e reajuste das tarifas de transporte. Houve confrontos de manifestantes com a polícia, quando a sede do Legislativo estadual, o Palácio Tiradentes, chegou a ser invadida.

O procurador Athayde Ribeiro Costa, da Lava Jato, que estava no comboio da Polícia Federal que conduziu Cabral para a cadeia, ficou impressionado com a reação da população: “Por onde passávamos, as pessoas gritavam, comemoravam, aplaudiam, buzinavam. A atmosfera era de euforia.” O ex-governador foi levado para o presídio de Bangu, onde teve a cabeça raspada, vestiu uniforme e, no café da manhã, recebeu pão com manteiga e café com leite.

Ele era investigado por receber propinas na execução de diversas obras públicas: reforma do Maracanã, PAC Favelas, Arco Metropolitano e terraplanagem do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro, o Comperj.

O valor das propinas pode ter chegado a 224 milhões de reais. Ao justificar a ordem de prisão de Cabral, o juiz Sergio Moro foi incisivo:

“Essa necessidade [da prisão] faz-se ainda mais presente diante da notória situação de ruína das contas públicas do governo do Rio de Janeiro. Constituiria afronta permitir que os investigados persistissem fruindo em liberdade do produto milionário de seus crimes, inclusive com aquisição, mediante condutas de ocultação e dissimulação, de novo patrimônio, parte em bens de luxo, enquanto, por conta da gestão governamental aparentemente comprometida por corrupção e inépcia, impõe-se à população daquele estado tamanhos sacrifícios, com aumento de tributos, corte de salários e de investimentos públicos e sociais. Uma versão criminosa de governantes ricos e governados pobres.”

A operação, um desdobramento da Lava Jato, ficou conhecida como Calicute, numa referência à cidade na costa oeste da Índia em que Pedro Álvares Cabral foi derrotado em 1500, quando tentava instalar ali um entreposto comercial. Na entrevista coletiva sobre essa fase, o procurador Athayde chamou atenção para o fato de que a investigação sobre Sérgio Cabral era “um clássico para mostrar os efeitos da corrupção”. A sensação, não só no Rio de Janeiro, mas no Brasil inteiro, era de catarse.

Por outro lado, num circuito bem mais fechado, o Congresso Nacional, o exemplo certamente acirrou os ânimos daqueles que, em razão das negociações com a Odebrecht, poderiam ser os próximos a serem submetidos aos rigores da lei. Certamente alguns políticos se imaginaram em Bangu, com a cabeça raspada. Eles fariam tudo para evitar que isso acontecesse.

Criminosos só podem ser punidos por meio da lei. A atuação dos investigadores é regulada pela lei, as punições são estabelecidas pela lei e o processo que aplica sanções é disciplinado novamente por ela: a lei. O inusitado na Lava Jato é que entre os investigados estão políticos poderosos que têm grande influência sobre o conteúdo da lei. A tensão gerada por essa contradição viera à tona nas três semanas anteriores, em que movimentos para aprovar a anistia de crimes chegaram ao apogeu naquela madrugada, com a aprovação de um texto voltado a cercear a independência dos investigadores. Há um conflito entre o interesse público na punição de criminosos e o interesse particular de alguns legisladores influentes de

salvar a própria pele. Isso explica os acontecimentos que culminariam naquela manhã depressiva.

Nesse meio-tempo, a Lava Jato e as 10 Medidas convergiram e se cruzaram – passando pelo momento mais triste desde o início de sua história. O dia 29 de novembro de 2016, segundo as palavras do deputado Onyx Lorenzoni, merecerá ser lembrado como uma “noite de fúria” do Parlamento, que corroeu ainda mais a legitimidade do Congresso Nacional, ampliando o fosso que o separa da sociedade. Esse dia, para o bem da população e da confiança em nossas instituições, precisa ser superado.

A PRIMEIRA OFENSIVA LEGISLATIVA (9 DE NOVEMBRO)

Exatas três semanas antes, no dia 9 de novembro, começou a circular o boato de que o projeto de lei 3636/2005, que tramitava na Câmara dos Deputados e regulava os acordos de leniência, receberia uma emenda a ser aprovada a toque de caixa, anistiando crimes da Lava Jato. Não demorou muito para descobrirmos que o texto de fato existia e estava circulando na Câmara. O artigo 30, parágrafo único, era claro no seu objetivo: os governos federal, estaduais ou municipais poderiam fazer acordos com empresas que se envolveram com corrupção – ainda que relacionada ao próprio governo! – e esse acordo anistiaría os crimes de “pessoas físicas envolvidas na prática do ato”.

Se esse trecho fosse aprovado, a Odebrecht poderia desistir de sua colaboração com o Ministério Público. Havia grande expectativa de que os executivos da empreiteira pudessem revelar milhares de crimes praticados por políticos. Agora, bastaria conseguir um acordo com o governo, pagar uma multa e entregar uma pequena parte dos fatos e todos os envolvidos – inclusive os políticos – poderiam ter seus crimes perdoados. Além disso, como uma nova lei benéfica aos réus se aplica em geral a fatos passados, centenas de réus implicados em crimes revelados por empresas poderiam ser anistiados. Essa era a solução mágica contra a punição de parlamentares corruptos. A emenda ao projeto era uma vergonha. Não surpreendia que não estivesse assinada. Ao fim, estava datilografado o nome do deputado André Moura (PSC-SE), líder do governo na Câmara, mas o documento não era oficial. O assessor parlamentar do Ministério Público Federal, José Arantes, me enviou um e-mail, preocupado com um requerimento de urgência para a apreciação desse projeto de lei. Uma vez aprovada a

urgência, o texto poderia ser votado a qualquer momento, assim como as eventuais emendas, que poderiam ser apresentadas de última hora.

Diante dessa ameaça, a força-tarefa marcou um encontro com jornalistas para aquela tarde. Era um pouco arriscado, mas necessário. Entregamos uma nota em que afirmávamos “repudiar a tentativa de líderes partidários de votar em regime de urgência” o projeto, “sem uma ampla discussão com a sociedade, inclusive sobre os seus reflexos nas investigações da Operação Lava Jato”. Numa referência implícita ao acordo da Odebrecht, que já era conhecido, mas que não poderíamos mencionar expressamente, ressaltamos que as negociações de acordos de leniência pelo Ministério Público poderiam “ser interrompidas se aprovado esse projeto de lei”.

Expressamos o receio da inclusão, na calada da noite, de uma emenda em plenário, que, se aprovada, possibilitaria anistia dos crimes apurados pela Lava Jato, resultando na reversão de condenações obtidas e na devolução de bens apreendidos e dos ressarcimentos já alcançados. Seriam “feridas de morte as investigações da Operação Lava Jato”, alertamos.

Nossa reação foi vital. A Câmara recuou e deixou de apreciar a urgência. Três dias depois, em 12 de novembro, O Globo publicava que “O ministro [da CGU, Torquato Jardim] ajudou a desfazer o mistério do projeto que, oficialmente, não tem dono. Anteontem, diante da polêmica e de críticas ao texto, André Moura jurou que o texto não era dele, alegando que nem tinha concluído sua redação. Torquato Jardim contou que, na manhã de quarta-feira, recebeu Moura em seu gabinete. Ali, o deputado mostrou o novo texto que estava prestes a ter o regime de urgência aprovado para ir logo a votação no plenário [da] Câmara.” Mais cedo, na mesma semana, O Estado de São Paulo já tinha vinculado André Moura ao projeto que anistiava crimes.

O RELATÓRIO SOBRE AS 10 MEDIDAS (10 DE NOVEMBRO)

Em paralelo à Lava Jato, as 10 Medidas eram discutidas na Câmara. Uma Comissão Especial havia sido criada para apreciar as propostas e, ao longo de vários meses, ouviu mais de cem especialistas, entre advogados, procuradores, promotores, juízes, professores, juristas e representantes da sociedade civil. A conclusão dessa análise estava prevista para o começo de novembro. O deputado Onyx Lorenzoni (DEM-RS) estava incumbi-

do de elaborar o relatório. Onyx poderia apresentar um “substitutivo”, ou seja, um projeto alternativo ao original. A intenção era que, após os debates, as discussões e contribuições da Comissão Especial, inclusive dos parlamentares, fosse possível elaborar um texto negociado que tivesse melhores chances de ser aprovado em plenário.

O relator visitou a força-tarefa da Lava Jato duas vezes, causando ótima impressão. Expressava idealismo no discurso e disposição para melhorar o sistema de Justiça, o que o estava levando a buscar soluções para além das contribuições que as 10 Medidas já traziam. De fato, Onyx sinalizava que agregaria inovações construtivas. Além disso, dava a entender que deixaria de lado as propostas mais polêmicas, buscando redigir um substitutivo que pudesse ser aprovado por unanimidade ou ampla maioria na Comissão. Era necessário construir um bom nível de consenso entre os parlamentares. O relatório do deputado foi apresentado à Comissão Especial no dia 10 de novembro. O que ele havia sinalizado anteriormente se concretizou: foram retiradas as propostas mais controversas, mas a essência das medidas foi mantida. O substitutivo continha oito novas propostas: a proteção do “reportante do bem” (conhecido na comunidade jurídica internacional como *whistleblower*); a previsão do acordo penal, que contribuiria para uma justiça mais efetiva; a criação de um sistema nacional anticorrupção; a possibilidade da execução provisória de penas patrimoniais, como confisco, por exemplo, após decisão de segunda instância; a regulação da cooperação internacional para torná-la mais célere e menos burocrática; a possibilidade de se criarem equipes internacionais e conjuntas de investigação, com a participação de diferentes países; a ampliação do espectro da ação popular, prevista na Constituição, que pode ser proposta por cidadãos que desejem questionar judicialmente atos que considerem lesivos aos cofres públicos; e, por fim, a criação de crimes de responsabilidade de juízes e membros do Ministério Público.

A grande surpresa no novo pacote ficou por conta desse último ponto, a 18ª Medida. A aberração era patente. Primeiro, porque os “crimes” tinham redação bastante vaga, sujeita a interpretações subjetivas. Seria crime, por exemplo, “faltar com o decoro” – uma simples discussão acalorada com um advogado numa audiência poderia se encaixar nessa definição. O segundo problema consistia na pena: demissão sem qualquer graduação. Além disso, o enquadramento era completamente atípico: nem

os próprios deputados e senadores estão sujeitos a responder por crimes de responsabilidade.

Apenas as mais altas autoridades do país ou as que gerenciam verbas públicas entram nessa categoria. Era curioso ainda o fato de que a proposta não tinha qualquer pertinência temática com o assunto do projeto das 10 Medidas. Pelo contrário, abria espaço para atrapalhar a atividade legítima dos profissionais que atuam no combate à corrupção.

Diante do compromisso público do presidente da Câmara, Rodrigo Maia (DEM-RJ), de votar o pacote de medidas antes do dia 9 de dezembro, Dia Internacional do Combate à Corrupção, o tempo entre a leitura do relatório e sua votação deveria ser curto, de aproximadamente uma semana. Nesse período, o texto do substitutivo ainda poderia ser alterado. Visando contribuir para o debate, alguns colegas do Ministério Público Federal e eu fomos à Câmara na segunda-feira seguinte, dia 14, para conversar com o relator e com o presidente da comissão, o deputado Joaquim Passarinho (PSD-PA) – presente em apenas parte do encontro. Fizemos várias sugestões para o aperfeiçoamento do projeto, assim como expusemos nossa preocupação com a proposta que tratava dos crimes de responsabilidade. Muito do que foi sugerido foi acatado e a 18ª Medida foi retirada do substitutivo do pacote anticorrupção.

O relatório acabou não indo a votação naquela semana por falta de consenso entre os líderes da Câmara quanto ao seu conteúdo. A sessão para deliberação foi marcada para a terça-feira seguinte.

Manobras nos bastidores (22 de novembro)

Lá estava eu, naquela terça, dia 22, em Brasília. Acompanharia os debates e a subsequente votação da Comissão Especial dedicada às 10 Medidas. O plenarinho da comissão estava cheio de gente de todo o país que compartilhava o mesmo objetivo. Havia uma boa mobilização popular em torno do assunto. No dia anterior, as 10 Medidas chegaram ao topo dos *trendings topics* do Twitter. Isso indicava que muitos usuários dessa rede social haviam mencionado o assunto em suas postagens.

O ambiente era uma mistura de teatro com sala de aula. As cadeiras, atrás das longas bancadas que se estendiam paralelamente e num mesmo plano de um lado a outro da sala, eram ocupadas pelos trinta deputados da comissão, assessores parlamentares e visitantes. Sobre o tablado estavam a

mesa e as cadeiras reservadas aos integrantes especiais da comissão, como seu presidente e o relator. Muitas pessoas permaneciam de pé, nos corredores laterais e ao fundo, apertando-se entre jornalistas e câmeras.

A sessão começou no início da tarde e o deputado Onyx Lorenzoni pediu licença para se ausentar. Ele ainda precisava fechar a redação de alguns pontos. Isso significava que, nos bastidores, teria que entrar em acordo com os líderes partidários quanto ao texto a ser colocado em votação. Sem essa negociação, a perspectiva de rejeição era real. O deputado passaria a tarde reunido com lideranças na residência oficial do presidente da Câmara, Rodrigo Maia, na tentativa de costurar um acordo. A tarefa seria árdua. Desde que Onyx decidira retirar a 18ª Medida do pacote, o ambiente tinha se tornado ostensivamente hostil a ele e ao Ministério Público Federal.

Muitos deputados passaram a adotar o discurso de que o MPF estava querendo se impor sobre a atividade legislativa e que o relator cedera, jogando contra os interesses da Casa. Segundo eles, o relatório estaria, ainda, dando muito poder ao Ministério Público, sem um necessário contrapeso que ampliasse sua responsabilização.

Como descobri, a arena política é determinada por narrativas. A verdade pouco importa. A meta é construir um bom discurso – ainda que baseado em premissas falsas – que legitime a defesa dos reais interesses de cada um dos atores. Embora o argumento dos superpoderes do Ministério Público parecesse fazer sentido para quem não conhecia os detalhes das propostas, tratava-se de uma narrativa falsa. Em seu texto original, as 10 Medidas não tinham uma vírgula sequer que representasse a defesa de interesses corporativos do Ministério Público. O que elas propunham era simplesmente fazer com que o sistema de Justiça passasse a funcionar fosse com quem fosse – inclusive com deputados, senadores, juízes e promotores. O engraçado é que esse discurso apareceu apenas nesse momento histórico, quando corruptos e poderosos começaram a ser responsabilizados por suas condutas ilegais. Nunca ninguém disse que as penas altas do homicídio dão superpoderes ao órgão. Os crimes, as sanções e um processo efetivo de punição existem para proteger a vítima e a sociedade, não para fortalecer o MP.

Dito de outro modo: a esperança da sociedade é que promotores, procuradores e juízes cheguem ao último andar da cadeia criminosa

e aos poderosos que praticam a grande corrupção. Somos como engenheiros incumbidos de construir arranha-céus, mas o legislador nos oferece tábuas, martelos e pregos para o serviço. Não surpreende que a Lava Jato seja um ponto fora da curva. O construtor precisa de aço e concreto para edificar um arranha-céu, isso não é um favor que alguém lhe faz. É o mínimo necessário para que a obra possa ser realizada. Do mesmo modo, as 10 Medidas poderiam oferecer instrumentos adequados ao Ministério Público e especialmente à Justiça para que o interesse da sociedade fosse satisfeito.

Enquanto Onyx se reunia com os líderes partidários na residência oficial do presidente da Câmara, eu acompanhava, no plenarinho, as manifestações dos membros da comissão. O deputado Fernando Francischini (SD-PR) pediu a palavra para denunciar que, contra a sua vontade, estava sendo substituído na Comissão Especial por determinação da liderança do seu partido, o Solidariedade. O mesmo estava acontecendo em relação a outros parlamentares que haviam declarado a intenção de votar a favor das 10 Medidas. Dos trinta participantes da comissão, dez foram substituídos na última hora. Aquilo era um péssimo sinal. Não fazia qualquer sentido abduzir os deputados que estudaram o assunto ao longo de meses e acompanharam o depoimento de mais de uma centena de especialistas e substituí-los por outros, que cairiam de paraquedas no momento da votação. Uma matéria no Estadão registrava que “nos bastidores, a mudança dos integrantes do colegiado tem sido apontada como uma tentativa de derrubar o parecer apresentado pelo relator, Onyx Lorenzoni, e conseguir aprovar um texto alternativo mais favorável aos interesses do Congresso”, um “pacote anticorrupção mais brando para a classe política”.

Nos bastidores, dizia-se que isso era uma manobra dos líderes partidários para conduzir a votação em sentido contrário às medidas. Eles têm a prerrogativa de substituir os membros da comissão, mas uma mudança desse tipo deslegitimaria o processo e foi denunciada pela imprensa.

Ao longo daquela tarde, os deputados se sucederam nos microfones para, em larga medida, reclamar do Ministério Público e criticar a pressão popular nas redes sociais e por e-mail. Insuflavam-se uns aos outros, dizendo que era preciso coragem para não se deixar influenciar pela opinião pública.

Um dos mais inflamados, o deputado Fausto Pinato (PP-SP) discursou sustentando que já há leis de sobra contra a corrupção e se insurgindo quanto à retirada da 18ª Medida pelo relator. “Não podemos ficar reféns do Ministério Público”, bradou. Talvez pudéssemos dizer de outra forma: “Não podemos ficar reféns da lei!” Afinal de contas, o que o Ministério Público faz é aplicar a lei, enquanto o que as 10 Medidas propõem é trazer efetividade à lei, combatendo as condições que propiciam impunidade.

Naquele dia ouvi absurdos de todo tipo. Fiquei impressionado com o grau a que a manipulação da realidade chegou na criação de discursos que serviam a objetivos escusos que, poucos dias mais tarde, se tornariam claros. Alguns deputados, que jamais compareceram às demais sessões da Comissão Especial, alegaram falta de discussão sobre as medidas originais – que vinham sendo objeto de amplo e público debate desde o primeiro semestre de 2015. Outros afirmaram falsamente que a Polícia Federal era contra o pacote anticorrupção. A Associação de Delegados de Polícia Federal tinha distribuído um panfleto manifestando oposição apenas a trechos pontuais das novas medidas de número 13, 15 e 16, mas jamais às 10 Medidas. Contudo, o desvirtuamento era útil para atacar o projeto. Houve deputados que criticaram propostas que o relator já tinha abandonado, fazendo um discurso pouco honesto contra todas as medidas. Houve até quem usasse a própria Lava Jato contra o pacote, dizendo que o sucesso da operação provava que as 10 Medidas eram desnecessárias. Teve ainda quem utilizasse a Comissão Especial como palanque para criticar a Lava Jato.

Naquele tarde, muitas vezes se repetiu o discurso de que promotores e juízes também devem estar debaixo da lei e não podem formar uma “casta de privilegiados”. A malícia estava não na proposição, com que todos concordamos, mas na assunção implícita de que esses profissionais nunca são responsabilizados, assim como na conclusão de que a proposta de criação de crimes de responsabilidade específicos para eles deveria ser aprovada.

Os membros do MP e do Judiciário se submetem a punições de quatro tipos: cíveis, criminais, de improbidade e disciplinares. Podem inclusive ser demitidos sem vencimentos. O problema é a falta de efetividade nas punições, não a sua ausência. Se há impunidade em relação a funcionários

públicos corruptos, a razão é a mesma dos crimes do colarinho branco: o sistema de Justiça não funciona contra eles. As 10 Medidas buscam exatamente fazer com que o sistema funcione sem distinção e endurecem a lei para todos, inclusive promotores, procuradores e juízes.

Antes que alguém pense que essa pauta é corporativa, devo dizer que a modernização da lei do abuso de autoridade, inclusive com a criação de crimes específicos para juízes e promotores, pode ser muito benéfica. Contudo, isso deve ser feito sem a criação de obstáculos para o exercício legítimo dessas profissões. Endosso, nesse sentido, o projeto de lei de abuso de autoridade oferecido pelo senador Randolfe Rodrigues (Rede-AP), que criminaliza, inclusive, condutas de promotores e juízes e a famosa “carteirada”. Mais tarde, o próprio procurador-geral da República apresentou ao Congresso um projeto de modernização da lei do abuso, fruto de uma comissão de membros do Ministério Público e Judiciário, para punir de modo adequado desvios de conduta de autoridades de todos os poderes. O Ministério Público Federal igualmente apoia o fim da aposentadoria com vencimentos como pena disciplinar, previsto na PEC 291/2013. Queremos ainda ver o fim do foro privilegiado. Porém o que os deputados queriam aprovar não criminalizava a “carteirada”, não acabava com a “pena” de aposentadoria nem mesmo dava fim ao foro privilegiado. O que o projeto buscado pela Câmara fazia, como viria à luz uma semana depois, era retaliar o Ministério Público e o Judiciário, cerceando a sua independência.

Houve honrosas exceções de deputados que defenderam o pacote ou o criticaram de modo honesto. De resto, o teatro se arrastou ao longo do dia. A frase dita pelo ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso no dia anterior, em evento na Procuradoria-Geral da República, caía como uma luva à situação: “Nós não somos atrasados por acaso. Somos atrasados porque o atraso é bem defendido.”

Se o clima estava quente na Comissão Especial, na residência oficial de Rodrigo Maia estava fervendo. Lá, atrás das cortinas do palco, é que acontecia o que realmente importava. Com os ânimos exaltados, os deputados se digladiavam sobre o texto da proposta.

Em meio às discussões, alguns tentavam acalmar os ânimos não sem razão. Se Onyx levasse todas as medidas e elas fossem destruídas em

plenário, aquilo poderia gerar uma repercussão altamente negativa. Era melhor para todos buscar um texto negociado. O resultado veio com o retorno de Onyx à comissão, por volta das nove da noite. Das 18 medidas, apenas as primeiras 12 permaneceriam – ficaram a proteção do reportante do bem e os acordos penais, além das 10 originais, esvaziadas de alguns pontos mais polêmicos.

Busquei acompanhar a sessão o mais discretamente possível. Recusei-me a falar com a imprensa, mas conversei com deputados, voluntários e vários funcionários da própria Câmara que vinham trazer palavras de apoio e incentivo à Lava Jato. A sessão foi até meia-noite, quando foi suspensa para ser retomada às nove da manhã seguinte. Ao sair do plenário, o colega Angelo Goulart, que também passou o dia assistindo às discussões em atendimento à designação do procurador-geral, ouviu um deputado dizer a um grupo de advogados, todos com o broche da OAB: “Vamos colocar o MP no seu devido lugar.” Naquele momento, não levei muito a sério. Dias depois sentiríamos na pele o que isso queria dizer.

Eu tinha ido passar apenas o dia em Brasília, levando só o laptop e um tablet. Mas tive que adiar meu retorno a Curitiba e procurar um hotel para passar a noite. Queria analisar o novo texto para que pudéssemos sugerir eventuais aperfeiçoamentos.

A VOTAÇÃO NA COMISSÃO ESPECIAL (23 DE NOVEMBRO)

A maior lição que aprendi no primeiro dia que passei no Congresso é que boa parte do que acontece nas sessões públicas é teatro. No Parlamento, as coisas importantes não são decididas no palco, mas nos bastidores. No segundo dia, era esse terreno que precisávamos ocupar: falar com as lideranças dos partidos. Na maior parte das votações, os deputados simplesmente seguem a orientação dos líderes. Acompanhados do assessor parlamentar do Ministério Público, José Arantes, seguimos de liderança em liderança para expor nossas preocupações: era importante que as 10 Medidas avançassem, sem retrocessos ou “jabutis”. O ditado “Jabuti não sobe em árvore” chama a atenção para o fato de que algumas coisas não aparecem em um lugar inesperado naturalmente, mas são propositalmente colocadas lá por alguém. Daí surgiu o termo “jabuti” para indicar a inserção em um projeto de lei de uma norma alheia ao tema.

Os dois jabutis que mais nos preocupavam, porque havia a perspectiva concreta de que fossem incluídos entre as 10 Medidas contra a corrupção, eram a aprovação da anistia ao caixa dois e a antiga 18ª Medida, que criava os crimes de responsabilidade. Esses jabutis eram contrários ao próprio espírito da proposta. Os rumores sobre a aprovação da anistia ao caixa dois cresciam. No dia anterior, como publicara a Folha de S.Paulo, “pela primeira vez um deputado federal tornou pública a disposição de assumir a autoria de uma emenda para anistiar os crimes de caixa dois eleitoral cometidos até agora, o que beneficiaria os políticos da Lava Jato”. O deputado que aceitara a missão foi José Carlos Araújo (PR-BA), um dos que caíram de paraquedas na Comissão Especial. Ironicamente, ele era precisamente o presidente do Conselho de Ética da Câmara.

Em relação ao texto apresentado na noite anterior, nós nos concentramos em trabalhar a favor de cinco pequenas mudanças: resgatar a ação civil de extinção de domínio, um instrumento para recuperação de dinheiro ilícito, e promover melhorias na regulação do confisco de bens; recuperar a 14ª Medida, que tratava da execução provisória do confisco após condenação em segunda instância; insistir na mudança do início da ação de improbidade, para agilizá-la, conforme a 5ª Medida; regulamentar os *habeas corpus*, sem qualquer restrição à sua abrangência, mas criando um recurso em favor do Ministério Público para garantir maior paridade de armas; e, por fim, tentar melhorar as regras de cooperação internacional, na linha da 16ª Medida.

Um dos primeiros lugares a que nos dirigimos foi o gabinete do presidente da Câmara. No dia anterior, dois procuradores que tinham acompanhado a comissão estabeleceram uma ponte com Rodrigo Maia depois de uma conversa inusitada com um deputado baiano:

– O que vocês estão fazendo aqui? – perguntou o parlamentar da Bahia.

– Estamos intercedendo em favor das 10 Medidas, reforçando o diálogo e esclarecendo dúvidas – explicaram.

– Vocês não têm que falar com os bois, mas com os vaqueiros – retrucou o deputado.

– Então nos leve aos vaqueiros – responderam, em tom de brincadeira. O deputado pensou um pouco e propôs:

– Eu não vou levar vocês aos vaqueiros, mas ao dono da fazenda.

E assim eles foram parar no gabinete de Rodrigo Maia, com quem tiveram uma conversa franca. No dia seguinte, quarta-feira, fomos duas vezes ao “fazendeiro”. O trabalho da operação seguia e, não raro, tinha que me virar para compatibilizar as coisas. Numa delas, enquanto aguardávamos para ser recebidos pelo presidente da Câmara, empenhei-me para costurar com colegas norte-americanos soluções para problemas do acordo global que a Odebrecht fazia com Brasil, Estados Unidos e Suíça. Andei de um lado para outro na Câmara, falando ao telefone, com cuidado para que ninguém ouvisse a conversa, já que a negociação corria em sigilo.

Para Maia, apresentamos nossos pedidos e preocupações. Bastante educado, ouviu atentamente e se comprometeu a tentar atender o que fosse possível. As conversas se alongaram durante o dia e, diante da perspectiva de que a votação das medidas adentrasse a noite, mais uma vez adieei meu retorno a Curitiba.

Naquela noite, o relatório de Onyx, que acabou incorporando algumas das cinco sugestões que fizéramos ao longo do dia, foi levado a votação. Para nossa surpresa, nenhum dos dois jabutis foi colocado nessa árvore. No entanto, outras coisas estranhas estavam acontecendo. Já era perto de meia-noite e o plenário da Câmara continuava aberto. Os deputados aguardavam a aprovação das 10 Medidas pela Comissão Especial para colocarem-nas em votação naquela mesma madrugada. As conversas indicavam ainda que, já no dia seguinte, seriam votadas no Senado. Quando a esmola é demais, o santo desconfia. Tinha algo de errado nisso – e possivelmente seria a aprovação da anistia ao caixa dois. Porém ainda não havia nada de concreto ou oficial nesse sentido.

Eu estava apreensivo. Acompanhado de Fabio Oliveira, do movimento apartidário MUDE – Chega de Corrupção, ocupávamos o salão verde, um grande espaço junto ao plenário principal da Câmara. Ele já era conhecido de longa data. Estávamos cansados.

A certa altura um funcionário da Câmara nos contou que o trabalho no plenário estava sendo encerrado. A eventual votação na Câmara ficaria para o dia seguinte. Ainda que as 10 Medidas fossem aprovadas na Comissão Especial naquela noite, não haveria um documento pronto a ser apreciado pelo plenário porque algumas alterações estavam sendo

incorporadas ao pacote durante a própria votação na comissão e o texto do projeto ainda precisaria ser consolidado. Algum tempo depois, veio a notícia de que a Comissão Especial aprovava o relatório de Onyx Lorenzoni, com pequenas mudanças e sem jabutis. O placar foi unânime: trinta a zero. Todos aqueles deputados que, no dia anterior, tinham se insurgido em voz alta em seus microfones decidiram endossar o projeto. Parecia um bom sinal de que de fato houvera um acordo de líderes para tornar o pacote anticorrupção real.

O DIA EM QUE A LAVA JATO QUASE DESABOU (24 DE NOVEMBRO)

Desde o início de novembro ouviam-se boatos sobre uma possível estratégia para tentar anistiar crimes pretéritos de caixa dois eleitoral, como forma de os parlamentares se protegerem da Lava Jato. Mas esse discurso nunca tinha feito muito sentido. O caixa dois é um crime previsto no artigo 350 do Código Eleitoral, com pena de prisão de 1 até 5 anos. São raríssimos os processos por esse tipo de crime no Brasil. De fato, um levantamento da CBN identificou 170 processos relacionados a caixa dois que tramitaram no Tribunal Superior Eleitoral, mas em apenas um deles houve condenação por crime – ao todo, somando os casos cíveis, houve nove condenações. Ainda assim, a pena de 20 meses de prisão foi convertida em prestação de serviços e não foi executada porque prescreveu. Além disso, até novembro de 2016, ninguém tinha sido acusado pelo crime de caixa dois em decorrência da Lava Jato. Ainda que a Justiça Eleitoral e o Supremo, que têm jurisdição sobre esse crime, pudessem vir a aplicar alguma pena no futuro, isso ainda estava num horizonte distante. Não existia razão aparente para o súbito alvoroço. O boato sobre anistia ao caixa dois não fazia sentido. Segundo os rumores, a anistia viria no bojo das 10 Medidas.

Entretanto esse discurso se tornou oficial em meados de novembro, à medida que as negociações com a Odebrecht se aproximavam de um desfecho. Deputados começaram a defender que a “criminalização do caixa dois” alegadamente proposta no pacote das 10 Medidas faria com que fatos anteriores à aprovação do projeto não pudessem ser punidos. Preparavam o campo para emplacar a anistia e argumentar que não era propriamente uma anistia, mas sim o reconhecimento expresso de que

condutas prévias à lei não se sujeitavam a punição. Isso era uma grande mentira. O que as 10 Medidas faziam era aumentar a abrangência e as penas do crime de caixa dois, que já existia. É claro que essa alteração não se aplicaria a condutas anteriores, que continuariam a ser regidas pela lei antiga, que punia, sim, essa prática ilegal. Mas por que tanta preocupação com esse assunto, se não havia qualquer perspectiva real de punição dos crimes do passado?

No dia 23 de novembro passou a circular uma emenda às 10 Medidas que mostrava que o real objetivo não era anistiar o caixa dois, mas sim anistiar com ele os crimes de corrupção e lavagem de dinheiro praticados no âmbito da Lava Jato. Como no caso da leniência, duas semanas antes, o texto era apócrifo. Se fosse aprovado, seria uma catástrofe. A malandragem estava em tratar tanto a corrupção quanto a lavagem com base no critério da destinação dos recursos. Havia a proposta de uma anistia geral para qualquer quantia de dinheiro – mesmo advinda de propinas – usada até então para financiar campanhas eleitorais. Pouco importava se tinha sido obtida em razão do exercício de cargos governamentais ou se estava vinculada a contratos de obras públicas. Contanto que o dinheiro tivesse sido utilizado para custear campanhas, os crimes seriam perdoados. Criminosos condenados pelo Mensalão e pela Lava Jato poderiam sair pela porta da frente das penitenciárias.

Tudo começou a fazer sentido: o falso discurso sobre o caixa dois, a boa vontade da Câmara em esperar até tarde da noite para votar o projeto que saísse da Comissão Especial, a disposição do Senado em votar as 10 Medidas logo em seguida à votação da Câmara. Houve até quem suspeitasse que o projeto de crimes de responsabilidade era apenas um “boi de piranha”, um bode na sala, que abrisse espaço para passar a anistia. Mais tarde, os jornais trariam a público que o próprio Rodrigo Maia – assim como o grupo de Renan Calheiros – estava sendo apontado nas delações da Odebrecht como beneficiário de propinas.

Um colega havia contado sobre uma conversa com um deputado que mostrava bem o clima do momento: “Aqui está todo mundo apavornado com a delação da Odebrecht. Isso impulsiona a anistia ao caixa dois. Todo mundo sabe que pode gerar uma repercussão negativa, mas vários deputados têm que escolher entre ir para a cadeia e aprovar o caixa dois. Melhor do que ser preso é encarar a probabilidade de uma reação social ou rejeição futura nas urnas. Eles escolherão não ir para a cadeia.”

Diante da iminência de esse plano ser executado no dia 24 de novembro, Carlos Fernando colocou a boca no trombone. Ele viajara cedo para Brasília, para um seminário internacional sobre a Lava Jato e as 10 Medidas. No avião, foi pensando no que precisava falar. Logo após o seminário, perto das onze da manhã, já estava diante das câmeras: “Temos uma grande colaboração a ser celebrada esta semana. Não é à toa que o Congresso Nacional está em polvorosa. Há muitos necessitados de salvação entre deputados e senadores, e são eles que estão agora abandonando todo o pudor, lutando pela própria sobrevivência.” Ele arrematou: “A ideia de anistiar caixa dois é falsa. O que se pretende é anistiar a corrupção. Não é dia de luva de pelica, é dia de luva de boxe.”

Foi o início da reação. Em seguida o juiz Sergio Moro emitiu nota afirmando: “Toda anistia é questionável, pois estimula o desprezo à lei e gera desconfiança. Então, deve ser prévia e amplamente discutida com a população e deve ser objeto de intensa deliberação parlamentar.” O magistrado manifestou ainda sua preocupação com a anistia a crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, a pretexto de anistiar doações eleitorais feitas sem registro. Isso impactaria não só a Lava Jato, mas a “integridade e credibilidade, interna e externa, do Estado de Direito e da democracia brasileira, com consequências imprevisíveis para o futuro do país”.

Logo após o almoço, veio um pedido urgente do gabinete do procurador-geral para que eu entrasse ao vivo na GloboNews, no programa Estúdio i, para reforçar a reação. A minha sensação era de que o teto estava desabando sobre a nossa cabeça. Não havia tempo para me deslocar até o estúdio em Brasília, então um técnico de informática foi até a sala onde eu estava, na sede da Procuradoria-Geral da República, para assegurar a conexão de uma videoconferência com os entrevistadores. Jeanne Alves, assessora de comunicação, estava nervosa – a tensão no ar era evidente. O sinal de internet no meu celular estava instável e o técnico, Ricardo Selling, colocou seu telefone particular à disposição. Eu estava com as emoções à flor da pele. Fui ao banheiro, respirei fundo.

Na entrevista, expressei minha grande preocupação com o que estava acontecendo. Esclareci ser evidente que o grande objetivo dos parlamentares era criar uma redação que permitisse a anistia a crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, o que se aplicaria a todo mundo que já tinha sido investigado, processado ou preso na Lava Jato. A depender do texto,

a própria operação corria risco de acabar completamente. O clima era de tempestade. Assinaiei, ainda, que o segundo grande risco de retrocesso consistia na aprovação de uma lei para intimidar juízes e promotores e cercar sua atuação. Chamei atenção para a nota do juiz Sérgio Moro, que raramente se manifesta publicamente fora dos autos. Era um grito de desespero, e a sociedade precisava atentar para a gravidade da situação. Se aprovada, a autoanistia seria uma medida de autoproteção contrária ao interesse público, que atingiria o coração da esperança no nosso país.

O conjunto da reação levou Rodrigo Maia a recuar e a adiar a votação das 10 Medidas para a terça-feira seguinte, dia 29. Foi um alívio para todos nós. Tínhamos conseguido uma sobrevivência e algum tempo para nos articularmos. Houve uma ampla repercussão social desses acontecimentos, com forte apoio da imprensa e nas redes sociais.

Naquele mesmo dia o decano da Câmara, deputado Miro Teixeira (Rede-RJ), alertou que os defensores da autoanistia não haviam recuado por vergonha, mas por uma questão de estratégia. Em suas próprias palavras: “Vergonha é uma mercadoria em falta na Câmara. Eles têm um padrão de comportamento. Trabalham com o método de tentativa e erro. Vão forçando a barra. Quando dá, avançam. O que houve agora não foi uma desistência. Aconteceu um recuo organizado.” O deputado afirmou que a Câmara atual tem “uma ousadia que revela um desprezo pela opinião pública jamais visto”. Ao mesmo tempo, outra polêmica abalava o governo Temer. A partir do dia 19 de novembro, vinha repercutindo na mídia a acusação do ex-ministro da Cultura, Marcelo Calero, de que fora submetido a intensa pressão por parte do ministro-chefe da Secretaria de Governo, Geddel Vieira Lima, para liberar uma obra embargada pelo Iphan em Salvador. Detalhe: Geddel era proprietário de um apartamento avaliado em 2,5 milhões de reais no edifício que era alvo da disputa. Calero afirmou que não desejava a ninguém estar debaixo de tal “pressão política, claramente um caso de corrupção”. A gravidade do assédio, qualificado como “inacreditável” pelo ex-ministro da Cultura, levou-o a pedir demissão no dia 18. Geddel, político influente e presidente do PMDB na Bahia, chegou a ser chamado de homem forte do presidente Temer. Seu nome já havia sido citado no escândalo de corrupção dos Anões do Orçamento, que veio à tona em 1993 e é um dos vários casos brasileiros clássicos de impunidade.

Na mesma quinta-feira em que reagimos à anistia, veio à tona, no fim da tarde, a informação de que Calero havia afirmado, em depoimento à Polícia Federal, que o presidente Temer o pressionara para que “construísse uma saída para que o processo fosse enviado para a AGU (Advocacia-Geral da União)”, pois Geddel estava “bastante irritado”. Revelou-se, ainda, que Calero havia gravado algumas de suas conversas com o presidente. Na sexta-feira seguinte Geddel renunciou, embora negasse as acusações.

A polêmica envolvendo um dos articuladores do governo contribuiu para piorar o clima político. Na mesma sexta, o Estadão estampava: “Para tentar conter ‘crise Geddel’, Temer deve vetar anistia a caixa dois.” Seria um recuo da posição anterior, em que teria sinalizado que sancionaria a anistia. A pressão popular foi tamanha, que levou a uma entrevista coletiva das mais altas autoridades do Executivo e do Legislativo para tranquilizar a sociedade. No domingo, o presidente Michel Temer e os presidentes das duas Casas Legislativas, Renan Calheiros e Rodrigo Maia, comprometeram-se a barrar a anistia para atender à voz das ruas, acrescentando que esse anúncio “desestimula qualquer movimento para fazer essa matéria tramitar no Congresso Nacional”.

A ameaça da anistia parecia ter morrido aí. Contudo, esse não era o único risco que pairava sobre a Lava Jato.

O PAÍS SE VOLTA PARA A TRAGÉDIA DA CHAPECOENSE (29 DE NOVEMBRO)

Na noite de segunda-feira, dia 28, trabalhei com Orlando Martello nos acordos da Odebrecht e da Braskem. Fizemos uma teleconferência com autoridades americanas para tentar desatar os nós que impediam o avanço das negociações. Enquanto isso, em Natal, no Rio Grande do Norte, acontecia a 14ª reunião plenária da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. A ENCCLA, como é apelidada, é composta por mais de 70 órgãos públicos e entidades privadas que se ocupam da prevenção e do combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. São órgãos muito relevantes nessa área – TCU, CADE, CGU, AGU e COAF –, assim como o Judiciário, Ministérios Públicos, Polícias e Receita Federal. Todo esse corpo, naquela noite, aprovou um manifesto reconhecendo

que as 10 Medidas contêm “avanços incontestáveis e essenciais ao sistema nacional de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro”.

Após a longa reunião sobre os acordos, Orlando e eu fomos a um restaurante. Já era tarde, eu tinha trabalhado durante todo o final de semana, vinha dormindo pouco e planejava ir para a cama cedo. Porém eu tinha recebido um projeto que, segundo as notícias, seria aprovado em substituição às 10 Medidas. Varei a madrugada analisando aquelas folhas que desfiguravam completamente o pacote e, às 2h57, postei uma análise do substitutivo que “corrompia as 10 Medidas contra a corrupção”. Após deitar, levantei mais de uma vez para editar a postagem. Vinha pisando em ovos para não dar margem a qualquer discurso de que estivesse tentando pressionar indevidamente o Congresso.

Enquanto eu trabalhava, a aproximadamente 4.500 quilômetros de distância, a cidade de Rionegro, na Colômbia, tornava-se palco de uma das maiores tragédias brasileiras. O avião modelo British Aerospace 146 que conduzia o time de futebol de Chapecó para disputar a primeira partida da final da Copa Sul-Americana, em Medellín, chocou-se violentamente com o Cerro El Gordo, a poucos quilômetros da pista de pouso. Como revelaria a investigação, a falta de combustível causou a pane seca e a queda à 1h15, horário de Brasília. Entre as 77 pessoas a bordo, estavam jogadores, equipe técnica, diretores, jornalistas, convidados e tripulação. Na tragédia, 71 pessoas morreram. O desastre causou profunda comoção no Brasil e em outros países. Foi decretado luto oficial no país por três dias. O assunto tomou as manchetes dos jornais, que acompanhavam cada movimento das equipes de resgate, da investigação e do atendimento médico, assim como o sofrimento de familiares, amigos e torcedores. Manifestações de luto e solidariedade de celebridades, políticos, jogadores de futebol e cidadãos inundaram as redes sociais. Hashtags como #forçachape se tornaram *trending topics* mundiais. Na noite do dia 29, vários monumentos ao redor do globo – Torre Eiffel em Paris, Obelisco em Buenos Aires, Palácio do Planalto, Cristo Redentor, entre outros – foram iluminados com a cor verde, numa homenagem à Chapecoense. No dia 30, no horário em que a partida seria realizada, o canal Fox Sports 1 fez 90 minutos de silêncio. O dia 29 foi dominado pela dor no Brasil. Na Procuradoria, tive novas reuniões e conversas sobre os acordos. A votação das 10 Medidas pelo plenário da Câmara estava prevista para começar às 14 horas. O presi-

dente da Casa, Rodrigo Maia, contudo, decidiu inverter a pauta, adiando a votação das medidas para mais tarde. O clima não estava bom e cheirava a retaliação. Nos corredores entreouviam-se os mesmos rumores de que o Ministério Público seria colocado em seu devido lugar. O substitutivo que eu tinha analisado na noite anterior trazia uma lei de intimidação contra promotores e juízes. Danilo Dias, colega de Brasília, ligou para mim:

– Deltan, estamos todos com a consciência tranquila. Fizemos tudo que podíamos: reuniões com líderes, com deputados, artigos informativos na imprensa, ligações... Não tem nada, nada que imaginamos que pudéssemos ter feito e que não tenhamos feito.

– Eu sei, Danilo. Eu sei...

Danilo tem um espírito idealista. É alguém movido pelo desejo de um país melhor. Nas semanas anteriores, ele esteve no Congresso, comigo e com outros colegas, conversando com os parlamentares. Para ele, as 10 Medidas representavam não só um grande avanço contra a corrupção, mas a melhor defesa da Lava Jato. Parlamentares corruptos não poderiam se concentrar apenas em atacar a Lava Jato, precisando também se defender das 10 Medidas, dividindo esforços. Eu sentia uma grande preocupação em sua voz. Nas entrelinhas, a mensagem era de que, mesmo fazendo o nosso melhor, parecia que não seria suficiente.

Na Lava Jato, temíamos que, uma vez barrada a anistia, fosse aprovada uma lei que atentasse contra a nossa independência e nos impedisse de trabalhar. Seria difícil obter naquele dia qualquer atenção da mídia, toda voltada para o acidente da Chapecoense. Como último recurso, decidimos soltar no fim da tarde uma nota sobre os riscos que a sociedade corria. Nosso comunicado dizia “Força-tarefa manifesta repúdio à Lei do Terror contra juízes e Ministério Público”. Após expor nossas preocupações, reafirmamos nossa “confiança de que os parlamentares e os cidadãos saberão distinguir medidas legítimas e necessárias para o aperfeiçoamento do sistema anticorrupção daquelas que são tentativas de aterrorizar e amordaçar promotores, procuradores e juízes”. O momento clamava “por medidas contra, e não a favor da corrupção”.

AS EMENDAS DA MADRUGADA

Na Câmara dos Deputados, a discussão das 10 Medidas começou depois das nove da noite. Logo de início, o deputado Ivan Valente (PSOL-SP) expressou seu receio de que a apreciação fosse açodada: “Nós estamos começando a debater o projeto às 21h10, um projeto dessa importância, com tanta polêmica, e ainda não é conhecido qual vai ser o andamento dos trabalhos.” Não se sabia se haveria um substitutivo e se o seu conteúdo abarcaria a polêmica anistia ao caixa dois. Valente lembrou que, na semana anterior, queriam levar o texto da Comissão Especial direto para o plenário, à uma e meia da manhã. Pretendiam votar a matéria às pressas para enviá-la ao Senado e depois à sanção presidencial, o que acabou não acontecendo.

Apesar disso, a votação avançou madrugada adentro. A estratégia foi inusitada. Os deputados poderiam ter rejeitado o pacote anticorrupção por completo. Contudo, optaram por, inicialmente, aprovar o relatório que viera da Comissão Especial em sua integralidade. Em seguida, começaram a apreciar uma série de emendas e destaques com o intuito de esvaziar o projeto de seu sentido original. Um dos primeiros pontos a ser derrubado, entre uma e duas da manhã, foi a regulação do “reportante do bem”, que tinha sido adotada na Comissão Especial com base em experiências anticorrupção bem-sucedidas no exterior. Foram 392 votos contra 36.

Logo foi a vez de derrubar um importante instrumento para recuperar o dinheiro desviado em esquemas de corrupção, chamado de “ação civil de extinção de domínio”, recomendado internacionalmente. Foram 317 votos contra 97, entre duas e 2h30 da manhã. O deputado Arnaldo Jordy (PPS- PA) alertou: “O instituto da extinção de domínio é uma ferramenta utilizada vastamente em várias experiências exitosas. Essa matéria foi debatida e aprovada na Comissão por unanimidade dos membros.” Jordy enfatizou: “Estamos vivendo uma esquizofrenia política nesta Casa.” O deputado qualificou o que estava acontecendo de “insurreição contra matérias trazidas para apreciação desta Casa, subscritas e referendadas pela opinião pública”. Não só por ela. Em março de 2016, 218 deputados, além de 46 senadores, tinham assinado requerimento para a criação da Frente Parlamentar pela Aprovação das 10 Medidas.

O condicionamento da progressão da pena ao ressarcimento da vítima foi derrubado por volta de 2h30, por 210 votos a 152. Todas as propostas para esvaziar as 10 Medidas estavam sendo aprovadas. Ainda havia várias emendas e destaques... Será que sobraria algo?

A seguir, foi proposta a exclusão de uma das medidas mais importantes, a que muda o sistema prescricional, grande causa da impunidade de criminosos de colarinho branco e políticos. O argumento usado de modo falacioso, no microfone, era de que “encheria as cadeias de pobres”. Mentira. Os pobres já enchem as cadeias. Seus crimes, via de regra, não prescrevem. São os crimes dos colarinhos-brancos que prescrevem quase sempre. Esse foi um dos momentos mais tensos para mim, porque essa votação teria um enorme impacto no futuro. Nossos casos do passado, em que processamos crimes de corrupção, prescreveram. Ali, tudo poderia mudar.

Logo antes da votação, o deputado Paulo Pimenta (PT-RS), que defendia a exclusão dessa medida, a 6ª, pediu a palavra: “Sr. presidente, eu acho inusitado – e vou tratar desta maneira – o procurador Deltan Dallagnol ter publicado uma nota oficial, assinando em nome da força-tarefa da Lava-Jato, agora há pouco, que diz o seguinte: ‘Força-tarefa da Lava Jato manifesta repúdio à Lei do Terror contra juízes e Ministério Público.’” Ele se referia à nota que havíamos soltado durante a tarde. A manifestação da liberdade de expressão da força-tarefa, na leitura que ele fez, era um desrespeito: “Isto aqui é a prova de que o Brasil precisa ter lei que trate de abuso de autoridade para todos. Se alguém tinha dúvida, aqui está a prova.” Para o deputado, aparentemente, a própria manifestação contra a lei de abuso, num país democrático, deveria ser tornada um crime de abuso de autoridade.

Então veio o resultado da votação sobre prescrição. Foram 301 votos para excluir as mudanças na prescrição contra 107. Mais um duro golpe na esperança de virar o jogo da impunidade dos ricos e poderosos no Brasil. O próximo ponto a ser votado em separado era a criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos, outro importante instrumento de recuperação do dinheiro desviado.

O deputado Onyx Lorenzoni não sabia mais o que dizer. Já tinha feito várias súplicas ao longo da noite: “Eu apelo, mais uma vez, para que permitam que pelo menos isso fique no texto, porque é uma ferramenta muito importante para combater a corrupção.” O deputado Diego Garcia (PHS-PR) desabafou: “É lamentável o que está acontecendo.” Ele lastimava que “infelizmente, desinformados, muitos sequer tiveram o cuidado da leitura do texto, mas deveriam estar atentos porque nós debatemos amplamente isso.” O resultado? Foram 222 contra 173 pela supressão da 2ª Medida.

Às três da madrugada, mais dois importantes instrumentos contra a corrupção foram derrubados. Uma após outra, foram aprovadas propostas para esvaziar o pacote. O deputado Edmar Arruda (PSD-PR), às 3h28, tomou a palavra e tentou sensibilizar os colegas, lembrando que todos estavam cansados: “Estamos votando algumas matérias que, com um pouco mais de reflexão, talvez este plenário tivesse votado diferentemente. Tenho certeza absoluta.” Pediu que a votação fosse adiada para dar oportunidade a que os deputados analisassem com coerência e votassem com coerência. Na alta madrugada, caíram a possibilidade de acordo entre acusação e réu – uma medida trazida pela Comissão –, uma mudança que tornaria as ações de improbidade mais céleres; a regulação dos acordos de leniência feitos pelo Ministério Público; e a possibilidade, a depender das circunstâncias, de se suspender o registro de partidos políticos que se envolvessem com corrupção.

Como o deputado Diego Garcia alertara, os discursos contrários às medidas mostravam ampla desinformação – para não dizer má vontade. A defesa da exclusão da ação de extinção de domínio foi fundamentada no fato de que o dinheiro recuperado iria para a União, não para estados e municípios. Ora, se esse era o ponto, não era o caso de rejeitar a ação, mas de alterar a destinação dos recursos. O importante é que voltem para a sociedade. Já a supressão do texto que agilizava a ação de improbidade foi justificada com o fato de que a redação atual da lei seria melhor, porque permite o encerramento desde logo de ações que não mereçam prosperar, desafogando o Judiciário. Contudo, a proposta do pacote anticorrupção não só mantém a possibilidade de extinção de ações improcedentes no início do processo como agiliza seu trâmite. A derrubada da regulação da leniência foi defendida com o argumento de que todos os acordos de leniência seriam submetidos ao Ministério Público, obstando acordos da Controladoria-Geral da União. Nada mais absurdo. A proposta anticorrupção apenas regulava a leniência já feita exclusivamente pelo próprio Ministério Público, sem tocar nas leniências realizadas pela Controladoria. A sessão acabou por volta das quatro da manhã. Dentre as 12 medidas que tinham sido aprovadas pela Comissão Especial, sete foram completamente rejeitadas. As cinco restantes foram bastante esvaziadas. O que foi realmente aprovado foi a punição a partidos que se envolverem com corrupção e o crime de caixa dois eleitoral (parte da 8ª Medida), além do endurecimento das penas por corrupção (3ª Medida). O que foi acatado, no entanto, não chegou a duas

medidas “cheias”. Ainda assim, não havia razão para comemorar. Adianta pouco aumentar as penas da corrupção se a impunidade continuará a reinar porque os processos prescrevem ou são anulados. Quase nada foi feito para agilizar os trâmites na Justiça nem para melhorar a recuperação do dinheiro desviado. Nada foi feito para fomentar a mudança na cultura de tolerância com a corrupção.

Não me entendam mal. O Parlamento não tinha que aprovar as 10 Medidas em sua integralidade, como foram originalmente propostas. A Casa tem legitimidade para discutir, aperfeiçoar e mesmo apresentar soluções alternativas. Existia uma verdadeira necessidade e uma louvável expectativa social de que a Câmara oferecesse resposta para os problemas que as 10 Medidas buscavam solucionar. A Comissão Especial, que aprovou por unanimidade um excelente relatório, foi criada para isso. O resultado em plenário não fazia sentido.

No entanto, o pior ainda estava por vir. Além de esvaziar o pacote anticorrupção, a Casa colocou em votação, como uma das primeiras questões a serem debatidas em separado, entre meia-noite e duas da manhã, uma emenda que seria capaz de abalar os alicerces da sofrida luta contra a corrupção no país. Ela estabelecia que magistrados e integrantes do Ministério Público respondam por crime de abuso de autoridade em certas hipóteses. O autor da proposta foi o deputado Weverton Rocha (PDT-MA), investigado, segundo O Globo, por corrupção e desvio de dinheiro público. Esse foi o maior atentado contra o Ministério Público e o Judiciário na história recente, num ambiente em que – lembrando – a colaboração da Odebrecht estava sendo noticiada e muitos políticos tinham muito a temer.

Em defesa de tal proposta, vários deputados afirmaram que todos devem estar debaixo da lei, inclusive juízes e promotores. Ainda sustentaram que não pode existir uma “casta de privilegiados”. Concordamos com isso. Entretanto, o projeto avançado pela Câmara estava longe de caminhar nesse sentido. Disfarçado de “fim de privilégios”, cerceava a independência de promotores e juízes. Do modo como foi aprovado, o texto não colocava todos debaixo da lei. O que fazia era criar uma redoma sobre investigados poderosos, que agora teriam armas para retaliar e intimidar os investigadores.

As razões da impunidade de juízes e promotores corruptos são as mesmas dos colarinhos-brancos, por isso sou a favor, ainda, de fechar as

brechas da lei e endurecer as penas de corrupção para todos, exatamente o que as 10 Medidas propunham, aplicando-se a todos. A carne podre deve ser cortada, seja em que corpo estiver.

Vejam alguns “jabutis” da proposta. Ela ressuscitou um projeto apresentado pelo deputado Paulo Maluf, em 2007, que abria espaço para que o promotor ou procurador seja condenado a uma pena criminal e ainda pague uma indenização no caso de a acusação feita por ele ser rejeitada pela Justiça. O texto criminaliza ainda a instauração de investigações “sem que existam indícios mínimos” ou o oferecimento de acusações “sem justa causa fundamentada”. Assim, a punição fica sujeita a uma interpretação subjetiva de palavras vagas, porque Direito não é Física ou Matemática. Crimes vagos dão margem a perseguições, retaliação, vingança e acovardamento, impedindo o legítimo exercício da função.

Além de tudo isso, há algo ainda pior: o famigerado projeto de combate ao “abuso de autoridade” possibilita que o próprio investigado processe o promotor, o procurador e o juiz. Estaria, assim, inaugurada a temporada de caça aos investigadores. Ainda que essas ações fossem totalmente improcedentes, dificilmente sobraria tempo das autoridades para outra coisa, em investigações contra poderosos, senão para preparar defesas e responder a processos, sem falar nos custos de advogados. Antonio Di Pietro, procurador da Operação Mãos Limpas, na Itália, teve de renunciar ao cargo para se dedicar à própria defesa, ao enfrentar mais de cem acusações. No caso Fujimori-Montesinos, não foi muito diferente: o promotor designado para o caso, José Ugaz, hoje presidente da Transparência Internacional, respondeu a 75 acusações criminais. Na Lava Jato, em que oferecemos acusações contra mais de 250 pessoas, muitas delas poderosas, o que seria de esperar? Ou o Estado protege os acusadores contra retaliações, ou se cria um sistema em que o império da lei e o Estado de Direito não terão como prosperar.

É bom recordar que a emenda, chamada de “salva-ladrões” por alguns, foi colocada em votação poucas semanas após a força-tarefa ter ido a público denunciar tentativas de minar a Lava Jato, primeiro por meio de uma mudança na lei da leniência e depois pelo perdão à corrupção e à lavagem de dinheiro disfarçado de anistia ao caixa dois. O projeto aprovado pela Câmara, sem surpresas, proibiu também que promotores e procuradores falassem com a imprensa, ressuscitando a “lei da mordação”. Se essa lei entrar em vigor, fragilizará muito a Lava Jato, que tem como um de seus

pilares mais importantes a comunicação à sociedade dos resultados das investigações. Advogados e réus poderosos poderão atacar livremente a investigação e sua credibilidade na imprensa, mesmo com mentiras, sem possibilidade de resposta.

Onyx Lorenzoni foi um dos que se opuseram à emenda. Depois da meia-noite, ele expôs que aquela emenda servia de “vingança”, de “cala boca”, e que aprová-la seria um grande erro. Argumentou que não caberia ao Parlamento, numa proposta de iniciativa popular contra a corrupção, “se valer desse projeto para dar um cala boca em quem investiga, para ameaçar quem está julgando. O que vão fazer os procuradores? Não vão denunciar para não colocar a carreira em risco? O que vão fazer os juízes? Não vão julgar para não colocar a carreira em risco? É isso que nós queremos? É esse o objetivo?”.

Ele previu o que aconteceria: “Aqui está uma emenda que, na verdade, será conhecida, no Brasil todo, como uma emenda anti-investigação, uma emenda contra o combate à corrupção, uma emenda do mal.” Segundo ele, não caberia fazer, no bojo das 10 Medidas, “uma vingança pequena, menor e desimportante, contra aqueles que hoje têm o respeito da população porque estão passando o Brasil a limpo”. A deputada Eliziane Gama (PPS-MA) também registrou o que estava acontecendo: “Isso é uma tentativa de intimidar a ação do Ministério Público, que está fazendo um papel belíssimo de combate à corrupção no país.”

Nada adiantou. O plenário a aprovou por 313 votos contra 132, um quórum muito preocupante porque revela uma maioria tão ampla que permitiria, inclusive, a aprovação de uma emenda constitucional. Em razão do apoio da sociedade, não acreditávamos que a Câmara teria coragem de avançar sobre a Lava Jato e outras grandes investigações dessa forma. Mas foi o que ela fez. Pela primeira vez, num momento de profunda comoção, quando os olhos do Brasil se voltavam para o triste acidente com a Chapecoense, atacou diretamente a Lava Jato, o Ministério Público e o Judiciário. As 10 Medidas e a Lava Jato se cruzaram no momento mais intenso de ambas – e foi um desastre. ❖

¿Quiénes Son los Verdaderos Formalistas en la Teoría de la Decisión Judicial?

Juan Antonio García Amado

Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León (España).

RESUMEN: Partiendo de la distinción entre teorías formalistas de la validez jurídica y teorías formalistas de la decisión judicial, se señala que en el siglo XX las teorías formalistas de la validez judicial, como la de Kelsen, han sido, como todo el iuspositivismo de la época, teorías antiformalistas de la decisión judicial, mientras que el formalismo de la decisión de los jueces lo heredaban las doctrinas iusmoralistas, que afirman la única respuesta correcta para cada caso y niegan o convierten en excepcional la discrecionalidad judicial. El actual neoconstitucionalismo principialista y ponderador es una de esas doctrinas formalistas de la decisión judicial. En su forma canónica de hoy, viene marcado por la síntesis que hace Alexy entre la jurisprudencia de conceptos alemana y Dworkin, a lo que Alexy añade un método acabado de ponderación. De esa manera, este constitucionalismo principialista y ponderador es una especie de reflejo invertido de aquella metafísica decimonónica de la jurisprudencia de conceptos. Por esa vía, la metafísica alemana sigue hoy impregnando la teoría del derecho continental, y muy especialmente en Latinoamérica.

PALABRAS CLAVE: Formalismo. Decisión judicial. Ponderación. Neoconstitucionalismo. Jurisprudencia de valores. Alexy. Argumentación.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN Y BREVES NOTAS SOBRE ALGUNOS MITOS Y LUGARES COMUNES DEL CONSTITUCIONALISMO DE NUESTROS DÍAS.

En la actual teoría y filosofía del derecho, y creo que de manera muy destacada en Latinoamérica, están muy extendidos una serie de lugares comunes que podríamos sintetizar del siguiente modo, atendiendo nada más

que a la temática que en este trabajo nos interesa: a) el positivismo jurídico es formalista, mientras que las corrientes antipositivistas o pospositivistas son antiformalistas; b) el constitucionalismo positivista es poco sensible a los elementos morales y políticos que dotan de fundamento moral al Estado de Derecho, mientras que el constitucionalismo antipositivista, muchas veces llamado neoconstitucionalismo, es mucho más receptivo frente a esas bases morales de las constituciones y las defiende mucho mejor; c) el iuspositivismo en general, y en particular el constitucionalismo iuspositivista, casa bien con planteamientos políticos y sociales de carácter conservador, mientras que el pospositivismo y el neoconstitucionalismo cuadran de mejor manera con designios progresistas y reformistas.

Tales lugares comunes conforman auténticos mitos de la teoría jurídica y el constitucionalismo de nuestros días, y muy particularmente en América Latina, repito. Son muchos los que los cultivan de buena fe y sin conciencia de que en la base de cada uno late una falsedad promovida las más de las veces por teóricos de moral turbia y trayectoria dudosa, al servicio de poderes políticos o económicos escasamente democráticos y, desde luego, poco propensos a la promoción sincera de los derechos fundamentales y, menos, de los derechos sociales.

No es propósito de este escrito el de desmontar en detalle cada uno de esos mitos que se conjugan al modo de una ideología como falsa conciencia de juristas ingenuos, y hasta da un poco de vergüenza ajena reparar en quienes en verdad se creen tales patrañas¹ sin respaldo histórico ni textual. Nada más que voy a resaltar lo que podríamos llamar la paradoja del formalismo, consistente, en que en la teoría de la decisión judicial, los verdaderos y más propiamente formalistas son los que se dicen antipositivistas, principialistas y ponderadores. En este punto hay que empezar por deshacer la confusión entre teorías formalistas de la validez de las normas jurídicas y teorías formalistas de la decisión judicial.

Son teorías formalistas de la validez las que mantienen que, dentro de un sistema jurídico, el que sea, una norma jurídica es válida si satisface ciertas condiciones que son “formales”, en sentido amplio de la expresión:

¹ Abochorna pensar que todavía pueda haber quien se diga profesor de Derecho y siga repitiendo que el iuspositivismo kelseniano fue culpable de las iniquidades jurídicas del nazismo, o no caiga en la cuenta de que así como ha habido en el siglo XX iusmoralistas indudablemente demócratas, no escasean por ese lado los que han bendecido dictaduras haciéndolas pasar por encarnación del derecho natural o recreación de la verdadera justicia, mientras que están fuera de toda duda los servicios a la teoría y la práctica democrática que han prestado autores iuspositivistas como Kelsen, Ross, Hart, Bobbio, Ferrajoli....

si dicha norma ha sido creada por el órgano y con el procedimiento que se estipula en otras normas del mismo sistema jurídico. La de Kelsen es posiblemente el ejemplo más radical de teorías formales o formalistas de la validez jurídica.

Son teorías formalistas de la decisión judicial² las que afirman que el juez puede y debe decidir correctamente los casos que se le someten, mediante la aplicación de un método de razonamiento o un procedimiento intelectual que le permita hallar en el sistema jurídico la solución única correcta (o casi) que en este se contiene para cada pleito, sin que en tal proceso de decisión del juez tenga que darse (o casi sin que tenga que darse) ningún elemento de valoración subjetiva, ninguna parte de discrecionalidad judicial. En este ámbito de la decisión judicial, todos los autores que a lo largo del siglo XX y hasta hoy se pueden denominar como iuspositivistas y sean cuales sean las variantes de su iuspositivismo, son profundamente antiformalistas, pues todos, en medida mayor o menor, niegan que la decisión judicial correcta pueda objetivamente hallarse para cada caso (o casi) a base de aplicar métodos lógicos, mecánicos, aritméticos o puramente formales, y todos resaltan el insoslayable componente de discrecionalidad judicial. Hasta tal punto es esto así, que una de las notas definitorias del iuspositivismo jurídico del siglo XX es precisamente esa, la afirmación de la discrecionalidad judicial. Ese antiformalismo iuspositivista puede ser muy radical, como en el caso del iuspositivismo empirista del realismo jurídico escandinavo, puede ser muy fuerte, aunque matizado por la asunción del componente ideológico que acompaña la autopercepción del juez como vinculado a la ley (Kelsen), o puede ir de la mano de una filosofía política que haga énfasis en el sustrato moral de los sistemas jurídicos modernos y que propugne que los jueces hagan un uso de su discrecionalidad lo más leal posible con tal sustrato moral (Ferrajoli).

En ese tema de la decisión judicial, el formalismo ha tenido dos configuraciones principales: el paleopositivismo o positivismo metafísico del siglo XIX, encarnado, en el Derecho continental, por la escuela de la exégesis y la jurisprudencia de conceptos, y el iusmoralismo principialista y ponderador, que tiene su antecedente primero en la jurisprudencia de valores, toma la noción de principios jurídicos de Dworkin y halla su síntesis metodológica en la doctrina de Alexy y su diseño de la ponderación como

² Sobre las teorías formalistas de la decisión judicial, más ampliamente, García Amado, J.A. 2012.

método para alcanzar las decisiones correctas de cada caso, en el marco de una ética de signo constructivista y con muy escaso espacio para la discrecionalidad judicial. Esa es la paradoja histórica que pretendo acreditar aquí, la de que el principialismo alexyano y el conceptualismo decimonónico, el del primer Jhering, estructuralmente se parecen como dos gotas de agua, pues comparten la fe en la perfección del sistema jurídico, rellenan de metafísica el derecho y piensan que hay un método que permite al juez arribar con objetividad y mucha certeza a la solución única correcta para cada caso.

2. RACIONALIDAD DEL DERECHO VS. RACIONALIDAD DEL JUEZ

En la teoría del derecho se han dedicado ingentes esfuerzos y ríos de tinta para fundar la decisión racional de casos jurídicos. Siempre se conjugan dos elementos a este propósito: la racionalidad que se predique del derecho mismo en tanto que materia, objeto o “realidad”, y el grado de esfuerzo, metodológicamente guiado, que se le pida al sujeto que en derecho decide, a fin de alcanzar la decisión jurídica correcta. Y rige prácticamente sin excepción la siguiente regla: *cuanto más alta es la racionalidad que al derecho como tal (y sea cual sea la materia prima de lo jurídico, según la teoría de turno) se le atribuye, menor es el énfasis que se pone en el esfuerzo reflexivo o cognitivo del juez;* y, a la inversa, *cuanto mayor es el énfasis en los defectos estructurales e inevitables del derecho en tanto que medio regulador, más de destaca el papel determinante del conocimiento, la agudeza metodológica o las actitudes del juez o sujeto llamado a decidir los casos jurídicos.*

Generalmente, y en particular en la literatura anglosajona, se presenta el panorama como de muy simple contraposición entre enfoques formalistas y enfoques propios del llamado realismo jurídico (norteamericano). Formalistas serían aquellas viejas teorías que pensaban que la decisión judicial consiste en un muy elemental silogismo en el que se ponen en relación los hechos y la norma que a ellos se ajusta y surge sin esfuerzo del juez el fallo, con poco que argumentar, pues allí donde las dos realidades se ajustan perfectamente, la realidad fáctica y la normativa, poco más cabe añadir, si no es mostrar el prodigio lógico y hasta metafísico. A ese formalismo habría venido a ponerlo en serios apuros el realismo de aquellos jueces y profesores que desde las primeras décadas del siglo XX

nos hicieron conscientes de que no es la lógica, sino la ideología la que mueve las decisiones judiciales, y que no es la competencia deductiva, sino la muy personal y “situada” intuición la que determina los contenidos de los fallos.

Pero, sin que quepa invalidar por completo el anterior esquema, habría que matizar que, al menos en los ámbitos del llamado derecho continental, las cosas son algo más complejas. No podemos comprender la mutación en el modelo de racionalidad jurídica si atendemos solo al elemento subjetivo, al modo como el juez razona o a la base subjetiva de su decisión. Hay que considerar también la idea del derecho, y, al menos en el derecho continental, lo determinante fue el cambio en la idea de lo jurídico.

El tránsito del siglo XIX al XX fue, en la teoría jurídica, el paso del modelo del derecho perfectamente racional (o casi) al modelo del derecho no perfecto, defectuoso, por así decir. Sobre la francesa escuela de la exégesis influía el llamado mito del legislador racional³ y, en consecuencia, el derecho positivado en el código era contemplado como derecho perfectamente racional. El sistema jurídico tenía tres propiedades que lo hacían poco menos que perfecto: plenitud, coherencia y claridad; es decir, no había lagunas ni antinomias y los problemas interpretativos o no existían o eran desdeñables, o se podían resolver con ayuda de un método bastante sencillo, generalmente consistente en la averiguación, mediante indicios históricos patentes, de cuál había sido la voluntad del legislador. Si, además, se pensaba que los hechos hablaban por sí mismos y que poca o nula relevancia tenía la valoración de la prueba por el juez⁴, mero fedatario de lo fácticamente acaecido, era fácil desembocar en la visión de la decisión judicial como simple silogismo o elemental subsunción, sin componentes creativos o subjetivos, pura objetividad parangonable a la científica y modo en que razón teórica y razón práctica se daban la mano en el campo de la praxis jurídica.

Para los alemanes de la jurisprudencia de conceptos, también en el XIX, los esquemas de fondo no eran muy diferentes, pese a que, para ellos, no contaba de igual manera la idea del legislador racional y ya que

³ Sobre los orígenes y alcances de ese mito véase especialmente Calvo García, 1986: 103ss.

⁴ Perfecto Andrés Ibáñez (2007:9) habla de “decisionismo intimista” para referirse a aquel viejo hábito, no tan lejano, de pasar de puntillas sobre la motivación de los hechos y su prueba en la sentencia.

en los territorios alemanes la codificación no se había impuesto desde los inicios del siglo, como en Francia, sino que fue cristalizando con más lentitud y en medio de muy conocidos debates⁵. Lo que cambiaba era la materia prima de lo jurídico, pues donde los franceses veían en los preceptos del Código la esencia racional y plenamente objetiva del derecho, los alemanes ubicaban tal racionalidad y objetividad perfectas en las ideas o “conceptos”, que componían algo así como la pirámide ontológica del derecho. Baste recordar cómo, en derecho privado, la idea matriz es la autonomía de la voluntad y de ella se van deduciendo, con una especie de necesidad derivada de algo así como la lógica material, los contenidos que dan su ser y su sentido a los conceptos que hacia abajo se encadenan según su nivel de abstracción: negocio jurídico, contrato, compraventa y demás contratos, etc. Si los franceses subsumían bajo enunciados claros, precisos y coherentes del *Code*, los alemanes encajaban bajo los contenidos necesarios e inmutables, metafísicamente impuestos e invariables, de cada concepto jurídico. Al igual que los artículos del Código se van desplegando con arreglo a la figura de un árbol del saber jurídico, los conceptos jurídicos, para la ciencia jurídica alemana, se van esquematizando conforme a los trazos de un árbol “lógico” y en una escala que baja de la abstracción a la concreción, paso a paso y hasta llegar a los conceptos más concretos, siempre genealógicamente dependientes de los más abstractos que ocupan los peldaños superiores de la pirámide⁶.

De una manera o de la otra, o bien porque el Código encarna la autorregulación de la nación y es expresión de la sabiduría ínsita en el legislador que a la nación representa y a sí misma se regula, o bien porque los contenidos conceptuales o ideales de lo jurídico expresan un orden necesario del ser, un orden metafísico incontestable, lo jurídico es perfecto y plenamente racional y sus reglas (se deriven de las palabras del código o de los contenidos de cada concepto) permiten pensar que hay para cada caso una única solución correcta predeterminada en el sistema jurídico y que el juez puede y debe hallar en cada litigio que resuelva. Bajo tales puntos de vista, los jueces no crean derecho, no ejercen discrecionalidad y cuentan con un método plenamente operativo para extraer con acierto la solución que para cada asunto yace en el subsuelo del sistema, sea ese subsuelo se-

⁵ No se olvide que el BGB entra en vigor el 1 de enero de 1900.

⁶ Pero no según las pautas de lo que llamaría Kelsen un sistema dinámico, sino de una especie de sistema estático en el cual cada concepto inferior deriva sus contenidos de un concepto superior y en cuanto concreción o adecuación del mismo para un ámbito más preciso.

mántico y lógico o sea ontológico o metafísico. Tal vez los seres humanos resultan sumamente imperfectos y no muy sabios, y lo mismo los jueces, como humanos que son, pero poco importa si la perfección está en el derecho mismo y ese humano que juzga no tiene que hacer mayor cosa que, con ayuda de elementales consignas metodológicas, sacar del sistema jurídico la solución única correcta para cada caso, por completo predeterminada a su voluntad, independiente de su subjetividad, no condicionada en modo alguno por sus preferencias personales o sus convicciones morales o ideológicas. Al igual que las verdades científicas no dependen de lo que al físico o al químico le guste o le convenga, la verdad de las soluciones jurídicas, lo que sea para cada caso la solución jurídica verdadera, no depende de nada que esté a merced de la conciencia o la opinión del juez, sino de un orden objetivo que el juez ni manipula ni condiciona, pero que puede conocer si emplea el método debido.

Fue esa concepción optimista y metafísica, idealista y confiada del derecho, la que sucumbió por completo con el paso del siglo XIX al XX. En Francia, la crítica destructiva de Géný⁷ no dejó de la escuela de la exégesis títere con cabeza, justo en el cambio de siglo, y luego llegó el particular sociologismo jurídico de los franceses y remató la faena. En Alemania, el Jhering de la segunda época inicia los ataques cuando faltan más de tres décadas para que el XIX termine, y con el cambio de siglo se consume el descrédito definitivo de la jurisprudencia de conceptos, que muere bajo el fuego cruzado de Kelsen y su normativismo antimetafísico y su relativismo moral, de Ehrlich y los que bajo su ejemplo se adscriben al sociologismo jurídico, de la escuela de derecho libre (Fuchs, Kantorowicz, Isay...), de la jurisprudencia de intereses⁸ que funda Heck y desarrollan autores como Müller-Erzbach o Rümelin, etc.

Se puede decir con bastante seguridad que en los años veinte y treinta del siglo XX no queda en Europa un solo autor informado e influyente⁹ que siga anclado en la visión optimista e hiperracionalista que de

⁷ Sobre Géný y su crítica a la escuela de la exégesis es fundamental la obra de Bernuz Beneitez, M.J., 2006. Sobre el contexto en que surge esa crítica de Géný, *ibid.*: 17ss; sobre las características de la escuela de la exégesis, *ibid.*: 72ss.

⁸ Véase, García Salgado, M.J., 2011.

⁹ Cosa diferente es lo que siguió (y sigue?) sucediendo en algunas facultades de derecho, en las que la gran mayoría de los profesores ni suelen ser influyentes ni destacan por estar muy informados, y donde la idiosincrasia jurídica decimonónica perduró mediante una organización de la enseñanza a medida de la vieja concepción de lo jurídico, como síntesis de la razón u objeto de un aprendizaje acrítico, memorístico y cuasireligioso, con la bien conocida aproximación de la dogmática jurídica a la dogmática teológica y un inevitable descrédito de toda pretensión de científicidad, racionalidad o mera utilidad de unas disciplinas jurídicas cultivadas con celo de sacristán más que con maneras de científico social. De hecho, la mayor

lo jurídico se tenía en el XIX y que todavía sostenga que el derecho es obra acabada de la razón, que la decisión judicial es un elemental silogismo o una subsunción muy sencilla, que los valores del juez no influyen determinadamente en sus fallos, que no hay discreción judicial o que no importan las razones de la sentencia, porque si ha sido correcto el razonamiento del juez, en el fallo se plasma la razón del derecho. Y el realismo jurídico escandinavo firma la definitiva sentencia de muerte del optimismo de los juristas.

En medio de las enormes polémicas que en la primera mitad de siglo y en la teoría jurídica europea enfrentan a normativistas con empiristas, a psicologistas con sociologistas, a neokantianos y a neohegelianos, etc., etc., hay un acuerdo de fondo en que el optimismo metafísico del siglo XIX está muerto, en que, por mucho que los legisladores se esfuercen, el derecho es incapaz de abarcar la compleja realidad social, en que los términos jurídicos tienen siempre su halo de indeterminación y en que los jueces crean o recrean el derecho y obran con muy amplios márgenes de discrecionalidad. Pero cuando los jueces de la República de Weimar, primero, y del nazismo, después, usaron todo ese poder que ahora la teoría les reconocía para derribar las estructuras del Estado de Derecho, para darle marchamo jurídico al crimen y para convertir en agua de borrajas los derechos subjetivos que las leyes y los códigos reconocían por igual a los ciudadanos, la teoría jurídica sintió la necesidad de retornar a los tranquilizadores esquemas de la fe en la razón, una fe bien contrafáctica, y el idealismo, y empezó a decir de nuevo que donde no exista justicia no puede haber propiamente derecho y que allí donde en verdad el derecho existe proporciona a los jueces certezas racionales con las que resolver cada pleito del modo objetivamente correcto, sin discrecionalidad y sin espacio para el abuso o la tergiversación. Esa va a ser la historia principal del pensamiento jurídico de la segunda mitad del pasado siglo, y hasta hoy o poco menos.

3 LA JURISPRUDENCIA DE VALORES ALEMANA Y SU CONSERVADURISMO.

Ante lo que podríamos llamar la duda sobre el elemento humano en lo jurídico, se imponía re-racionalizar el Derecho, y para eso había que ale-

parte de los profesores de derecho, aun hoy, nada saben de ciencias o disciplinas que no sean esa tan pedestre que enseñan, y aun de esta, poco, desenfocado y bastante inútil.

jar la teoría jurídica del positivismo, que es la doctrina que afirma que las normas son jurídicas en razón de propiedades independientes de su condición moral, de la legitimidad del sistema político en el que rijan y de la racionalidad mayor o menor de su uso. El primer y decisivo paso lo da, en Alemania, la jurisprudencia de valores, que tiene su expresión emblemática en una afirmación que en 1958 aparece tanto en el comentario que Günter Dürig¹⁰ publica sobre el apartado 1 del parágrafo 1 de la Ley Fundamental de Bonn¹¹, como en la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán en el caso Lüth, y que reza así: *la Constitución es un orden objetivo de valores*.

La naturaleza de la Constitución es concebida como esencialmente axiológica y los valores constitucionales son los primeros y más altos del orden moral en que, en su esencia, el Derecho consiste¹². Y de esos supremos valores que conforman el sustrato básico de lo jurídico, el primero es el valor dignidad, recogido en aquel apartado primero del primer parágrafo de la Constitución. Hasta tal punto es todo el orden constitucional un conjunto de valores deducidos de ese valor primero o fundante, y hasta tal punto los contenidos del sistema jurídico son la plasmación normativa o regulativa de esos valores, que afirma Dürig que aun cuando la Ley Fundamental no tuviera más texto expreso que ese primer apartado referido a la dignidad, el contenido real de la Constitución sería el mismo, pues todo lo que tras el parágrafo 1 está escrito en la Ley Fundamental es pura deducción o desarrollo ineludible a partir del valor dignidad.

Es obvio en la jurisprudencia de valores, lo mismo que en cualquier otra doctrina de impronta fuertemente iusmoralista, que si el elemento primero del sistema jurídico auténtico es axiológico, esos valores no pueden ser de cualquier contenido, sino que han de ser los de la moral verdadera. De esa manera, cuando el juez decide conforme a derecho ya no importan tanto las deficiencias o insuficiencias de los preceptos positivos, de los enunciados constitucionales, legales o reglamentarios, ya que puede completarlos, precisarlos y hacerlos plenamente coherentes a base de verlos

10 Dice Uwe Wesel (2004: 131) que Dürig es el “inventor (*Erfinder*) del <<sistema de valores>> (*Wertsystem*) de los derechos fundamentales, noción de la que en adelante se sirvió el Tribunal Constitucional, a partir del caso Lüth.

11 Recordemos que ese precepto dice que “La dignidad humana es intocable (*unantatsbar*)”.

12 Escribe Bernhard Schlink (2005: 47): “El tribunal constitucional federal se preocupó por no ser demasiado explícito en este aspecto, pero su manera de entender los derechos básicos como valores que componen un sistema de valores y de entender la acción libre como más o menos cargada de valor se fundamentó, de todas formas, en el renacimiento del derecho natural, propio de aquella época. Esta concepción sobrevive en la manera actual de entender los derechos básicos como principios”, y sobre esto último cita Schlink a Alexy.

sobre el trasfondo de ese orden axiológico de contenidos verdaderos y necesarios. Por esta vía, y a partir de la jurisprudencia de valores, *reaparece*, pues, *el sueño decimonónico de que el derecho es, en su trasfondo y más allá de la superficie, un orden perfecto (completo, coherente y claro) que encierra para cada caso una solución correcta, y de que la discrecionalidad judicial es inexistente o escasa*, pues lo que al juez se le pide no es que colme lagunas, resuelva antinomias o elija interpretaciones posibles de los enunciados jurídicos, sino que realice las operaciones intelectuales o siga las pautas metodológicas debidas para dar con la solución objetivamente correcta para cada caso, que será la solución moralmente correcta y, simultáneamente, la solución jurídicamente adecuada, ya que moral y derecho se dan la mano y se aúnan en ese fondo axiológico o valorativo de lo jurídico. O, como más adelante dirá Alexy, el derecho es un caso especial de la razón práctica general.

La jurisprudencia de valores fue el recurso doctrinal de un constitucionalismo alemán de posguerra extraordinariamente conservador y que quería poner, desde la constitución misma, cortapisas a una eventual victoria algún día de partidos de izquierdas o menos conservadores¹³. Eso explica algunas tremendas sentencias del *Bundesverfassungsgericht* en este tiempo en el que supuestamente se inspiraba en los mejores contenidos de los supremos valores constitucionales.

El antiparlamentarismo de fondo y la fobia al liberalismo se disfranzaban como apelación a la densidad moral de una la constitución, la Ley Fundamental de Bonn, de la que se quería alejar toda visión o interpretación de sus términos en clave positivista y mostrar que no importaba tanto lo que la constitución dijera, como la unidad del pueblo bajo los valores constitucionales que esa doctrina ultraconservadora quería amarrar para siempre, para, ante todo, hacer el sistema inmune a los cambios que pudiera pretender la izquierda si un día ganaba las elecciones democráticas. Toda “jurisprudencia de valores” ha sido siempre bien contraria a cualquier “jurisprudencia democrática”, y *quienes “materializan” la constitución*

13 Hay algunos paralelismos o coincidencias sorprendentes y muy aleccionadores. Cuentan Rückert y Seinecke (2017: 42) que la jurisprudencia de conceptos, que se conoce por ese nombre desde que así la llamó en tono burlón Jhering en 1884, tuvo su apogeo en los años cuarenta y cincuenta del siglo XIX y es “hija del constitucionalismo monárquico”, ya que, más allá del texto legal y contra los monarcas, se intentaba “asegurar el derecho mediante los conceptos”. Por debajo de los conceptos a los que las soluciones judiciales se remitían, estaban los valores políticos, sociales, económicos y morales que los impregnaban.

Seinecke (2017: 148ss) explica el contexto en que aparece la que se llamó jurisprudencia de conceptos, cómo su elaboración más acabada se debe al Jhering de la primera época, el de *Geist des römischen Rechts*, y cuán poco importaba a esos autores, y en especial a ese primer Jhering, la letra de la ley frente a la sustancia metafísica de los conceptos.

para lanzarla contra la ley que no sea formal o semánticamente inconstitucional lo hacen siempre para apoderarse de la constitución misma y hacer pasar su moral personal por moral constitucional objetiva. Esa paradoja del constitucionalismo alemán de postguerra sigue lastrando el constitucionalismo actual de medio mundo: los profesores que interpretaban y sistematizaban la constitución eran (y siguen siendo, muchas veces) absolutistas morales que abominaban del pluralismo, la libertad, la autonomía individual y la democracia¹⁴.

Se trataba, por tanto, de hacer ver que el contenido de la Ley Fundamental es mucho más denso y preciso de lo que la Constitución dice y que cuanto en las palabras del texto constitucional queda impreciso o ni siquiera es mencionado está, sin embargo, perfectamente definido y regulado en ese fondo moral que también es Constitución y es la parte esencial de la Constitución. Se buscaba, pues, que pudiera el Tribunal Constitucional declarar inconstitucionales normas legales que en modo alguno contradijeran los enunciados constitucionales o que fueran plenamente compatibles con la semántica constitucional, pero que se opusieran a instituciones, tradiciones o reglas sociales que ese constitucionalismo ultraconservador consideraba intocables y que quería librar de todo riesgo de reforma por medio de la legislación. La historia del constitucionalismo del siglo XX nos enseña que el mejor recurso para evitar los cambios sociales por vía legal que más duelen a los poderes dominantes en un país consiste en “materializar” la Constitución a fin de que, digan lo que digan sus artículos, sea posible convertirla en guardiana del orden material y las prácticas establecidas que más favorezcan a tales poderes. De Weimar para acá, el gran enemigo del constitucionalismo conservador ha sido siempre el legislador, y la mayor desconfianza la han tenido siempre las élites políticas y jurídicas respecto de la soberanía popular y el parlamentarismo. La forma de precaverse ante las posibles reformas impulsadas desde los partidos de la izquierda ha sido la de volver sus programas incompatibles con el orden constitucional. Así, por ejemplo, en aquella Alemania de los años sesenta, dominada en lo jurídico por constitucionalistas que, en su mayor parte, no le habían hecho ascos al nazismo en su día, importaba ante todo poner a salvo el orden tradicional de la familia y el alcance máximo de los

¹⁴ Como nos recuerda Günther (2013: 79-80), en los años cincuenta y sesenta, en Alemania, la interpretación de los derechos fundamentales como orden de valores (*Wertordnung*) planteaba conscientemente un contrapeso a la teoría liberal de los derechos fundamentales y, más que procurar la efectividad de los derechos, quería mantener bajo control su desarrollo y su sumisión a los intereses superiores del Estado.

contenidos del derecho de propiedad, y por eso había que agregar a los artículos de la Ley Fundamental que a la familia o a la propiedad se referían algo más: los valores de una moral particular y partidista que convertían en inconstitucional el ataque contra el viejo orden familiar y económico.

3. SUBSUMIR Y PONDERAR: DOS “MÉTODOS” CON UN DESIGNIO COMÚN.

Esa pátina conservadora, que está en los orígenes doctrinales de lo que más adelante se denominaría neoconstitucionalismo, se oculta a base de fundir, un par de decenios después, la jurisprudencia de valores con la teoría del derecho de Ronald Dworkin¹⁵, pensador de lo jurídico que no es conservador en sus propósitos políticos. Dworkin combatía en otro frente, el norteamericano o anglosajón, estaba en otra disputa y seguramente no tenía ni la más lejana noticia del constitucionalismo alemán de la jurisprudencia de valores y muy sucinta información sobre la historia de la teoría jurídica y constitucional europea y del derecho continental. Quien sí conoce bien tanto la obra dworkiniana como el pasado del constitucionalismo alemán es Robert Alexy, y a él le correspondió elaborar la gran síntesis¹⁶. Desde posturas políticas o morales también conservadoras, pero de un conservadurismo ya no autoritario como el de sus antecesores, sino más próximo a lo que se podría llamar la doctrina social de las iglesias cristianas (católica y protestantes), a partir de los años ochenta y con un lenguaje que abandona los viejos tonos de la metafísica y adopta ropajes analíticos, Alexy insiste en la idea de que ni el derecho constitucional de un estado se acaba en lo que dice su constitución o deciden sus tribunales ni es la ley democrática de ese estado constitucional acorde con la constitución solamente si no violenta los términos de esta, pues, también para Alexy, el verdadero derecho es el que está de acuerdo con la moral verdadera, razón por la que la moral verdadera es la auténtica constitución o la parte superior de toda constitución auténtica.

Puesto que Alexy presenta su teoría fortísimamente iusmoralista

15 Al exponer la teoría jurídica de Dworkin, apunta sagazmente G. Zaccharia (2016: 432) el precedente de la jurisprudencia de valores alemana.

16 Indicios de cómo la jurisprudencia de valores se apoya en una metaética dubitativa o quizá poco elaborada, a medio camino, según los autores y los tiempos, entre una ética material de valores, al estilo de M. Scheler, y planteamientos consensualistas emparentados con lo que actualmente se llama constructivismo ético, pueden verse en Bydlinski, F. 1992: 128ss. Más en detalle, Pawlowski, H-M., 1981: 60-82, que dentro de la jurisprudencia de valores alemana diferencia las siguientes corrientes: formal, material, normativa, objetiva y social.

ya no en alianza con un iusnaturalismo con aromas de incienso, y bien alejado Alexy de actitudes políticas ultramontanas, dado que toma esquemas conceptuales de Dworkin, cuya filosofía política pasa por progresista, y en cuanto que actualiza la metaética iusmoralista con una síntesis del constructivismo que late en filósofos tan poco sospechosos como Habermas o Rawls, entre otros de los que llevaron a cabo la llamada “rehabilitación” de la razón práctica, Alexy alcanza su más relevante logro en clave de sociología constitucional, como es que se piense que es progresista, liberador de los pueblos y protector de los derechos un constitucionalismo iusmoralista que quiere poner cortapisas a la soberanía popular, limitar los poderes del poder legislativo más allá de lo que en los términos de las constituciones se establece y hacer que la última palabra (dentro de los límites constitucionalmente marcados) sobre los derechos de los ciudadanos no la tengan los legisladores legítimos mediante el instrumento constitucional de la ley general, sino las judicaturas, y en particular los tribunales constitucionales, más afines generalmente a los poderes “decentes” y más controlables con las herramientas de la política tradicional y, por qué no, más cercanos a las antiguas iglesias y los viejos cenáculos.

Lo que eran para la teoría decimonónica el método silogístico o el de la pura subsunción, lo es ahora el método de la ponderación¹⁷. Si aquellos subsumían, los dworkinianos y alexyanos de ahora ponderan, unos y otros convencidos de que el sistema jurídico es perfecto en su fondo, de que la discrecionalidad judicial no existe o juega un papel marginal o excepcional¹⁸ y de que con ayuda del método en cuestión puede el juez dar con la única solución correcta para cada caso, solución que no depende de su conciencia, sino del recto conocimiento que ese juez alcance, caso por caso, de lo

17 Sobre el modo en que Alexy contrapone subsunción y ponderación, véase Alexy 2003. Críticamente, Garzón Cárdenas 2018: 133ss.

18 El tema de la discrecionalidad judicial en Alexy es discutido y merecería análisis más detenido aquí. Alexy, desde luego, deja un cierto espacio para la discrecionalidad de los jueces y tribunales cuando de la ponderación resulta un empate entre los principios enfrentados en la balanza. Pero, fuera de ahí, Alexy se centra en subrayar que sí hay importantes componentes de discrecionalidad *del legislador*, en los espacios que el sistema cede a su libre decisión. La clave estaría, a mi entender, en que cuando el legislador tiene discrecionalidad, el juez constitucional carece de competencia para someter a escrutinio y posible anulación sus decisiones, pero cuando el juez sí tiene tal competencia y pondera, la ponderación funciona como vía para la constatación de la solución judicial objetivamente correcta (salvo que se constante empate en el peso entre los principios enfrentados), no como ejercicio de discrecionalidad valorativa de los jueces. Véase, por ejemplo Alexy, R., 2009: 78ss.

Es muy equívoco Alexy cuando dice, por ejemplo, que “la teoría de la ponderación, basada en la teoría de los principios, está intrínsecamente articulada con una teoría de la discrecionalidad” (Alexy, R. 2015: 221). Como ahí mismo explica, se trata de que al legislador se le reconocen sus espacios de decisión (¿cómo podría ser de otro modo!) y de que la escala triádica con que se pondera (grave, medio, leve) da pie, en ocasiones, a “puntos ciegos” y empates (vid. *ibid.*, 221-223).

que desde su fondo moral el sistema jurídico prescribe. Los franceses de la escuela de la exégesis confiaban ciegamente en la lógica y la semántica y subsumían los hechos del caso bajo las palabras de la ley que imaginaban siempre claras y definitivas; los alemanes de la jurisprudencia de conceptos subsumían los hechos bajo los conceptos que los abarcaban, conceptos que, vistos con los anteojos del realismo conceptual, eran más que palabras, eran entidades ideales (negocio jurídico, testamento, contrato, familia, patria potestad, prenda, propiedad...) dotadas de un contenido metafísicamente necesario, inmutable y universal y sustraído a cualesquiera vaivenes sociales o políticos, conceptos que entre sí se encadenaban según su grado de abstracción y formando algo parecido a aquel árbol genealógico del que habló el primer Jhering en cierta ocasión.

El constitucionalismo iusmoralista de Alexy, sobre la base de la jurisprudencia de valores y de Dworkin, cambia la materia prima del derecho, que ya no se ve en enunciados fruto de la razón jurídica imperecedera ni en conceptos jurídicos universales y necesarios, sino en valores morales constitucionalizados por sí y hasta al margen de las palabras y los propósitos mismos del poder constituyente. Porque la moral es la constitución y la constitución verdadera no puede ser más que la versión juridificada de la verdadera moral, que es la moral verdadera. Precisamente, si ya no tiene sentido hablar de derecho natural como contrapuesto al derecho positivo es porque el derecho natural se ha constitucionalizado y ahora el derecho natural no solo es ya derecho positivo, sino derecho positivo supremo, derecho constitucional. Así lo dijo ya Dürig en 1958 y así lo han repetido tantos luego, como mismamente Zagrebelsky, uno más de los que convierten el dúctil el derecho para poder someterlo al imperio de una moral rígida. Parece evidente que si el derecho natural se ha constitucionalizado no ha sido a base de modificar sus esquemas, sino de mantenerlos indemnes o adaptándolos a los tiempos, de la misma manera que el iusnaturalismo ha ido siempre acomodándose a la evolución social. No olvidemos, por ejemplo, que cualquier iusnaturalista de ahora mismo¹⁹ afirmará sin ruborizarse que el derecho natural siempre y en todo tiempo ha estado a favor de la plena igualdad jurídica de hombres y mujeres o del divorcio o de la libertad sexual entre adultos con capacidad para consentir.

19 Aunque quedan pocos porque, para sus propósitos, ya no les hace falta ser iusnaturalistas, les basta hacerse principialistas y marcar los tiempos de la ponderación.

4. MORAL OBJETIVA Y DECISIÓN JUDICIAL CORRECTA.

Si el derecho no es solo ni principalmente lo que dicen las constituciones, las leyes, los reglamentos o los repertorios jurisprudenciales, sino que es lo que manda la moral verdadera para cada caso y a base de concretar para cada caso los contenidos prescriptivos que se deducen de los valores morales en liza, la decisión correcta en derecho tiene que ser la de un juez que tenga recursos aprendidos o naturales para conocer lo que ese orden moral-jurídico de fondo determina y que posea un método capaz de traducir esas determinaciones de fondo a contenidos de la sentencia.

Dicho de otra manera, si, para la escuela de la exégesis, la aplicación del derecho no es más que un sencillo silogismo para el que vienen dados, con independencia de las valoraciones del juez, los contenidos de la premisa normativa y de la premisa fáctica, los fallos judiciales son esencialmente previsibles y los jueces son fungibles, en el sentido de que cualesquiera jueces capaces de razonar correctamente y puestos ante el mismo caso, lo decidirán de manera idéntica. Si, para la jurisprudencia de conceptos, la decisión judicial consiste en subsumir o encajar los hechos del caso, perfectamente delimitables y averiguables, bajo los contenidos ontológicamente ciertos y patentes de las ideas o conceptos jurídicos, nada más que hace falta que los jueces tengan la debida formación para conocer en detalle tales contenidos conceptuales y para entender el modo en que entre sí se ordenan y se encadenan, pero, sentado tal conocimiento, también son intercambiables los jueces sin que varíen los contenidos de sus decisiones de los casos. Y si, para el principalismo iusmoralista de ahora, en el subsuelo moral de los ordenamientos los valores se acomodan según un orden que se manifiesta al pesar la manifestación de esos valores en los principios jurídicos que concurren para cada caso, lo que importa es que el juez sepa de tales valores y principios y que, a partir de ese conocimiento y de un adecuado manejo de una balanza cuyos resortes él no manipula, jueces diferentes pesarán o ponderarán igual en el mismo caso, pues no tiene sentido pensar que, siendo objetiva la ponderación, varíe el resultado dependiendo de quién pondere. Así que cuando, en un tribunal de cinco magistrados, todos ponderan y deciden por mayoría y no por unanimidad, necesariamente alguno yerra, ya que por definición no pueden haber ponderado todos igual de bien y llegado a resultados divergentes.

Un sistema jurídico cuyos contenidos regulativos y prescriptivos para cada caso van más allá de los enunciados normativos positivos y sus indeterminaciones (vagueza, ambigüedad, antinomias, lagunas...) no abre al juez un abanico de decisiones posibles (al tiempo que le cierra otras decisiones por incompatibles con los enunciados normativos), sino que le prescribe una decisión única para cada caso. Conforme a esas teorías de la única respuesta correcta, cuando el juez hace lo que debe, decide como debe, que es como el derecho unívocamente le manda, y de esa manera tal juez ratifica ese sistema como plenamente objetivo.

En la economía nos mueve la mano invisible del mercado y en el derecho nos determina la mano invisible de la moral. El derecho opera según su inmanente racionalidad jurídica que es, en el fondo, una racionalidad moral. Somos tan libres como previsibles, y porque somos a la vez libres y previsibles funcionan el mercado y el derecho. Ahí estaría esa especie de analogía estructural entre la teoría económica clásica y la teoría jurídica “clásica”, sea en la versión del positivismo metafísico de la escuela de la exégesis y la jurisprudencia de conceptos, sea en la adaptación casi posmoderna del iusmoralismo principialista. Y siempre con un objetivo inconfeso y aglutinador: que todo siga siendo como debe ser, a base de aparentar que las cosas ya son en todo momento como deben. Al menos sobre el papel, cada uno ya tiene lo suyo, sea según las reglas del mercado, sea de conformidad con los principios de la constitución, y toda pretensión social o legislativa de alterar ese orden no solo es antieconómica o inconstitucional, sino que es, ante todo, inmoral. De eso es de lo que, en el fondo, se nos quiere convencer. Y por eso la teoría que mejor se opone a la crítica al derecho vigente es la teoría iusmoralista al estilo del principialismo, pues si las constituciones ya son perfectas en sus contenidos axiológicos, a ver con qué cara se pone usted a reprocharles injusticia a esas constituciones axiológicamente perfectísimas.

5. CONSTRUCTIVISMO ÉTICO Y VERDADERA CONSTITUCIÓN.

No podemos captar bien el panorama si no tomamos conciencia de lo que el constructivismo ético representa para el constitucionalismo iusmoralista de nuestros días. Las teorías de la única decisión correcta en derecho presuponen algún tipo de sintonía entre el sujeto que en derecho decide y ese orden objetivo externo a él. Si el derecho es un sistema nor-

mativo que, sea cual sea la materia prima de sus normas (enunciados legales producidos por el legislador racional, conceptos, valores...), contiene una única solución correcta predeterminada para cada litigio (o casi), hará falta que los jueces posean algún atributo o don o cuenten con algún método que les lleve a descubrir esa solución, que dé pie a que esa solución se les manifieste cuando deben sentenciar. En esto, podría quizá decirse que del siglo XIX a hoy hemos evolucionado de la fe a la razón teológica o de (permítaseme la broma) una teología jurídica luterana a una más católica. En el siglo XIX se venía a pensar que bastaba con la fe o que la solución correcta del caso al juez se le hacía presente algo así como por ósmosis. A un juez bien formado, usted lo coloca ante unos hechos y a él se le manifiesta la norma o el concepto sin que deba hacer más que dejarse llevar por su impulso lógico; hechos y normas se acomodan solos, se “aparean” en la conciencia pasiva del juez y el fallo se genera como fruto de esa metafísica síntesis.

En cambio, el iusmoralismo actual, que abraza la idea de la única decisión correcta y que rechaza o reduce a mínimos la discrecionalidad judicial, es más complejo a la hora de indicar cómo se le vuelve visible al juez esa decisión moral-jurídica que el sistema le brinda para cada caso. Ya no se apela a la evidencia inmediata y el método se torna más intrincado. En eso, y en particular en Alexy, es capital la aportación del constructivismo ético. No se sostiene que una elemental operación intelectual o un mero cálculo pueda llevar al juez a descubrir en el sistema jurídico-moral lo justo, sino que el juez ha de hacer abstracción de su subjetividad y, una vez que ha delimitado cuáles son los valores y principios concurrentes, debe preguntarse cómo decidirían ese caso cualesquiera sujetos racionales que no estuvieran sometidos a condicionamientos y limitaciones de todo tipo, y que buscaran el acuerdo de la comunidad ideal de habla o del auditorio universal y no dejaran de argumentar racionalmente con sus interlocutores igual de racionales hasta que se alcanzara el acuerdo sobre la solución mejor, que por ser la solución así racionalmente acordada, es la solución única objetivamente debida. Pues solución correcta para cada caso será aquella sobre la que hipotéticamente podrían estar de acuerdo cualesquiera sujetos que sobre las alternativas decisorias dialogasen en condiciones argumentativas ideales y con pleno respeto a las reglas de la argumentación racional.

Por tanto, el sujeto de carne y hueso que, como el juez, tiene que dirimir un conflicto que es jurídico sin dejar de ser en su fondo un conflicto

moral²⁰, ha de comenzar en sí mismo, planteándose las alternativas decisorias en el caso, y ha de salir luego de sí mismo para interrogarse acerca de cómo decidiría él si en lugar de ser él fuera muchos y en lugar de estar cognitivamente limitado como él está, decidiera bajo condiciones de racionalidad perfecta. Y a ese juez que por razón de sus limitaciones fácticas (falta de tiempo, insuficiencia de la información disponible....) y cognitivas (no es un sabio absoluto, tienen lagunas en su formación, prejuicios, sesgos, ideología...) no puede por definición descubrir cuál es la solución objetivamente correcta, se le pide que aplique la solución objetivamente correcta como si la hubiera podido descubrir; y por eso se dice que no tienen discrecionalidad, sino que, el decidir cada caso, está amarrado a la razón objetiva y de él independiente.

Uno de los más interesantes enigmas de la teoría jurídica alexyana está en cómo puedan conciliarse y combinarse el modelo de racionalidad argumentativa de la decisión judicial que Alexy nos presenta en su *Teoría de la argumentación jurídica*, con su fuerte inspiración constructivista, y el modelo de ponderación que nos propone a partir principalmente de su obra *Teoría de los derechos fundamentales*, ya patentemente formalista. Pero, más allá de esa duda sobre la que no me toca extenderme aquí, en Alexy, y antes en Dworkin, y en todo el constitucionalismo principialista actual, está de un modo u otro presente esa idea de que la decisión correcta de cada caso en derecho no solo se encuentra predeterminada en el fondo axiológico del sistema jurídico y es cognoscible a base de seguir cierto proceder metódico que es más propio del razonamiento moral que del razonamiento jurídico-formal o técnico-jurídico, sino que el juez hallará esa solución tanto más, cuanto más sea capaz de abstraerse de sí mismo y sus circunstancias y de razonar como un sujeto genérico, como un decidor perfectamente imparcial, como un ser dotado de razón que consigue pensar sin los condicionamientos de sus circunstancias y de su biografía. De ahí que, desde esos patrones teóricos, se crea que si todos los jueces fueran perfectamente racionales, todos decidirían de modo igual el mismo caso porque, a la postre, la verdad no tiene más que un camino y ese camino es el mismo para Agamenón o para su porquero.

Para el iusmoralismo de la única respuesta correcta, ante casos jurídicos iguales tendrán igual motivo todos los sujetos para dar con la misma

20 Esto significa la llamada “tesis del caso especial” de Alexy.

respuesta, que es la que en el fondo del sistema jurídico late y aguarda a ser aplicada; y si los decididores a veces divergen, será debido a que existen defectos en el razonar que ocluyen el camino hacia la verdad objetiva y el orden debido. Porque, a la hora de la verdad, todo el que mentalmente visita el auditorio universal vuelve de allá poseído por la solución justa del caso, que es la que aceptan imparcialmente todos esos individuos ideales que en tal auditorio imaginario argumentan y acuerdan.

Insisto en que para el derecho continental está mal planteada esa antítesis y en que la contienda es entre racionalismo e irracionalismo jurídico. Así, por ejemplo, Kelsen, que en tantas cosas discrepaba del realismo jurídico empirista de Alf Ross, en su teoría de la decisión judicial se alinea con los irracionales, mientras que, sin embargo, autores de hoy como Dworkin o Alexy tendrían que incluirse sin duda entre los racionalistas. Y, por otro lado hay que recordar de nuevo que *poco o nada tienen que ver las teorías formalistas de la decisión judicial con las teorías formalistas de la validez jurídica*. La doctrina kelseniana es formalista en cuanto a la validez del derecho, pero indudablemente antiformalista en su concepción de la decisión judicial y de la praxis jurídica. Su teoría es “pura” en cuanto teoría de la ciencia jurídica, pero radicalmente “impura” al explicar la decisión judicial y cuantas decisiones en el mundo del derecho acontecen. Y bastantes de los iusmoralistas que combaten a conciencia las teorías formalistas de la validez jurídica podrían seguramente ser incluidos entre los que se acercan a una teoría formalista de la decisión judicial. Pues, insisto, si el contenido de la decisión correcta está de alguna manera predeterminado y es independiente por completo de la voluntad o discrecionalidad del que decide, y si hay un método “formal”, como la ponderación, que vale para extraer con toda o mucha objetividad esa decisión correcta para cada caso, algo o mucho de formalista hay en tal teoría de la decisión judicial²¹. Lo contrario a decisión formalista sería decisión discrecional y si no llamamos forma-

21 Oigamos a Alexy (2003) sobre el peculiar formalismo de la ponderación: “Comenzamos con la pregunta de si existe una estructura formal de la ponderación que sea en algún sentido similar al esquema general de la subsunción. La respuesta que podemos dar ahora es positiva. A pesar de algunas diferencias importantes, la semejanza es sorprendente. En ambos casos se puede identificar un conjunto de premisas de las cuales es posible inferir el resultado. Ni la fórmula de la subsunción ni la fórmula del peso contribuyen de manera directa a la justificación del contenido de esas premisas. En esa medida, ambas son completamente formales. Pero esto no tiene por qué aminorar el valor que hay en identificar la clase y la forma de las premisas que son necesarias para justificar el resultado. No obstante, la relación entre las premisas y el resultado es diferente. La fórmula de la subsunción representa un esquema que funciona de acuerdo con las reglas de la lógica; la fórmula del peso representa un esquema que funciona de acuerdo con las reglas de la aritmética” (cito por la traducción de Johanna Córdoba, p. 109) Ese peculiar formalismo de Alexy lo destaca por ejemplo Moreso: “Mientras la subsunción es un esquema que trabaja con arreglo a las reglas de la lógica, la ponderación trabaja de acuerdo a las reglas de la aritmética”. (Moreso, JJ, 2009: 230).

listas a los iusmoralistas que en su teoría de la decisión judicial niegan la discrecionalidad o la convierten en marginal, habría que buscar un término similar que los describiera.

El formalismo de la decisión judicial, por tanto, es una dirección de la teoría jurídica que se opone a la afirmación de la discrecionalidad como propiedad insoslayable de la decisión de los jueces, tal como afirman las principales corrientes iuspositivistas del siglo XX, empezando por Kelsen y Hart y siguiendo con Bobbio o Ferrajoli, por no hablar del irracionalismo extremo del positivismo empirista propio de los realistas jurídicos, antiformalistas radicales. *El formalismo de la decisión judicial*²² es característica definitoria de las teorías de la única respuesta correcta en derecho. Si en el sistema jurídico está de algún modo predeterminada o prediseñada la solución para cualquier caso, se necesita algún razonamiento “formal” para que quien en derecho decide los casos pueda hacer llegar a su conciencia, a su conocimiento, esa solución externa a él y que él de ninguna manera determina o reconfigura. Podrá ser, por tanto, un cálculo lógico o “aritmético”, un pesaje, una intuición objetiva o cualquier proceder que afiance la correspondencia objetiva entre el fallo que el juez emite y lo que el sistema jurídico manda que el juez falle, al margen por completo de las preferencias de tal juez.

Así puestas las cosas, el mayor riesgo se encuentra en la desfiguración de la solución única objetivamente correcta, de resultas de la interferencia de algún factor subjetivo del juez, sea su ideología, sus prejuicios, su interés, su moral personal, etc. El juez será tanto más fiel al resultado objetivo que para cada caso el sistema jurídico le señala cuanto más salga de sí mismo, cuanto menos sea él mismo, como individuo “situado” y condicionado, y cuanto más se comporte como individuo genérico, como sujeto sin atributos individualizadores, como observador radicalmente imparcial, cuanto menos personal y más “mecánica” sea su manera de ubicarse ante el caso; cuanto más, en suma, consiga el juez colocarse mentalmente en la rawlsiana posición originaria y bajo el velo de ignorancia, o cuanto más sea capaz de imaginarse como uno más de los argumentantes perfectamente racionales del perelmaniano auditorio universal o de la habermasiana situación ideal de diálogo.

Aquí es donde la teoría de la argumentación jurídica al estilo de Alexy se da la mano con el constructivismo ético. El sistema jurídico, con-

²² No de la teoría de la validez jurídica, repito.

cebido en clave iusmoralista como la de Alexy, prescribe que la decisión judicial sea ante todo justa, y en caso de que haya una tensión fuerte entre las demandas de la justicia y las del derecho “formal”, vencerá la justicia y la decisión plenamente jurídica será, curiosamente, la decisión *contra legem*, porque como tantas veces resalta Alexy, la decisión jurídica es un caso especial de la decisión práctica general y, por tanto, lo que a la postre busca siempre es la decisión moralmente correcta de cada caso, y gana la moral cuando es fuerte la tensión entre lo que la justicia prescribe y lo que la norma jurídico-positiva manda. Para eso sirven los principios, con su anclaje en valores morales, para justificar como plenamente jurídica la decisión *contra legem*, la decisión opuesta a la regla legal, presentada como decisión que no nace de una preferencia moral personal del juez o tribunal, sino como objetivo resultado de un pesaje llevado a cabo conforme a los pasos del método ponderativo. Pesar o ponderar principios es una manera de sentar caso a caso cuál es la solución *moralmente* mejor para el caso jurídico, si la que prescribe la norma positiva que venga al caso o la que mande el principio de raigambre moral que a esa norma positiva en ese caso se opone. Pues no debemos perder de vista que la ponderación es una operación de cotejo moral²³ de opciones decisorias, es un esquema de razonamiento moral, como corresponde a la radicalidad con que, para Alexy, el derecho está al servicio de la moral, y a la rotundidad con la que pretende demostrar que jamás hay que hacer caso al legislador, ni siquiera al más democrático, cuando su solución para un caso choque con las demandas claras de la moral verdadera.

7. ¿RACIONALIDAD ARGUMENTATIVA?

¿Cómo puede el juez saber cuál es la solución moral y justa para el caso, a fin de ver si esa solución moralmente correcta cuadra o no con la solución legalmente prevista? Aquí, repito, Alexy ofrece dos opciones que no me parecen muy fácilmente conciliables. La primera y más obvia es la de la ponderación. La otra, la de la racionalidad argumentativa. La ponderación consiste en pesar y aplicar la fórmula del peso, según aquel esquema aritmético que es distinto del esquema lógico de la mera subsunción, pero igualmente formal y formalista.

²³ Más ampliamente, véase García Amado, J.A. 2016a.

La racionalidad argumentativa consiste en exigir que los argumentos en pro de cada solución se manejen no cotejándolos con las preferencias y creencias del juez o individuo llamado a decidir el caso, sino del modo como los considerarían cualesquiera miembros de una comunidad de argumentadores perfectamente racionales e imparciales. Lo que ellos decidirían, en su caso, es lo que debe decidir el juez, que en realidad no es ni puede ser uno de ellos, aunque lo desee y se le pida que lo intente. Ese es el paso que va de Dworkin a Alexy. Mientras que el Hércules dworkiniano es un ideal puramente postulado pero que no se desempeña en ningún sitio, el argumentador racional de Alexy es un humano genérico que vive en la teoría de una sociedad perfecta de argumentadores sin tacha. Hércules es un genio imaginado, pero el argumentador racional de Alexy es cualquiera de nosotros al que postulamos colocado en un contexto que asegure la imparcialidad de su razonamiento; cualquiera de nosotros tal como somos, pero sin biografía, sin ideología, sin prejuicios, sin creencias definidas... Cualquiera de nosotros, como seres con biografía, ideología, prejuicios, creencias, debe decidir los casos, en tanto que juez, como si estuviera “allá” y no aquí, como si fuera perfectamente racional e imparcial, en lugar de ser como es. Hay que empezar por intentarlo, luego conviene creérselo y a continuación se decide diciendo que ya está y que así fue²⁴.

Por su parte, las corrientes teóricas de estilo positivista que proclaman la discrecionalidad judicial como elemento ineludible en la decisión²⁵, ya sea en medida mayor o menor según los casos, y que, por tanto, se oponen al formalismo de las teorías de la única decisión correcta en derecho (o casi), ponen por delante lo que los otros niegan: la insoslayable influencia de los elementos subjetivos en las decisión judicial. Lo que para los formalistas es un riesgo que no logran ignorar, pero que tratan de deterrar, para iuspositivistas o antiformalistas es una certeza y, todo lo más, se pueden buscar recursos para que esa inevitable discrecionalidad judicial no degenerate en incontrolable y fatídica arbitrariedad. En esto es donde podemos apreciar una escala de radicalidad, con su polo más optimista en quienes creen que caben instrumentos que en alguna medida controlen el

24 Estamos muy cerca de ese modelo de teórico o profesor de Derecho que Andrés Jakab denomina modelo del teórico “profeta” y que pretende siempre decir a los jueces cómo deben decidir. Ese modelo de teórico “profeta” considera que él sabe siempre cómo hay que decidir cada caso y que los jueces deben sentenciar en correspondencia con eso que él sabe, siguiéndolo a él. Su sabiduría proviene de un conocimiento profundo de los fundamentos de la vida social y de las supremas verdades morales, traducidas a principios jurídicos, si acaso. “Es un Hércules y, si lo seguimos a él, acabaremos siendo como él”, pura luz, inmaculada sabiduría, portavoz de la verdad y la justicia para cada caso. Véase Jakab 2011: 765ss.

25 Así, entre tantísimos, Ferrajoli, L., 2011: 20.

alcance y los efectos de la discrecionalidad judicial, y con su polo opuesto en los más extremos irracionalistas, para los que ningún modo existe de controlar la libérrima voluntad de los jueces y su poder para decidir cada caso como les dicte su preferencia o como determinen sus vísceras morales, si así se puede decir. Para estos escépticos completos, la única vía que las sociedades tienen para evitar los desastres derivados del supremo poder de los jueces para decidir como quieran y presentar sus decisiones como resultado de lo más objetivo del derecho y sus más recónditos principios consiste en procurar que esos jueces tengan una buena formación, sean socialmente responsables y cultiven una ética personal bien estricta, que los lleve a ser decentes y, en la medida de lo posible, considerados con los intereses del prójimo y no preocupados tan solo con el cultivo esmerado de los suyos propios²⁶.

Los que no son tan irracionalistas o escépticos pueden llegar a algún acuerdo sobre la utilidad de las reglas argumentativas o del modelo de racionalidad argumentativa como herramienta para un cierto control del uso que de sus márgenes de discrecionalidad el juez haga²⁷. Tres grupos podríamos mencionar aquí sintéticamente. Los “formalistas” de la única decisión correcta y que se inspiran en Alexy y el constructivismo ético piensan que la racionalidad argumentativa, en cuanto racionalidad imaginada en su ejercicio en una comunidad ideal de hablantes, sirve para mostrar el camino hacia la única respuesta jurídicamente válida, que es la única respuesta moralmente correcta, a la postre. Que no quede muy claro cuánto de esa decisión jurídica perfectamente objetiva y racional se consigue mediante tal expediente constructivo-argumentativo y cuánto se alcanza a base de ponderar siguiendo los tres pasos por Alexy marcados (tests de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), es algo que, repito, no me toca analizar en esta sede; y tampoco puede aquí mi examen ir mucho más allá de señalar que en Alexy hay dos épocas y que la segunda, la de la ponderación, implica un énfasis formalista que no aparecía en sus primeros tiempos, los de su libro *Teoría de la argumentación jurídica*.

Como segundo grupo, habría un positivismo jurídico no radical en su irracionalismo y no necesariamente vinculado al relativismo ético o a

²⁶ Sirva como ejemplo de este enfoque lo mucho que sobre la selección de los jueces de entre los juristas más expertos y mejor formados y de entre los más decentes de ellos escribieron los autores de la llamada escuela de derecho libre, con Ernst Fuchs a la cabeza, en Alemania en los comienzos del siglo XX. Véase García Amado, J.A., 1997.

²⁷ Cfr. García Amado, J.A., 2016b.

posturas antiobjetivistas en metaética. Ese iuspositivismo moderado vería utilidad al modelo de racionalidad argumentativa, no como vía para el hallazgo de la única solución correcta, sino como instrumento para detectar decisiones judiciales deficientemente racionales por falaz o insuficientemente argumentadas. Y en el tercer grupo estarían los que, más próximos a un iuspositivismo empirista de corte realista que a uno normativista, piensan que para nada sirve tampoco la teoría de la argumentación, con su énfasis en ciertos modelos de racionalidad argumentativa, al tiempo de acotar o controlar la total libertad del juez cuando decide como mejor le parece y de justificar su decisión como mejor nos convenza.

Para los primeros, los iusmoralistas como Alexy, la racionalidad argumentativa es instrumento privilegiado de la razón práctica que manda sobre el derecho y la decisión judicial. Para los segundos, los iuspositivistas no completamente escépticos, la racionalidad argumentativa es un útil práctico para detectar posibles decisiones arbitrarias, aunque no sirva para encontrar o fundar la única decisión correcta en cada caso. Para los terceros, la racionalidad argumentativa es una revitalización de la simple retórica, con la que puede cualquiera que decida presentar seductoramente su decisión, si es hábil en el manejo de los recursos argumentativos.

A mi modo de ver, es indudable que la teoría de la argumentación, tal como la iniciaran precursores como Viehweg, Perelman o Recaséns y tal como se plasma en el “primer” Alexy, ha rendido frutos importantes a la teoría de la decisión judicial, al margen de que se esté de acuerdo o no con la tesis del caso especial de Alexy y con su iusmoralismo. Quiero decir que hay un modelo básico de racionalidad argumentativa que es asumible por cierto iuspositivismo o por cualquier teoría no iusmoralista del derecho. Son las bases de esa teoría que compartieron autores en algunos sentidos tan diferentes como Aarnio, Peczenick, Wróblewski, MacCormick, Alexy o Atienza, entre muchos otros. Esa que podríamos llamar teoría básica de la argumentación jurídica ha servido para rehabilitar la lógica formal como instrumento útil para el análisis de la racionalidad de las decisiones judiciales, dentro de su dimensión de justificación interna, según la archiconocida distinción introducida por Wróblewski. También ha impulsado el estudio de las condiciones de uso racional de muy distintos argumentos, interpretativos y no interpretativos, frecuentes en la motivación de las sentencias. Y, por mencionar una tercera utilidad difícilmente

negable, la teoría “básica” de la argumentación ha incentivado el estudio en la teoría jurídica de las falacias y su uso y su papel en el razonamiento jurídico. ❖

REFERENCIAS

Alexy, R. (2003). On Balancing and Subsuntion. A Structural Comparison”, *Ratio Iuris*, 16, 2003, pp. 433-449. Hay dos traducciones al español; una de Johanna Córdoba, titulada “Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”, en *Pensamiento Jurídico*, 16, 2006, 93-111, trad. de Johanna Córdoba; y otra de Luis Felipe Vergara Peña, con el título de “De la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”, en E. Montealegre Lynnett, N. Bautista Pizarro, L.F. Vergara Peña (comp.), *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el Derecho alemán*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 39-62.

- (2009). “Sobre derechos constitucionales a protección”. En Alexy, R., *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, ed. de R. García Manrique, 2ª ed., 13-84.

- 2015. “Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa”. En Fabra Zamora, J.L., García Jaramillo, L. (coords.), *Filosofía del Derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 215-230.

Andrés Ibáñez, P. (2007). *Los “hechos” en la sentencia penal*, México: Fontamara.

Bernuz Benítez, M.J. (2006). *François Gény y el Derecho. La lucha contra el método exegético*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bydlinski, F. (1991). *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien/ New York: Springer, 2ª ed.

Calvo García, M. (1986). “Metodología e interpretación: el postulado de la racionalidad del Legislador?”. *Anuario de Filosofía del Derecho* 3, 101-132.

Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia. 1. Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Car-

los Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel.

García Amado, J.A. (1997). “Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. 14, 803-825.

- (2012). “Sobre formalismos y antiformalismos en la Teoría del Derecho”. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 3, 13-43.

- (2016a). “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación”. *Revista Iberoamericana de Argumentación*, 13, 1-22.

- (2016b). “¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica?”. *Teoría & Derecho*. 20, 42 - 63.

García Salgado, M.J. (2011). *La jurisprudencia de intereses de Philipp Heck*, Granada: Comares.

Garzón Cárdenas, R. (2018). “La subsunción de Alexy y la pregunta por la racionalidad de la ponderación”. *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, nueva época, 8, 133-160.

Günther, F. (2013). “<<Jemand der sich schon vor fünfzig Jahren selbst überholt hatte>>. Die Nicht-Rezeption Hans Kelsens in der bundesdeutschen Staatsrechtslehre der 1950er und 1960er Jahren”. En Jestaedt, M. (ed.), *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck.

Jákab, A. (2011). “Seven Role Models of Legal Scholars”, *German Law Journal*, 12, 2011, 757-784.

Moreso, J.J. (2009). “Alexy y la aritmética de la ponderación”. En García Manrique, R. -ed.- *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2ª ed., 2009, 223-248.

Pawlowski, H-M. (1981). *Methodenlehre für Juristen*. Heidelberg/Karlsruhe: C.F. Müller.

Rückeert, J., Seinecke, R. (2017). “Zwölf Methodenregeln für den Ernstfall”. En Rückert, J., Seinecke, R. (eds.), *Methodik des Zivilrechts von Savigny bis Teubner*, Baden-Baden, Nomos, 3ª ed., 39-51.

Schlink, B. (2005). “¿Por qué Carl Schmitt?”. *Precedente. Revista Jurídica*, 47.

Seinecke, R. (2017). “Methode und Zivilrecht beim <<Begriffsjuristen>> Jhering (1818-1892)”. En En Rückert, J., Seinecke, R. (eds.), *Methodik des Zivilrechts von Savigny bis Teubner*, Baden-Baden, Nomos, 3ª ed., 148-176.

Wesel, U. (2004). *Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik*, Munchen: Karl Blessing.

Zaccharia, G., 2016. "Il diritto come pratica interpretativa: Ronald Dworkin". En: Bongiovanni, G., Pino, G., Roversi, C., *Che cosa è il Diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*. Torino: Giappichelli, 413-440.

Caso Julgado e Autoridade de Caso Julgado no Código de Processo Civil Português

Rui Pinto

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Os artigos citados ou referidos são do Código de Processo Civil português, aprovado pela Lei nº 41/2013, de 26 de junho, salvo indicação em contrário.

SUMÁRIO : 1. Relações de identidade entre causas: a exceção dilatória de caso julgado — justificação; a “tríplice identidade”; irrelevância dos factos complementares e das qualificações jurídicas. 2. Continuação: aferição concreta e efeitos da exceção de caso julgado; os casos julgados contraditórios. 3. Relações de não identidade entre causas: a autoridade de caso julgado — requisitos; extensão a terceiros, ao abrigo do caso julgado *secundum eventum litis*. 4. Continuação — justificação; contraposição com a exceção de caso julgado. 5. Continuação: relações de prejudicialidade entre causas, em especial. 6. Continuação: relações de concurso entre causas de pedir, em especial, no caso julgado positivo. 7. Continuação: relações de concurso entre causas, em especial, no caso julgado negativo. 8. Conclusões.

1. RELAÇÕES DE IDENTIDADE ENTRE CAUSAS: A EXCEÇÃO DILATÓRIA DE CASO JULGADO — JUSTIFICAÇÃO; A “TRÍPLICE IDENTIDADE”; IRRELEVÂNCIA DOS FACTOS COMPLEMENTARES E DAS QUALIFICAÇÕES JURÍDICAS.

I. A exceção dilatória negativa de caso julgado, regulada em especial nos artigos 577º al. i) segunda parte, 580º e 581º, dá expressão legal ao *efeito negativo do caso julgado* (ver anotação ao artigo 619º). Este consiste na

proibição de repetição de nova decisão sobre a mesma pretensão; classicamente corresponde-lhe o brocardo *non bis in idem*. No plano constitucional o seu fundamento é o princípio da segurança jurídica insito ao Estado de Direito, do artigo n.º 2 da Constituição.

A ocorrência da exceção de caso julgado, supõe uma particular relação entre ações judiciais: uma **relação de identidade** entre os sujeitos e o objeto de duas causas. Em termos lógicos, pressupõe-se, então, a “repetição de uma causa”, conforme enuncia o artigo 580º n.º 1. Justamente, com base no n.º1 pode afirmar-se que dá-se repetição de causa se *os sujeitos, o pedido e a causa de pedir da segunda ação são os mesmos que os da ação já transitada em julgado*. Cabe aos restantes números do artigo definir cada um dos elementos desta “tríplice identidade” (ac. RC 6-9-2011 / Proc. 816/09.2TBAGD.C1 (JUDITE PIRES) e RP 21-11-2016 / Proc. 1677/15.8T8VNG.P1 (JORGE SEABRA).), enquanto “requisitos”.

II. Para efeitos da exceção de caso julgado (e de litispendência) a lei usa no n.º 4 um conceito restrito de **causa de pedir** que apenas compara os factos principais de duas causas (ver o artigo 5º).

Diferenças ao nível dos *factos complementares* invocados não são consideradas. **Há identidade de causas de pedir ainda que os factos complementares sejam diversos.** *Por ex.*, se numa ação por acidente de viação se qualifica o facto danoso como negligente e noutra ação como doloso, há, ainda assim, identidade de causa de pedir; se numa ação se quantifica o dano em 1 000 e noutra em 10 000 também há identidade de causa de pedir; o mesmo se diga se a data do vencimento for diferente em cada ação pendente relativa a um mesmo crédito: identicamente a aferição das exceções de litispendência e caso julgado perante uma ação de reivindicação não considera uma eventual condição suspensiva de aquisição da propriedade alegada numa ação, mas omitida noutra ação.

Assim, segundo o ac. RP 9-7-2014/Proc. 16/13.7TBMSF.P1 (PEDRO MARTINS) “para efeito da verificação da exceção do caso julgado, se os factos aditados aos factos alegados na outra acção são apenas complementares ou concretizadores de uma causa de pedir que estava suficientemente individualizada, a *causa de pedir é idêntica*”; ou, ainda, se Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça em termos definitivos, “julgou improcedente o pedido de condenação do empregador no reconhecimento ao trabalha-

dor da promoção a um nível salarial superior desde uma determinada data e no pagamento das inerentes diferenças salariais e juros de mora” verifica-se “a exceção dilatória de caso julgado, quando o mesmo trabalhador propõe uma nova ação em que é reclamada a condenação do mesmo Réu na referida promoção desde idêntica data e no pagamento das diferenças salariais vencidas e respetivos juros de mora, sustentando tais pretensões no *mesmo título jurídico ou causa de pedir*, que não sofre, para esse efeito, modificação relevante pela circunstância de o Autor alegar e procurar provar no segundo processo *factos anteriores ou contemporâneos do primeiro pleito judicial, que então não equacionou articular e demonstrar e que estiveram na base do decaimento dos correspondentes pedidos*” (RL 13-5-2015 / Proc. 105/13.8TTALM.L1-4 (JOSÉ EDUARDO SAPATEIRO)).

Também não relevam as diferenças ao nível da *qualificação jurídica* dos factos invocados. **Há identidade de causas de pedir ainda que a qualificação jurídica seja diversa**, tanto se a primeira decisão foi de procedência, como se foi de improcedência.

Assim, se o autor obteve a condenação do réu na restituição de quantia pecuniária cedida a título de mútuo fica também impedido de deduzir o mesmo pedido com fundamento nos mesmos factos, agora qualificados como contrato de mandato; se o autor obteve a condenação no pagamento de certo valor a título de indenização por dano, não pode pedir uma condenação a título de enriquecimento sem causa. E também se o autor pediu a entrega de uma quantia pecuniária com fundamento em contrato de mútuo e o tribunal absolveu o réu do pedido, não pode aquele repetir o mesmo pedido, qualificando os mesmos factos como de mútuo. Em qualquer dos casos, ser-lhe-á oposta a exceção dilatória de caso julgado.

Isto porque a qualificação jurídica dos factos não integra a causa de pedir: a causa de pedir integra os “factos com relevância juridical”, mas não as “qualificações jurídicas que podem ser atribuídas”, escreve TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª ed., 1997, 576; identicamente, LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil. Conceito e princípios gerais à luz do novo Código*, 4ª ed., 2017, 74.

É certo que o autor tem o ónus de alegar como causa de pedir um facto jurídico (n.º 4) de onde retira a sua pretensão. Como tal, tem de dar uma qualifi-

cação jurídica aos eventos da vida que alega; *i.e.*, tem de os subsumir a normas substantivas, como apontamos nas notas ao artigo 5º. Mas, visto que o tribunal não está vinculado à qualificação do autor, nos termos do artigo 5º n.º 3 – e daí a possibilidade de improcedência do pedido por razões de direito – o autor sujeita-se a que, em caso de procedência ou improcedência, não possa colocar nova ação com nova qualificação jurídica. Em suma: “o caso julgado abrange todas as possíveis qualificações jurídicas do objeto apreciado”, pelo que “quando o objeto apreciado for susceptível de comportar várias qualificações jurídicas [...] o caso julgado, ainda que referido a uma única dessas qualificações, abrange-as a todas elas” (TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos* cit., 576).

III. Por seu turno, para a **identidade de sujeitos** a lei não exige a presença das mesmas e concretas pessoas físicas ou jurídicas nas duas causas, mas, antes, releva a *sua qualidade jurídica na relação material controvertida*, de modo a abranger, nomeadamente, os transmissários ou sucessores do direito ou bem litigioso, e de modo a ser irrelevante a concreta posição processual ocupada pelos sujeitos nas duas causas — se autor, réu, requerido ou requerente.

A abrangência de transmissários ou sucessores no direito ou bem litigioso significa que o caso julgado pode ser oposto ao cessionário, herdeiro ou adquirente do direito, mas não a condevedores, parciários ou solidários, os devedores subsidiários, e, em geral, aos sujeitos que poderiam participar como litisconsórcio voluntário e não têm a mesma qualidade jurídica. O caso julgado não lhe pode ser oposto, a menos que o litisconsórcio voluntário seja unitário, como *por ex.*, sucede entre os proprietários em ação de reivindicação instaurada por um deles, por força do artigo 1405º n.º 2 CC (ver anotação ao artigo 32º).

Justamente por isso, pode a lei prever expressamente litisconsórcio necessário, conforme o artigo 33º (ver a anotação respetiva).

Enfim, a lei pode, sim, prever que o terceiro, querendo, possa aproveitar do caso julgado: o terceiro condevedor solidário, pelo artigo 522.º CC, o credor solidário, pelo artigo 531º CC, o credor de obrigação indivisível, pelo artigo 538º, n.º 2 CC, o terceiro fiador, pelo artigo 635.º CC, ou o terceiro hipotecário, pelo artigo 717º n.º 2 CC, podem invocar o caso julgado alheio. É a extensão subjetiva do caso julgado *secundum eventum litis*.

Já a irrelevância da concreta posição processual ocupada significa que se antes o sujeito foi autor e, numa segunda causa, é réu, irreleva para a exceção de caso julgado; e inversamente. Não por acaso, o artigo 564º al. c) determina que a citação “[i]nibe o réu de propor contra o autor ação destinada à apreciação da mesma questão jurídica”.

IV. Finalmente, o **pedido** é o *efeito jurídico* que a parte ativa pretende obter pela decisão do tribunal e que ela retira materialmente da causa de pedir que invoca, o qual “pedido” é sinónimo de *ação* na terminologia do artigo 10.º — uma espécie de ação é a *espécie de “efeito jurídico”* pretendido (cf. art. 581.º, n.º 3).

Esse *efeito jurídico* têm por objeto *certo e determinado bem jurídico* a que se refere a causa de pedir. Em termos simples, o pedido tem por *objeto imediato* determinado efeito jurídico que se retira da causa de pedir, e por *objeto mediato* o bem jurídico a que se refere a causa de pedir.

Donde, há identidade de pedido quando em causas diferentes a parte ativa pretende uma sentença com *idêntico efeito jurídico para um mesmo e determinado bem jurídico*.

2. CONTINUAÇÃO: AFERIÇÃO CONCRETA E EFEITOS DA EXCEÇÃO DE CASO JULGADO; OS CASOS JULGADOS CONTRADITÓRIOS.

I. No plano prático, a relação de identidade entre causas apura-se mediante a *consideração dos efeitos que uma eventual segunda decisão de mérito terá sobre a primeira decisão de mérito*.

Desde logo, e como pressuposto pelo artigo 619º, n.º 1, **impõe-se que a primeira decisão haja transitado em julgado**, nos termos do artigo 628º. Se a decisão está ainda pendente de recurso ordinário ou de reclamação, a exceção adequada é a da litispendência, conforme a primeira parte do artigo 580º, n.º 1.

Depois, há que **comparar o teor da parte dispositiva da decisão já transitada com o perímetro potencial decisão a proferir no segundo processo**, segundo as soluções plausíveis da questão de direito, para o qual releva o objeto e os sujeitos determinados pelo autor na petição. Para tanto, deve ser comparado tanto o sentido da parte dispositiva (de condenação ou absolvição) como o teor da condenação, como se retira tanto

do ac. STJ 9-7-1986 (MANSO PRETO), BMJ 359, 549, como do ac. RL 17-10-2013 / Proc. 156/12.0T2AMD.L2-2 (TIBÉRIO SILVA)).

Note-se: para a ponderação da exceção de caso julgado não relevam as impugnações e exceções apresentadas pelo réu na contestação, à semelhança, aliás, do que sucede com os demais pressupostos processuais. Naturalmente, que se o réu deduzir uma reconvenção, aí o problema já lhe põe, dado ser um autor.

Essa comparação será levada a cabo logo no saneador, por força do artigo 595º, n.º 1 al. a), salvo se a ação admitir despacho liminar. A lei impõe ao tribunal que o faça, mesmo oficiosamente, nos termos do artigo 578º, tanto para a ação do autor, como para o pedido reconvenicional do réu.

Se o tribunal concluir que, conforme o legislador enuncia no artigo 580º, n.º 2, *ficar colocado na alternativa de ou contradizer ou de reproduzir, no todo ou em parte, a sentença já proferida em ação anterior, ser-lhe-á vedado* conhecer do segundo pedido.

Efetivamente, o efeito negativo do caso implica que, transitada em julgado uma decisão judicial, o mesmo tribunal (caso julgado formal, do artigo 620º) ou todos os tribunais (caso julgado material, do artigo 619º) ficarão sujeitos tanto a uma “proibição de contradição da decisão transitada” como a “uma proibição de repetição daquela decisão”, no dizer de TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª ed., 1997, 574, na esteira dos acs. STJ 26-1-1994, BMJ 433, 515 e STJ 17-2-1994, BMJ 434, 580.

Tal proibição constrói um sistema de estabilização das decisões judiciais que se resume ao enunciado seguinte: um tribunal não pode afastar ou confirmar uma anterior decisão já proferida (cf. artigo 580º, n.º 2) independentemente de ser alheia ou, mesmo, de sua (cf. artigo 613º, n.º 1). Apenas em sede de impugnação de decisões judiciais (*maxime*, por recurso) pode um tribunal afastar ou confirmar uma prévia decisão; mais: apenas em sede de recurso extraordinário (cf. artigos 627º, n.º 2 segunda parte e 696º, por ex.,) pode ser afastada ou confirmada uma decisão *já transitada em julgado*.

II. Enfim, decidindo da exceção dilatória, o tribunal manterá a causa ou absolverá a parte passiva da instância, nos termos do artigo 576º, n.º 2, primeira parte. Havendo despacho liminar, será de indeferimento.

III. Se, apesar do caso julgado prévio, o tribunal da ação posterior vier a proferir decisão de mérito, esta padecerá de nulidade processual por violação de lei de processo, em particular, do artigo 580º, n.º 2. Tal nulidade será fundamento de recurso ordinário, sempre garantido pelo artigo 629º, n.º 2, al. a), *in fine*, mas, já não de recurso de revisão de sentença, do artigo 696º, ao contrário do se previa no artigo 771º, al. g), anterior à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de agosto. Havendo execução de sentença, o executado pode sempre opor o caso julgado anterior à sentença que se executa, ao abrigo do artigo 729º, al. f).

Se a segunda decisão não chegar a ser revogada, e pese embora a respetiva nulidade se ter sanado, por força da regra do artigo 628º, conjugada com o artigo 696º a *contrario*, porém vale a regra cardinal enunciada no artigo 625º, n.º1, sobre **casos julgados contraditórios**, e nos seguintes termos:

se a segunda decisão for *contraditória* com a primeira decisão, a dita regra de “[h]avendo duas decisões contraditórias sobre a mesma pretensão, cumpre-se a que se passou em julgado em primeiro lugar”, o que, obviamente, implica que a segunda decisão é inutilizada ou ineficaz e, não, nula (ver, STJ 9-7-1986 (MANSO PRETO), BMJ 359, 549 e RL 17-10-2013 / Proc. 156/12.0T2AMD.L2-2 (TIBÉRIO SILVA)); a respetiva ineficácia será declarada na respetiva instância (STJ 9-7-1986 (MANSO PRETO), BMJ 359, 549);

se a segunda decisão *repetir* a primeira decisão, cumpre-se a segunda decisão, inutilizando-se a mais antiga, ela, sim, ineficaz.

Para este efeito, a contraditoriedade entre decisões não tem que resultar de uma coincidência integral entre o sentido e o teor da parte dispositiva (ver o que se escreveu mais acima), sendo bastante que não existam diferenças essenciais entre ambas. Assim, o ac. STJ 9-7-1986 (MANSO PRETO), BMJ 359, 549, seguido do ac. RL 17-10-2013 / Proc. 156/12.0T2AMD.L2-2 (TIBÉRIO SILVA) julgou que a contradição “deve referir-se não apenas ao sentido das decisões (condenação e absolvição), mas também aos próprios termos das condenações, abrangendo, por isso,

os casos em que as decisões *somente divergem quanto à medida das sanções* concretamente decretadas. Em todos estes casos, as decisões não são coincidentes ou conciliáveis, mas divergentes, inconciliáveis ou contraditórias”.

3. RELAÇÕES DE NÃO IDENTIDADE ENTRE CAUSAS: A AUTORIDADE DE CASO JULGADO — REQUISITOS; EXTENSÃO A TERCEIROS, AO ABRIGO DO CASO JULGADO *SECUNDUM EVENTUM LITIS*.

I. Por seu turno, o *efeito positivo* ou **autoridade do caso julgado** (ver anotação ao artigo 619º) tem sido definido como a vinculação das partes e do tribunal a uma decisão anterior (TEIXEIRA DE SOUSA, *O objecto da sentença e o caso julgado material (O estudo sobre a funcionalidade processual)*, BMJ 325, 159). Classicamente, corresponde-lhe o brocardo *judicata pro veritate habetur*.

A possibilidade de uma autoridade de caso julgado apresenta **duas exigências objetivas**: uma exigência negativa e uma exigência positiva.

Assim, como **exigência negativa**, a autoridade de caso julgado opera em simetria com a exceção de caso julgado: em qualquer configuração de uma causa que não seja de identidade com ação anterior; ou seja, supõe uma **não repetição de causas**. Se houvesse uma repetição de causa, haveria, *ipso facto*, exceção de caso julgado.

Nesse sentido, o ac. RG 7-8-2014 / Proc. 600/14TBFLG.G1 (JORGE TEIXEIRA) julgou que na autoridade de caso julgado “não se exig[e] [...] a coexistência da tríplice identidade mencionada no artigo 498º [atual artigo 581º] do Código de Processo Civil”; identicamente, RC 6-9-2011 / Proc. 816/09.2TBAGD.C1 (JUDITE PIRES), RG 17-12-2013 / Proc. 3490/08.0TBACL.G1 (MANUEL BARGADO) e RP 21-11-2016 / Proc. 1677/15.8T8VNG.P1 (JORGE SEABRA).

Para tanto, basta que não ocorra um dos requisitos exigidos pelo artigo 581º: assim, não há repetição de causa se uma das partes que não é a mesma da primeira causa ou se a parte ativa pretende (i) *obter o mesmo efeito jurídico de outros fundamentos*, (ii) *retirar diferente efeito jurídico dos mesmos fundamentos*, ou (iii) *obter diferente efeito jurídico de outros fundamentos*.

Nessa configuração, não se verificam as previsões dos artigos 577º, al. i), 580º e 581º, pelo que o tribunal pode conhecer do mérito, pois não

está impedido pelo obstáculo da exceção de caso julgado, sem prejuízo de a instância padecer, sendo o caso, de outra exceção dilatória insuperável ou não suprida.

II. Dir-se-ia, porventura, que, assim sendo, desapareceria qualquer fundamento legal para a decisão anterior vincular uma decisão posterior. Alias, a lei é expressa quando determina que a sentença ou despacho que decidam do mérito tem efeitos fora do próprio processo “nos limites fixados pelos artigos 580º e 581º”.

No entanto, tem sido defendida que fora desses limites respeita-se uma autoridade de caso julgado, verificada uma **segunda exigência**: uma *relação de prejudicialidade* (RP 21-11-2016 / Proc. 1677/15.8T8VNG.P1 (JORGE SEABRA)) *ou uma relação de concurso material entre objetos processuais ou, pelo prisma da decisão, entre os efeitos do caso julgado prévio e os efeitos da causa posterior*, seja quanto a um mesmo bem jurídico, seja quanto a bens jurídicos conexos. Veja-se, TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª ed., 1997, 575-576. Naturalmente que na ausência dessas relações “não é invocável a força vinculativa da autoridade de caso julgado”, frisa o ac. RP 21-11-2016 / Proc. 1677/15.8T8VNG.P1 (JORGE SEABRA).

Nessas situações, a consideração do teor de sentença já transitada em julgado poderá determinar o sentido da decisão de mérito, seja para a procedência, seja para a improcedência. Dê-se um exemplo, meramente preliminar: se foi declarada perante B a propriedade de A sobre o imóvel x, será, obviamente, improcedente uma segunda ação em que o B pede a condenação de A na entrega do mesmo imóvel. A causa de pedir é outra, mas percebe-se a incompatibilidade de efeitos materiais e a oposição de julgados.

III. Chegados aqui, devemos acrescentar uma **exigência subjetiva** para que haja uma tal força vinculativa do caso julgado fora do seu objeto processual: a existência de identidade de sujeitos, como definida no artigo 581º, n.º 1. Dito de outro modo, *apenas os sujeitos da primeira decisão, sob o ponto de vista da sua qualidade jurídica, podem opor entre si a autoridade de caso julgado*. Eles não a podem opor a terceiros.

Seria absolutamente inconstitucional, por contrário ao artigo 20º, n.º 3 da Constituição, e ilegal perante o artigo 3º, que uma decisão vinculasse quem foi terceiro à causa.

Neste sentido, o citado ac. RP 21-11-2016 / Proc. 1677/15.8T8VNG. P1 (JORGE SEABRA) decidiu que a “parte que em acção de reivindicação obtém sentença declaratória do seu direito de propriedade sobre determinado imóvel não pode, regra geral, em confronto com um terceiro (que não interveio sob qualquer título na aludida acção prévia) [sic] invocar a seu favor a autoridade de caso julgado e para efeitos de impor a este último, de forma reflexa, um certo conteúdo do direito de propriedade (não concretamente esgrimido e decidido na acção anterior) excludente do direito invocado pelo terceiro em posterior acção contra si interposta”.

IV. Não obstante, esta exigência subjetiva pode ser alargada às situações de *invocação por terceiros, de caso julgado* secundum eventum litis, atrás apontadas.

Trata-se de um mecanismo que tanto abrange uma mera extensão subjtiva do caso julgado (assim, aos cocredores e aos codevedores), mas também uma extensão a direitos ou obrigações diferentes, mas acessórias, daquelas que foram sujeitas a julgamento — assim, quanto aos terceiros garantantes (máxime, hipotecários, nos termos do artigo 717º, n.º 2 CC) e aos terceiros devedores subsidiários — assim, quanto aos terceiros fiadores que inoquem o artigo 635º CC.

Ora, em qualquer das configurações, o que os terceiros invocarão não será a exceção de caso julgado, mas sim a autoridade do caso julgado. Por outras palavras, e por ex., o fiador que invoca a decisão que extinguiu o crédito afiançado, entre o credor e o devedor principal, não pedirá a sua absolvição da instância, nos termos do artigo 576º, n.º 2, primeira parte, e 577º, al. i), mas a absolvição do pedido. Enfim, esta invocação de caso julgado prévio pode ser útil tanto em situações de relações de prejudicialidade, como em situações de relações de concurso entre o objeto processual julgado e o objeto processual atinente a terceiro credor, devedor ou garante.

4. CONTINUAÇÃO — JUSTIFICAÇÃO; CONTRAPOSIÇÃO COM A EXCEÇÃO DE CASO JULGADO.

I. A autoridade de caso assenta em duas ordens de razões.

A primeira razão é a de que a decisão transitada em julgado constitui um título jurídico (ou fonte) de **efeitos materiais** recognitivos ou constitutivos finais nas esferas das partes: tal como sucede com, por ex., um

contrato, se foi declarado que o autor é o dono de um imóvel, não pode ser emitido um outro título dizendo o oposto, salvo superveniência de uma fonte de efeitos materiais (*vg.*, se o autor vender o bem ao réu).

Como tal, e tudo visto, um sentença prévia constitui um título suficiente para qualquer dos seus destinatários demonstrar perante o outro, em futura causa, factos constitutivos do seu direito (caso se posicione nesta como autor) ou factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (caso se posicione como réu). Por ex., a sentença de oposição à execução que declarou extinta por pagamento uma dívida de D a C, pode ser utilizada para este invocar a extinção da dívida noutra execução que lhe fosse movida por um cocredor cessionário de C.

No entanto, este valor de título recognitivo ou constitutivo de efeitos jurídicos é próprio da sentença que julga procedente o pedido do autor (caso julgado *positivo*); já não o é da sentença que julga improcedente o pedido do autor (caso julgado *negativo*). A improcedência do pedido não é equívale a um reconhecimento da situação material oposta à alegada.

Simplificando: se na sentença de procedência fica declarado o direito alegado, na sentença de improcedência fica declarado que o autor não tem o direito que alega, apenas e só, à luz do concreto facto constitutivo que alegou. Aliás, mesmo a correlativa (contra) procedência de algum exceção do réu (facto impeditivo, modificativo ou extintivo) só tem força obrigatória naquele processo, dada a regra geral do artigo 91º, n.º 2, primeira parte, sem prejuízo, obviamente, da reconvenção, tanto incidental, como autónoma (cf., artigos 91º, n.º 2, segunda parte, e 266º, respetivamente).

Ora, desta diferença de eficácia material entre caso julgado positivo e caso julgado negativo advém profundas consequências para o teor da autoridade de caso julgado da sentença de procedência e da sentença de improcedência.

II. A segunda razão é **estritamente processual** e não passa de uma consequência da primeira.

Lembremos que o efeito negativo e o efeito positivo do caso julgado, *i.e.*, a exceção de caso julgado e a autoridade de caso julgado, são duas faces da especial qualidade da decisão judicial transitada em julgado, nos termos do artigo 628º: a “força obrigatória” da decisão judicial dentro do processo (cf. artigo 620º) e fora dele, quando julgue do mérito (cf.

artigo 619º). Ora, justamente por isso, deve entender-se que o enunciado do artigo 580º, n.º 2, vale tanto para o efeito negativo como para o efeito positivo do caso; ou seja, se “[t]anto a exceção da litispendência como a do caso julgado têm por fim evitar que o tribunal seja colocado na alternativa de contradizer ou de reproduzir uma decisão anterior”, essa finalidade também surge na presença de objetos processuais materialmente conexos.

Com uma diferença, porém: na presença de um objeto processual conexo com o objeto já decidido não está vedado ao tribunal proferir decisão de mérito, porquanto não há a completa identidade de objetos. Porém, no julgamento das questões de direito, o tribunal deverá ter em conta o título jurídico “sentença” prévia.

III. Mas se a existência de prévia sentença entre as partes deve ser de conhecimento oficioso a fim de que o juiz possa aferir se há à exceção de caso julgado — de conhecimento oficioso, *ex vi* artigos 577º, al. i), e 578º, justamente — a autoridade de caso julgado não é de conhecimento oficioso. E por quê? Porque, como se viu, ela resume-se à invocação de sentença anterior para alegar factos principais da causa de pedir da ação ou das exceções, respetivamente, de autor e réu. Ora, apenas às “partes cabe alegar” esses factos, como impõe o n.º 1 do artigo 5º.

IV. Em conclusão: se o *efeito negativo* do caso julgado (exceção de caso julgado) leva à admissão de apenas uma decisão de mérito sobre um mesmo objeto processual, mediante a exclusão de poder jurisdicional para a produção de uma segunda decisão, o *efeito positivo* (autoridade de caso julgado) admite a produção de decisões de mérito sobre objetos processuais materialmente conexos, na **condição da prevalência do sentido decisório da primeira decisão**.

Por outro lado, enquanto o primeiro efeito é de conhecimento oficioso, **a autoridade de caso julgado não é de conhecimento oficioso**.

5. CONTINUAÇÃO: RELAÇÕES DE PREJUDICIALIDADE ENTRE CAUSAS, EM ESPECIAL.

I. Indagando, agora, da autoridade de caso julgado mas relações de prejudicialidade entre causas, segue-se TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos cit.*, 575: “o tribunal da ação dependente está vinculado à decisão proferida na causa prejudicial”.

Essas relações de prejudicialidade tanto podem ser no domínio da **mesma relação jurídica** julgada com caso julgado como no domínio de **relação jurídica acessória**.

Assim, dentro do perímetro da **mesma relação jurídica** há, por ex., relação de prejudicialidade entre a sentença que declarou nulo certo contrato e uma posterior ação de condenação na restituição do bem a que se refere o contrato, ou entre a sentença que anulou certo contrato e uma posterior ação de condenação no cumprimento de uma prestação daquele contrato. Ou, ainda, o réu que foi condendo em ação de reivindicação, em que não invocou usucapião, terá de ver julgada improcedente uma autônoma contra ação de reivindicação a seu favor fundada em usucapião, apesar de a causa de pedir ser diferente.

Já no domínio de **relação jurídica acessória** há, por ex., relação de prejudicialidade entre a sentença que, em reconvenção ou em oposição à execução, julgou extinta (com valor de caso julgado) a dívida do credor principal e uma posterior invocação que o fiador faça da decisão em seu favor, ao abrigo do artigo 635.º CC.

II. Note-se que se o caso julgado anterior for *negativo*, *i.e.*, da improcedência do pedido nada pode ser invocado pelo terceiro devedor ou garante.

Assim, aplicando o que atrás se disse, se o credor vê julgado improcedente o pedido de pagamento pelo devedor principal, que lhe opôs vitoriosamente a exceção de nulidade do contrato, não nos parece que o terceiro devedor ou o garante se possam prevalecer dessa decisão, porquanto o que faz caso julgado é a decisão e não os seus fundamentos, sendo que a decisão que transitou em julgado foi a de improcedência do pedido condenatório, e não uma decisão de inexistência do crédito. O terceiro se quisesse melhor sorte processual deveria ter intervido espontaneamente na causa e pedido a apreciação da nulidade com valor de caso julgado (cf. artigo 91º, n.º 2, segunda parte) ou pedido simples apreciação negativa da dívida, em reconvenção (cf. artigo 266º, n.º 2, al. a) *in fine*).

De todo o modo, o ponto é, claramente, merecedor de uma reflexão mais aturada.

6. CONTINUAÇÃO: RELAÇÕES DE CONCURSO ENTRE CAUSAS DE PEDIR, EM ESPECIAL, NO CASO JULGADO POSITIVO.

I. Relativamente às situações de relação de concurso entre causas, há que distinguir consoante a primeira decisão seja de *procedência do pedido* (caso julgado positivo) ou seja de *improcedência do pedido* (caso julgado negativo). Desse modo, perceber-se-á quando há relações de concurso e, bem assim, o âmbito da autoridade de caso julgado.

Por outro lado, há que distinguir os efeitos quanto ao autor e quanto ao réu.

II. Numa situação de **caso julgado positivo** estão vedadas novas ações entre **os mesmos sujeitos em que o pedido seja o mesmo** e estejam numa relação de **concurso de causas de pedir**.

Assim, se o autor obteve a condenação do réu na restituição de quantia pecuniária a título de mútuo ou no pedido de despejo por certa causa resolutória ou no pedido de declaração de nulidade de certa compra e venda, fica também impedido de deduzir o mesmo pedido com fundamento noutros factos principais, *i.e.*, noutra causa de pedir. Portanto, não pode invocar factos novos que, oportunamente, não invocara para demonstrar o mútuo ou aquela causa de despejo. Para este efeito, é irrelevante se o autor dá aos diferentes factos principais a mesma qualificação jurídica que dera na primeira ação ou se a altera.

A razão é a seguinte: uma vez que a sentença de procedência constituiu um título recognitivo ou constitutivo de efeitos jurídicos, o segundo pedido é *inútil*, pois o seu efeito material já se obteve noutra ação. Por ex., não se pode resolver um contrato de arrendamento já resolvido. Aqui se vê o *efeito positivo do caso julgado*.

Em consequência, na doutrina tem sido defendido que ao autor vitorioso falta interesse processual, por inutilidade inicial da lide para, posteriormente, abrir nova ação por outro fundamento; assim, CASTRO MENDES, *Direito processual Civil II*, 1987, 238-239 e TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos cit.*, 577. Sobre os efeitos dessa falta de interesse processual, veja-se a anotação ao artigo 30º, dividindo-se a doutrina entre a consideração de que o réu deve ser absolvido da instância, em razão de falta de um pressuposto processual inominado, e a consideração de que o autor deve ser condenado em custas se o réu não contestar.

Se quisermos simplificar, pode dizer-se que na perspectiva da posição do autor vencedor, a procedência do seu pedido determina **a preclusão de alegabilidade futura tanto da causa de pedir deduzida como das causas de pedir que poderia ter deduzido**: os primeiros, em razão da exceção de caso julgado, e os segundos em razão da falta de interesse processual. Essa “preclusão” resulta de dois mecanismos processuais distintos, como se constata.

Este fenómeno de preclusão vê-se confirmado em sede de recurso: não pode recorrer a parte que ganhou num pedido, mas perdeu quanto a um dos fundamentos. Isto porque o que releva e vincula as esferas jurídicas em presença são os efeitos do pedido, fundado numa das causas de pedir, e não os fundamentos *in totum*. Ganha a causa pelo autor, ele obteve a decisão com valor de caso julgado e não pode pretender ganhá-la por outro dos fundamentos que alegar.

Em suma: quando se venceu na pretensão de obtenção de certo efeito jurídico é irrelevante por que concretos fundamentos se venceu, de facto e de direito. Embora se continue a ter direito de ação, ao abrigo do artigo 20º, n.º 1, CRP, porém uma procedência é suficiente para o sistema condicionar a repetição do direito de ação.

III. Mas simetricamente e em plena e justa igualdade com o que sucede com o autor vencedor, para o réu vencido a **condenação no pedido determina a preclusão de alegabilidade futura tanto dos fundamentos de defesa deduzidos como dos fundamentos de defesa que poderia ter deduzido**. E também quanto ao réu essa “preclusão” resulta de dois mecanismos processuais distintos.

Efetivamente, o princípio da concentração da defesa na contestação (cf. artigo 573º), incluindo na defesa superveniente (como se deduz da conjugação dos artigos 588º, n.º 1, e 729º, al. g)), determina a **preclusão de toda a defesa** que não haja oportunamente feito valer contra a concreta causa de pedir invocada pelo autor. Assim, o réu que perdeu não pode, depois, na oposição à execução (cf. artigos 729º, al. g), *a contrario*, e 860º, n.º 3º) invocando as exceções que não usara, como, por ex., a nulidade do contrato invocado pelo autor, se negar ao pagamento.

Mas, por outro lado, tampouco o pode fazer em ação autónoma, porque lhe vai ser oposta à **autoridade de caso julgado**, decorrente da

vinculação positiva ao caso julgado assente no artigo 619º, em sede de objetos em *relação de prejudicialidade*. Por ex., tendo sido condendo em ação de reivindicação em que não invocou usucapião, deve ser julgada improcedente uma autónoma contra ação de reivindicação a seu favor fundada em usucapião, apesar de a causa de pedir ser diferente.

Obviamente, que desta preclusão salvam-se todos os fundamentos de defesa que sejam supervenientes: estes podem ser deduzidos tanto a título de exceção (cf. artigo 729º, als. g) e h), como a título de ação. Por ex., autor ganha ação de condenação no pagamento de restituição do capital mutuado e, posteriormente, constitui-se um contracrédito do réu; este pode ser oposto tanto na oposição à execução como em ação autónoma – apesar de conexas com a primeira, o direito de ação do réu (cf. artigo 20º, n.º 1, CRP, e artigo 2º) prevalece sobre a autoridade do caso julgado, do artigo 619º. Em suma: o caso julgado vincula *rebus sic stantibus*.

7. CONTINUAÇÃO: RELAÇÕES DE CONCURSO ENTRE CAUSAS, EM ESPECIAL, NO CASO JULGADO NEGATIVO.

I. As coisas passam-se de modo diferente na situação de **caso julgado negativo**. **Ao autor vencido não está vedado que o autor repita o mesmo pedido, mas com diferentes causas de pedir**: o que transitou foi que *pelo primeiro e concreto fundamento* o autor não tem direito, mas não transitou que ele não possa ter direito *por qualquer outro fundamento fático* não deduzido. Por ex.: pedido o despejo de locado com fundamento em causa resolutive do artigo 1083º, n.º 2, al. a), CC, se o tribunal não decretar o despejo, é obvio que o autor pode repetir o pedido fundado noutros factos que consubstanciem outra causa resolutive.

Mas, não se lhe poderá opor um ónus de concentração de todos os fundamentos na dedução de um pedido, evitando-se a multiplicação de ações por outros tantos fundamentos?

A resposta é negativa: nada na lei o determina, nem constitui má-fé processual, salvo quando redundante efetivamente nalguma das categorias do artigo 542º, CPC.

II. Daqui resulta que num quadro de uma *potencial* relação de concurso entre causas de pedir o autor do pedido *pode escolher entre deduzir algum*

ou deduzir todos os fundamentos de facto que concorrem como causa de pedir.

Se *vencer* alcança o seu fito, sendo irrelevante *quais* e *quantos* fundamentos trouxe: todos serão consumidos pelos efeitos positivos e negativos do caso julgado, tanto os fundamentos de facto como os fundamentos de direito, e tanto os que deduziu (estes relevando para exceção de caso julgado) como os que podia ter deduzido (estes relevando para autoridade de caso julgado).

Se *perder*, há uma diferença prática entre ter deduzido todos os fundamentos (de facto e de direito) ou deixar “de fora” certos fundamentos de facto: se deduziu todas as causas de pedir possíveis, não mais podem ser invocadas para o mesmo pedido, dada a exceção de caso julgado; mas se apenas deduziu alguma ou algumas das causas de pedir possíveis, pode instaurar nova ação por outro fundamento, sem que se lhe possa opor vitoriosamente a autoridade de caso julgado.

8. CONCLUSÕES

Resulta do presente estudo que há utilidade em distinguir as relações de identidade e de não identidade entre objetos processuais para efeitos do caso julgado. Nesse particular, a definição do que seja a causa de pedir permite desconsiderar a qualificação jurídica dos factos.

Por outro lado, se a exceção de caso julgado pode operar apelando à *tríplice identidade*, ficou claro que a autoridade de caso julgado carece do fenómeno da preclusão da alegação de fundamentos de ação ou de defesa, e da distinção entre caso julgado positivo e caso julgado negativo, para se entender o seu real alcance. ❖

La Necesidad de Cambios en los Modelos de Solución de Conflictos. Las Ventajas de los MASC

Emiliano Carretero Morales

Profesor de Derecho Procesal y Resolución Alternativa de Conflictos, Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. Introducción: la crisis de los sistemas tradicionales de resolución y la excesiva judicialización de los conflictos.—II. La percepción de la justicia por el ciudadano. Problemas estructurales de la justicia.—III. La necesidad de medios complementarios de solución de conflictos. 1. Su importante papel en la prevención del conflicto. 2. Reticencias a su implantación. 3. Medidas a adoptar. —IV. Ventajas de los MASC. 1. Reducción de costes. 2. Adecuación—VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN. LA CRISIS DE LOS SISTEMAS TRADICIONALES DE RESOLUCIÓN Y LA EXCESIVA JUDICIALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS

El tiempo en que vivimos viene caracterizado, entre otros factores, por la complejidad técnica que se está alcanzando en determinados ámbitos. Fruto de esta complejidad técnica están surgiendo nuevos tipos de conflictos para los que los sistemas de resolución clásicos se han mostrado claramente obsoletos, lo que está llevando a que cada vez con mayor frecuencia se acuda a sujetos especializados en estos ámbitos para ayudarnos a entender y gestionar de la forma más adecuada aquello que es objeto de nuestro interés.

El entramado de relaciones jurídicas en nuestra sociedad actual, cada vez más prolijo y complejo, como consecuencia de múltiples factores sociológicos y económicos, ha hecho crecer exponencialmente el número

de conflictos y ha puesto de manifiesto, en muchas ocasiones, la insuficiencia y la ineficacia de los mecanismos de decisión clásicos, basados únicamente en fórmulas heterocompositivas, en los que un tercero impone una solución que, presuntamente, pone fin a dichos conflictos¹.

La realidad ha demostrado que, en determinadas situaciones, dichas soluciones impuestas no sólo no ponen fin a los conflictos, sino que precisamente consiguen el efecto contrario generando nuevas situaciones de tensión que, a su vez, acaban judicializándose, lo que nos obliga a replantearnos si este sistema de administración de «Justicia» es el más adecuado para el siglo XXI.

La historia nos muestra como la vía prioritaria, y mayormente utilizada, para la resolución de conflictos ha sido y sigue siendo, hoy por hoy, la vía judicial o jurisdiccional. Se sigue manteniendo la tradicional mentalidad confrontativa donde lo que realmente importa es vencer a la otra parte y esta percepción justifica la visión que tiene el ciudadano de los tribunales como única vía de realización de la Justicia, lo que ha llevado al exceso de judicialización de los conflictos.

A esta excesiva judicialización ha contribuido también, sin duda, la inflación legislativa producida como respuesta a las demandas de la sociedad para hacer frente a los conflictos derivados de la nueva realidad. El incesante aumento de las relaciones internacionales, la complejidad de las relaciones sociales, el uso de las emergentes tecnologías en las relaciones comerciales y personales, la protección de nuevos ámbitos y sectores (medio ambiente, responsabilidad civil, consumidores, relaciones comunitarias o vecinales, etc.), ha dado pie a un excesivo intervencionismo o proteccionismo del Estado, que se ha traducido en una desmesurada proliferación de normas y disposiciones legales que, lejos de solucionar la situación, ha coadyuvado a incrementar el índice de litigiosidad ante los tribunales.

La globalización, la realización del mercado interior en la Unión Europea, la fuerte intensificación de los intercambios comerciales fruto de la misma, el incremento exponencial de la movilidad de los ciudadanos, el auge del comercio electrónico, han provocado, además, que los conflictos transfronterizos surgidos entre nacionales de distintos Estados se incrementen considerablemente, por lo que a los problemas prácticos de saturación de los tribunales, se añaden otras cuestiones complejas de

¹ Sobre las distintas formas de solución de conflictos, véase Moreno Catena, V. y Cortes Domínguez, V., *Introducción al Derecho Procesal*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 25-30.

conflictos de leyes y de jurisdicciones, que no hacen sino complicar aún más la ya delicada situación existente.

En otras ocasiones, lo que concurre es la propia incapacidad de los particulares, y por ende de la sociedad, para solucionar sus propios conflictos, delegando en los órganos judiciales cuestiones que probablemente nunca debieran haber llegado a los mismos². Es más fácil acudir al despacho del abogado y dejar allí el problema, esperando que éste lo resuelva en los tribunales, que enfrentarse directamente a la gestión del mismo, lo cual resulta difícil de entender cuando hablamos de conflictos o cuestiones de índole muy personal, donde precisamente la responsabilidad debería recaer en los propios implicados en el conflicto, pues nadie mejor que ellos conoce cuáles son las circunstancias concretas que les han llevado a dicha situación y cuál habría de ser la mejor solución posible para poner fin a la misma³.

Sin embargo, la responsabilidad no ha de recaer única y exclusivamente en esa incapacidad de la sociedad para enfrentar sus propios problemas, ya que desde las instituciones tampoco se les está ofreciendo otra salida distinta que la del recurso clásico a los tribunales de justicia. Los ciudadanos generalmente sienten la ausencia de otros mecanismos o vías de resolución diferentes que les permitan intentar un «mejor» acceso a la Justicia.

Todos estos factores han provocado el actual grado de procesalización de las disputas, que no ha hecho sino llevar a la demanda de tutela de justicia al colapso y a la ineficiencia, mostrando la insuficiencia y obsolescencia, en ocasiones, de los sistemas clásicos de resolución de conflictos⁴.

2 Para MEJÍAS GÓMEZ, “ésta es una de las consecuencias del llamado *Estado del Bienestar*, en el que los ciudadanos exigen del Estado que atienda todas y cada una de sus carencias, necesidades y problemas y que los resuelva, considerando que ésta es una obligación del Estado. Esto ha generado una costumbre, a modo de inercia social, consistente en que si dos personas tienen un problema no les compete a ellas resolverlo, sino a los poderes públicos. Existe una cultura acomodaticia y pasiva, que consiste en renunciar a la propia responsabilidad en la resolución de los conflictos que nos afectan, derivándolos a un tercero, que siempre es el Estado, como ente todopoderoso capaz de resolver todos los problemas de sus ciudadanos”. MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho, Madrid, 2009, p. 60.

3 Y es que, como apunta REDORTA LORENTE, “tal vez le hayamos pedido a la Administración de Justicia que lo resuelva todo y además bien. Debíáramos reflexionar si no hemos introducido en el sistema judicial cuestiones que pretendemos que nos resuelva un tercero cuando podrían estar en muchos casos en el ámbito de decisión de los participantes”. REDORTA LORENTE, J., «Entorno de los métodos alternativos de solución de conflictos», en AAVV, *Revista de Mediación*, año 2, n.º 3, marzo, 2009, p. 32.

4 Respecto a las causas y evolución de este fenómeno de jurisdiccionalización de las sociedades modernas, véase Barona Vilar, S., «Solución extrajudicial de conflictos en el ámbito empresarial», en González-Cuéllar Serrano, N. (dir.), *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010, pp. 76-79.

Véase también, Ortuño Muñoz, J. P., y Hernández García, J., «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la

Se hace necesario invertir esta tendencia. El sistema judicial sólo ha de ser utilizado cuando no exista otro método más adecuado o más eficiente para la resolución del conflicto. Hay que preservar el proceso judicial para aquellas cuestiones que efectivamente requieran de una solución estrictamente jurídica⁵.

Lo ideal sería partir de la premisa de que la solución de los conflictos interpersonales no va a necesitar de la intervención de un tercero que decida, sino que las personas han de estar lo suficientemente preparadas como para gestionar e intentar resolver sus propias controversias del modo más conveniente, con o sin ayuda de un tercero, pero sin que éste haya de resolver salvo en situaciones que así lo justifiquen.

Ello, en ningún caso implica renunciar al proceso judicial o menospreciar su importancia como método de solución de conflictos jurídicos, todo lo contrario, de lo que se trata, como comentaba anteriormente, es de preservar al mismo para aquellas situaciones que precisamente hagan recomendable que, por las circunstancias específicas concurrentes en el conflicto a tratar, la vía judicial sea el método indicado para dar la solución más adecuada. En definitiva, de lo que se trata es de buscar el método de solución de conflictos más adecuado a la naturaleza de los mismos. Intentar simplificar la resolución de conflictos, limitándola a la vía judicial clásica, implica negar la existencia de otros mecanismos o sistemas perfectamente válidos para tal cometido.

Las estadísticas judiciales y las manifestaciones de los propios jueces ponen de manifiesto que es prácticamente imposible, con las condiciones actuales, dar cumplida respuesta en un plazo razonable a un gran número de estos conflictos.

Además, la crisis económica global que está afectando a nuestro país desde hace algunos años, no ha hecho sino agudizar, más si cabe, los acuciantes problemas de la Justicia, haciendo que la demanda haya

mediación en las jurisdicciones civil y penal», *Documento de trabajo*, 110/2007, Fundación alternativas, pp. 19-21 y pp. 24-30

⁵ En este sentido, señala PRATS ALBENTOSA que: “a los Tribunales se ha de acudir con mesura, pues no todo conflicto ha de tener sólo y siempre una solución judicial. Sólo cuando los intereses legítimos de los ciudadanos estén gravemente afectados, o no puedan ser tutelados más que con su intervención, que en tal sentido, será extraordinaria. Así puede decirse que en un Estado de Derecho el recurso inmediato y, por tanto, excesivo al Poder Judicial es incompatible con la genética de este Poder, y con su articulación funcional. Por ello no es anormal que no responda con agilidad automática, lo hace según el tempo de un Poder pensado y organizado para solventar graves y delicados asuntos, que, necesaria y afortunadamente, son pocos, y no millones, como las demandas que anualmente se presentan ante nuestros Tribunales”. PRATS ALBENTOSA, L., “Desjudicialización (I): el proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”, *Diario La Ley*, N° 7625, Sección Tribuna, 9 Mayo 2011, p. 1.

aumentado de forma notable en prácticamente todos los órdenes jurisdiccionales, siendo dicho aumento significativo en algunas jurisdicciones, lo que, a su vez, ha provocado una mayor lentitud en la resolución de los procedimientos.

Los intentos de modernizar las estructuras procesales del Estado y de aumentar el número de medios materiales y humanos al servicio de la Administración de Justicia, no han supuesto sino soluciones parciales, pero obviamente no han resuelto el problema.

En otros casos, se ha constatado igualmente que, por la naturaleza del conflicto a tratar, la resolución judicial no es la más adecuada o no ofrece la mejor solución y que quizás podría ser más conveniente la utilización de vías alternativas a la judicial para la gestión del mismo. Las normas jurídicas existen y despliegan su plena eficacia dentro del proceso, pero también más allá del mismo, por lo que se puede afirmar que la tutela jurisdiccional es un modo de actuar la tutela jurídica, pero evidentemente no es el único. Ello nos lleva a plantearnos la necesidad de implementación de nuevos mecanismos de solución de conflictos que vengan a complementar a los ya conocidos y que garanticen a los ciudadanos un mejor acceso a la Justicia y al Derecho que demanda la nueva sociedad.

II. LA PERCEPCIÓN DE LA JUSTICIA POR EL CIUDADANO. PROBLEMAS ESTRUCTURALES DE LA JUSTICIA

En las noticias y en las distintas encuestas sociológicas que se publican cada año, la Justicia aparece siempre como uno de los servicios peor valorados por los ciudadanos. Estos indicadores reflejan que el sentir popular respecto de nuestros tribunales no es, precisamente, demasiado positivo y la valoración de la Justicia por los ciudadanos está en uno de los momentos más bajos de los últimos años.

Este empeoramiento general de la imagen de la Justicia para los ciudadanos, implica, además, que los mismos son incapaces de percibir las mejoras de carácter organizativo que desde la Administración se han intentado introducir, con mejor voluntad que eficacia, todo hay que decirlo. Es evidente que el ciudadano está percibiendo una imagen bastante negativa del trabajo diario de jueces y tribunales y que los procesos de reformas estructurales y organizativas llevados a cabo en la Justicia hasta la fecha han pasado bastante inadvertidos para la sociedad.

Sin embargo, y esto es lo más paradójico, cuando los mismos ciudadanos tienen un problema, normalmente, acuden a los tribunales como primera vía para solucionar el mismo⁶.

Durante las últimas décadas se ha venido hablando con bastante frecuencia de la crisis de la Administración de Justicia y de las necesarias reformas que se precisan para mejorar el obsoleto e ineficiente sistema que la rige. Los principales problemas que sufre la Justicia hoy hacen referencia a la mala gestión de los recursos existentes y a la escasa eficiencia entre la oferta y la demanda, siendo percibidos, no sólo desde el punto de vista de los ciudadanos, sino desde el todos los operadores jurídicos⁷.

Dichos problemas son de muy diversa índole:

- Lentitud de los procesos.
- Dilación en la resolución de los mismos.
- Saturación de los tribunales por el, cada vez, mayor número de asuntos que tienen que atender.
 - Trato inadecuado a los ciudadanos participantes en un proceso.
 - Insuficiencia de medios materiales y humanos.
 - Escasa calidad y resultados injustos en las resoluciones judiciales, debido principalmente a la acumulación de asuntos a resolver que hace que, en ocasiones, se resuelvan los mismos sin la dedicación y minuciosidad oportuna.
 - Inseguridad jurídica provocada por la imprevisibilidad del resultado del proceso, así como por su duración.
 - Elevado coste económico de los procesos.
 - Deficiente gestión de los recursos existentes.
 - Falta de coordinación entre los distintos integrantes de la oficina judicial.
 - Falta de responsabilidad de los causantes de la mala gestión de la Administración de Justicia.

⁶ En este sentido, Ortuño Muñoz y Hernández García, señalan como paradójica «la relación amor-odio que los ciudadanos mantienen hacia esa superestructura de poder: reniegan de los jueces y de la justicia, a la que atribuyen grandes culpas respecto de los males del país y de la sociedad, pero se mitifica su intervención en otros muchos casos, y se apela con profesiones de fe a lo que digan los jueces en los casos más insólitos, desde la política y las finanzas hasta los deportes, incluyendo los ámbitos más íntimos y privados de las personas». Ortuño Muñoz, J. P. y Hernández García, J., «Sistemas alternativos a...», *op. cit.*, p. 15.

⁷ Véase Pastor Prieto, S., «Justicia y Economía: Panorámica, crítica e implicaciones», en *Justicia y Economía*, Manuales de Formación Continuada Consejo General del Poder Judicial, n.º 49, Madrid, 2010, p. 61.

— Falta de identificación de los ciudadanos con su propio sistema de Administración de Justicia

— Insatisfacción de Jueces y Magistrados que, en muchas ocasiones, sienten que llegan a sus manos asuntos que nunca debieran haberlo hecho.

— Dificultades en la ejecución de las resoluciones judiciales.

Frente a estos problemas que han provocado la llamada «crisis de la Justicia», la solución mayoritariamente adoptada por casi todos los Estados, como se ha comentado con anterioridad, ha sido la de incrementar el número de normas y disposiciones legales para intentar poner freno al imparable crecimiento de procedimientos judiciales que colapsan sus tribunales, pero esta pretendida solución no ha sido tal y no ha conseguido el efecto deseado. No se trata de crear más leyes, se ha demostrado que, con ello, no se ha conseguido terminar con los mencionados problemas.

Tampoco se encuentra la solución en dotar de más y más medios materiales y humanos a la Administración de Justicia, porque se ha acreditado también que cuantos más órganos jurisdiccionales se crean, mayor número de procedimientos judiciales se genera⁸.

Hay que intentar racionalizar el uso de los recursos, toda vez que éstos no son ilimitados⁹. Es posible que frente a la creación de nuevas leyes y de nuevos órganos judiciales que las apliquen, sea más conveniente plantearse la creación de otros recursos más eficientes, como por ejemplo, incorporar gestores responsables que supervisen el correcto funcionamiento y utilización de los recursos existentes, detectar las disfunciones del sistema e incorporar nuevas formas o vías de gestión y resolución de conflictos.

III. LA NECESIDAD DE MEDIOS COMPLEMENTARIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Frente a una concepción limitada de lo que ha de ser un sistema de solución de conflictos, basado en los clásicos métodos adversariales,

⁸ Como sostiene Pastor Prieto, «la insuficiencia de medios, más que un problema en sí mismo, ha de interpretarse como la causa de que se den buena parte de los restantes problemas y, por ello, puede ser una fuente de mejora general, aunque debe insistirse en que los problemas de la Justicia, y de la española en particular, no se resuelven sólo ni principalmente con más medios». *Ibidem*, p. 145.

⁹ Tal y como señala Ramos Méndez, «va siendo hora de incidir de forma más eficaz en la gestión para poder cumplir mejor los objetivos previstos, [...] hay que pensar más en la adecuación de los recursos y, mejor aún, en la buena gestión de los disponibles». Véase Ramos Méndez, F., *El sistema procesal español*, 8.ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, pp. 29 y 30.

hay que abogar por la existencia de otros mecanismos de gestión de los mismos.

La «administración de justicia» no ha de consistir exclusivamente en la resolución de asuntos ante los tribunales, ésta, sin duda, es una parte esencial del sistema, pero no es la única. El proceso judicial implica la realización del Derecho, pero no en todo caso la realización de la «Justicia», entendida en su más amplia acepción. Una simple visión normativista y procesalista del Derecho pudo tener plena vigencia en los orígenes del mismo, toda vez que se hacía preciso regular las relaciones sociales y sus disfunciones, pero en la actualidad aferrarse a ella carece de sentido, ya que se ajusta bastante poco a la realidad de las sociedades actuales¹⁰.

Defender o postular la apuesta por otras vías, alternativas o complementarias, para la resolución de determinados conflictos o litigios, en ningún caso implica rehuir o dejar de lado la utilización del proceso judicial. Todas las personas y entidades dedicadas a la gestión y resolución de conflictos, ya sea desde los poderes públicos o desde instituciones privadas, tienen la obligación de tutelar los derechos e intereses de los ciudadanos. La tutela de dichos derechos e intereses no es algo atribuido en exclusiva al Poder Judicial, si bien es cierto que éste es, y ha de ser, el último baluarte al que los ciudadanos podrán acudir¹¹.

Hay determinados conflictos que probablemente van a encontrar una mejor solución fuera de los tribunales, por lo que hay que intentar buscar y racionalizar los modelos adecuados de solución de conflictos para poder dar más y mejores respuestas, dependiendo la utilización de uno u otro modelo de la naturaleza y circunstancias del asunto concreto.

Un buen sistema de resolución de conflictos será más eficiente, sin duda, en tanto en cuanto disponga de diferentes mecanismos que permitan gestionar y resolver las controversias suscitadas con el menor costo posible y con el mayor nivel de satisfacción para todas las partes implicadas en las mismas¹².

¹⁰ Vid. CARRETERO MORALES, E., *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 25.

¹¹ En este sentido, señala MARTÍN DIZ que “el experto jurista y el ciudadano de a pie cada vez son más conscientes de que la Justicia puede obtenerse en otras instancias distintas y diferentes al proceso judicial. El arbitraje, la mediación o la conciliación vienen abriendo nuevos horizontes sobre la base de su regulación legal, las experiencias previas desarrolladas, o, siendo más resultadistas, las propias consecuencias positivas de acudir a estas interesantes opciones de solución del conflicto y, en definitiva, de Justicia”. MARTÍN DIZ, F., “La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de Administración de Justicia”, en MARTÍN DIZ, F. (Coord.) *La Mediación en materia de...*, op. cit., p. 22.

¹² A este respecto, RAMOS MÉNDEZ, refiriéndose al sistema público de justicia y a los medios extrajudiciales, apunta

Los ciudadanos han de tener derecho, como afirmación de su autonomía de la voluntad, a elegir, en cualquier caso, aquel mecanismo de solución de conflictos que más se adapte o adecue a su problema en concreto y que, por tanto, mejor pueda satisfacer sus necesidades e intereses.

Es necesario, pues, intentar hallar otras fórmulas o sistemas que permitan hacer frente de forma más adecuada a la conflictividad de nuestra sociedad contemporánea. Y aquí, es donde aparecen los llamados MASC, métodos alternativos de solución de conflictos¹³, o en su acrónimo inglés ADR (Alternative Dispute Resolution)¹⁴, entendiéndose como tales aquellos en los que la decisión que pone fin a la controversia suscitada no viene impuesta por un tercero, por lo que el arbitraje, como fórmula heterocompositiva asimilada a la jurisdicción, quedaría al margen de los mismos.

Los métodos alternativos no son ningún remedio absoluto, ni, por supuesto, van a acabar con todos los problemas de la Justicia, es más, no han de ser entendidos simplemente como alternativos o complementarios a la jurisdicción, se trata de mecanismos autónomos de pacificación social y, por tanto, han de contemplarse como medios independientes de acceso a la Justicia.

Existen actualmente bastantes mecanismos diferentes de resolución de conflictos, lo cual es positivo, ya que la oferta de varios modelos incrementa las posibilidades de elección de los ciudadanos, que podrán optar por uno u otro en función de sus necesidades y de la naturaleza del asunto que quieran resolver. Entre estos mecanismos destaca actualmente

que “la oferta de varios modelos aumenta las posibilidades de opción del usuario, que puede elegir uno u otro en función de sus necesidades. La eventual competencia entre modelos no es negativa, sino que permite estimular el rendimiento y las mejoras en las nuevas versiones de uno y otro, que suelen plasmarse en las oportunas reformas legislativas. Como es lógico, en principio, los criterios de elección tienden a valorar la adecuación del modelo al caso controvertido y a potenciar sus ventajas intrínsecas en relación con la mejor resolución del mismo”. RAMOS MÉNDEZ, F, *El sistema procesal español*, op. cit., ps. 36-37.

13 Es la traducción del acrónimo inglés ADR, Alternative Dispute Resolution, si bien hay no pocas voces discrepantes respecto de la adecuación de tal denominación para estos métodos, toda vez que los mismos, a diferencia de la vía judicial o del arbitraje, no garantizan en todos los casos una solución al conflicto tratado, por lo que no cabría considerarlos como mecanismos de resolución, sino de gestión de conflictos. Y, por otro lado, también ha suscitado discrepancias el uso del término «alternativos», ya que partiríamos de la premisa de que la vía principal es la adversarial clásica, es decir, la vía judicial, y lo deseable es que estos mecanismos no sean ya alternativos, sino complementarios, siendo, por qué no, la primera opción a intentar para la gestión y posible solución de determinados conflictos. En este sentido, véase Vall Rius, A., «Gestión cooperativa de conflictos: Mediarb y otras figuras posibles», en González Cuéllar Serrano, N. (dir.), *Mediación: un método de...*, op. cit., pp. 91-92.

14 Los ADR comenzaron a utilizarse en Estados Unidos en la década de los setenta del siglo pasado. El sistema anglosajón de ADR surgió básicamente fruto de tres tipos de causas: a) El colapso producido ante los tribunales civiles y penales,

b) El sentimiento creciente de que faltaban mecanismos privados de resolución de controversias, c) La incapacidad intrínseca del sistema de poder asegurar a todos el acceso a la Justicia. Véase Barona Vilar, S., *Solución extrajudicial de conflictos, Alternative Dispute Resolution y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 50.

la mediación, pero existen otros muchos como el derecho colaborativo, la evaluación de expertos, el *mini trial*, el *ombudsman*, etc., que aún no han sido debidamente explorados y explotados.

Entre las ventajas que ofrecen estos métodos complementarios de gestión de conflictos se podrían destacar su carácter voluntario, la mayor participación y responsabilidad de las partes en la resolución de sus propios problemas, el menor coste económico de los mismos, su flexibilidad, su mayor rapidez y eficacia y su mejor adecuación para solventar definitivamente determinados conflictos, amén de la mayor satisfacción de los protagonistas implicados¹⁵.

Obviamente, como señalaba con anterioridad, con la utilización de estos métodos no se van a solventar todos los problemas que padece la Justicia, ni sirven para ser utilizados en todo tipo de conflictos, pero, sin duda, son más adecuados que la vía adversarial clásica para un buen número de ellos¹⁶.

La existencia de estos medios complementarios a la vía judicial clásica y su debida implementación, guiada por la convicción de encontrar mejores y más efectivas soluciones a los conflictos, sin duda, va a permitir aliviar a los tribunales de una importante carga de trabajo, si bien entiendo que éste no ha de ser el principal objetivo de la utilización de estos métodos, sino una consecuencia lógica de su correcta aplicación.

1. Su importante papel en la prevención del conflicto

Si uno de los principales objetivos se centra en rebajar el nivel de litigiosidad, es importante reseñar también la importancia que ha de tener la prevención del conflicto y la promoción entre todos los operadores jurídicos de la utilización de medios complementarios de resolución, precisamente como vía previa a la judicialización de los mismos.

La verdad es que siempre se ha trabajado bastante poco en la prevención del conflicto, únicamente se aborda el mismo cuando éste ya ha surgido y, normalmente, no queda otra vía que la judicial para intentar su

15 Véase, entre otros, Moreno Martín, F., «La mediación y la evolución histórica de la idea de conflicto», en González-Cuellar Serrano, N. (dir.), *Mediación: un método de...*, *op. cit.*, p. 35.

16 Como sostiene REDORTA LORENTE, «el acceso a la justicia por los ciudadanos debe ser visto como el derecho de acceso a los medios apropiados de resolución de conflictos en función de las circunstancias del caso». Redorta Lorente, J., «La justicia del futuro», en *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones*, GEMME, Barcelona, 2009, p. 6.

solución. Evitando que el conflicto se produzca o intentando que éste sea resuelto por las propias partes involucradas en el mismo, se evitará la intervención judicial excesiva y por tanto una saturación del sistema de administración de justicia. En este sentido, es necesario que desde los poderes públicos se tome conciencia de que evitando los conflictos o, en su caso, ofreciendo a los particulares nuevas vías para la gestión y resolución de los mismos, distintas a la jurisdiccional, se conseguirá una evidente mejora del panorama actual.

Para ello hay que tener en cuenta las resistencias que se van a producir desde diversos sectores, habiendo de permitir que éstos participen activamente en el cambio, a fin de consensuar soluciones que den una respuesta adecuada a cada conflicto y permitan recuperar la confianza de los ciudadanos en la Justicia.

2. Reticencias a su implantación

Este cambio, no sólo de sistema, sino de mentalidad, se habrá de enfrentar a no pocos obstáculos. Así, en primer lugar podríamos hablar de la resistencia de los distintos operadores jurídicos.

En este sentido, los abogados están llamados a desempeñar un papel fundamental en el cambio. Motivos de tradición jurídica hacen que los abogados se muestren poco proclives hacia un cambio de las consolidadas instituciones jurisdiccionales clásicas y, por tanto, reacios a la utilización de nuevos mecanismos de resolución de conflictos. Existe un evidente temor hacia lo desconocido y estos mecanismos aún hoy lo son.

En otras ocasiones, son razones meramente económicas las que hacen a los abogados desconfiar o, directamente, renegar de la utilización de estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos, toda vez que el uso de los mismos les puede suponer un menor rendimiento económico si el conflicto ya está iniciado y se resuelve de forma más rápida, cuando no los ven como una seria amenaza o intromisión en su labor profesional si dicho conflicto se resuelve sin su concurso y con la intervención de otros profesionales.

Frente a estos recelos hay que tratar de informar y formar a los abogados sobre el objeto y finalidad de estos «nuevos» métodos de gestionar y solventar disputas, lo que además les va a proporcionar una nueva perspecti-

va a la hora de abordar los conflictos que puedan plantearles sus clientes. El cliente, normalmente, cuando acude al despacho de un abogado no busca exclusivamente que éste gane el pleito en los tribunales, lo que realmente pretende es que le solucionen su problema, independientemente de cómo se haga, y si para ello el abogado consigue evitar la judicialización del conflicto, con el subsiguiente ahorro de costes de todo tipo que conlleva, posiblemente habrá ganado un cliente para toda la vida.

Hay que intentar cambiar la visión clásica de la figura del abogado. Los MASC han llegado para quedarse y el abogado ha de acogerlos y aprender a convivir con ellos, y también a utilizarlos y servirse de los mismos para lograr sus objetivos profesionales, que no han de ser otros que dar el mejor servicio y la mejor solución a sus clientes. El abogado ha de plantearse pasar de ser un mero litigador ante los tribunales a constituirse en un asistente legal que habrá de aconsejar a su cliente acerca de cuál es el método que él entiende idóneo o más adecuado para gestionar su problema concreto, derivando al mismo al servicio que corresponda, en su caso, y asesorándole durante su desarrollo, habiendo finalmente de dar forma jurídica al acuerdo alcanzado si fuere necesario, por lo que no es que se prescinda en ningún caso de su intervención profesional, sino que, simplemente, la misma se configura de forma distinta. De hecho, en la práctica, cada vez son más los abogados que se están formando en resolución alternativa de conflictos, fundamentalmente en mediación y derecho colaborativo.

Otros operadores que también pueden suponer un obstáculo en este necesario cambio son los propios jueces y magistrados. Como sostiene REDORTA LORENTE, «muchos jueces piensan que impartir justicia es repartir sentencias y éste es un rol al que no quieren renunciar»¹⁷, aunque afortunadamente cada vez menos integrantes del cuerpo judicial tienen una visión tan limitada. Desde el propio Consejo General del Poder Judicial se viene apostando firmemente, desde los últimos años, porque los jueces propicien la utilización de estos medios complementarios de solución de conflictos cuando adviertan una posible solución consensuada en cualquiera de los procedimientos de los que estén conociendo, disponiendo, en su caso, la suspensión de dichos procedimientos si fuere necesario¹⁸.

¹⁷ Redorta Lorente, J., «Entorno de los métodos alternativos de solución de conflictos», en AAVV, *Revista de Mediación*, año 2, n.º 3, marzo, 2009, p. 30.

¹⁸ Vid. artículo 19.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 16.3 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

En este sentido, y respecto de lo que ha de ser la labor del juez, ALASTRUÉY GRACIA señala que «si entendemos la función judicial como la actividad racional que permite establecer una serie de hipótesis legales de solución al conflicto para alcanzar la más razonable, en definitiva, si se dirige a procurar la mejor solución jurídica posible a una controversia, no cabe duda de que en la función jurisdiccional está incluida la función conciliadora, es decir, aquella que procurará que los propios litigantes lleguen a un acuerdo, pues el conflicto gira sobre sus derechos, será mejor solución la asumida que la impuesta y, en definitiva, se satisfará plenamente el interés de las partes en cuanto ellas hayan podido decidir cómo poner fin al proceso. No se trata más que de dar el paso desde una perspectiva *decisionista* de la actividad judicial a una justicia *solucionadora de conflictos*, sin que una y otra resulten excluyentes»¹⁹.

En otras ocasiones, son los propios justiciables los que se muestran poco receptivos a cambios en la forma de resolver sus conflictos. En muchos casos existe desconfianza hacia lo desconocido, la forma tradicional de resolver un problema ha sido siempre acudir al tribunal y que sea el juez el que decida quién tiene razón en la controversia. En otros, lo que existe es mero desconocimiento de la existencia de otros medios para resolver conflictos, por lo que se antoja imprescindible realizar campañas de difusión de la existencia de estos métodos a fin de proporcionar al ciudadano un derecho de acceso a la Justicia en términos más amplios y más adecuados que los actuales, estimulando los valores y la cultura del acuerdo frente a la concepción adversarial clásica de la resolución de conflictos. Las personas que tengan un problema o sufran algún tipo de disputa o conflicto, han de saber de qué diversas vías pueden disponer para gestionar o intentar resolver los mismos.

3. Medidas a adoptar

Se necesita un cambio de mentalidad radical que facilite que la sociedad perciba la utilización de los mecanismos complementarios de solución de conflictos con las mismas garantías que les ofrecen los tribunales.

Sin embargo, no parece que los ciudadanos por sí mismos estén por la labor de apostar por estos nuevos métodos, básicamente por su desconocimiento, por lo que habrán de ser los operadores jurídicos, jue-

¹⁹ Alastruey Gracia, R., «Argumentario sobre la búsqueda de soluciones negociadas en el proceso civil», <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Mediacion/Publicaciones>, p. 3.

ces, letrados de la administración de justicia, cuerpos de gestión, tramitación y auxilio judicial, abogados y procuradores, los que hayan de estar convencidos de las ventajas que los mismos ofrecen y realizar una labor de impulso y recomendación de éstos.

Se requiere, además del cambio de mentalidad, una labor de apuesta institucional, significativa y clara, por la utilización de los medios complementarios de gestión y solución de disputas, promoviendo la profesionalización de los mismos y dotando de estructuras y medios necesarios para su efectiva implementación, si bien dado el actual momento de crisis económica tal apuesta se hace, cuando menos, complicada.

Para que la renovación de la Justicia tenga éxito ha de partirse de una nueva visión del propio concepto de litigio, habiendo de devolverse a las partes inmersas en el mismo, por lo menos en un primer momento, la responsabilidad sobre la gestión y posible solución del mismo. En pleno siglo XXI hay que asumir que la sociedad ha cambiado sustancialmente y que está capacitada para demandar que el Estado no monopolice, a través de uno de sus poderes, en concreto el judicial, la resolución de todos los conflictos, vía judicialización de los mismos. El ciudadano ha de recuperar el protagonismo que le corresponde dentro del sistema de administración de Justicia, siendo partícipe activo en la búsqueda de medios más flexibles que le garanticen cierto control y responsabilidad directa en la solución de sus propios conflictos²⁰.

IV. VENTAJAS DE LOS MASC

Se podrían agrupar las ventajas que ofrecen los MASC en tres grandes grupos: A) Reducción de costes, B) Adecuación y C) Eficacia.

1. Reducción de costes

En primer lugar, podríamos hablar de los costos temporales. Ya se ha comentado con anterioridad, el problema de la lentitud de la tramitación y resolución de los procedimientos judiciales.

²⁰ En este sentido, señala Ortuño Muñoz que «la implantación de los sistemas alternativos se ha de enmarcar en el objetivo prioritario de la facilitación del acceso a la Justicia y a la obtención de una solución justa y eficaz en un plazo de tiempo razonable. De ello se deriva la necesidad de que la opción por los ADR sea fácil para los ciudadanos, no esté entorpecida por requisitos burocráticos, se desenvuelva con un alto grado de discreción, no despierte recelos de intervencionismo ni de publicitación de los conflictos y sea asequible económicamente». Ortuño Muñoz, J. P., «El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil de 19.04.02 de la Comisión de las Comunidades Europeas», *Revista Iuris-La Ley*, n.º 77, 2003, p. 45.

Frente a ello, la apuesta por mecanismos alternativos de solución de conflictos ofrece una mayor agilidad en la gestión de los conflictos, derivada básicamente de la flexibilidad y escasa formalidad de sus procedimientos. Como notas comunes de todos estos métodos se podría señalar que son menos rígidos y formales que el proceso judicial.

Las reglas que van a regir el procedimiento son las que las propias partes decidan o en alguna ocasión se podrán acomodar a recomendaciones sugeridas por el tercero neutral o por la institución donde se vaya a desarrollar el mismo, a diferencia del proceso judicial donde las normas están establecidas de antemano y son de obligado cumplimiento. Dichos “procedimientos” normalmente son consensuados por las propias partes y el tercero neutral participante, pudiendo los mismos fijar incluso la duración de éste. Su extensión en el tiempo dependerá casi siempre de la complejidad del asunto y de las cuestiones a tratar. Hay asuntos que se podrán resolver en una sola sesión, mientras que otros posiblemente requieran de varias reuniones para tratar adecuadamente el asunto, pero en cualquier caso la duración siempre será menor que la de un procedimiento judicial²¹.

Por lo que respecta a los costes meramente económicos, en estos procedimientos, normalmente, son mucho menores que los derivados de afrontar un procedimiento judicial²².

Como sostiene PASTOR PRIETO, además “las ventajas no se limitan o refieren sólo a la eficiencia, sino que también constituyen mejoras de equidad. En la medida en que el coste sea reducido se facilita el acceso a un mecanismo de tutela a las personas desfavorecidas. En la mayoría de las reclamaciones de pequeña cuantía, como las de consumo, es de hecho la única forma de tutela eficaz con que cuentan las personas agraviadas, porque la cuantía y los medios con que cuentan los agraviados no permite una reclamación judicial costosa”²³.

21 En este sentido, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO y PENÍN ALEGRE señalan que “la autocomposición permite alcanzar acuerdos rápidamente o al menos la solución es susceptible de ser lograda con mayor inmediatez en comparación con procedimientos de confrontación arbitrales y judiciales, en los que necesariamente tiene lugar una sucesión de trámites de peticiones, alegaciones, pruebas y recursos que consumen tiempo. Su transcurso – en buena medida inevitable – ocasiona insatisfacción a las partes y un gran coste emocional cuando los sentimientos se hallan involucrados en el litigio”. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. y PENÍN ALEGRE, M.L., “Mediación: una aproximación desde el Derecho y la Psicología”, en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.) *Mediación: un método de...*, op. cit., p. 11.

22 Tal y como afirma GONZALO QUIROGA, “el MASC ahorra en tiempo lo que podría conllevar gastarlo en un juicio de varios años con las consiguientes consecuencias económicas sobre el caso. Este ahorro de costes proporciona un medio de lo más adecuado para luchar por los derechos del justiciable sin temor a perder más tiempo y dinero del que, a lo mejor, ya les es debido”. GONZALO QUIROGA, M., “Introducción a los MASC: diagnóstico de la situación general”, en GONZALO QUIROGA, M. (Dir.) *Métodos alternativos de solución de conflictos...*, op. cit., p. 28.

23 PASTOR PRIETO, S., “Eficiencia y medios alternativos”, en HEREDIA CERVANTES, I., *Medios Alternativos de Solución de...*, op. cit., p. 57.

Los costes emocionales para las partes también se van a ver claramente disminuidos. Si las partes optan por utilizar estos mecanismos van a tener un protagonismo mayor que el que detentan en el procedimiento adversarial clásico, pudiendo intervenir cuantas veces lo estimen conveniente, amén de que el ambiente y el lugar donde se celebran las reuniones propicia un clima más distendido que el que las mismas encuentran en los tribunales, sujeto a un rígido formalismo y protocolo.

Para la propia Administración de Justicia también va a suponer un beneficio evidente, en la medida en que se evitaría que muchos de los procedimientos que hasta la fecha llegan a los tribunales, sean resueltos mediante la utilización de estos mecanismos, paliando en parte el problema de saturación que dichos tribunales vienen padeciendo. Ahora bien, quiero insistir en la idea de que sería un error apostar o postular la utilización de estos métodos por la simple idea de que los mismos puedan suponer un alivio de la carga de trabajo de los tribunales, aunque, sin duda, ello pueda suponer una consecuencia lógica de su correcta implantación. Hay que ver las evidentes ventajas que éstos presentan por sí mismos, es decir no han de ser contemplados como una válvula de escape de la Justicia y, por supuesto, no van a solucionar ni todos los asuntos, ni todos los problemas que ésta presenta actualmente.

No se trata, por tanto, de que, sistemáticamente, todos los asuntos sean derivados a estos métodos alternativos, habrá muchos en los que no se pueda, e incluso ni se deba, precisamente por la naturaleza y circunstancias del propio conflicto. Habrá que observar en todo momento si la utilización de alguno de estos métodos es adecuada para resolver un conflicto determinado, habrá ocasiones en así sea y otras en las que no²⁴.

En concreto, se hace más recomendable la utilización de dichos mecanismos, por ejemplo cuando existen relaciones de carácter personal o familiar entre las partes en conflicto, cuando dichas relaciones han de perdurar en el tiempo, cuando existen varias disputas conectadas que hacen recomendable su abordaje conjunto, cuando hay varias partes en conflicto, cuando se pretende salvaguardar la privacidad de dichas partes, cuando

24 A este respecto, señala RAMOS MÉNDEZ que “la existencia de modelos alternativos al sistema estatal de justicia permite, de una u otra forma, descargar a éste de un porcentaje de litigios más o menos numeroso y contribuye a la gestión racional de los recursos disponibles. Indudablemente son sistemas más rápidos y menos traumáticos. Pero no sirven para todos los casos, ni en todas las circunstancias. El equilibrio ideal de ambos modelos es todavía un desiderátum, que no se ha estimulado lo suficiente por múltiples factores”. RAMOS MÉNDEZ, F, El sistema procesal español, op. cit., p. 37.

existe la necesidad de rapidez en la resolución del conflicto, cuando se pretenden economizar gastos en la gestión del mismo, etc.

2. Adecuación

En primer lugar, podríamos decir que los MASC devuelven el protagonismo y la responsabilidad sobre la gestión de sus propios problemas a las partes, liberando de tal labor a los jueces y tribunales que sólo conocerán de aquellas cuestiones que realmente requieran de su intervención.

Por otra parte las soluciones que las partes pueden obtener mediante la utilización de dichos métodos son más amplias y creativas que las que van a obtener del Juzgado. Ante un tribunal, la controversia se plantea en términos estrictamente jurídicos, es decir los abogados de las partes son los encargados de fijar las posiciones jurídicas de sus clientes sobre las cuales, necesariamente y en aplicación del principio de congruencia de la sentencia, el juez habrá de resolver. Pero, sucede que, en ocasiones, dichas posiciones fijadas por los abogados no reflejan fielmente los deseos y necesidades de sus clientes, es más, si el interrogatorio de las partes no es solicitado como prueba por los letrados, éstas no van a tener siquiera la posibilidad de poder hablar y expresarse en el curso del procedimiento judicial, quedando en consecuencia sujetas, en cualquier caso, a lo que sus respectivos abogados hayan puesto de manifiesto en sus correspondientes escritos iniciales de alegaciones.

Por otra parte, está el problema añadido de que los intereses del abogado y de su propio cliente, en ocasiones, pueden no ser convergentes, por lo que puede suceder que el procedimiento judicial se tramite efectivamente sin que su cliente tenga un conocimiento exacto y concreto de lo que realmente está sucediendo²⁵.

25 En este sentido, señala PASTOR PRIETO que “un asesor jurídico puede tener intereses no coincidentes en su totalidad con los de sus clientes. Por ejemplo, si cobrase más cuando se reclama que cuando no se reclama, más cuando se va a pleito que cuando se resuelve mediante acuerdo, o más cuando se apela que cuando no se apela. También puede haber divergencias de intereses originadas por el hecho de que el asesor tiene una relación estable con el asesor de la otra parte que tratará de no estropear por el interés singular de un cliente. Estas eventuales divergencias de intereses, unidas a los problemas de observabilidad y control de la conducta del agente por parte del principal (el cliente), pueden dar lugar a que haya reclamaciones que no debieron formularse o a que se gastase en su resolución más medios de los necesarios. En otros supuestos, por el contrario, esas divergencias podrían hacer que se llegase a acuerdos ventajosos para el asesor, pero no, o no tanto, para su cliente”. PASTOR PRIETO, S., “Eficiencia y métodos alternativos”, en HEREDIA CERVANTES, I., Medios Alternativos de Solución de..., op. cit., p. 55.

Sin embargo, los MASC permiten que se traten todas aquellas cuestiones que las partes tengan por conveniente, sin limitación alguna. De lo que se trata es de intentar resolver y pacificar definitivamente el conflicto, por lo que a veces será necesario tratar de muchas cuestiones colaterales que puedan tener incidencia en el mismo. Es evidente que las aristas del conflicto, en muchas ocasiones, trascienden con creces las cuestiones estrictamente jurídicas y, en este sentido, los MASC ofrecen el espacio idóneo para que dichas cuestiones puedan ser abordadas en profundidad.

Otra de las ventajas y elemento fundamental de estos mecanismos es su carácter voluntario, tanto en su inicio, como en su desarrollo y finalización. Las partes de común acuerdo han de decidir iniciar el procedimiento y si a lo largo de su desarrollo deciden abandonarlo, por el motivo que sea, pueden hacerlo en cualquier momento. Por supuesto, en ningún caso, están obligadas a concluir el procedimiento de que se trate con acuerdo. Característica de estos métodos es que se configuran en todo caso como un cauce electivo, en el sentido de que las partes no se ven obligadas a llegar a una solución si no lo desean, por lo que el principio básico que los rige es el respeto de la voluntad de las partes, frente a la vía judicial donde las mismas han de acatar en todo caso la decisión judicial.

Por otra parte, el carácter multidisciplinar de dichos métodos hace que, en ocasiones, sean más adecuados que el procedimiento judicial para tratar determinados conflictos, ofreciendo mejores y más completas soluciones que las que se podrían obtener en dicha vía. Comentaba anteriormente que el conflicto, en muchas ocasiones, comprende determinados aspectos o cuestiones que no requieren de una solución de carácter jurídico y, en este sentido, la multidisciplinariedad de los MASC implica que profesionales de otros ámbitos puedan ser incorporados al procedimiento elegido a fin de aportar sus conocimientos específicos dirigidos a la obtención de la mejor solución posible al conflicto planteado.

Además, en estos métodos se trabaja sobre la base de que no hay vencedores ni vencidos, las partes han de trabajar colaborativamente, intentando ver satisfechos los intereses y necesidades propias, pero siendo conscientes de que el éxito depende también de la otra parte, de que ésta también pueda ver satisfechos sus propios intereses y necesidades, lo que les hace aunar esfuerzos en orden a superar las posibles dificultades que se puedan ir planteando.

Otro de los aspectos que más se suele valorar de estos métodos es la confidencialidad, que supone que las partes no tengan que airear en público sus disputas o aportar información o documentación que, de otro modo, si tendrían que hacer en un procedimiento judicial²⁶. Además, la confidencialidad ofrece la necesaria garantía para las partes de que toda la información o documentación que, eventualmente, puedan compartir durante su proceso de búsqueda de un acuerdo consensuado, no va a poder ser utilizada en un procedimiento contencioso ulterior si no se consigue alcanzar dicho acuerdo y que, además, ninguno de los posibles profesionales que hayan podido intervenir en el mismo podrá ser llamado como testigo o perito a fin de ser preguntado sobre ninguna cuestión que las partes hayan podido manifestar o compartir.

Por último, se podría comentar que en los MASC aumenta la responsabilidad de las partes en orden al cumplimiento de los acuerdos alcanzados, ya que los mismos han sido adoptados voluntariamente por lo que deben ser mantenidos²⁷. Si las partes alcanzan un acuerdo, después de un, en ocasiones, complejo y laborioso procedimiento, lo normal es que lo cumplan y no vayan contra sus propios actos. De hecho, frente al elevado número de incumplimientos de resoluciones judiciales que, a su vez, da lugar a numerosos procesos de ejecución, el índice de cumplimiento de los acuerdos alcanzados a través de un MASC es significativamente mayor.

Queda mucho trabajo por delante, pero hay que esperar que la correcta implementación y desarrollo de los MASC suponga un significativo avance en la búsqueda de un sistema adecuado de gestión y resolución de conflictos y en ese cambio necesario que precisa la administración de justicia. ❖

26 Para GONZALO QUIROGA “la confidencialidad o discreción a la hora de resolver los conflictos es otro factor esencial. Se impedirá con ello que se cuestione la imagen pública de empresas y particulares por una cuestión que de resolverse en juicio se haría pública. En un juicio todas las partes acaban sufriendo un desgaste de medios e imagen y soportando una importante pérdida económica. Por eso, cada vez es más frecuente dejar en manos de MASC la resolución de sus conflictos”. GONZALO QUIROGA, M., “Introducción a los MASC: diagnóstico de la situación general”, en GONZALO QUIROGA, M. (Dir.), *Métodos alternativos de solución de conflictos...*, op. cit., p. 29.

27 Tal y como señalan GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO y PENÍN ALEGRE, “la solución alcanzada se percibe como fruto de la libre voluntad de las partes y no como consecuencia de la imposición, lo que aumenta la satisfacción de los interesados y su sensación de control. (...) Cuando son las partes las que regulan por sí mismas su relación para el futuro se reduce el riesgo de incumplimiento y, por ende, de generación de nuevos conflictos”. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. y PENÍN ALEGRE, M.L., “Mediación: una aproximación desde el Derecho y la Psicología”, en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.) *Mediación: un método de...*, op. cit., p. 12.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALASTRUEY GRACIA, R., «Argumentario sobre la búsqueda de soluciones negociadas en el proceso civil». <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones>

BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos, Alternative Dispute Resolution y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

— «Solución extrajudicial de conflictos en el ámbito empresarial», en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (dir.), *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010.

— *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España (tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CARRETERO MORALES, E., *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*, Dykinson, Madrid, 2016.

FAJARDO MARTOS, P. y SANZ PARRILLA, M., «La Mediación como Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos en Derecho de Seguros y Reaseguros», en *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones*, Barcelona, 2009.

GALEOTE MUÑOZ, M. P., «La Mediación», en *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y PENÍN ALEGRE, M. L., «Mediación: una aproximación desde el Derecho y la Psicología», en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (dir.), *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010.

GONZALO QUIROGA, M., «Introducción a los MASC: diagnóstico de la situación general», en GONZALO QUIROGA, M. (Dir.), *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2006.

MARTÍN DIZ, F., «La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia», en MARTÍN DIZ, F. (coord.), *La mediación en materia de familia y Derecho Penal: estudios y análisis*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011.

MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MORENO MARTÍN, F., «La mediación y la evolución histórica de la idea de conflicto», en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (dir.), *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010.

ORTUÑO MUÑOZ, J. P., «El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil de 19.04.02 de la Comisión de las Comunidades Europeas», *Revista Iuris-La Ley*, n.º 77, 2003.

ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal», *Documento de trabajo*, 110/2007, Fundación alternativas, 2007.

OTERO PARGA, M., «Ventajas e inconvenientes de la Mediación», en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007.

PASTOR PRIETO, S., «Eficiencia y Medios Alternativos», en HEREDIA CERVANTES, I (coord.), *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008.

— «Justicia y Economía: Panorámica, crítica e implicaciones», en *Justicia y Economía*, Manuales de Formación Continuada Consejo General del Poder Judicial, n.º 49, Madrid, 2010.

PRATS ALBENTOSA, L., “Desjudicialización (I): el proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”, *Diario La Ley*, N° 7625, Sección Tribuna, 9 Mayo 2011.

RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, 8.ª ed. Atelier, Barcelona, 2010.

REDORTA LORENTE, J., «Entorno de los métodos alternativos de solución de conflictos», en AAVV, *Revista de Mediación*, año 2, n.º 3, marzo, 2009.

— «La justicia del futuro», en *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones*, GEMME, Barcelona, 2009.

VALL RIUS, A., «Gestión cooperativa de conflictos: Medarb y otras figuras posibles», en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (dir.), *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010.

www.cis.es/cis/opencms/-Archivos/Marginales/2760_2779/2778/e277800.html

www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial/Analisis_estadistico/Panoramicas

www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones

www.mjusticia.gob.es

Desconsideração da Personalidade Societária e Responsabilização de Terceiros na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção

Marçal Justen Filho

*Mestre e Doutor em Direito Público pela PUC/SP,
advogado*

A Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) previu a responsabilização das pessoas jurídicas por atos de corrupção praticados contra a Administração Pública. O exame de suas regras permite uma compreensão mais precisa da disciplina sobre temas similares adotados na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992 - LIA).

I - O ÂMBITO SUBJETIVO DE VIGÊNCIA DA LEI DE IMPROBIDADE

A LIA é orientada diretamente a reprimir condutas reprováveis praticadas por agentes administrativos no desempenho de suas atividades funcionais. O art. 1º delimita o âmbito de vigência material do diploma, tal como se extrai do texto abaixo reproduzido:

“Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de

empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei”.

O agente ativo da infração da Lei de Improbidade é basicamente o “servidor público”, tendo sido utilizada a expressão numa acepção amplíssima para indicar todo aquele investido da condição de exercício de poderes jurídicos pertinentes à Administração Pública.

Na sua disciplina imediata, a LIA não alcança a conduta dos sujeitos privados. Assim se passa porque toda e qualquer infração sancionável pela LIA pressupõe a participação de um agente público. Essa orientação foi reafirmada pelo próprio STJ, em decisão que despertou a atenção dos especialistas (caso “Chatô”)¹. Naquele julgamento, ficou definido o seguinte:

“IV – Inviável a propositura de ação de improbidade administrativa contra o particular, sem a presença de um agente público no polo passivo, o que não impede eventual responsabilização penal ou ressarcimento ao Erário, pelas vias adequadas. Precedentes” (REsp 1.405.748, 1.ª T., rel. Min. Marga Tessler (Juíza Federal Convocada do TRF4), rel. p/ acórdão Min. Regina Helena da Costa, j. 21.5.2015, *DJe* de 17.8.2015).

Muitas das infrações da LIA se aperfeiçoam mediante a atuação isolada de um agente público. Assim se passa nos casos em que o ocupante de uma função estatal prevalece-se de sua posição para auferir benefícios indevidos para si próprio.

Mas o art. 3º da LIA prevê a extensão do regime da improbidade administrativa também a sujeitos privados, nas hipóteses em que um sujeito privado participe da infração ou dela se beneficie indevidamente. O dispositivo tem a seguinte redação:

“As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

¹ Sobre o tema, confira-se: OLIVEIRA, Fernão Justen de. “Chatô, o rei do Brasil” e improbidade administrativa sem agente público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, n. 19, p. 59-73, jul./ago, 2015.

O STJ, no julgamento do REsp 1.405.748 – acima referido, firmou o seguinte entendimento:

“III - A responsabilização pela prática de ato de improbidade pode alcançar terceiro ou particular, que não seja agente público, apenas em três hipóteses: a) quando tenha induzido o agente público a praticar o ato ímprobo; b) quando haja concurrido com o agente público para a prática do ato ímprobo; ou c) tenha se beneficiado com o ato ímprobo praticado pelo agente público”.

Para os fins do art. 3º da LIA, é indiferente se o sujeito privado é pessoa física ou jurídica. O tratamento jurídico reservado a ambas as figuras é idêntico.

A LIA contempla uma hipótese de desconsideração da pessoa jurídica de modo expresso. No art. 12, incs. I a III, está determinado que o sancionamento pela improbidade poderá consistir na “proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário”.

A LIA afasta a distinção entre o sócio – condenado por improbidade – e as pessoas jurídicas em que tiver participação societária majoritária. Mas tal apenas se aplica para o específico efeito da proibição de contratar e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

II - O REGIME DA LEI Nº 12.846/2013

A Lei nº 12.846 disciplinou um outro regime de combate à corrupção, tipificando condutas reprováveis praticadas por sujeito privado. A Lei tem por finalidade inclusive incorporar ao direito brasileiro as regras da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris em 1997 e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 3.678/2000.

No art. 5º, a Lei Anticorrupção especifica as condutas infracionais que envolvem práticas de corrupção (ainda que meramente tentadas). Os atos de corrupção referidos no art. 5º podem envolver a atuação exclusiva de sujeitos privados. Assim, por exemplo, existirá infração punível quando

diversos agentes privados atuarem em conluio numa licitação. O aperfeiçoamento da infração não exigirá a participação de um agente público.

Mas haverá casos em que o ilícito resultará da atuação concertada entre agentes privados e públicos. Aliás, há hipóteses em que uma mesma conduta reprovável é tipificada pela LIA no tocante à conduta do agente público e pela Lei Anticorrupção relativamente ao agente privado².

A Lei Anticorrupção estabelece que a responsabilidade das pessoas jurídicas será objetiva, tal como se extrai do art. 1º, abaixo reproduzido:

“Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

Essa mesma orientação constou do art. 2º, cuja redação é a seguinte:

“As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”.

Por outro lado, o art. 4º do diploma previu regras sobre a amplitude da responsabilidade da pessoa jurídica. No § 2º ficou determinado o seguinte:

“As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado”.

Essas previsões têm despertado controvérsias, especialmente em vista da alusão à responsabilização objetiva da pessoa jurídica. O tema exige aprofundamento.

A relevância da repressão à corrupção não autoriza ignorar a disciplina constitucional quanto à competência sancionatória do Estado. Portanto, toda e qualquer interpretação das regras deverá assegurar a compatibilidade da disciplina da Lei Anticorrupção com a Constituição.

² Nesse sentido, confirmam-se os arts. 10, inc. VIII da LIA e o art. 5º, inc. IV da Lei 12.846.

A advertência acima é especialmente necessária para evitar a tentação da interpretação literal, conducente à prevalência de uma concepção não relacionada com a técnica jurídica. A aplicação da técnica jurídica permite uma interpretação mais compatível com a Constituição.

III - A QUESTÃO FUNDAMENTAL: A “RESPONSABILIDADE” DA PESSOA JURÍDICA

O aspecto fundamental a ser considerado reside no fato de que a Lei nº 12.846 disciplina, de modo explícito e inquestionável, a **responsabilidade** das pessoas jurídicas por atos de corrupção. É indispensável, portanto, tomar em vista o instituto da responsabilidade para compreender adequadamente a questão.

III.1 - A “responsabilidade” na teoria geral do direito

A expressão “responsabilidade” é utilizada na teoria geral do direito para indicar uma posição jurídica de cunho acessório ou derivado, que envolve a submissão aos efeitos jurídicos decorrentes de certas condutas (principais ou originárias). A responsabilidade pode configurar-se como o dever de arcar com os efeitos danosos decorrentes de atos ilícitos (ou, em alguns casos, lícitos), com uma nítida dimensão de natureza patrimonial.

III.2 - A teoria dualista da obrigação no direito privado

No âmbito do direito privado, desenvolveu-se a teoria dualista da obrigação, que merece um relevante prestígio doutrinário³. Segundo essa concepção, a obrigação compreende duas manifestações distintas e inconfundíveis. Há o dever de prestar (débito), que corresponde à sujeição de uma pessoa ao desenvolvimento de conduta ativa ou omissiva em favor do credor. E existe a responsabilidade, que indica a sujeição (usualmente patrimonial) da mesma ou de outra pessoa à satisfação do direito do credor, em caso de inadimplemento do débito.

A teoria dualista permite compreender a vinculação de terceiros à satisfação de débito alheio. Assim, por exemplo, o fiador não é titular do débito, mas apenas da responsabilidade patrimonial. A outorga de bem em

3 A formulação mais completa sobre a teoria dualista da obrigação encontra-se em COMPARATO, Fabio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. Paris: Dalloz, 1964. Para um aprofundamento do entendimento do signatário, pode-se conferir Sujeição Passiva Tributária. Belém: CEJUP, 1986, p. 53-69.

hipoteca de dívida alheia é uma situação de responsabilidade de terceiro, delimitada objetivamente ao bem hipotecado.

III.3 - Ainda a “responsabilidade” como um efeito jurídico

A construção anterior facilita a compreensão de que o instituto jurídico da “responsabilidade” se relaciona com o efeito do descumprimento de uma conduta devida. Mesmo quando não se tratar precisa e exatamente de uma obrigação de direito privado, alude-se à “responsabilidade” para indicar a sujeição de um sujeito a um tratamento jurídico mais severo como decorrência da ocorrência de um evento indesejável – usualmente a prática de um ato ilícito.

III.4 - A “responsabilidade civil”

A procedência do raciocínio é evidente, especialmente no caso da responsabilidade civil. A expressão indica o surgimento de uma obrigação de indenizar perdas e danos em virtude da infração à lei ou do inadimplemento contratual. A responsabilidade civil é uma derivação da ocorrência de um evento indesejável, que produz um dano que o direito determina que seja evitado ou ressarcido. Mesmo nos casos em que a lei estabelece a responsabilidade civil por ato lícito – o que configura exceção –, trata-se da decorrência da consumação de um dano indesejado pelo direito.

III.5 - A “responsabilidade” da pessoa jurídica

A avaliação da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica tem de ser examinada em face dessas características e da própria estrutura dessa categoria de sujeitos.

III.5.1 - A pessoa jurídica e sua existência abstrata

O primeiro aspecto a ser destacado reside na noção de que a pessoa jurídica não é dotada de existência intrínseca e autônoma. Não é possível afirmar que a natureza da pessoa jurídica é idêntica à da pessoa física.

A pessoa física é o ser humano, dotado de um corpo físico e de elementos subjetivos, que configuram uma entidade complexa. A pessoa

jurídica é uma organização de pessoas ou de bens, a que o direito reconhece a titularidade de posições jurídicas.

III.5.2 - A atuação jurídica da pessoa jurídica

Justamente por isso, a pessoa jurídica apenas pode formar e exteriorizar a sua vontade por meio de pessoas físicas. A teoria do órgão, absolutamente prevalente, reconhece que os indivíduos são os órgãos de formação e de exteriorização da vontade da pessoa jurídica. Logo, a pessoa jurídica atua por meio de órgãos, cuja especificidade varia em função do tipo da pessoa jurídica⁴.

III.5.3 - A “conduta” da pessoa jurídica

Portanto, a pessoa jurídica não age por si mesma. Todos os seus atos são materialmente praticados por seres humanos. Tais atos são imputados à pessoa jurídica, tal como se ela os tivesse “praticado”. Essa construção gramatical deve ser entendida com cautela para evitar distorções indevidas, como é evidente.

III.5.4 - O ilícito da pessoa jurídica

Admite-se a prática de atos ilícitos pela pessoa jurídica. Tal se passa quando o indivíduo, que atua como órgão dela, adota conduta infringente da ordem jurídica.

III.5.5 - A culpabilidade da pessoa jurídica

Também se reconhece que a conduta ilícita da pessoa jurídica implica, como regra, um elemento subjetivo. FRANK MODERNE indica que a culpabilidade que entranha a conduta do indivíduo que atua como órgão da pessoa jurídica é a ela imputada. Ou seja, a culpabilidade da pessoa jurídica se manifesta como a culpabilidade do agente que atua como órgão dela⁵.

4 A respeito da teoria do órgão, confira-se a obra do signatário: Curso de Direito Administrativo. 12. ed., São Paulo: RT, 2016, p. 112-113.

5 *Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus puniendi de l'État dans les démocraties contemporaines*. Paris: Economica, 1993, p. 287.

III.5.6 - A responsabilidade da pessoa jurídica

A pessoa jurídica “responde” por atos ilícitos ou defeituosos praticados por seus órgãos. Isso não significa que se admita a “conduta ilícita” da pessoa jurídica, mas sim que a infração é cometida pelo órgão da pessoa jurídica.

III.6 - A responsabilidade “objetiva” prevista na Lei nº 12.846

Essas ponderações são essenciais para determinar o sentido da disciplina constante dos arts. 1º e 2º da Lei nº 12.846, quando estabelecem a responsabilidade “objetiva” da pessoa jurídica.

III.6.1 - Ainda a ausência de responsabilidade intrínseca

Reitere-se, antes de tudo e uma vez mais, que não existe responsabilidade intrínseca da pessoa jurídica. Ou seja, não existe uma conduta física, própria, autônoma da pessoa jurídica, de que derivem efeitos jurídicos diretos. Existe, sempre, a questão da atuação do órgão.

III.6.2 - A desnecessidade de culpa na atuação do órgão

Portanto, a responsabilidade “objetiva” da pessoa jurídica apenas poderia significar a desnecessidade da verificação de culpa na atuação do indivíduo que opera como órgão dela.

III.6.3 - A configuração do elenco de infrações

No entanto, é fundamental examinar a Lei nº 12.846 para observar que existe uma distinção jurídica que não pode ser ignorada. Os arts. 1º e 2º aludem à responsabilidade objetiva da pessoa jurídica pelas infrações previstas no art. 5º.

Ocorre que esse dispositivo enumera infrações cuja configuração exige um elemento subjetivo. Nenhuma das condutas lá referidas pode ser aperfeiçoada sem a presença de um elemento subjetivo reprovável. Se houvesse dúvida, bastaria examinar o elenco, que está abaixo reproduzido:

“Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo

único do art. 1º, que atente contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional”.

O dispositivo refere-se em inúmeras passagens à figura da “fraude”, a qual apenas pode ser consumada mediante dolo. Assim se passa especialmente porque é juridicamente impossível a consumação de “corrupção” sem um elemento subjetivo reprovável.

III.6.4 - Ainda o elemento subjetivo do ilícito

É fundamental destacar que o elemento subjetivo integra o tipo do ilícito. Essa construção, que se pacificou no âmbito do direito penal, reconhece que a composição normativa do ilícito contempla não apenas elementos objetivos, mas também subjetivos.

Ou seja, a definição normativa de “fraude” contempla a conduta material maliciosa, que frustra os objetivos e as finalidades da disciplina normativa, mas também prevê a verificação de um elemento subjetivo, traduzido pela vontade e consciência de fraudar.

Portanto, a consciência e a vontade (o dolo) do agente, no caso concreto, são indispensáveis à consumação do ilícito porque a norma jurídica, ao construir o tipo, contemplou abstratamente a exigência do elemento subjetivo.

III.6.5 - A inviabilidade da tese da desnecessidade do dolo

Afirmar que a Lei nº 12.846 teria criado um ilícito destituído de elemento subjetivo configuraria não apenas uma violação ao Estado Democrático de Direito e à Constituição – que exige que toda e qualquer responsabilidade civil seja resultante de ilícitos compostos por um elemento subjetivo (ressalvada a situação prevista expressamente no art. 37, § 6º, da CF/88⁶). Mais do que isso, implicaria uma contradição invencível, eis que o art. 5º da Lei nº 12.846 contempla um elenco de condutas cuja ilicitude é formada não apenas por atuações materiais e objetivas, mas também pelo elemento subjetivo reprovável.

A consumação do ilícito se faz por meio da atuação de uma pessoa física. Somente haverá o ilícito do art. 5º quando um indivíduo atuar de modo reprovável, praticando certas atividades materiais com a consciência e a vontade de violar a ordem jurídica.

⁶ Ainda assim, o signatário entende que a referência à responsabilidade civil objetiva do Estado não prescinde de um elemento subjetivo, ainda que objetivado. Não se trata simplesmente de atribuir ao Estado a responsabilidade pelo dano decorrente de quaisquer de suas ações ou omissões, mas de reconhecer que ao Estado compete um dever de diligência especial, cuja violação faz presumir a culpabilidade. Sobre o tema, confira-se Curso de Direito Administrativo, cit., p. 1.213. Construção semelhante envolve a responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção.

IV - DISTINÇÃO ENTRE “AUTORIA” E “RESPONSABILIDADE”

É necessário diferenciar os conceitos de “autoria” do ilícito e de “responsabilidade” pelos efeitos jurídicos da conduta indesejável. Uma figura é o sancionamento pela prática do ilícito (autoria) e outra, com ela inconfundível, é a responsabilidade pelos efeitos da prática de ato ilícito cometido por outrem.

IV.1 - A autoria: a prática do ato ilícito

A prática do ato ilícito implica a sujeição do agente infrator à sanção. Em tal hipótese, há uma relação direta entre a conduta reprovável e a reação da ordem jurídica. O sujeito é punido porque praticou a conduta ilícita.

Essa é a solução contemplada, por exemplo, no art. 3º da LIA, quando estabelece que a participação do sujeito privado no aperfeiçoamento do ilícito de improbidade produzirá a sua submissão ao regime sancionatório correspondente.

Em se tratando de pessoa jurídica, configura-se a autoria do ato ilícito quando o sujeito que atua como órgão dela pratica, em tal condição, uma conduta tipificada. Em tais hipóteses, o ato ilícito é diretamente imputado à pessoa jurídica, a qual é submetida às diversas sanções cabíveis.

Em tais casos, incide o regime jurídico punitivo, que compreende a exigência de culpabilidade, a pessoalidade da sanção e todas as demais características já expostas.

IV.2 - A responsabilidade pela prática de ilícito

Diversamente se passa nos casos em que se configura a responsabilidade pelos efeitos de infração por outrem cometida. Em tal hipótese, não se discute a prática da ilicitude pelo sujeito responsabilizado.

IV.2.1 - Não exigência dos requisitos de sancionamento pela autoria

O sujeito responsabilizado não é autor da infração. Por isso, não incidem os requisitos pertinentes à consumação da ilicitude. Tais requisitos são examinados a propósito da conduta do autor do ilícito.

IV.2.2 - Ainda a questão da pessoalidade da pena

Não se contraponha que a responsabilidade seria incompatível com a garantia constitucional da pessoalidade da pena. Essa ponderação é inaplicável, porque a responsabilidade não envolve a extensão da pena a terceiro.

Precisamente em vista da garantia constitucional da pessoalidade das penas, a responsabilidade apenas pode se relacionar aos efeitos patrimoniais da ilicitude. O responsável não é sujeitado à punição cominada ao autor do ilícito, alternativa que apenas poderia ser aplicada se houvesse a sua configuração como tal.

Se o sujeito é responsável, então não é constitucionalmente cabível a aplicação a ele de penas reservadas para o autor do ilícito. Em face da ordem jurídica apenas é admissível estabelecer que o sujeito arcará com os efeitos patrimoniais do sancionamento.

IV.2.3 - A confirmação da tese: ainda o art. 4º, § 2º, da Lei Anticorrupção

A orientação acima referida é confirmada pela disciplina contemplada no já referido § 2º do art. 4º da Lei Anticorrupção, que determina que a responsabilidade de sociedades controladora, controladas, coligadas ou consorciadas restringe-se “à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado”.

Ou seja, a prática do ato de corrupção pode configurar crime e pode gerar sanções aos sujeitos que forem apontados como autores. Tais sanções, de natureza tipicamente expiatória, não podem ser aplicadas aos “responsáveis”. Assim se impõe em vista do princípio da pessoalidade da pena.

O responsável apenas pode ser submetido, portanto, à obrigação de responder patrimonialmente pela reparação do dano, tal como pelo pagamento da multa.

IV.2.4 - A presunção da culpabilidade

Em última análise, não significa que o direito tenha efetivamente estabelecido uma responsabilidade objetiva, dispensando-se a existência de um elemento subjetivo reprovável. A solução jurídica é diversa: o direito presume a culpa da pessoa jurídica nos controles sobre os seus agentes.

Incumbe à pessoa jurídica adotar todas as providências possíveis e necessárias para impedir qualquer conduta de um agente seu que dê oportunidade à corrupção.

V - A distinção entre desconsideração e responsabilidade

As considerações acima são relevantes para diferenciar as figuras da desconsideração da personalidade societária e da responsabilidade da pessoa jurídica por atos de corrupção.

V.1 - Ainda a questão da autoria

A desconsideração da personalidade societária consiste num afastamento do regime jurídico próprio das entidades personificadas⁷. Isso pode conduzir à atribuição da conduta diretamente a um sujeito distinto da pessoa jurídica⁸. Em tais situações, existe uma solução no plano da autoria da conduta. É evidente que isso pode gerar efeitos no tocante à responsabilidade. Nesses casos de desconsideração, o ato será imputado (conjunta e concomitantemente) a um outro sujeito – o qual será responsabilizado pelos seus efeitos.

Diversamente se passa nos casos de responsabilização de uma pessoa jurídica por eventos praticados por outrem. Em tal hipótese, não se controverte sobre a autoria, mas apenas se estende a responsabilidade pelos efeitos da conduta alheia.

Um exemplo permite compreender a distinção. O art. 1.023 do Código Civil determina que, “Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária”. Essa regra não contempla a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade simples. Apenas estabelece que os sócios respondem pelas perdas da sociedade. Ou seja, o patrimônio pessoal dos sócios será vinculado à satisfação das dívidas de titularidade da sociedade simples. Não se discute a titularidade da dívida, que é inquestionavelmente da sociedade simples.

Diversamente pode se passar nas hipóteses comuns de desconsideração da personalidade societária. Nesses casos, a desconsideração é apli-

⁷ Para uma avaliação mais aprofundada do entendimento do autor e da doutrina pertinente ao tema, consulte-se: *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1986.

⁸ Nada impede que a desconsideração seja utilizada apenas para o efeito de extensão da responsabilidade por débitos alheios. Em tais casos, a desconsideração produzirá efeitos similares aos da extensão da responsabilidade.

cada em vista da utilização abusiva da pessoa jurídica, de modo a impedir a diferenciação entre a entidade personificada e o seu sócio.

V.2 - A consagração da distinção na Lei nº 12.846

As considerações anteriores não refletem uma criação doutrinária dissociada do direito positivo. A própria Lei nº 12.846 expressamente alberga a diferenciação entre responsabilidade estendida entre pessoas jurídicas e desconsideração da personalidade societária. O art. 14 do diploma consagra a seguinte regra:

“A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa”.

Ou seja, a desconsideração societária é prevista formalmente na Lei nº 12.846 como uma solução jurídica distinta daquela estabelecida no art. 4º, § 2º, do mesmo diploma. A responsabilidade da sociedade controladora, controlada ou coligada pelos efeitos patrimoniais de atos de corrupção praticados por agentes de outras sociedades não se confunde com a desconsideração da personalidade societária.

Justamente por isso, o art. 14 determina que, nas hipóteses de desconsideração, todas as sanções pertinentes à autoria do ilícito serão impostas também aos sócios e administradores. Assim se passará porque a conduta ilícita será atribuída também a eles, hipótese muito distinta daquela contemplada no art. 4º, § 2º, da mesma Lei.

VI - ALGUMAS COMPARAÇÕES ENTRE LIA E LEI ANTI-CORRUPÇÃO

É útil estabelecer algumas comparações relativamente à disciplina da LIA e da Lei Anticorrupção, relativamente à temática de determinação de autoria e de responsabilidade pelos efeitos do sancionamento previsto.

VI.1 - A disciplina da LIA

No âmbito da LIA, admite-se a desconsideração da personalidade da entidade societária envolvida na prática do ilícito, quando presentes certos requisitos. A previsão da responsabilidade automática e ampliada de outras pessoas jurídicas pelos efeitos de infrações cometidas é limitada.

VI.2 - A única hipótese de desconsideração formalmente prevista

Como visto, o art. 12, incs. I a III, consagra a desconsideração automática da personalidade societária em termos muito específicos. Nos três dispositivos, está determinado que o sancionamento pela improbidade poderá consistir na proibição de contratar com o poder público ou de receber de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, “direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário”.

VI.3 - Os pressupostos para a desconsideração

Excluída a situação expressamente prevista no art. 12 da LIA, é pacífico que o sancionamento por improbidade administrativa não alcança de modo automático os sócios da pessoa jurídica demandada. Somente se admite a desconsideração para fins de participação na ação de improbidade se estiverem presentes pressupostos para tanto, os quais devem estar relacionados a práticas abusivas ou fraudulentas por meio da pessoa jurídica.

Há decisões nesse sentido do TRF da 5ª Região, nos termos abaixo reproduzidos:

- “1. A desconsideração da personalidade jurídica da empresa, para fins de responsabilização dos seus representantes, pressupõe - ainda que em juízo de superficialidade - a indicação comprovada de atos fraudulentos, a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade. Precedentes do STJ. 2. Demais de não ter sido requerida pelo MPF, *in casu*, a desconsideração da personalidade jurídica da construtora ... Ltda., muito menos levantado, na petição inicial, algum indício de desvio de finalidade de tal pessoa jurídica ou da confusão do seu patri-

mônio com os dos seus representantes, a simples referência, na sentença, de uma decisão anterior que, desmotivadamente, apenas afirma a existência de desvio de finalidade ou abuso de personalidade não é suficiente para se desconsiderar a existência da personalidade jurídica de uma empresa, mesmo tendo sido ela extinta, e admitir-se a responsabilidade do mero administrador. (...)” (AC 200983050014198, 4ª T., rel. Des. Fed. Edílson Nobre, j. 26.5.2015, *DJe* de 3.6.2015).

• “(...) 1. Embargos infringentes opostos contra acórdão que reconheceu a ilegitimidade passiva *ad causam* de um dos demandados e determinou a sua exclusão do polo passivo da lide. 2. Hipótese em que a discussão diz respeito à possibilidade de responsabilização pessoal de um dos demandados, dirigente da pessoa jurídica que contratou com o ente público municipal. 3. Não consta dos autos elementos suficientes para se imputar a responsabilização pessoal do dirigente da pessoa jurídica BEMFAM - Bem-Estar Familiar do Brasil, beneficiada com o repasse de recursos públicos, como também não se descreveu qualquer ato capaz de demonstrar a conduta volitiva desse demandado nos atos ilícitos em discussão. 4. A transferência de recursos foi feita pelo ente público municipal em favor da pessoa jurídica prestadora do serviço, de forma que a BEMFAM é quem deve responder por eventual ressarcimento de dano constatado na condução do convênio. 5. Inexistência de indícios de desvio de finalidade da pessoa jurídica beneficiária dos recursos públicos, como também de confusão do patrimônio da pessoa jurídica com o de seu representante legal, o que impossibilita a desconsideração da personalidade jurídica para se imputar responsabilidade ao gestor da entidade beneficiada. 6. Embargos infringentes improvidos” (EAC 20098308001891102, Pleno, rel. Des. Fed. Francisco Barros Dias, voto unânime, j. 29.5.2013, *DJe* de 7.6.2013).

No mesmo sentido, há decisão também do TRF da 3ª Região, abaixo transcrita:

- “(...) 1. A desconsideração da personalidade jurídica da empresa, pela qual se autoriza a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, é medida excepcional que reclama o atendimento de pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiros, o que deve ser demonstrado sob o crivo do devido processo legal. 2. Não se pode desconsiderar a existência da personalidade jurídica da empresa e admitir a responsabilização do sócio proprietário da empresa, pois não se comprovou que o ato lesivo, ora imputado ao agravado, seja de sua autoria, nem que agiu com fraude ou abuso de direito. Precedente do STJ. 3. Agravo de instrumento desprovido” (AI 00447721420094030000, 3ª T., rel. Des. Fed. Nery Junior, j. 3.3.2011, *DJe* de 18.3.2011).

Portanto, a existência de uma condenação por improbidade relativamente à sociedade não produz efeitos em face de sociedade que recebesse parcelas de seu patrimônio, a não ser que estejam presentes outros requisitos.

VI.4 - Ainda a interpretação sistemática

Esse entendimento decorre de que a posição jurídica de sócio do sujeito apenado não é abusiva ou irregular por si só. Nem a configuração de relação de controle, usualmente associada à posição de sócio majoritário, constitui fundamento suficiente para justificar a desconsideração da personalidade jurídica.

Assim se passa inclusive nos casos de subsidiária integral, em que há controle pleno da sociedade. O Direito admite como válida e legítima essa relação, assim como confirma a independência das personalidades jurídicas envolvidas ao determinar que a subsidiária integral não se confunde com o seu único sócio. Logo, o patrimônio e a esfera jurídica da subsidiária integral não equivalem aos do seu sócio.

VI.5 - A inviabilidade da frustração do entendimento

Esse entendimento não pode ser frustrado mediante a desconsideração exclusivamente para fins de responsabilidade patrimonial.

Isso geraria uma solução despropositada. O ajuizamento em face do sócio de ação de improbidade em virtude de ações praticadas pela sociedade somente seria cabível se evidenciada a fraude que autorizasse a desconsideração. No entanto, julgada procedente a ação, nos termos do novo CPC (Lei 13.105/2015), poderia haver um pedido autônomo ou, se tal se der no curso do processo, incidente específico para requerer a desconsideração da personalidade jurídica do réu, aplicando-se a sanção a outra sociedade que fosse por ele integrada. Ora, isso viola a lógica jurídica e as garantias fundamentais. A desconsideração apenas pode ser praticada quando houver a presença dos pressupostos correspondentes.

VI.6 - A inviabilidade da extensão da responsabilidade na LIA

A LIA não adotou a solução contemplada na Lei Anticorrupção, relativamente à extensão automática da responsabilidade da pessoa jurídica por atos reprováveis praticados por seus agentes. Nem contempla a responsabilidade abrangente do grupo societário pelos efeitos patrimoniais das infrações praticadas no âmbito de uma determinada sociedade. Os dois diplomas adotam soluções sancionatórias distintas, o que impede a extensão das soluções consagradas em um deles às infrações previstas em outro.

VII - SÍNTESE SOBRE A LIA

As sanções do art. 12 da LIA devem ser aplicadas de acordo com pressupostos fáticos específicos, valorados em face do caso concreto. Caberá verificar se existe algum vínculo específico entre o sujeito sancionado e a sociedade por ele controlada que legitime a imposição a ela de uma punição, sem a existência de um elemento subjetivo próprio e específico.

Não se admite identificar *a priori* a atuação da pessoa jurídica e dos seus sócios. A improbidade administrativa imputável à pessoa jurídica não pode ser comunicada de modo automático à pessoa dos sócios ou de outras sociedades relacionadas. A desconsideração depende da presença de irregularidade, fraude ou abuso – ressalvada a expressa previsão dos incisos do art. 12 quanto à proibição de contratar e de receber benefícios fiscais ou creditícios.

A extensão da sanção à sociedade que tenha sócio seu condenado por improbidade administrativa implicaria instituir a desconsideração da autonomia da personalidade societária como regra. Os efeitos decorrentes da reprovabilidade da conduta do sócio majoritário, ainda que alheia às suas funções societárias, seriam automaticamente estendidos à pessoa jurídica⁹. ❖

VIII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COMPARATO, Fabio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation em droit privé*. Paris: Dalloz, 1964.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed., São Paulo: RT, 2016 (no prelo).

_____. *Sujeição Passiva Tributária*. Belém: CEJUP, 1986.

_____. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1986.

MODERNE, Frank. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle: contribution à l'étude du jus puniendi de l'État dans les démocraties contemporaines*. Paris: Economica, 1993.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. “Chatô, o rei do Brasil” e improbidade administrativa sem agente público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, n. 19, p. 59-73, jul./ago, 2015.

⁹ Em sentido similar a propósito da inconstitucionalidade, manifesta-se MARCELO FIGUEIREDO: “a personalidade jurídica do responsável (pessoa jurídica) por infração à probidade administrativa poderia ser descaracterizada quando houvesse abuso de direito, excesso de poder ou infração à lei. A lei em foco é radical, ao atingir com uma só penada a pessoa física e a jurídica, sem qualquer consideração a respeito de eventual conexão entre ambas as figuras – pessoa física e jurídica. Tal como vazado, o dispositivo se nos afigura inconstitucional, por ausência de proporcionalidade” (Probidade administrativa. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 152).

**Acordos em Litígios Coletivos:
Limites e Possibilidades
do Consenso em Direitos
Transindividuais após o
Advento do CPC/2015 e da Lei
de Mediação**

**Settlements in Brazilian Civil
Public Actions: Limits and
Possibilities of Consensus After
the 2015 Civil Procedure Code
and the Mediation Act**

**Humberto Dalla Bernardina de
Pinho**

Professor Titular de Direito Processual Civil na UERJ, ESTACIO e IBMEC. Martin-Flynn Global Law Professor na University of Connecticut School of Law. Diretor Acadêmico da Fundação Escola do MP/RJ. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

RESUMO: O texto procura demonstrar como a legislação brasileira tem evoluído no caminho para permitir e viabilizar os acordos em questões coletivas. Afastando-se de uma noção de direito público absolutamente indisponível, o legislador brasileiro vem prestigiando a solução consensual de litígios, mesmo nas searas pública e coletiva. Tal transição vem sendo instrumentalizada, principalmente, pelo compromisso de ajustamento de conduta e pela mediação pública. Contudo, nesse momento de transição, importante fixar certos limites, a fim de não se perder de vista a segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Consenso. Tutela Coletiva. Limites. Possibilidades.

ABSTRACT: The text seeks to demonstrate how Brazilian legislation has evolved along the way to allowing and making feasible settlements in collective issues. Moving away from a notion of an absolutely unavailable public right, Brazilian lawmaker has prioritized a consensual solution to disputes, even in the public and class sphere. This transition has been materialized, principally, by the undertaking of adjustment of conduct and public mediation. However, at this moment, it is important to set certain limits, so as not to lose sight of legal security and objective parameters to the settlements.

KEY WORDS: Consensus. Collective Protection. Limits. Possibilities.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. O compromisso de ajustamento de conduta como forma de acordo em litígios coletivos. 3. O cabimento da mediação envolvendo questões coletivas ou públicas. 4. A possibilidade dos acordos sobre o procedimento da ação coletiva. 5. Um olhar comparativo sobre o instituto do *settlement* nas *class actions* do direito norte-americano. 6. Considerações finais. 7. Referências Bibliográficas.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este estudo¹ se destina a examinar o instituto do compromisso de ajustamento de conduta, que vem passando por grandes transformações no direito brasileiro, sobretudo a partir do advento da Lei de Mediação e

¹ Versão em português do paper apresentado em 25 de janeiro de 2018 no “Faculty Lounge” da University of Connecticut School of Law, durante minhas atividades como Martin-Flynn Global Law Professor. Agradeço ao Diretor Timothy Fisher e aos professores Angel Oquendo e Peter Lindseth pelo convite e pela hospitalidade durante o período das pesquisas e visitas acadêmicas.

das novas práticas ligadas à colaboração premiada e aos acordos de leniência previstos, respectivamente, nas Leis nº 12.850/2013 e 12.846/2013.

Nesse sentido, o objetivo principal deste trabalho é examinar os limites objetivos do acordo nas situações que envolvem direitos transindividuais tutelados por meio de ações civis públicas.

O nascimento desse instituto, em particular, e da tutela coletiva, em geral, advém da constatação da inadequação do modelo processual clássico à obtenção da tutela dos direitos de terceira dimensão, pensados sob o prisma da solidariedade.

Nesse contexto, voltado à proteção dos interesses coletivos *lato sensu*, cuja titularidade não pertence exclusivamente aos legitimados à propositura da ação civil pública, surge o termo ou compromisso de ajustamento de conduta (TAC), como uma ferramenta conciliatória relevante, viabilizadora do acesso à justiça consensual, além de apta a colaborar para a desobstrução da máquina judiciária, por se evitar a propositura da ação coletiva competente².

Note-se que a instituição do TAC leva a diversas discussões sensíveis e atuais: i) anseio de efetivação da tutela coletiva consensual, mitigando-se certos dogmas, como o da indisponibilidade de interesses públicos e de interesses transindividuais; ii) aplicabilidade ou não de todas as saídas apresentadas pela autocomposição na resolução dessa espécie complexa de conflito, que são: transação, reconhecimento jurídico do pedido do autor, desistência da ação ou do pedido e renúncia à pretensão de direito material; e iii) instituição de medidas eficientes que se encontrem harmonizadas com a maior participação possível das partes e de todos os interessados, de modo a se assegurar o controle social das decisões – ou de decisões efetivadas por meio de medidas estruturantes³ –, além da inafastável observância do princípio da publicidade e da moralidade administrativa.

2 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FARIAS, Bianca Oliveira de. Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na Lei de Improbidade Administrativa e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública. In: Temas de Improbidade Administrativa, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v.1, p. 99.

3 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. CÔRTEES, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. XIII, jan-jun/2014, pp. 229/258. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/>. Acesso em: agosto 2014.

2. O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO FORMA DE ACORDO EM LITÍGIOS COLETIVOS

Tem sido alvo de amplo debate na doutrina a natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, desde sua inserção no § 6º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, pelo Código de Defesa do Consumidor. Não é questão meramente teórica, sendo, ao contrário, importante para se mensurar a abrangência objetiva do TAC e, caso seja admitida a negociação em seu bojo, a possibilidade de se identificar os produtos obtidos desta prática.

De toda sorte, o TAC tem sempre caráter facultativo: ou seja, nem o órgão público pode ser obrigado a ofertá-lo, nem o investigado pode ser forçado a aceitá-lo nos termos propostos. Haverá sempre um fator discricionário a ser levado em conta⁴.

De maneira geral, podem ser apontados dois posicionamentos: o primeiro considera o TAC uma transação especial, e o segundo o classifica como um ato jurídico atípico, *sui generis*⁵.

Interessante abordar a pesquisa elaborada por Geisa de Assis Rodrigues⁶, principalmente em relação à ampliação dos limites observados na negociação. A autora considera o TAC um negócio jurídico bilateral, em certa medida conciliatório, mas não se pode dizer que seja transacionável. Para ela, então, é impossível a solução negociada dos direitos transindividuais, embora se utilize o rótulo de “transação”.

Isso porque o espectro conciliatório se manifesta quanto aos aspectos adjacentes, ou seja, circunstâncias instrumentais ou periféricas da obrigação, sempre com a observância da proporcionalidade e da razoabilidade, para não se afetar o dever principal. Exemplifica com a possibilidade de os legitimados pactuarem acordos sobre o modo, o tempo ou o lugar do cumprimento da conduta para a reparação do dano coletivo causado.

Entretanto, deve-se notar para uma tendência recente de defesa de uma nova diretriz quanto à negociabilidade dos direitos coletivos. Os posicionamentos rígidos acabam descartados, pois pautados em argumentos genéricos que vêm impedindo a efetividade do TAC no plano prático.

4 STJ. REsp 596.764-MG, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 17/5/2012. Informativo STJ nº 497.

5 NERY, Ana Luiza de Andrade. Compromisso de Ajustamento de Conduta. Teoria e Análise de casos práticos. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 119.

6 RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 132.

Assim sendo, entendemos que não mais é viável manutenção do dogma onipotente sobre a indisponibilidade absoluta do direito material coletivo, afastando um mínimo de margem negocial necessário para a efetivação da avença. A superação dessa linha de pensamento, então, parece imprescindível para serem atendidos os anseios por um sistema coletivo adequado.

Nesse sentido, para Angel Oquendo⁷ a indisponibilidade deve ser circunscrita apenas à renúncia do direito, até mesmo porque questões acessórias ou novos fatos podem ser discutidos em casos futuros.

Portanto, a experiência demonstra que um grau maior de autonomia aos órgãos públicos para celebrar o TAC levaria a uma maior eficácia, sob a condição de serem observados certos parâmetros de controle e limitação.

Como bem refere Carlos Alberto de Salles⁸, a disponibilidade do direito não está relacionada diretamente a direitos patrimoniais de caráter privado.

Segundo Bruno Takahashi⁹, a partir dessas premissas, é possível aferir que o interesse público, por si só, não é indisponível, devendo ser examinado à luz das peculiaridades do caso concreto. Nesse contexto, vem ganhando espaço a tese doutrinária que visualiza, em um juízo de ponderação, a partir do caso concreto, a possibilidade de as partes realizarem concessões recíprocas para chegar à transação.

Conforme sustenta Ana Luiza Nery¹⁰, o compromisso é um negócio jurídico bilateral no qual se reconhece a finalidade de contrair, modificar ou extinguir direitos. A celebração objetivaria o alcance da melhor alternativa para reparar ou evitar a lesão a um bem de natureza metaindividual.

A partir dessa ideia então, mesmo um legitimado não podendo abrir mão de um direito essencialmente coletivo, não haveria óbice à re-

7 “(...) a settlement may seem to boil down to condoning, for a fee or quick fix, the impingement upon the group right in question. It may appear to run counter to the characterization of such entitlements as inalienable or non-disposable, particularly in Latin America. Upon deeper inspection, however, this inalienability or non-disposability must merely mean that one may not renounce the right at issue or consent to an infringement. The government or any other nominal claimant may only seek vindication, whether by litigating or settling for adequate satisfaction equivalent to the expected adjudicative relief discounted by the costs and risks of litigation. (...) a suitable settlement neither undercuts nor undermines societal entitlements. Instead, it vindicates them. In this scenario, representatives require less time and expense to move the violator to retribute or compensate upon an impingement. Consequently, they may yield some on the total value of the anticipated adjudicative recovery and still come out ahead”. OQUENDO, Angel. State Settlements in Vindication of Societal Rights. Original ainda não publicado e cedido pelo autor em Janeiro de 2018, p. 29.

8 SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 294.

9 TAKAHASHI, Bruno. Desequilíbrio de poder e conciliação, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 61.

10 NERY, Ana Luiza de Andrade. Compromisso de Ajustamento de Conduta. Teoria e Análise de casos práticos. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 119.

núncia de, por exemplo, uma obrigação acessória ou até mesmo principal, se não se referir ao núcleo do dever central.

É certo que a análise sobre a viabilidade da negociação em matéria coletiva, desde que não se renuncie ao direito material coletivo em sua substância, requer aguçada sensibilidade¹¹ do órgão público legitimado¹².

Deve haver a verificação então, em concreto, do princípio da proporcionalidade em todos os seus níveis ou subníveis de aferição – necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito – de modo a se escolher a via mais apta para a melhor efetivação possível do direito violado, com a reparação imediata da conduta ilícita¹³.

A determinação dos limites observados na negociação que versar sobre direitos transindividuais consiste em um outro desafio a ser enfrentado, sobretudo a partir das mudanças anunciadas, conforme se confere adiante.

Quanto às vedações ao conteúdo do TAC, são proscritas determinadas cláusulas¹⁴: i) impossibilidade de afastar o acesso dos lesados ao Judiciário, em razão da inevitabilidade da jurisdição, presente no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Assim sendo, não se pode impedir que outro colegitimado firme novo compromisso com objeto mais amplo ou com outra obrigação não inclusa no primeiro ajuste, ou, até mesmo, ajuizar ação civil pública nas respectivas hipóteses de cabimento; e ii) vedação ao enfraquecimento do núcleo do direito material em jogo. Não se proíbe, todavia, transigência quanto à renúncia da obrigação periférica ou de parte inexpressiva da obrigação principal.

11 STF. RE nº 253-885-0/MG, Rel. Min. Ellen Gracie. Publicado no DJ 21.06.02.

12 STJ. REsp nº 299.400/RJ, 2ª Turma. Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 02.08.2006.

13 Na jurisprudência norte-americana, procura-se construir parâmetros objetivos para a verificação da proporcionalidade. Veja-se, por exemplo, o julgado a seguir: “In determining the fairness, reasonableness, and adequacy of a settlement, the court considers the substantive terms of the settlement compared to the likely result of a trial, as well as the negotiating process itself, examined in light of the experience of counsel, the vigor with which the case was prosecuted, and any coercion or collusion that may have marred the negotiations themselves. A court determining whether a proposed settlement of a class action should be approved considers (1) the complexity, expense, and likely duration of the litigation, (2) the probability of the plaintiffs’ success on the merits, (3) the stage of the proceedings and the amount of discovery completed, (4) the range of possible recovery, (5) the existence of fraud or collusion behind the settlement, and (6) the experience and opinions of class counsel and class representatives, (7) the substance and amount of opposition to the settlement, (8) the strength of plaintiff’s case, (9) the risk of maintaining class action status throughout the trial, (10) the amount offered in settlement, and (11) the presence of a governmental participant”. Thomas Smith and Elizabeth Williams. Court approval of class action settlement, 6 Cyc. of Federal Proc. § 23:42 (3d ed.). Access pelo sítio Westlaw em 5 de janeiro de 2018.

14 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. FARIAS, Bianca Oliveira de. Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na Lei de Improbidade Administrativa e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública. In: Temas de Improbidade Administrativa, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 116.

Outro ponto para o qual também se deve atentar é o regime excepcional da lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992). O art. 17, § 1º, da referida legislação, se interpretado isoladamente, veda a transação, o acordo ou a conciliação nas ações destinadas a se apurar a prática de ato de improbidade praticados por qualquer agente público.

Registre-se que, por outra perspectiva, a Lei de Mediação, no art. 36, § 4º, abre a possibilidade de, “nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz (...)”, o que parece jogar novas luzes sobre a discussão.

Em um primeiro momento, a lei de improbidade parece ostentar obstáculo absoluto para a realização do TAC, independentemente da natureza jurídica definida para o compromisso.

A possibilidade da colaboração premiada, prevista na Lei n. 12.850/2013, traz novos paradigmas para a discussão¹⁵. O dispositivo, de natureza claramente contratual,¹⁶ favorece coautores, beneficiários ou cúmplices que espontaneamente revelem às autoridades competentes o nome dos mentores e dos principais autores do fato.

Ademais, após o advento da Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção –, a permissão de se firmar acordos de leniência (arts. 16 e 17) parece apontar mais claramente à possibilidade de flexibilização da vedação constada do art. 17, §1º¹⁷.

Como se pode perceber, mesmo em tema tão sensível, os autores¹⁸ tendem a flexibilizar o conceito de indisponibilidade material do direito, o que vem ao encontro das considerações expostas neste texto¹⁹.

15 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? In Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, vol. 73, Ago/Set 2016, Magister: Porto Alegre, p. 32.

16 DIDIER JR, Fredie. BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil, https://www.academia.edu/25608182/Colabora%C3%A7%C3%A3o_premiada_Lei_n._12.850_2013_natureza_jur%C3%ADdica_e_controle_da_validade_por_demanda_aut%C3%B4noma_um_d%C3%A1logo_com_o_Direito_Processual_Civil, acesso em 10 de julho de 2016, p. 17.

17 A Lei foi regulamentada pelo Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Texto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em 15 de junho de 2016.

18 MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos fundamentais indisponíveis: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida. Tese de Doutorado. Uerj, 2010. Disponível em: http://works.bepress.com/leticia_martel/, p. 18.

19 VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? In Revista de Processo, vol. 251, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. / 2016, pp. 391/426.

Essa tendência, aliás, foi expressamente acolhida pela Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, que será examinada a seguir.

Nesse sentido, o *caput* do art. 1º dessa Resolução estabelece que o TAC é um “*instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração*”.

A questão mais relevante para o nosso estudo pode ser encontrada no § 2º: “*É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado*”.

Não custa lembrar que o art. 12 da Lei nº 8.429/1992, prevê a seguintes sanções para os atos de improbidade, a serem aplicadas cumulativa ou alternadamente: a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b) ressarcimento integral do dano; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos; e) pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial; f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais pelo prazo de dez anos.

Ademais, o § 3º desse art. 1º preceitua que a celebração do compromisso não afasta, necessariamente, a eventual responsabilidade administrativa ou penal pelo mesmo fato.

Esse ponto tem especial relevância, pois confere maior segurança jurídica ao ajuste. Dessa forma, o compromisso pode excluir ou incluir benefícios nas áreas criminal e administrativa. Contudo, nessa hipótese, algumas cautelas devem ser adotadas, sobretudo para manter a isonomia entre os benefícios concedidos a investigados diversos, bem como para preservar o princípio do promotor natural. Aliás, nessa linha, já havia se posicionado o STJ²⁰, mesmo antes da inovação normativa.

Por fim, o § 4º deixa ao critério discricionário do órgão do Ministério Público decidir quanto à necessidade, conveniência e oportunidade de audi-

20 STJ. HC 187.043-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 22/3/2011. Informativo STJ nº 211.

ências públicas com a participação dos interessados. Nesse ponto específico, parece-nos que a diligência deveria ser sempre necessária, e não apenas facultativa.

É absolutamente fundamental auscultar a sociedade civil organizada e os lesados diretamente pelo ato ilícito. A não realização de pelo menos uma audiência pública pode resultar num isolamento do Ministério Público e, com isso, gerar um acordo que não atenda, da melhor forma, os interesses da sociedade, ou, pior, um acordo que revele solução rápida e consensual, mas que não gere a resolução efetiva e duradoura do problema.

3. O CABIMENTO DA MEDIAÇÃO ENVOLVENDO QUESTÕES COLETIVAS OU PÚBLICAS.

Além da previsão do TAC na legislação específica e ainda no art. 174, III, do CPC, combinado com o art. 32, III, da Lei de Mediação, é preciso atentar para a possível realização do acordo por outros legitimados privados, ou seja, sem a participação do Ministério Público, da Defensoria ou mesmo da Advocacia Pública.

Referimo-nos aqui aos legitimados para a propositura da ação civil pública, mas que não podem, ao menos numa interpretação literal, tomar o termo de ajustamento de conduta. É o caso, por exemplo, das associações de classe, confederações e sociedades civis sem fins lucrativos.

Não custa lembrar que o art. 3º, § 2º, da Lei nº 13.140/2015 permite o consenso envolvendo direitos indisponíveis transacionáveis, desde que o acordo seja levado à homologação judicial, com prévia oitiva do MP.

Nesse sentido, poderíamos estender a aplicação desse dispositivo também para os direitos transindividuais e visualizar uma hipótese de acordo em ação civil pública promovida por associação de classe (durante a audiência de conciliação ou de mediação, por exemplo) caso o juiz entenda que o direito é transacionável (art. 334, § 4º, inciso II do CPC).

Na verdade, esse acordo poderia ser alcançado mesmo antes da ACP, em procedimento de mediação prévia e extrajudicial.

Caso a ação seja promovida pelas pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), temos que lembrar que o art. 32 da Lei de Mediação permite expressamente não apenas a mediação (inciso II), mas também a promoção do TAC (inciso III).

Ademais, o § 3º do art. 32 estabelece que havendo consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial, ou seja, prescinde de homologação, o que parece conflitar com os termos do art. 3º, § 2º acima referido, sobretudo em sede de direitos indisponíveis transacionáveis. Contudo, mais adiante voltaremos ao tema.

Nesse sentido, como bem salienta Luciane Moessa de Souza²¹, existem três fundamentos constitucionais para a adoção de métodos consensuais na resolução de conflitos em que se vê envolvido o Poder Público, a saber: a) o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Const. Federal); b) o princípio da eficiência (art. 37, *caput*); e c) o princípio democrático (art. 1º).

Por tais razões, prossegue a autora, deve o Poder Público necessariamente disponibilizar métodos de resolução consensual de conflitos para as situações em que estiver litigando com particulares.

E essa tendência vem sendo seguida nas normas que regem as agências reguladoras, como, por exemplo, a agência nacional de energia elétrica - ANEEL (artigo 3º, V, da Lei 9.427, de 1996), agência nacional de telecomunicações - ANATEL (artigo 19, XVII, da Lei 9.472, de 1996) e agência nacional do petróleo - ANP (artigo 20 da Lei 9.478, de 1997).

A POSSIBILIDADE DOS ACORDOS SOBRE O PROCEDIMENTO DA AÇÃO COLETIVA

Com efeito, em sua gênese, o direito processual pertence ao ramo do direito público, ou seja, suas normas, como regra, são cogentes e não admitem modificação pelas partes²².

No CPC/73, a ideia de negócio jurídico processual era controversa²³. A doutrina²⁴ entendia cabível em algumas hipóteses excepcionais, sempre quando houvesse norma expressa autorizativa, e a jurisprudência²⁵

21 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de et alli (org.). O Marco Legal da Mediação no Brasil, Atlas: São Paulo, 2015, p. 211.

22 SANTOS, Marina França. Intervenção de Terceiro Negociada: Possibilidade Aberta pelo Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol 241/2015, p. 96.

23 MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *Revista de Processo*, vol. 241/2015, p. 463-487, mar/2015,

24 CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios Jurídicos Processuais no Direito Brasileiro. Disponível na internet. <https://www.academia.edu/10270224>. Acesso em 17 de abril de 2015, p. 14.

25 Com relação à alteração da ordem probatória e sua viabilidade por iniciativa do juiz, o STJ já se manifestou favoravelmente, em decisão de 1994. “Ementa: Prova. Inversão na ordem prevista no art. 452 do CPC. Ausência de prejuízo. Além de não ser peremptória a ordem estabelecida no art. 452 do CPC, há parte de evidenciar o prejuízo que lhe adviria com a

caminhava no mesmo sentido. Entretanto, o assunto já era debatido desde a década de 1980²⁶.

Em seu caminho evolutivo²⁷, o direito processual vem incorporando vários dispositivos que prestigiam o princípio da livre manifestação de vontade das partes. A doutrina²⁸, a seu turno, também tem feito grande contribuição no sentido de concretizar e consolidar o instituto.

Leonardo Greco²⁹, por exemplo, sistematiza as convenções em três grupos: (i) aquelas que afetam apenas a direitos processuais das partes, sem interferir nas prerrogativas do órgão julgador, demonstrando-se, portanto, aptas a produzirem efeitos imediatos; (ii) aquelas que afetam os poderes do juiz, o que é autorizado por lei na hipótese de conjugação de intenção das partes, razão pela qual também produzem efeitos desde a avença; e (iii) aquelas nas quais a conjugação da vontade das partes deve ser somada à concordância do juiz, que fará uma análise da *conveniência e oportunidade* para que o acordo passe a surtir efeitos, haja vista a inexistência de autorização legal para a limitação dos poderes apenas pela conjugação da vontade dos litigantes.

Ainda segundo o autor³⁰, as convenções processuais devem obedecer aos seguintes requisitos: (a) a possibilidade de autocomposição a respeito do próprio direito material posto em juízo ou a impossibilidade de que a convenção prejudique o direito material indisponível ou a sua tutela; (b) a celebração por partes plenamente capazes; (c) o respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; e (d) a preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo e da ordem pública processual.

inversão ocorrida. Aplicação ao caso, ademais, da Súmula n. 283-STF Recurso Especial não conhecido.” STJ - REsp 35786 SP 1993/0016147-4. 4a Turma. Pub. em: 12.12.1994, DJJ p. 34350, RSTJ, vol. 79, p. 238.

26 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenção das partes sobre matéria processual. In: Temas de Direito Processual. 3 série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 87-88.

27 ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os “acordos processuais” no projeto do Novo CPC – aproximações preliminares. **Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, v. 39, 2015. Disponível em: <http://www.mfrip.com.br/pub/escalajudicial/index.jsp?ipg=194778>. Acesso em 20 abr 2015.

28 CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali. Accordi di Parte e Processo. Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n° 11. Milano: Giuffrè, 2008, pp. 105/111.

29 GRECO, Leonardo. O juiz pode ser sujeito de um negócio processual? Palestra proferida no Seminário “Negócios Processuais no Novo CPC” promovida pela Associação dos Advogados de São Paulo/SP - AASP, em 06 de março de 2015.

30 GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil. vol. 1, 5. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp.61-62.

Duas questões precisam ser esclarecidas: a) A primeira diz respeito à definição do alcance da expressão ordem pública processual. Como bem sinaliza Diogo Rezende³¹, a expressão se refere a *direitos públicos inafastáveis*: são eles: (a.1) a igualdade e a capacidade das partes; (a.2) o contraditório e a ampla defesa; (a.3) o devido processo legal; (a.4) o princípio do juiz natural; (a.5) a independência e a imparcialidade do julgador; (a.6) a fundamentação das decisões judiciais; (a.7) a busca da verdade; (a.8) a celeridade; (a.9) a coisa julgada material: e b) A segunda se refere à possibilidade da realização de convenções processuais mesmo quando está em jogo direito identificado como indisponível.

Nesse passo, importante reconhecer que com o advento do CPC/2015 (arts. 165 e 334, §4º) e da Lei de Mediação (art. 3º, §2º da Lei nº 13.140/2015) não há mais dúvida quanto à possibilidade de composição em direitos indisponíveis.

Temos sustentado³² que, diante dos termos adotados pelo legislador, aliados à ideia da ressignificação da indisponibilidade a partir das premissas da contemporaneidade, a abrangência do direito indisponível que não admite autocomposição deve ser reduzida às hipóteses nas quais haja vedação expressa ao acordo, ou quando a disposição violentar um direito fundamental do cidadão.

O Código de 2015, com isso, traz a técnica de flexibilização do processo, o que acaba por acarretar um dinamismo diferente às condutas dos sujeitos processuais, permitindo, dessa forma, que as partes tenham uma maior contribuição sobre a gestão do processo.

A ideia encontra certa resistência, sobretudo em virtude da cultura da *civil law* brasileira, apegada à forma preestabelecida do ato e do procedimento, enquanto sinônimo de previsibilidade e segurança, bem como de ordem apta a garantir um tratamento isonômico a todos os envolvidos na relação jurídico-processual.

Essa mentalidade acaba se enraizando no ideário coletivo e, via de consequência, tornando difícil a abertura à atuação dispositiva dos particulares. De toda forma, maleabilizar-se o procedimento revela-se tendência

31 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. Das Convenções Processuais no Processo Civil. Ob. Cit., p.149.

32 Ver nossa exposição sobre Convenções Processuais, realizada no Auditório do Ministério Público de Minas Gerais, em agosto de 2015: http://humbertodalla.podomatic.com/entry/2015-08-19T07_10_28-07_00, acesso em 15 de novembro de 2015.

natural e consequência inata à evolução dos parâmetros constitucionais e, por conseguinte, processuais.

Como tal, afastá-la equivaleria a manter o ordenamento processual brasileiro estagnado no tempo pré-Constituição, na contramão de alternativas viáveis para procedimentos preestabelecidos que, face ao caso concreto, mostrem-se não efetivos e, por isso mesmo, incompatíveis com o verdadeiro e pleno acesso à justiça e à tão visada tutela jurisdicional.

Trata-se, enfim, de apenas um dos muitos exemplos de inovações trazidas pela Lei nº 13.105/2015. Por mais que algumas vezes, em doutrina³³, apregoem que o Novo Código não representa grande ruptura em relação a seu predecessor, são inúmeras as normas que parecem apontar para o sentido oposto, sendo as convenções processuais apenas um desses temas.

Nesse sentido, e seguindo tendência que já se verifica em outros ordenamentos jurídicos, o art. 190 permite às partes adaptar o procedimento às peculiaridades da causa, constituindo cláusula geral de negociação processual.

O grande desafio é encontrar o ponto de equilíbrio. De fato, é muito mais fácil visualizar as hipóteses de cabimento das convenções no plano teórico do que na prática. O NCPC, para mal ou para bem, só o tempo dirá, optou pela técnica da cláusula geral ao dispor sobre o novo instituto, ao mesmo tempo propiciando potenciais conquistas em termos de uma prestação jurisdicional mais ajustada às particularidades do litígio, e exigindo um estudo cauteloso e ponderado dos limites a serem observados.

Não há um rol de hipóteses³⁴ nas quais a convenção é possível, mas sim uma autorização genérica subordinada a determinadas condições. O

33 <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI146096,71043-Antonio+Claudio+da+Costa+Machado+critica+proposta+de+reforma+do+CPC>

34 Não obstante a técnica legislativa, a doutrina tem manifestado grande preocupação com o tema. Nesse sentido, podem ser colhidos alguns enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, buscando identificar as hipóteses nas quais é possível ou não estabelecer convenções processuais: Enunciado nº 19 do FPPC: São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si. Enunciado nº 20 do FPPC: Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância. Enunciado nº 254 do FPPC: É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica. Enunciado nº 255 do FPPC: É admissível a celebração de convenção processual coletiva.

dispositivo prevê, para tanto, dois requisitos: um objetivo e outro subjetivo. Assim, o processo deve versar sobre direitos que admitam autocomposição³⁵ e as partes devem ser capazes.

Quanto à autocomposição, nada mais é do que uma das formas de resolução de conflitos, tal como correntemente classificada pela doutrina tradicional³⁶, que permite às partes acordarem quanto à existência ou inexistência de um direito.

Há de se observar, assim, que direitos que admitam autocomposição são, em sua essência, disponíveis ou reflexos patrimoniais de direitos indisponíveis³⁷.

Podem, ainda, ser de cunho material ou processual, ressalvando-se a impossibilidade de atingimento de norma processual de interesse público relevante. Somente as regras que interessem precipuamente às partes se enquadram no dispositivo, e, mesmo assim, desde que atentem para as indisponibilidades previstas na lei civil.

Além desse requisito objetivo, o art. 190 faz menção a um de natureza subjetiva, ao exigir que as partes sejam plenamente capazes. A lógica da Lei é intuitiva: apenas aqueles que possuem aptidão plena para a prática dos atos da vida civil podem decidir sobre os rumos da tutela de seus direitos no processo.

Tal capacidade, para convenções elaboradas de forma endoprocessual, é aferida em seu tríplice aspecto: capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória.

Já para aquelas realizadas na seara extrajudicial, em que pesem posições doutrinárias divergentes, Trícia Navarro sustenta a necessidade tão só da capacidade de ser parte, até o momento de ingresso no processo, uma vez que sua natureza seria de ato material³⁸.

35 GODINHO, Robson. Convenções sobre o ônus da prova - estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro. Tese. PUC/SP, 2013.

36 Sobre a autocomposição, destacamos, em outra obra, seu caráter residual no direito moderno, consistindo em "(...) solução parcial (por ato dos sujeitos em conflito) na qual as partes chegam a um acordo quanto à existência ou inexistência de um direito, seja pela renúncia, pela transação (concessões recíprocas) ou mediante o reconhecimento da pretensão alheia, pondo fim ao conflito de interesses existente." PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Teoria geral do processo civil contemporâneo. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 27.

37 MARTEL, Leticia de Campos Velho. Indisponibilidade dos Direitos Fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. Espaço Jurídico, v. 11, p. 334-373, julho/dezembro de 2010.

38 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual. Revista de Processo, vol. 241/2015, p. 489-516, mar/2015.

Preenchidos ambos os requisitos, podem ser realizados acordos processuais versando sobre: a) ônus; b) poderes; c) faculdades; e d) deveres.

O acordo pode ser prévio (realizado antes do processo, por exemplo, em uma cláusula contratual) ou incidental (quando já iniciada a relação processual).

O art. 357, § 2º, que trata da decisão de saneamento, prevê ainda que as partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito.

O art. 373, § 3º, dispõe que a distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

E, ainda, o art. 471 dispõe que as partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que sejam plenamente capazes e a causa possa ser resolvida por autocomposição.

São todas expressões concretas do princípio da cooperação, genericamente disposto no art. 6º do CPC/2015.

Retornando ao art. 190, seu parágrafo único determina que o magistrado, *ex officio* ou mediante provocação da parte interessada, deverá controlar a validade das convenções, sobretudo a fim de preservar os princípios constitucionais³⁹, observando os limites impostos pela ordem pública processual.

Ao examinar a convenção, o juiz pode homologá-la, ou, excepcionalmente, recusá-la, somente nos seguintes casos: a) configuração de nulidade; b) inserção abusiva em contrato de adesão; c) quando uma das partes se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Para Fernanda Tartuce⁴⁰, vulnerabilidade significa suscetibilidade. É possível falar-se, ainda, em vulnerabilidade processual⁴¹.

Necessário, aqui, estabelecer em qual sentido o termo dever ser inter-

39 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 168.

40 “Vulnerabilidade indica suscetibilidade em sentido amplo, sendo a hipossuficiência uma de suas espécies (sob o viés econômico)”. TARTUCE, Fernanda. Vulnerabilidade Processual no novo CPC, artigo disponível no seguinte endereço: https://www.academia.edu/25885818/Vulnerabilidade_processual_no_Novo_CPC, acesso em 05 de junho de 2016.

41 “Vulnerabilidade processual é a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária; a impossibilidade de atuar pode decorrer de fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório”. TARTUCE, Fernanda. Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil. São Paulo: Método, 2012, p. 184.

pretado. Temos para nós que a vulnerabilidade, aqui, é somente a processual, devendo ser aferida pelo magistrado diante das peculiaridades do caso concreto.

Em matéria de direitos transindividuais, em princípio, as convenções processuais podem ser utilizadas tanto na fase pré-judicial (no inquérito civil, por exemplo) como durante a ação civil pública.

Nesse sentido, os arts. 15 a 17 da Resolução n° 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público admitem, expressamente, o uso de tais instrumentos como ferramentas de proteção aos direitos coletivos pelo Ministério Público.

O art. 16 dispõe que “poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando a constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais”, e o art. 17 permite que as convenções sejam “documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta”.

No que se refere ao eventual cabimento das convenções em relações consumeristas, contudo, temos algumas dificuldades.

Em primeiro lugar, o art. 1° do CDC estabelece que as normas ali elencadas são de ordem pública. Em seguida, o art. 4° reconhece expressamente a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Ademais, o art. 6°, que trata dos direitos básicos do consumidor assegura: a) a proteção contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (inciso IV); b) a vedação à modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou excessivamente onerosas (inciso V); e c) a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor (inciso VIII).

Finalmente o art. 51, VI, estabelece serem nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

Não se está dizendo, com isso, que haverá uma proibição absoluta. Contudo, forçoso reconhecer que, diante de todas as restrições apontadas acima, será bastante improvável que o Judiciário admita convenções processuais prévias ou incidentais em processos que envolvam relações de consumo.

5. UM OLHAR COMPARATIVO SOBRE O INSTITUTO DO *SETTLEMENT* NAS *CLASS ACTIONS* DO DIREITO NORTE-AMERICANO

Dentro do novo contexto processual civil pátrio, a partir do lineamento do CPC de 2015 e da Lei de Mediação, forçando a necessidade de reanálise sobre o alcance da negociação do compromisso de ajuste de conduta, tradicionalmente limitada a aspectos anexos da obrigação, o estudo da figura da *class action settlement*, prevista na legislação norte-americana, mostra-se interessante, em razão da extensa margem de negociação que possui⁴².

De início, deve-se notar que o método prevalente nas resoluções de controvérsias é um dos pontos de distinção mais significativo entre as culturas jurídicas romano-germânica e anglo-saxã. No *civil law*, ao menos na tradição original, tem-se uma concepção precipuamente litigiosa do processo, enquanto, no cenário de *common law*, sobretudo nos EUA, as demandas raramente são submetidas ao *trial*, sendo resolvidas em acordos entre as partes⁴³.

Importante observar que Brian Fitzpatrick⁴⁴ nos dá uma ideia bastante clara do enorme crescimento dos acordos em ações coletivas aprovados por Cortes norte-americanas, sobretudo se comparado às conclusões apresentadas anos antes pelo estudo feito por Theodore Eisenbert e Geoffrey Miller⁴⁵.

Com efeito, o contexto estadunidense é condizente com a valorização que o país confere à ideologia liberal, em especial ao princípio da autonomia da vontade. Nesse ideário, o juiz não exerce qualquer atividade

42 Em texto escrito em 1971, Richard Dole previa um futuro promissor para os acordos em questões coletivas: “The challenge of providing appropriate procedures for the resolution of representative actions is substantial and continuing. Further experience with enlightened settlement techniques should do much to meet that challenge”. DOLE Jr., Richard F. *The Settlement of Class Actions for Damages*. 71 Colum. L. Rev. 971.

43 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, in *Revista de Processo*, vol. 256, ano 41, jun/2016, *Revista dos Tribunais*: São Paulo, p. 382.

44 “I found 688 settlements approved by federal district courts during 2006 and 2007 using the methodology described above. This is almost the exact same number the Eisenberg-Miller study found over a sixteen-year period in both federal and state court. Indeed, the number of annual settlements identified in this study is several times the number of annual settlements that have been identified in any prior empirical study of class action settlements. Of the 688 settlements I found, 304 of these settlements were approved in 2006 and 384 were approved in 2007”. Fitzpatrick, Brian T. *An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards*. 7 *Journal of Empirical Legal Studies* (forthcoming 2010). Acesso em: <http://ssrn.com/abstract=1442108>, em 15 de novembro de 2017, p. 9.

45 EISENBERT, Theodore. MILLER, Geoffrey P. *Attorney Fees in Class Action Settlements: An Empirical Study*. *Journal of Empirical Legal Studies* Volume 1, Issue 1, 27-78, March 2004. Electronic copy available at: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/356/>, acesso em 3 de dezembro de 2017.

nos acordos individuais, sendo inexistente naquela ordem jurídica o conceito de “direitos indisponíveis”, tal como conhecemos.

A *Rule 41(a) (1)* prevê que a partir do momento em que as partes estiverem de pleno acordo, o processo prescindirá de homologação judicial para ser extinto⁴⁶. Excepcionalmente, o legislador exige a aprovação judicial para o acordo. Assim, no contexto das ações coletivas⁴⁷, para que um acordo coletivo seja eficaz e vincule os indivíduos que não tiveram o seu “*day in court*”, o Poder Judiciário deve reputá-lo adequado à defesa de todos os interesses dos membros da classe.

E aqui é preciso enfatizar a grande controvérsia na doutrina norte-americana acerca da real efetividade desses acordos em matéria coletiva. Desde autores que sustentam o banimento do instituto⁴⁸, ou mesmo que deveria receber regras mais rígidas.

Contudo, apesar das sucessivas reformas implementadas, a fim de aprimorar a redação tanto da Regra 23 das FRCP como do US Code, os tribunais ainda tem que enfrentar questões tormentosas, envolvendo, por exemplo: i) conflitos intra-classe⁴⁹, ii) desproporcionalidade do valor dos honorários advocatícios, se comparados ao valor a ser recebido por cada membro da classe⁵⁰, iii) falta de parâmetros legais que possam orientar a

46 “Rule 41. Dismissal of Actions: (a) Voluntary Dismissal. (1) By the Plaintiff. (A) Without a Court Order. Subject to Rules 23(e), 23.1(c), 23.2, and 66 and any applicable federal statute, the plaintiff may dismiss an action without a court order by filing: (i) a notice of dismissal before the opposing party serves either an answer or a motion for summary judgment; or (ii) a stipulation of dismissal signed by all parties who have appeared”.

47 FISS, O.M. Against Settlement, 93 Yale Law Journal 1073-90, May 1984, p. 1443.

48 “It is time to abandon the settlement class action. Notwithstanding the device’s attractiveness to defendants, to plaintiffs’ counsel, and to judges as a means of achieving comprehensive resolutions, it does not withstand scrutiny as a legitimate exercise of judicial authority. There is no sound basis on which a settlement class action, in the absence of litigation class certification, should bind class members. We need to be clear on what a settlement class action is, or more precisely, what it is not. It is not a contract, at least not in the sense of an agreement to which the class members are parties. It is not an adjudication on the merits. Rather, it is an act of judicial power premised on a negotiated resolution. But the underlying negotiation has the odd characteristic that the negotiator for the claimants is a prospective agent who has neither been authorized to act on behalf of the claimants nor been granted the power to take their claims to trial. This feature creates an asymmetrical dynamic that negates any argument that the act of judicial power is justified by a presumption of fair valuation of claims. The problem is not one of collusion or bad faith, but rather a structural problem built into the very definition of a settlement class action”. ERICHSON, Howard M. The Problem of Settlement Class Action. 82 Geo. Wash. L. Rev. 951. Acesso por meio do sítio Westlaw, em 9 de janeiro de 2018.

49 And there is also the stormy question of conflicts within the class and the consequent need to make the agreement fair and adequate for all. “But late twentieth century sensibilities regarding the nature of class conflicts that might threaten adequate representation, regarding the role of conflicts management in assuring adequate representation, and regarding sub-classing as the vehicle for achieving it, all now seem quaint and out of touch with current institutional arrangements. It’s high time to recognize the collapse of the class conflicts management regime announced in *Amchem* and *Ortiz* and to acknowledge the contours of the new regime emerging in its stead”. RATNER, Morris A. Class Conflicts, 92 Wash. L. Rev. 785. Acesso por meio do sítio Westlaw, em 11 de janeiro de 2018.

50 The proposed settlement presented in *In re Electronic* failed in two regards. The court caught the first with its Reed-factor analysis, finding the actual terms of the settlement to be “not in the best interests of the proposed class members.”

extensão do acordo⁵¹ e o grau de discricionariedade do juízo para aprovar ou não o acordo⁵², e iv) a ausência de efetividade do acordo para os membros efetivamente lesados pela conduta praticada pelo réu⁵³.

Por isso, o ordenamento, por um lado, traz expressa previsão de possibilidade de ajustes entre as partes nas três hipóteses⁵⁴ de ações coletivas contempladas pela Regra 23, ao mesmo tempo em que impõe requisitos especiais para o seu aperfeiçoamento⁵⁵. Não custa lembrar que no caso

And while the court recognized the second--the discrepancy between the class's recovery and the attorneys' fees - a more thorough opinion would have employed a Johnson-factor analysis to better illuminate the court's misgivings and avoid the possibility of reversal. Though it can be argued that an otherwise acceptable settlement should be approved despite misgivings about fees, a settlement unacceptable in both terms and the amount of attorneys' fees should never be accepted. In the end, "Chevrolet-type results do not warrant Cadillac-size legal fees." ALMON, Matthew. Cadillac-Size Legal Fees" and "Chevrolet-Type Results": Settlement Scrutiny in Re Electronic Data Systems Corp. "Erisa" Litigation, 80 Tul. L. Rev. 2007. Acesso por meio do sítio Westlaw em 12 de janeiro de 2018.

51 "Specifically, we propose that for questions going to the adequacy of a settlement, where no warning signals of fraud or collusion are found, the court should act relatively deferentially by employing a lenient standard of scrutiny and approving a settlement if it has a rational basis. An intermediate level of scrutiny should apply when the settlement presents facial issues that implicate the fairness of the settlement. Such facial issues include the allocation of settlement proceeds among subgroups in a class, the presence of coupon-type relief, "shotgun" settlements occurring very early in the litigation, and settlements in overlapping class actions. In settlements with one or more of these characteristics, if the initial inquiry raises concerns, the court should demand a well-reasoned explanation for the choices made. Finally, where the components of a settlement present a direct conflict between the interests of class counsel and those of the class issues, such as issues related to attorneys' fees, courts should employ exacting scrutiny and require convincing evidence that the proposal is reasonable". Jonathan R. Macey, Geoffrey P. Miller. Judicial Review of Class Action Settlements, 1 J. Legal Analysis 167. Acesso por meio do sítio Westlaw em 15 de janeiro de 2018.

52 "The confusion and inconsistency in standards for review of class action settlements is due to a failure to recognize that different levels of scrutiny are suited to different questions. Courts should apply lenient scrutiny on questions going to the settlement's adequacy, requiring only plausible justifications for decisions made in the absence of indicia of fraud, collusion, or conflict of interest. Courts should apply intermediate scrutiny to concerns about fairness--allocation issues, coupon relief, shotgun settlements, and potential "reverse auction" settlements in overlapping cases-- and insist on well-reasoned explanations for why these concerns are unfounded. Exacting scrutiny is required for counsel fees. Overall, Rule 23(e)'s requirement that a settlement be "reasonable" should be administered flexibly depending on the issue involved". MACEY, Jonathan R. MILLER, Geoffrey P. Judicial Review of Class Action Settlements, 1 J. Legal Analysis 167. Acesso por meio do sítio Westlaw em 16 de janeiro de 2018.

53 "The class action settlement is a business deal, a contract, between skilled negotiators (...). Yet it too is a contract that cannot stand on its own feet. The class action settlement lacks stability not because the masses have so much at stake that they are well informed and impassioned, but rather because the masses have so little at stake that they are ignorant and indifferent. The problem is not that their agents have sold them out, but that they do not even know they have agents. In the face of this apathy, the task once again falls to a court to legitimate the deal--and what better way to do so than to hold a hearing and name it "fairness." (...) If the fairness hearing is to be anything more than dissimulation, the legal system must arm judges with tools that will enable them to do the job for real". RUBENSTEIN, William B. Emerging Issues in Class Action Law. 53 UCLA L. Rev. 1435. Acesso por meio do sítio Westlaw em 18 de janeiro de 2018.

54 Class actions which are certified on basis that prosecution of separate actions would create risk of inconsistent or varying adjudications, or impairment of ability of nonparties to protect their interests, do not provide for absent class members to receive notice and to exclude themselves from class membership as a matter of right, and for this reason are often referred to as "mandatory class actions." Fed. Rules Civ. Proc. Rule 23(b)(1), 28 U.S.C. A. Ortiz v. Fibreboard Corp., 527 U.S. 815 (1999).

55 Trata-se da regra prevista na alínea (e) da Regra 23 das Federal Rules of Civil Procedure: (e) Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise. The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise: (1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal. (2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that

dos chamados “coupon settlements” existe, ainda, uma regra especial no US Code⁵⁶.

De início, há uma previsão de natureza genérica, qual seja, a prévia aprovação de seus termos pelo tribunal⁵⁷.

Além dela, a Regra 23 (e) estabelece outras em seus itens (1) a (5), sendo que a prevista no item (4) refere-se exclusivamente às ações de classe certificadas sob a Regra (b) 3 e dispõe que o tribunal poderá recusar a aprovação de um acordo, a menos que se assegure aos membros do grupo uma nova oportunidade de exercer o seu direito de autoexclusão da ação⁵⁸, o que não se verifica no direito brasileiro e se constitui objeto de forte crítica doutrinária⁵⁹.

Há, destarte, uma maior cautela com a necessidade de notificação dos membros da classe em uma ação pautada na Regra 23 (b) 3, coerente com o aspecto individual dos interesses em disputa⁶⁰.

Assim, o juiz tem a função de garantir os direitos dos membros ausentes e os direitos do grupo, que poderiam ser violados caso essa previsão não existisse⁶¹. Dentro desse quadro, a pretensão, na origem, será individual,

it is fair, reasonable, and adequate. (3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal. (4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so. (5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval.

56 28 USC. § 1712. Coupon settlements. (...) (e) Judicial scrutiny of coupon settlements. In a proposed settlement under which class members would be awarded coupons, the court may approve the proposed settlement only after a hearing to determine whether, and making a written finding that, the settlement is fair, reasonable, and adequate for class members. The court, in its discretion, may also require that a proposed settlement agreement provide for the distribution of a portion of the value of unclaimed coupons to 1 or more charitable or governmental organizations, as agreed to by the parties. The distribution and redemption of any proceeds under this subsection shall not be used to calculate attorneys' fees under this section. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1712>, access em 17 de janeiro de 2018.

57 In deciding whether to grant preliminary approval of proposed class action settlement, court determines whether proposed settlement discloses grounds to doubt its fairness or other obvious deficiencies such as unduly preferential treatment of class representatives or segments of class, or excessive compensation of attorneys, and whether it appears to fall within range of possible approval. Fed. Rules Civ. Proc. Rule 23(e), 28 U.S.C. A. In re National Football League Players' Concussion Injury Litigation, 301 F.R.D. 191 (2014).

58 “Reasonable settlement notice may require individual notice in the manner required by Rule 23(c)(2)(B) for certification notice to a Rule 23(b)(3) class. Individual notice is appropriate, for example, if class members are required to take action—such as filing claims—to participate in the judgment, or if the court orders a settlement opt-out opportunity under Rule 23(e)(3).” Committee Notes on Rules. 2003 Amendment, Disponível em: < http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23 >. Acesso em 18 de junho de 2013.

59 GIDI, Antonio. A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 326.

60 In order to justify a departure from usual rule that litigation is conducted by and on behalf of individual named parties only, class representative must be part of class and possess same interest and suffer same injury as class members. Fed. Rules Civ. Proc. Rule 23, 28 U.S.C.A. Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 564 U.S. 338 (2011).

61 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. The Undertaking of Adjustment Of Conduct In Brazilian Collective Proce-

até que o representante da classe requeira a chamada *motion for certification*, requerimento por meio do qual postula o reconhecimento, no caso, das condições prescritas ao processamento de uma lide na forma coletiva⁶².

Existe, ainda, a possibilidade de a negociação ter se dado extrajudicialmente⁶³. Na espécie, ambas as partes ingressam com um pedido de certificação “*as a class action for settlement purposes only*”, de modo que o juiz se pronuncie sobre a representatividade adequada da parte que substituiu a classe⁶⁴.

Nesse caso utiliza-se a expressão *settlement class action*⁶⁵, diferenciando-se da *class action settlement* por já existir um acordo prévio à propositura da demanda, que se volta a conferir eficácia *erga omnes* à composição já atingida, não tratando, então, de acordo obtido após a certificação da demanda coletiva.

A submissão aos acordos, às vezes mesmo desvantajosos ou injustos, é interessante ao réu para evitar os danos marginais causados por uma demanda de grandes repercussões.

A função da *certification* – ou certificação –, portanto, é a de ser um divisor de águas entre a ação individual e aquela de vultuosas dimensões com todas as suas particularidades⁶⁶, cuja verificação fortalece o poder de barganha da classe em relação ao réu.

Passada a certificação, além do fortalecimento da posição jurídica do demandante, o demandado vê no acordo uma alternativa para a vinculação definitiva em relação a todos os membros da classe.

dural Law. Connecticut Journal of International Law. Vol. 27: 346, Spring 2012, p. 185.

62 FISS, O.M. The Class Action Rule, 78 Notre Dame Law Review, 1419 (2003).

63 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, in Revista de Processo, vol. 256, ano 41, jun/2016, Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 389.

64 Asbestos products manufacturers who were members of Center for Claims Resolution (CCR), and whose stipulation of proposed global settlement of claims by persons exposed to asbestos had been court-approved, moved to enjoin actions against them by individuals who failed to timely opt out of class. The United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, Lowell A. Reed, Jr., J., 878 F. Supp. 716, granted injunction under All-Writs Act and Anti-Injunction Act. Parties objecting to class certification appealed, and the Court of Appeals for the Third Circuit, 83 F.3d 610, vacated and remanded with directions to decertify class. Certiorari was granted, and the Supreme Court, Justice Ginsburg, held that: (1) district court faced with request for settlement-only class certification need not inquire whether case would present intractable problems of trial management, but other requirements for certification must still be satisfied, abrogating *In re Asbestos Litigation*, 90 F.3d 963, *White v. National Football League*, 41 F.3d 402, *In re A.H. Robins Co.*, 880 F.2d 709, and *Malchman v. Davis*, 761 F.2d 893, and (2) requirements for class certification of commonality of issues of fact and law and adequacy of representation were not met. *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997). Acesso por meio do sítio westlaw, em 20 de janeiro de 2018.

65 ROQUE, Andre Vasconcelos. Class actions – ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles? Salvador: Juspodivm, 2013, p. 379.

66 FISS, O.M. The political theory of the class action. *Washington and Lee Law Review* vol. 53 (1996), pp. 21/31.

Outro aspecto que contribui para o número elevado de acordos é o interesse do advogado do grupo em ver seu investimento desde já recuperado, evitando os riscos de prejuízos decorrentes de uma futura e eventual improcedência. No contexto norte-americano, o patrono é quem geralmente arca com os custos necessários ao processamento da demanda coletiva, no intento de auferir os lucros de um investimento que, em tese, compensem os riscos assumidos.

No momento de validar o acordo coletivo apresentado, a partir da *Rule 23*, subdivisão (e), o juiz deve aferir se a avença é justa, adequada e razoável⁶⁷. Mesmo sendo conceitos jurídicos indeterminados, o *Manual for Complex Litigation*, semelhante a uma compilação de orientações jurisprudenciais às Cortes Federais, traz balizas metodológicas para a correta aplicação desses critérios após a reforma de 2004⁶⁸.

A análise da justiça do ajuste baseia-se no tratamento adequado dado pela negociação em relação aos membros ausentes da classe. Verifica-se, por exemplo, se há uma posição injustificada de vantagens entre os integrantes do grupo que estavam ou não presentes na classe no momento da negociação⁶⁹.

A adequação e a razoabilidade, por sua vez, são aferidas por uma ponderação entre as vantagens apresentadas pelo acordo e a probabilidade de êxito em uma demanda coletiva, cujo exame deve ser realizado casuisticamente⁷⁰.

Trazendo, então, essas ideias à nossa realidade, o advento do art. 174, inciso III, do Código de 2015 e dos arts. 3º §2º e 32, inciso III, da Lei nº 13.140/2015, conforme vimos acima, trouxe à tona a possibilidade de

⁶⁷ In evaluating the fairness of a proposed class action settlement, court considers: (1) the strength of plaintiffs' case compared to the amount of defendants' settlement offer; (2) an assessment of the likely complexity, length, and expense of the litigation; (3) an evaluation of the amount of opposition to settlement among affected parties; (4) the opinion of competent counsel; and (5) the stage of the proceedings and the amount of discovery completed at the time of settlement. Fed. R. Civ. P. 23(e)(3). In re Capital One Telephone Consumer Protection Act Litigation, 80 F.Supp.3d 781 (2015).

⁶⁸ Disponível em: <https://public.resource.org/scribd/8763868.pdf>, p. 351. Acesso em 10 out 2015.

⁶⁹ On the other hand, some appellate courts have rejected settlements when the record reflects a lack of careful consideration by the district court. For instance, in *Reynolds v. Beneficial National Bank*, 288 F.3d 277 (7th Cir. 2002), the Seventh Circuit, in an opinion by Judge Posner, overturned a class settlement on the ground that the trial court should have made a greater effort (he made none) to quantify the net expected value of continued litigation to the class, since a settlement for less than that value would not be adequate. Determining that value would require estimating the range of possible outcomes and ascribing a probability to each point on the range [discounted to present value]. KLONOFF, Robert. *Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*. West Academic, 2017. Kindle's edition.

⁷⁰ 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, in *Revista de Processo*, vol. 256, ano 41, jun/2016, *Revista dos Tribunais*: São Paulo, p. 393.

se negociar sobre o próprio fundo do direito coletivo. Houve, então, uma inspiração no Direito norte-americano em aspecto até então negligenciado pelo Direito brasileiro⁷¹?

O ponto mais controvertido parece ser o fato de que, apesar de o art. 32, inciso III, ter colhido inspirações no *settlement*, não colocou a homologação judicial como pressuposto para a produção dos efeitos da estipulação coletiva, já que, de um lado, o TAC possui, legalmente, eficácia de título executivo extrajudicial, e, de outro, as instituições privadas podem propor mediação ao causador do dano coletivo e o termo de acordo é desde logo eficaz.

O controle do Poder Judiciário, nos EUA, aparece como ponto fundamental para assegurar que o acordo seja vantajoso para aqueles que não participaram da sua formação diretamente, já que a coisa julgada, nos termos ajustados, será produzida *erga omnes*.

Sendo uma decisão em princípio imutável⁷², antes da chancela judicial do acordo, todos os interessados (membros ausentes) deverão ser intimados por vias apropriadas ao caso, conforme a previsão na *Rule 23* (e). Além disso, a homologação é realizada sempre em audiência pública (*fairness hearing*), precedida de discussões, apresentação de objeções e sustentações sobre a justiça, adequação e efetividade do acordo.

O sistema sofisticado de controle casuístico da adequação do representante do grupo escolhido em juízo (*ideological plaintiff*) garante sua ampla legitimidade para negociar sobre os direitos de uma classe⁷³. Assim, o juiz deve atestar, no caso concreto, as condições do autor da ação coletiva para representar os interesses do grupo na qualidade de *named plaintiff*.

No Brasil, para a propositura da demanda coletiva ou para o oferecimento do compromisso de ajustamento de conduta – judicial e extrajudicial –, tem-se que a legitimação extraordinária é concorrente e disjuntiva, em respeito à inafastabilidade do controle jurisdicional, constitucionalmente assegurada (art. 5º, inciso XXXV, CF).

71 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Marco Legal da Mediação no Brasil: Comentários à Lei n 13.140/15.1 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17.

72 GIDI, Antonio. Class action in Brazil – a model for civil law countries. The American Journal of Comparative Law, v. 51, n. 2, 2003, p. 26.

73 FISS, O.M. Against Settlement, 93 Yale Law Journal 1073-90, May 1984, p.1.444.

É concorrente pela pluralidade de legitimados para a autoria da ação ou para o oferecimento do acordo, além de ser disjuntiva pela desnecessidade de um colegitimado ter o consentimento dos demais para agir. Ainda que tal situação seja, potencialmente, um fator de comprometimento do grau de definitividade do compromisso, essa configuração é importante para abarcar todas as possibilidades de defesa dos direitos da coletividade, considerando que as situações jurídicas sobre os direitos metaindividuais podem estabelecer entre si uma relação marcadamente conflituosa⁷⁴.

Algumas medidas podem ser adotadas também para se fortalecer a estabilidade da pactuação. Deve-se, por exemplo, buscar a notificação prévia do maior número de interessados possível para que possam comparecer em audiência pública antes do encerramento do procedimento do TAC. É possível, ainda, buscar-se a participação dos demais colegitimados e de órgãos e entidades para atuarem como *amicus curiae*.

A oitiva dos demais legitimados mostra-se importante para que não haja o ajuizamento posterior de eventuais demandas sobre a mesma matéria, ante a insatisfação com o compromisso firmado, gerando as intermináveis discussões acerca de litispendência e coisa julgada que se vê atualmente.

Eventuais atrasos para a conclusão do termo são compensados pela prevenção de problemas posteriores, ainda mais se considerando que se trata de uma instância de consenso, em que se deve conceder a oportunidade para todos se manifestarem e contribuírem com o debate.

As considerações registradas levam-nos à seguinte indagação: na medida em que agora se admite, expressamente, a transação sobre o fundo do direito transindividual, deveria a homologação judicial ser considerada requisito de eficácia do acordo?

No ponto, são sempre oportunos os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira acerca dos riscos de se importar acriticamente técnicas estrangeiras, sem que se leve em consideração os aspectos estruturais de cada ordenamento⁷⁵.

74 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 6ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 94.

75 BARBOSA MOREIRA. O processo norte-americano e a sua influência, Parte Geral, Especial e a influência do processo penal norte-americano. In: Temas de Direito Processual, 8ª série. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 223.

Parece-nos que, afora as distinções entre os dois sistemas em relação à legitimação, a coisa julgada, e o sofisticado e vigilante sistema de representatividade adequada, a compreensão de que homologação judicial seria necessária para se atribuir eficácia ao compromisso de ajustamento de conduta, quando versar sobre direitos indisponíveis-transacionáveis, certamente retiraria a autonomia dos legitimados políticos ao seu oferecimento, além de ir de encontro à tendência universal da desjudicialização de conflitos⁷⁶.

Contudo, aqui, temos que fazer uma distinção entre as instituições públicas e privadas. Quando uma instituição pública propõe o TAC ou a mediação, no âmbito extrajudicial, e o acordo é alcançado, a homologação judicial não é uma *conditio sine qua non*, ou seja, o acordo pode produzir seus efeitos desde logo, na medida em que o art. 32, § 3º é regra específica se comparado ao art. 3º, § 2º, ambos da Lei nº 13.140/2015.

Contudo, se o acordo é fruto de conciliação ou mediação em procedimento extrajudicial instaurado por instituição privada (associação de classe, por exemplo), a eficácia do acordo será sempre subordinada à homologação judicial, aplicando-se, neste caso, a regra geral do referido art. 3º § 2º.

Não custa lembrar, por fim, que se o acordo se der no curso de ação coletiva, a homologação judicial será sempre necessária (art. 334, § 11, 515, II, e 487, III, “b”, todos do CPC), ainda que venha a envolver sujeito estranho ao processo ou versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo (art. 515, § 2º).

E, aqui, ponderamos que não se trata de uma atividade meramente homologatória. Sustentamos que o magistrado tem discricionariedade para não homologar o acordo, caso entenda que se trata de um direito indisponível não transacionável.

Nesse caso, ele proferirá decisão interlocutória recusando homologação (art. 334, § 11, a *contrario sensu*). O grande problema aqui é que essa hipótese não está, em princípio, prevista no art. 1.015 do CPC, o que nos levaria, numa primeira leitura, à conclusão de que tal ato do juiz seria irrecorrível, ao menos naquele momento. Poderiam as partes, futuramente, por ocasião da sentença, apelar e trazer essa questão nas razões ou nas

76 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, in Revista de Processo, vol. 256, ano 41, jun/2016, Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 405

contrarrazões do apelo, nos exatos termos do art. 1.009, § 1º.

Contudo, pensamos nós, que se na decisão o juiz recusar a homologação sob o argumento de que o direito não admite autocomposição, isso equivale a uma decisão interlocutória de mérito e, nessa hipótese, a via do agravo de instrumento se mostra cabível nos exatos termos do art. 1.015, II (decisão sobre o mérito).

Por outro lado, se a recusa da homologação se prende a falta de um requisito formal, como, por exemplo, a ausência de assistência de advogado, ou mesmo ausência de representação ou assistência no caso do incapaz, a decisão resta não agravável, podendo ser atacada apenas nos restritos limites dos embargos de declaração, na forma do art. 1.022.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro de um movimento global de estímulo a mecanismos adequados de resolução de conflitos, o Código de Processo Civil de 2015 e o Marco Legal da Mediação trazem significativos avanços para o sistema consensual de pacificação de conflitos na seara coletiva, vez que aumentam o objeto passível de negociações, atribuindo maior autonomia aos entes legitimados a firmar o compromisso de ajustamento de conduta.

Além do incremento dessas técnicas, as inovações normativas trazem também a necessidade de uma sistematização operacional. De que forma podemos nos valer do permissivo legal e aplicar as estratégias emergidas em um amplo procedimento dialógico, que seja adequado aos interesses metaindividuais?

Primeiramente, são imprescindíveis mecanismos de controle aos “novos ajustes”. Nada obriga, contudo, que seja realizado pelo Poder Judiciário, já que a homologação judicial é desnecessária ante a eficácia de título executivo extrajudicial por força de lei, sendo o autor um ente público.

A segunda ideia vem como decorrência desses dois fatores, a exigência de maior controle e a prescindibilidade de que ele ocorra em juízo. Como inexistem limites prefixados, parece desejável a submissão do TAC às instâncias deliberativas do seu proponente, recomendando-se normatização interna sobre a nova prática, o que, no caso do Ministério Público, foi, de certo modo, alcançado com a edição da Resolução nº 179/2017 pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Por último, não se pode perder de vista que as técnicas da mediação e da conciliação exigem a imersão em um profundo processo discursivo, em que os resultados potenciais devem atender aos interesses transindividuais debatidos, de forma democrática e cooperativa.

Nesse contexto, o êxito da prática consensual nesses conflitos complexos deve se valer da composição plural da sociedade⁷⁷, não só dos órgãos colegitimados, como também de entidades como *amicus curiae*.

Uma alternativa interessante, sobretudo na parte das obras de grande envergadura e que possam trazer ameaças ao meio ambiente ou ao direito de uma coletividade, é a figura dos *Dispute Boards*, instituto largamente difundido no Direito norte-americano e que começa a ser mais estudado no Brasil. Interessante observar que houve um grande interesse por essa figura na I Jornada de Prevenção de Conflitos levada a cabo pelo STJ, sob a presidência do Eminentíssimo Min. Luis Felipe Salomão, e que levou à edição de alguns Enunciados⁷⁸.

Nesse sentido, parece que o direito brasileiro vem evoluindo de modo a viabilizar uma instância de troca de ideias, com espaço para manifestações de todos os *players*, assegurando, ainda, que os rumos decididos devem levar em consideração, no maior grau possível, todos os interesses legitimamente expostos.

Nossa sociedade já atingiu um nível organizacional mínimo, de modo a oferecer o tecido social necessário para que questões fundamentais sejam geridas, se proporcionada a participação dos interessados e de terceiros que possam auxiliar o legitimado na tomada da melhor decisão para o caso. Evita-se, assim, sobretudo, um provimento que por mais que seja bem-intencionado, acarrete consequências indesejáveis ou não se mostre eficaz no caso concreto.

77 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os Desafios para a Integração entre o Sistema Jurisdicional e a Mediação a Partir do Novo Código de Processo Civil. Quais as Perspectivas para a Justiça Brasileira? In: REZENDE, Diogo. PELAJO, Samantha. PANTOJA, Fernanda (org.). A Mediação no Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 11.

78 Sobre a figura do *Dispute Boards*, foram aprovados 3 Enunciados no I Fórum de Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos. Ressaltamos, aqui, o Enunciado nº 76: As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (*Dispute Board*), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada. Enunciados aprovados na I JORNADA “PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS”, realizada em Brasília, nos dias 22 e 23 de agosto de 2016, disponíveis em <http://www.cjf.jus.br/cjf/>.

Eis o desafio dos operadores do Direito nessa quadra da evolução legislativa brasileira: alinhar convenções materiais e processuais, direitos indisponíveis, mas transacionáveis, e garantir a criação de um *locus* adequado ao diálogo e que viabilize uma medida consensual, quando possível, e impositiva nas demais hipóteses, mas sempre assegurando o direito à manifestação de todos os interessados e sob a supervisão judicial, quando exigido por lei. ❖

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2014.

ALMON, Matthew. Cadillac-Size Legal Fees” and “Chevrolet-Type Results”: Settlement Scrutiny in Re Electronic Data Systems Corp. “Erisa” Litigation, 80 Tul. L. Rev. 2007. Acesso through Westlaw. 22nd Jan 2018.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenção das partes sobre matéria processual*. In: Temas de Direito Processual. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARBOSA MOREIRA. O processo norte-americano e a sua influência, Parte Geral, Especial e a influência do processo penal norte-americano. In: Temas de Direito Processual, 8ª série. São Paulo, Saraiva, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: Comentários por Artigo*. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *Negócios Jurídicos Processuais no Direito Brasileiro*. Disponível na internet. <https://www.academia.edu/10270224>. Acesso em 17 de abril de 2015.

DIDIER JR, Fredie. BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil, https://www.academia.edu/25608182/Colabora%C3%A7%C3%A3o_premiada_Lei_n._12.850_2013_natureza_jur%C3%ADdica_e_controle_da_validade_por_demanda_aut%C3%B4noma_um_di%C3%A1logo_com_o_Direito_Processual_Civil, acesso em 10 de julho de 2016.

DOLE Jr., Richard F. The Settlement of Class Actions for Damages. 71 Colum. L. Rev. 971.

EISENBERT, Theodore. MILLER, Geoffrey P. Attorney Fees in Class Action Settlements: An Empirical Study. *Journal of Empirical Legal Studies* Volume 1, Issue 1, 27-78, March 2004. Electronic copy available at: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/356/>, access in November 2017.

ERICHSON, Howard M. The Problem of Settlement Class Action. 82 *Geo. Wash. L. Rev.* 951. Access through Westlaw in Jan 9th 2018.

FISS, O.M. Against Settlement, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, May 1984.

FISS, O.M. The Class Action Rule, 78 *Notre Dame Law Review*, 1419 (2003).

FISS, O.M. The political theory of the class action. *Washington and Lee Law Review* vol. 53 (1996).

FITZPATRICK, Brian T. An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards. 7 *Journal of Empirical Legal Studies* (forthcoming 2010). Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1442108>, access in November 2017, p. 9.

GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antonio. Class action in Brazil – a model for civil law countries. *The American Journal of Comparative Law*, v. 51, n. 2, 2003.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil*. vol. 1, 5^a ed, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRECO, Leonardo. *O juiz pode ser sujeito de um negócio processual?* Palestra proferida no Seminário “Negócios Processuais no Novo CPC” promovida pela Associação dos Advogados de São Paulo/SP - AASP, em 06 de março de 2015.

KLONOFF, Robert. *Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*. West Academic, 2017. Kindle’s edition.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova*. *Revista de Processo*, vol. 241/2015, p. 463-487, mar/2015.

MACEY, Jonathan R. MILLER, Geoffrey P. Judicial Review of Class Action Settlements, 1 *J. Legal Analysis* 167. Access through Westlaw. Jan 8th 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 6ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. Direitos fundamentais indisponíveis: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida. Tese de Doutorado. Uerj, 2010. Disponível em: http://works.bepress.com/leticia_martel/.

NERY JR., Nelson. O compromisso de ajustamento de conduta como transação híbrida e a problemática teorização da passagem do exercício do poder público para tentativa de ajuste no âmbito privado. In: *Ação Civil Pública após 25 anos*. MILARÉ, Édís (coord.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY, Ana Luiza de Andrade. Compromisso de Ajustamento de Conduta. Teoria e Análise de casos práticos. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OQUENDO, Angel. State Settlements in Vindication of Societal Rights. Original paper kindly provided by the author in January 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FARIAS, Bianca Oliveira de. Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na Lei de Improbidade Administrativa e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública. In: *Temas de Improbidade Administrativa*. 1ª edição, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, v.1.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Marco Legal da Mediação no Brasil: Comentários à Lei n 13.140/15.1 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os Desafios para a Integração entre o Sistema Jurisdicional e a Mediação a partir do Novo Código de Processo Civil. Quais as Perspectivas para a Justiça Brasileira? In: REZENDE, Diogo. PELAJO, Samantha. PANTOJA, Fernanda (org.). *A Mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. The Undertaking of Adjustment of Conduct in Brazilian Collective Procedural Law. *Connecticut Journal of International Law*. Vol, 27: 346, Spring 2012.

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, in *Revista de Processo*, vol. 256, ano 41, jun/2016, *Revista dos Tribunais*: São Paulo, pp. 371/411.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? In *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, vol. 73, Ago/Set 2016, Magister: Porto Alegre.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

RATNER, Morris A. *Class Conflicts*, 92 *Wash. L. Rev.* 785. Access through Westlaw. Jan 6th 2018.

ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions – ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Juspodivm, 2013.

RUBENSTEIN, William B. *Emerging Issues in Class Action Law*. 53 *UCLA L. Rev.* 1435. Access through Westlaw. Jan, 18th, 2018.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SMITH, Thomas. WILLIAMS Elizabeth. *Court approval of class action settlement*, 6 *Cyc. of Federal Proc.* § 23:42 (3d ed.). Access through Westlaw. Jan 5th, 2018.

TAKAHASHI, Bruno. *Desequilíbrio de poder e conciliação*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. São Paulo: Método, 2012.

VENTURI, Elton. *Transação de Direitos Indisponíveis?* In *Revista de Processo*, vol. 251, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan / 2016.

A Arbitrabilidade Envolvendo o Poder Público no Brasil e a Ruptura do Dogma do Interesse Público.

Haroldo Lourenço

Advogado e Sócio Sênior do escritório Lourenço Advogados Associados. Diretor Jurídico da ABAMI (Associação Brasileira de Advogados do Mercado Imobiliário). Professor Adjunto Doutor em Processo Civil na Universidade Federal do Rio Janeiro (UFRJ) e UNIGRANRIO, Professor Convidado na Fundação Getúlio Vargas (FGV), na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), na Escola Nacional da Magistratura (ENFAM), na Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio de Janeiro (FESUDEPERJ). Doutor e Mestre em Direito Processual Civil. Pós-graduado em Processo Constitucional (UERJ) e Processo Civil (UFF). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC), do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC).

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Poder Público. Brasil.

RESUMO: O presente artigo busca analisar os caminhos traçados pelo legislador brasileiro na proposta de inserir o Poder Público na arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Houve uma época em que se negou a possibilidade da utilização da arbitragem para dirimir tais litígios, contudo, o legislador, de forma lenta e gradual, foi superando tal ideia, inserindo o Poder Público nesse contexto. Não obstante tais circunstâncias, muitos pontos ainda necessitam ser investigados, como a necessidade de licitação prévia para contratação do

órgão arbitral e a adoção ou não do regime jurídico do precatório previsto na Constituição Federal.

1. INTRODUÇÃO.

Os avanços da arbitragem no plano legislativo e concreto no Brasil são inegáveis.

No primeiro aspecto, sem a pretensão de exaurir, o CPC/15, em diversas passagens, insere a arbitragem em paralelo com o Judiciário, sepultando eventuais dúvidas que ainda pairavam sobre se a atividade arbitral seria ou não jurisdicional¹. A Lei nº 13.129/15 trouxe, definitivamente, o Poder Público para dentro da arbitragem, bem como o Decreto nº 46.245/18 regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o Estado do Rio de Janeiro ou suas entidades.

No plano concreto, há notícias de que conflitos resolvidos com o uso da arbitragem cresceram 73% nos últimos seis anos. Contudo, a maioria dos casos arbitrados tratam de Direito Societário, fornecimento de bens e serviços, aluguel, Direito Empresarial, construção civil e energia. Por outro lado, os números de arbitragem envolvendo o Poder Público ainda são inexpressivos, mostrando que ainda se tem muito para evoluir nesse campo².

É importante, de início, esclarecer que não pode se justificar a utilização da arbitragem sob o manto de que significaria um esvaziamento judiciário ou se estaria criando uma fuga mais eficiente, como fizeram o Senado Federal³ e a Câmara dos Deputados⁴ nos seus respectivos pareceres, pois o incentivo da arbitragem envolvendo o Poder Público justifica-se pela constatação de que em diversos casos ela se apresenta como um mecanismo mais adequado para dirimir conflitos, muitas vezes extremamente complexos, com valores elevados, sobressaltando inúmeras vantagens,

1 Somente a guisa de ilustração no CPC/15 basta notar que o art. 3º insere a arbitragem dentro da cláusula do acesso à justiça, o art. 42 traz sua previsão juntamente com a competência jurisdicional, o art. 62 §1º permite a cooperação nacional entre Justiça Pública e Privada, entre diversos outros artigos.

2 Tais informações podem ser obtidas com maiores detalhes no estudo desenvolvido pela Professora Selma Lemes: *Arbitragem em números e valores*, disponível: encurtador.com.br/nuyzP.

3 Parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, relatado pelo Senador José Pimentel, datado de 11.12.2013, com adendo da mesma data da lavra do Senador Vital do Rêgo, disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143478&tp=1>, consulta em 22.04.2015.

4 Parecer da Comissão Especial designada para análise do projeto, relatado pelo Deputado Edinho Araújo, datado de 15.07.2014 e disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1265779.pdf>, consulta em 22.04.2015.

como a maior especialização decorrente da escolha consensual do árbitro e o curto tempo de duração do procedimento.

A arbitragem não é uma via de escape do Judiciário, mas uma solução adequada, inserida na lógica de um sistema “multiportas” de solução de disputas, sem que se possa identificar um mecanismo “preferencial” e outros “alternativos”, ao em analisar as circunstâncias do caso concreto para escolha do mecanismo mais “adequado”⁵.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ARBITRAGEM.

Na arbitragem, um terceiro, imparcial, da confiança das partes impõe a solução do conflito, sendo uma forma de heterocomposição privada, não oficial e que se desenvolve por um trâmite mais simplificado e menos formal do que o processo jurisdicional.

A solução por heterocomposição e impositiva, inclusive, em muito se assemelha à realizada no Poder Judiciário. Sua regulamentação base encontra-se na Lei nº 9.307/96 (LA), com as alterações da Lei nº 13.129/15, nos arts. 851 ao 853 da Lei nº 10.406/02 (CC/02) e prevista no art. 3º §1º da Lei nº 13.105/15 (CPC/15).

A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes, eis que no direito arbitral brasileiro admite-se a escolha da norma material a ser aplicada, de modo a convencionar de que forma se dará o julgamento, aplicando, por exemplo, os princípios gerais do direito, usos e costumes (art. 2º §§1º e 2º LA).

Na primeira hipótese, os árbitros seguirão as regras dispostas no ordenamento jurídico para solucionar o litígio; na segunda, poderão se afastar das regras de direito para buscar a solução que considerarem mais justa, sendo inclusive essa, em muitos casos, mais vantajosa para as partes, principalmente pela especialização do árbitro, como se pode cogitar em um litígio envolvendo uma questão inerente a engenharia que, se levada ao Judiciário, o magistrado fatalmente convocaria um perito para assessorá-lo e, dificilmente, sua sentença teria orientação diversa da atingida no laudo pericial.

Neste caso, com a arbitragem, se poderá entregar a solução da controvérsia diretamente nas mãos do especialista, retirando-se da composi-

⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/>. Acesso em 09.12.16.

ção do conflito o juiz, que funcionaria aqui, em verdade, como um mero intermediário entre as pessoas e o *expert*⁶.

A arbitragem não pode ser designada como um equivalente jurisdicional, pois no Brasil foi equiparada à própria jurisdição (teoria publicista ou jurisdicional), possuindo todos os seus requisitos e características da atividade jurisdicional desenvolvida no Judiciário⁷, inclusive com a definitividade de sua decisão, não cabendo revisão das suas decisões (art. 18, parte final, da LA), possuindo o Judiciário apenas competência para executá-la (art. 515, VII CPC/15 c/c art. 31 LA) ou invalidá-la⁸ (art. 33 e seus parágrafos da LA).

Tal ação, a rigor, veicula no Judiciário uma pretensão declaratória de nulidade da sentença arbitral (art. 33 LA), eis que a mesma não estará sujeita a recurso (art. 8º LA), no máximo embargos de declaração (art. 39 e 30 LA) e, como dito, o Judiciário analisará em tal ação anulatória somente os vícios formais previstos no art. 32 LA, não possuindo a câmara arbitral legitimidade para figurar em tal demanda, tampouco o árbitro⁹, bem como jamais será admissível ação rescisória contra a sentença arbitral¹⁰.

Não se trata de revogar ou modificar a sentença arbitral quanto ao seu mérito, por entendê-la injusta ou errônea à apreciação da prova, senão de pedir sua anulação por *error in procedendo*, sendo uma espécie de ação rescisória¹¹ e, se ultrapassado o prazo nonagesimal, produzirá coisa soberanamente julgada.

A arbitragem tanto tem natureza jurisdicional que o STJ¹² já reconheceu a possibilidade, inclusive, de ocorrência de conflito de competência de juízo estatal e câmara arbitral.

A tese que defende a arbitragem como tendo natureza contratual não deve prevalecer, eis que, a uma, o Estado autoriza e reconhece a ar-

6 CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem lei nº 9.307/96. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

7 CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 2, p. 174; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: execução. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 5, p. 167.

8 O Judiciário somente analisa vícios formais eventualmente existentes na sentença arbitral, não ao seu conteúdo, isso no prazo de noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral. A declaração de nulidade da sentença arbitral pode ter por objeto a sentença parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

9 STJ, 3ª T., Resp 1.433.940/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, por unanimidade, julgado em 26/09/2017, DJe 02/10/2017.

10 Enunciado 203 FPPC: Não se admite ação rescisória de sentença arbitral.

11 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil* cit., 11. ed., v. 1, p. 83.

12 STJ, CC 111.230-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 8/5/2013, informativo 522.

bitragem e, a duas, quanto à impossibilidade de execução dos próprios julgados, pode-se citar o caso do juiz penal, que tampouco executa seus julgados, que são executados pelo juiz da Vara de Execuções Penais (art. 65 da Lei 7.210/84). Até 1996, a decisão arbitral, no Brasil, deveria ser homologada pelo Juiz e, nessa linha, realmente não era jurisdição, mas com a extinção dessa exigência (art. 18 c/c 31 da LA), não há motivo relevante que impeça sua consideração como jurisdição. Ainda, como forma de reforçar esse entendimento, a sentença arbitral condenatória é título executivo judicial (art. 31 da LA c/c art. 515, VII, do CPC/15), justamente por ser o árbitro um juiz de fato e de direito (art. 18 LA).

Cappelletti, em 1973, ao iniciar o denominado Projeto de Florença, já afirmava que órgãos bem estruturados, cujos membros sejam dotados de independência técnica e funcional, podem também criar internamente sistemas de solução de conflitos que promovam julgamentos imparciais¹³.

Há, contudo, autores que ainda advogam a tese de que a arbitragem não é jurisdição, por não ser exercida pelo Estado, bem como em razão do magistrado não ter competência para executar suas decisões, posto que a execução se dará no Judiciário. É, inclusive, indevida a inclusão da sentença arbitral no rol dos títulos executivos judiciais¹⁴ (teoria contratual), onde a atividade jurisdicional somente poderia ser exercida por juízes, mediante concurso público, sendo uma prática alternativa, extrajudiciária, de pacificação de conflitos de interesses envolvendo os direitos patrimoniais e disponíveis, fundada no consenso, princípio universal da autonomia e da vontade, pela atuação de terceiro ou de terceiros, estranhos ao conflito, mas de confiança e escolha das partes em divergência¹⁵.

Como dito, esse não é o entendimento prevalente, eis que haveria uma manifestação da autonomia da vontade (art. 5º, II CR/88), implicando renúncia à atividade jurisdicional do Estado, não propriamente uma renúncia à jurisdição, pois é irrenunciável, passando a ser exercida por um órgão privado.

Existe um monopólio da jurisdição pelo Estado, mas não do seu exercício pelo Judiciário, existindo outros setores estatais que a exercem

13 CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Fundamental guarantees of parties in civil litigation*. Milano: Giuffrè, 1973. p. 704-708.

14 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução* – parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 295.

15 VIANA DE LIMA, Cláudio. *Arbitragem: a solução*. Rio de Janeiro: Forense, 1994; FURTADO, Paulo. O juízo arbitral. *Revista do Direito Civil*, n. 72, p. 90; CARNELLUTTI, Francesco. *Instituições del processo civil*. Tradução de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1989. p. 20.

como, por exemplo, na hipótese de o Senado julgar o Presidente por crimes de responsabilidade (art. 52, I, da CF).

Atualmente, emerge um terceiro entendimento, mais conciliatório, afirmando que a arbitragem é um instituto *sui generis* ou híbrido, pois nasce da vontade das partes (caráter obrigacional e de direito privado) e, ao mesmo tempo, regula determinada relação de direito processual (caráter público)¹⁶, com o qual concordamos¹⁷, em que, no momento da instituição, há características tipicamente contratuais e, no segundo momento, o decisório, haveria uma natureza jurisdicional, em que seriam aplicáveis os princípios que lhe são inerentes¹⁸.

Arbitragem, inicialmente, se dá por meio de um negócio jurídico processual (art. 190 CPC), denominado de convenção de arbitragem, que a constitui como forma de solução de conflito, investindo e dando competência para o árbitro de solucionar o litígio, somente podendo ser convencionada por pessoas capazes (art. 1º LA). A convenção de arbitragem possui, principalmente, duas espécies, sendo a primeira denominada de cláusula compromissória, em que as partes decidem que eventuais conflitos que possam surgir, decorrentes de determinado negócio, serão solucionados pela arbitragem (art. 4º), portanto uma deliberação prévia ao litígio e em abstrato. A segunda espécie é o compromisso arbitral, que ocorre quando a arbitragem é escolhida como forma de solução de conflito quando este já se estabeleceu (art. 6º).

A existência de convenção de arbitragem em torno do objeto litigioso impede o exame do mérito pelo órgão jurisdicional. Portanto, a não existência de convenção de arbitragem é requisito processual de validade do procedimento, ou seja, um pressuposto processual negativo para a validade do processo e, assim, constatada a existência da previsão sobre a arbitragem, o processo deve ser extinto sem exame do mérito (art. 485, VII, do CPC/15).

Costuma-se dizer que a verificação dos pressupostos processuais pode ser feita a qualquer tempo pelo órgão jurisdicional (arts. 485 § 3º do CPC/15), no entanto o art. 337 § 5º da mesma legislação afirma que a

16 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual da arbitragem*. São Paulo: RT, 1997. p. 92.

17 LOURENÇO, Haroldo. *Processo Civil Sistematizado*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 37.

18 LEMES, Selma. Arbitragem. *Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado*. *Revista dos Tribunais*, v. 686, p. 73-89, dez. 1992.

“convenção de arbitragem e a incompetência relativa” não podem ser conhecidas de ofício, o que sempre foi aplaudido pela doutrina¹⁹.

Assim, deve-se considerar que o silêncio do réu quanto à existência da convenção de arbitragem deve ser compreendido como aceitação da proposta tácita feita pelo autor de um “distrato” tácito da convenção anteriormente celebrada (art. 337 §6º do CPC/15). Essa aceitação também pode revelar-se quando o réu, não obstante alegue a existência da convenção de arbitragem (art. 337, X, do CPC/15), apresenta uma reconvenção, em que se discutam questões que também deveriam ser resolvidas por árbitro, pois haveria, aí, um comportamento contraditório, conduta ilícita à luz da boa-fé objetiva (art. 5º CPC)²⁰, que deve orientar o comportamento das partes.

O advogado pode firmar uma convenção de arbitragem em nome do seu cliente, desde que possua poderes especiais (art. 105 do CPC/2015), lembrando que o poder de transigir no contrato de mandato não autoriza firmar compromisso (art. 661, § 2º do CC/02).

Já se questionou, incidentalmente, inconstitucionalidade da arbitragem nos autos de uma homologação de sentença estrangeira, que tramitou no STF por mais de cinco anos. E, pós intensos debates, foi decidido, por maioria, pela constitucionalidade da Lei nº 9.307/96, garantindo a efetividade da arbitragem no ordenamento brasileiro²¹, uma vez que é voluntária, somente podendo ser utilizada por pessoas capazes e para solução de conflitos relacionados a direitos patrimoniais e disponíveis, não sendo a lei que afasta a possibilidade de acesso ao Judiciário, mas os próprios conflitantes.

Observe-se que a imposição da cláusula arbitral é que pode ser inconstitucional ou ilegal, bastando que não sejam cumpridas as exigências legais, como na hipótese do art. 4º §2º da LA ou do art. 51, VII, do CDC, adiante tratados.

O fundamento da arbitragem é o exercício da autonomia privada, portanto, a investidura e a competência do árbitro são fixadas pela conven-

19 Sobre a discussão, amplamente, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 63-68; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 387. Entendendo que a não arguição, pelo réu, da existência de compromisso arbitral é causa de renúncia: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 290.

20 Sobre a vedação a comportamentos contraditórios no processo civil: LOURENÇO, Haroldo. *Sobre a Boa Fé Objetiva no CPC/15. Reflexos do NCPD no Processo do Trabalho*. Org.: Fagner Sandes. Editora Multifoco, 2016. P. 69-104.

21 STF, SE 5.206/Espanha (AgRg), rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001. *Informativo* n. 254.

ção de arbitragem incidindo, inclusive, o princípio da *kompetenz kompetenz* (art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.307/1996 e Enunciado 48 do FPPC)²².

Nos contratos de adesão, que não envolvam relação de consumo, a convenção de arbitragem só terá validade se a iniciativa de instituí-la couber ao aderente ou se este concordar expressamente com a sua instituição, “desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou vista especialmente para essa cláusula”, como se observa do art. 4º § 2º da LA.

Já se afirmou, com base no art. 51, VII, do CDC, que a arbitragem foi vedada em relação de consumo, principalmente em contratos de adesão²³ este, contudo, não é o entendimento que deve prevalecer. A arbitragem é um mecanismo moderno e salutar, fruto do desenvolvimento e amadurecimento no tratamento de controvérsias, e é muito utilizada em países desenvolvidos, bem como o CDC textualmente incentiva a utilização dos mecanismos paralelos ou alternativos de solução de conflitos de consumo (art. 4º), determinando a promoção da melhoria da qualidade de vida do cidadão, em harmonia com a transparência das relações de consumo, com a criação de meios que venham a solucionar conflitos desta ordem (inciso V), além de estimular a facilitação do acesso à justiça (art. 5º e 6º, incisos VII e VIII).

De igual modo, o legislador, em nenhum momento, proíbe a utilização da arbitragem, pelo contrário, a incentiva e, com muita precisão, o legislador somente tacha de nulidade de pleno direito a utilização compulsória da arbitragem. Observe-se que, como dito, a investidura do juiz arbitral se dá pela autonomia privada, portanto, sua principal característica é a voluntariedade. Assim, a possibilidade de sua instauração compulsória não encontra guarida em nenhum sistema jurídico, muito menos na relação de consumo.

Destarte, não se pode criar uma presunção absoluta de abusividade da inserção de cláusula compromissória em contratos de adesão, em matéria de consumo, sendo possível a convivência entre os dois sistemas²⁴.

22 A alegação de convenção de arbitragem deverá ser examinada à luz do princípio da competência-competência.

23 STJ, REsp 819.519/ PE, 3ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 09.10.2007, DJ 05.11.2007, p. 264, RDDP v. 58, p. 114.

24 Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil comentado. 6. ed. rev. ampl. e atual. até 28 de março de 2008. São Paulo: RT, 2008. No comentário 7 ao art. 4º da Lei de Arbitragem, p. 1396, Joel Dias Figueira Júnior e Nilton César Antunes da Costa em: COSTA, Nilton César Antunes da. A convenção de arbitragem no contrato de adesão. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 3, n. 8, p. 131, jan.-mar. 2006.

E, neste sentido, há regramento específico para os contratos de adesão genéricos (art. 4º §2º LA) e outro mais específico ainda se estes forem oriundos de uma relação de consumo (art. 51, VII CDC). Há autores que advogam a tese de que somente seria possível, nas relações de consumo, o compromisso arbitral, jamais a cláusula compromissória pela sua formação anterior ao litígio e, provavelmente, imposta ao aderente²⁵, com que não concordamos.

Enfim, a limitação em relação aos contratos de consumo não permite, contudo, afastar a possibilidade de realização de compromisso arbitral para dirimir conflito existente em uma relação de consumo, como já acentuado pelo STJ²⁶.

Apenas os litígios que envolvem direitos coletivos não podem ser objeto de tutela fora da via jurisdicional, pois não seriam disponíveis. Cremos, contudo, que em uma análise mais apurada, os direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III CDC) poderiam ser submetidos à arbitragem, porém o tema ainda merece uma maior reflexão doutrinária no ordenamento brasileiro.

Na arbitragem o conflito deverá envolver direitos patrimoniais e disponíveis (art. 1º c/c art. 13 LA), contudo, o art. 852 do CC/02 veda o compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Não obstante tal dispositivo, modernamente, por exemplo, Carlos Alberto Carmona²⁷, ao realizar digressão sobre direito de família, afirma que *“são arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre*

25 Nesse sentido: ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 3, n. 9, p. 13-21, especialmente p. 18, São Paulo: RT, abr.-jun. 2006; ZULIANI, Evandro. Arbitragem e os órgãos integrantes do sistema nacional de defesa do consumidor. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: RT, ano 3, n. 11, p. 7-58, especialmente p. 46, out.-dez. 2006; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A arbitragem e o direito do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, n. 23-24, p. 33-40, especialmente p. 38, jul.-dez. 1997.

26 “[...] O art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral. As regras dos arts. 51, VIII, do CDC e 34 da Lei nº 9.514/97 não são incompatíveis. Primeiro porque o art. 34 não se refere exclusivamente a financiamentos imobiliários sujeitos ao CDC e segundo porque, havendo relação de consumo, o dispositivo legal não fixa o momento em que deverá ser definida a efetiva utilização da arbitragem.” (STJ, REsp 1169841/RJ, Rel. Mi-nistra Nancy Andrihgi, Terceira Turma, DJe 14/11/2012).

27 Arbitragem e processo. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 39

que controvertem”, muito embora tal pensamento ainda não seja admitido na doutrina brasileira.

No âmbito trabalhista, a arbitragem possui *status* constitucional, como pode ser observado pelo art. 114 §1º da CR/88 (EC nº 45/04), no caso de dissídios coletivos de trabalho, não sendo válida, portanto, para os dissídios individuais conforme entendimento pacífico do TST²⁸.

O árbitro deve ser pessoa capaz, alfabetizada e designada pelos conflitantes, portanto, da confiança dos mesmos (art. 13 LA). É muito comum se buscar uma instituição especializada, sendo os árbitros equiparados a funcionários públicos para fins penais (art. 17), possuindo *status* de juiz de direito (art. 18). Neste sentido, ao ser indicado como árbitro, deve o mesmo revelar os fatos que sejam de seu conhecimento, bem como atentar para aqueles que deveria conhecer em razão da atividade e vinculação profissional desenvolvida, a existência de relação de amizade estreita com as partes, que possa gerar dúvida razoável quanto à sua independência e imparcialidade, ou seja, o árbitro se sujeita às causas de impedimento ou suspeição do CPC, denominado aqui de dever de revelação (art. 14 §1º LA)²⁹.

Cumprir registrar que o critério para definir se uma sentença arbitral é nacional ou estrangeira é o local da sua prolação, pouco importando se foi instaurada perante câmaras arbitrais localizadas fora do Brasil, tampouco a nacionalidade dos árbitros. Portanto, o critério adotado é unicamente da posição geográfica (*jus soli*), ou seja, sendo prolatada no território nacional, é uma sentença nacional, não dependendo de homologação pelo STJ³⁰.

A interferência jurisdicional na arbitragem deve ser sempre excepcional, limitando-se a aspectos formais relativos à validade do procedimento (arts. 32 e 33 da LA), não se admitindo, por exemplo, a revisão pelo Judiciário do mérito da decisão arbitral.

28 “Seja sob a ótica do artigo 114, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, seja à luz do artigo 1º da Lei nº 9.307/1996, o instituto da arbitragem não se aplica como forma de solução de conflitos individuais trabalhistas. Mesmo no tocante às prestações decorrentes do contrato de trabalho passíveis de transação ou renúncia, a manifestação de vontade do empregado, individualmente considerado, há que ser apreciada com naturais reservas, e deve necessariamente submeter-se ao crivo da Justiça do Trabalho ou à tutela sindical, mediante a celebração de válida negociação coletiva. Inteligência dos artigos 7º, XXVI, e 114, *caput*, I, da Constituição Federal” (E-ED-RR – 25900-67.2008.5.03.0075. Data de Julgamento: 16/04/2015. Rel. Min. João Oreste Dalazen, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais)

29 Enunciado 489 do FPPC: Observado o dever de revelação, as partes celebrantes de convenção de arbitragem podem afastar, de comum acordo, de forma expressa e por escrito, hipótese de impedimento ou suspeição do árbitro.

30 STJ, REsp 1.231.554/RJ, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.05.2011.

A Lei nº 13.129/15, que trouxe consideráveis alterações à Lei de Arbitragem, permitiu a prolação de uma sentença arbitral parcial e, se o árbitro não decidir o restante da controvérsia em tempo razoável, a parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar (art. 33 §4º LA), contudo, nessa hipótese, o Judiciário não irá complementar a decisão ou substituir o árbitro, mas tão somente determinar que ele analise os demais pedidos que lhe foram submetidos, novamente exercendo um controle judicial dessa atividade arbitral.

Como a sentença arbitral condenatória gera um título executivo judicial (art. 515, VII CPC c/c art. 31 LA), é possível se cogitar em um processo de cumprimento de sentença no Judiciário, nos termos do art. 515 §1º do CPC/15, portanto, tal declaração de nulidade também poderá ser arguida na forma de impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525 do CPC, na forma dos arts. 33 §3º LA e art. 1.061 CPC/15).

Outra participação judicial na esfera arbitral ocorre quando há necessidade de concessão de tutelas de urgência, seja cautelar ou antecipada, onde não haverá, propriamente dito, um controle, mas uma cooperação entre Judiciário e arbitragem, ambos focados na solução do litígio. Imagine, por exemplo, que duas empresas mantenham contrato para fornecimento de determinado serviço. Contudo, uma delas não cumprindo o avençado e existindo previsão arbitral em tal contrato sem qualquer detalhamento sobre como será tal procedimento, o que pode gerar demora na formalização do processo arbitral e graves danos, a lei permite que antes de instituída a arbitragem, as partes recorram ao Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência (art. 22-A da LA), funcionando o Judiciário como verdadeiro órgão de apoio³¹.

Deferido o pedido pelo Judiciário, se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de trinta dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão, a medida ficará sem efeito. Portanto, a decisão proferida pelo Judiciário será precária, não sendo possível se cogitar sequer em sua estabilização (art. 304 do CPC³²), o que é ratificado pelo art. 22-B da LA, eis que, ainda que a arbitragem seja instituída no prazo indicado, a lei permite que os árbitros modifiquem ou revoguem a medida (art. 22-B), não ficando vinculados à decisão judicial.

31 STJ, 4ª T., REsp 1.331.100-BA, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. para acórdão Min. Raul Araújo, julgado em 17/12/2015, DJe 22/2/2016.

32 LOURENÇO, Haroldo. *Processo Civil Sistematizado*. 4ª ed. Ed. Método, p. 263.

Como pela convenção de arbitragem as partes afastam o litígio do Judiciário, é interessante analisar se há prescrição da pretensão arbitral. A Lei nº 13.129/15 acrescentou à Lei de Arbitragem o art. 19 § 2º, afirmando que *“a instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição”*, deixando claro que o fato de a demanda tramitar no juízo arbitral não permite que receba tratamento diferenciado em relação à prescrição para as demandas submetidas à jurisdição estatal. Portanto, pode ocorrer prescrição devido à não instituição do procedimento arbitral, como ocorreria pela não formulação da pretensão perante o Judiciário, nos exatos termos do art. 189 do CC/02.

O CPC/15 ampliou as hipóteses da produção antecipada de prova, prestigiando, de certa forma, a autocomposição, o estímulo aos métodos adequados de resolução de conflitos (art. 3º §§ 2º e 3º) e a racionalização da prestação jurisdicional (arts. 4º, 6º e 8º), eis que com a sua utilização é possível se evitar a ocorrência de um litígio ou facilitar uma solução consensual (art. 381, II).

Nesse sentido, havendo convenção de arbitragem, cabe investigar se é possível que uma das partes possa propor a produção antecipada de prova no Judiciário sem que isso venha a ferir a jurisdição e competência arbitral.

Havendo na convenção de arbitragem previsão expressa a respeito da possibilidade de produção antecipada de prova no Judiciário, não resta qualquer dúvida quanto ao seu cabimento, eis que se estaria cumprindo o pactuado pelas próprias partes, em prestígio ao autoregramento de vontade. De igual modo, se houver urgência na produção da prova e o juízo arbitral ainda não tiver sido instalado, a produção probatória deve ser admitida no Judiciário, pois tal produção teria uma natureza cautelar (art. 22-A da LA), já tendo o STJ admitido sua produção, seja de natureza cautelar ou antecipada, em relação ao conflito objeto da convenção arbitral³³.

O ponto mais complicado é na hipótese de omissão na convenção de arbitragem e de não se tratar de uma produção antecipada de prova de natureza cautelar, mas sim daquelas hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 381 do CPC/15, eis que o juízo arbitral é o competente para co-

33 STJ, 4º T., REsp 1.331.100-BA, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. para acórdão Min. Raul Araújo, julgado em 17/12/2015, DJe 22/2/2016.

nhecer a totalidade do litígio (art. 42 do CPC/15), bem como para deferir as provas necessárias (art. 22 da Lei nº 9.307/96), podendo o Judiciário funcionar somente como órgão de apoio a tal atividade (art. 22 §2º LA c/c art. 260 §3º CPC).

Cremos, contudo, que o ajuizamento da produção antecipada de prova é perfeitamente possível e não viola a jurisdição arbitral, eis que o juiz togado não se pronunciará “*sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas*”, nos exatos termos do art. 382 § 2º do CPC. Ou seja, não há vencido e vencedores, tampouco a formação de coisa julgada, remontando a atividade que faz lembrar o *disclosure* do direito norte-americano, bem como não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário (art. 382 §4º CPC), o que confirma a intenção do legislador de não burocratizar o procedimento.

De igual modo, em razão do caráter dúplice da produção antecipada de prova, que é capaz de beneficiar tanto o requerente como o requerido, eis que o juízo não sabe, de antemão, do seu resultado, não havendo prejuízo para qualquer das partes, desequilíbrio, desigualdade ou ausência de paridade de armas, bem como tal produção probatória tem um escopo maior do que o objeto da convenção arbitral, que é solucionar o litígio, pois pode evitá-lo, além de ser mais econômica e eficiente do que todo um processo arbitral (art. 8º CPC), em que, por exemplo, uma perícia realizada antes da instituição da arbitragem pode evitar tal procedimento e fomentar a autocomposição. Por outro lado, a prova produzida antecipadamente no Judiciário pode não impedir a instauração do procedimento arbitral e, nessa hipótese, o árbitro não estará vinculado a tal prova, podendo determinar novamente a sua realização se assim entender. Todavia, no mínimo, o material produzido servirá como prova emprestada (art. 372 do CPC/15).

3. ARBITRAGEM E O PODER PÚBLICO.

3.1. Considerações iniciais.

Já se encontrava em nosso ordenamento a possibilidade do emprego da arbitragem perante a Administração Pública, como se observa do art. 23-A da Lei nº 8.987/95 e art. 11, III, da Lei nº 11.079/04, o que

era autorizado pelo TCU³⁴, pela doutrina³⁵ e pela jurisprudência³⁶ e, recentemente, a Lei nº 13.129/15 modificou a lei da arbitragem e melhor regulamentou o tema.

A tão propalada indisponibilidade do interesse público não implica que o Poder Público não possa ou não deva, em certas condições, submeter-se a pretensões alheias ou mesmo abdicar determinadas pretensões. Na arbitragem não se dispõe sobre o direito material, mas sobre o modo de composição do conflito, ou seja, o objeto de disponibilidade é a pretensão de tutela jurisdicional³⁷.

Há, contudo, como todos os institutos jurídicos, evidentes limites, como a arbitragem se restringir a direitos patrimoniais e disponíveis, a convenção de arbitragem ser celebrada pela autoridade, ou o órgão competente da administração pública direta para realização de acordos ou transações ser somente de direito, com fundamento no princípio da legalidade, não podendo ser de equidade e, ainda, respeitar a publicidade, o que relativiza a confidencialidade normalmente encontrada na arbitragem dos contratos privados.

Assim, a arbitragem em contratos privados da Administração Pública, como os celebrados por empresas estatais onde, por exemplo, seja ela a locatária, sempre contou com uma maior aceitação especialmente em razão da preponderância da aplicação do regime jurídico de direito privado e pela ausência, em regra, das cláusulas exorbitantes (art. 62 §3º, I, da Lei 8.666/93). Porém, mesmo nos contratos administrativos, a arbitragem representa uma solução eficiente para controvérsias contratuais que digam respeito às questões predominantemente patrimoniais ou técnicas, referentes a direitos disponíveis.

34 TCU, Acórdão n. 2145/2013, Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, j.: 14.08.2013

35 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*, 4. ed., São Paulo: Método, 2015 – p. 249-250; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais*. RDA, n. 236, p. 215-261, abr.-jun. 2004; TÁCITO, Caio. *Arbitragem nos litígios administrativos*. RDA, n. 210, p. 111-115, out.-dez. 1997.

36 STJ, 2.ª Turma, REsp 612.439/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 14.09.2006, p. 299 (Informativo de Jurisprudência do STJ n. 266). Nesse caso, a Corte admitiu a arbitragem em contratos celebrados por sociedade de economia mista: “são válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1.º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste”.

37 Nesse sentido: TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – versão atualizada para o CPC/15. Revista de Processo, 2017. RePro 264, p. 83- 107.

A utilização da arbitragem envolvendo o Poder Público reforça a necessidade de releitura de diversos dogmas, como o princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, a tendência de releitura das cláusulas exorbitantes e o princípio da legalidade, propiciando solução de litígios por juízos técnicos, com um espaço reduzido de tempo, prestigiando a eficiência administrativa e a boa administração.

Há, a rigor, peculiaridades inerentes à jurisdição estatal e não estatal, principalmente no que se refere à participação do Poder Público. Vários institutos, procedimentos e regras do processo judicial não se aplicam ao procedimento arbitral, como a remessa necessária (art. 496 CPC), os prazos processuais diferenciados da Fazenda Pública (art. 183 CPC), as isenções de taxas e emolumentos (art. 91 CPC), as disposições específicas sobre os honorários sucumbenciais (art. 85 §3º CPC), sem falar na inexistência de vinculação dos árbitros ao Conselho Nacional de Justiça, bem como o fato de os mesmos não gozarem de todas as prerrogativas inerentes aos juízes, entre outras peculiaridades.

Da mesma forma, muitas regras da arbitragem não têm aplicabilidade no processo judicial, como escolha do julgador (art. 13 §1º LA), existência de prazo fixado em lei para a prolação da sentença (art. 23 LA) e possibilidade de instituição de um julgamento por equidade em casos que não envolvam a Administração (art. 2º LA) etc.

3.2. Direitos patrimoniais e disponíveis.

Indiscutivelmente, o ponto que sempre gerou manifestações contrárias ao cabimento de arbitragem envolvendo o Poder Público foi a existência ou não de disponibilidade quanto aos direitos patrimoniais da Fazenda Pública³⁸. Atualmente já se afirma que a disponibilidade do direito patrimonial envolvendo o Poder Público tem seus limites traçados pelo ordenamento jurídico, baseado na legalidade, definindo o que os agentes públicos podem dispor, os limites e condições e, não por outra razão,

38 Veja-se, por exemplo, peremptório julgado do Tribunal de Contas das União proferido em sessão de 05.07.2006, o qual assentou ser “ilegal, com afronta a princípios de direito público, a previsão, em contrato administrativo, da adoção de juízo arbitral para a solução de conflitos” (Acórdão n. 1099/2006, Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes). Outro julgado da mesma Corte destaca que “É ilegal a previsão, em contrato administrativo, da adoção de juízo arbitral para a solução de conflitos” (Acórdão n. 537/2006, Segunda Câmara, Relator Ministro Alencar Rodrigues, j.: 14.03.2006). Esse entendimento demorou a ser alterado, mas se consolidou, sendo dominante atualmente (v.g., Acórdão n. 2145/2013, Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, j.: 14.08.2013).

que as alienações de bens públicos são possíveis³⁹, os créditos tributários podem ser excluídos por anistia⁴⁰ e advogados públicos podem celebrar transação⁴¹, além de inúmeras outras circunstâncias que ultimamente cresceram substancialmente⁴².

Assim, disputas sobre o equilíbrio da equação econômico-financeira, como a fixação de indenizações por rescisão unilateral dos contratos em geral, a encampação de uma concessão ou a solução de disputas envolvendo a reversão de bens ao final da concessão são espaços “naturais” para a utilização da arbitragem. Por outro lado, disputas envolvendo a execução de contratos administrativos – como serviços públicos objeto de concessão ou que envolvem o exercício de “autoridade” por parte do ente público face ao particular – podem gerar desafios em torno da definição sobre sua arbitrabilidade⁴³.

3.3. Da impossibilidade de cláusula de confidencialidade.

Uma das características mais recorrentes dos procedimentos arbitrais, o que atrai e fomenta a arbitragem empresarial, é que na maioria dos litígios arbitrais há uma cláusula sobre a confidencialidade do litígio, o que é inviável no Judiciário por força do art. 93, IX da CR/88, eis que tal ne-

39 Nesse sentido: arts. 100 e 101 do Código Civil: “Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar” e “Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei”. No caso de terras públicas com área superior a 2.500 hectares, não basta a autorização legal; há também a exigência de autorização do Congresso Nacional (art. 49, XVII, da Constituição Federal), salvo se o objetivo da alienação gira em torno da reforma agrária (art. 188, §2º, da mesma Carta).

40 Conforme exige o art. 180 do CTN.

41 Por exemplo, art. 1º da Lei n. 9.469/97, com redação dada pela Lei nº 13.140/2015 (“Art. 1º. O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.”); art. 10 da Lei n. 10.259/01 (“Art. 10 (...) Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais”); e art. 8º da Lei n. 12.153/09 (“Art. 8º. Os representantes judiciais dos réus presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação”) e, de resto, os arts. 32 a 40 da Lei nº 13.140/2015.

42 art. 23-A da Lei n. 8.987/95 (relativo aos contratos de concessão em geral); arts. 93, XV e 120, X, da Lei n. 9.472/97 (contratos de concessão e permissão de serviços de telecomunicações); art. 43, X, da Lei n. 9.478/97 (contratos de concessão na área de petróleo e gás); arts. 35, XVI, e 39, XI, da Lei n. 10.233/01 (contrato de concessão e permissão de transporte aquaviário e terrestre); art. 11, III, da Lei n. 11.079/04 (contratos de parceria público-privada); art. 4º, §4º e §5º, da Lei n. 10.848/04 (litígios na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica); art. 4º, XII, da Lei n. 11.668/08 (contrato de franquia postal); art. 21, XI da Lei n. 11.909/09 (contrato de concessão de transporte de gás); art.62, §1º, da Lei n. 12.815/13 (contratos de concessão portuária) etc.

43 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Arbitragem e Fazenda Pública*. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/>. Acesso em 09.12.16, p. 4.

gócio jurídico processual seria inválido se dispusesse sobre um processo jurisdicional. É interessante que, na hipótese de existir cláusula de confidencialidade, sendo cumprida uma carta arbitral perante o Judiciário, deverá observar o segredo de justiça, na forma do art. 189, IV do CPC/15⁴⁴.

Por outro lado, na arbitragem que envolva o Poder Público, é vedada a celebração de tal cláusula, por força do princípio da publicidade, esculpido no art. 37 da CR/88 c/c art. 2º §3º LA.

3.4. Previsão no edital de licitação.

O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente, como já firmou o STJ e é consagrado em boa parte da doutrina⁴⁵.

Cabe consignar que, durante a tramitação do projeto de lei que culminou na reforma da LA, o Congresso Nacional cogitou instituir essa limitação, exigindo inserção da cláusula compromissória nos editais licitatórios ou nos contratos administrativos. Todavia, essa limitação ficou de fora do texto final, e há que se considerar que a inclusão posterior de cláusula compromissória em contrato administrativo já celebrado esbarra no entendimento de que as hipóteses de aditamento contratual estão taxativamente previstas no art. 65 da Lei nº 8.666/93 e que nenhuma delas abriria ensejo para tal alteração. Portanto, o ponto urge por um amadurecimento na doutrina e enfrentamento pela jurisprudência.

3.5. Escolha do órgão arbitral.

Um aspecto relevante concerne à escolha do órgão arbitral (em se tratando de arbitragem institucional) e à escolha dos árbitros (seja na arbitragem institucional ou na arbitragem *ad hoc*, apesar de essa última ser bem incomum), face à exigência de que todo serviço prestado à Administração

44 Enunciado 13 do FPPC: “O disposto no inciso IV do art. 189 abrange todo e qualquer ato judicial relacionado à arbitragem, desde que a confidencialidade seja comprovada perante o Poder Judiciário, ressalvada em qualquer caso a divulgação das decisões, preservada a identidade das partes e os fatos da causa que as identifiquem”. Enunciado 15 do FPPC: As arbitragens que envolvem a Administração Pública respeitarão o princípio da publicidade, observadas as exceções legais (vide art. 2º, § 3º, da Lei 9.307/1996, com a redação da Lei 13.129/2015).

45 STJ, 3ª T., REsp 904.813/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 20/10/2011, DJe 28/02/2012. Enunciado 571 do FPPC: A previsão no edital de licitação não é pressuposto para que a Administração Pública e o contratado celebrem convenção arbitral.

Pública – e o árbitro não deixa de ser um prestador de serviços – deve ser contratado mediante licitação, por força do art. 37, XXI, CR/88⁴⁶.

Como o árbitro escolhido deve ser da confiança das partes (art. 13 da LA), deve haver consenso entre o ente público e o litigante particular. Essa situação somente explicaria a dispensa de licitação para escolha de árbitro único, porém, em se tratando de tribunal arbitral, cada parte escolhe livremente ao menos um dos membros, derrubando tal argumento.

A necessidade da confiança do agente público na pessoa escolhida para exercício de uma função pública é circunstância apta a afastar a exigência do concurso público, nos termos do art. 37, V da CR/88. Muito embora árbitro não seja servidor público, ele exerce uma função pública (art. 17 LA) revestida de confiança, o que permite a analogia, porém, tais justificativas não alinham para a contratação direta de um órgão arbitral, cujo papel apenas é fornecer serviços relativamente padronizados de administração do processo arbitral, pois não há como se reconhecer, aqui, o cabimento da inexigibilidade de licitação, porque não existe singularidade e exclusividade na prestação desses serviços, que tampouco se revestem de notória especialização.

3.6. Da desnecessidade de observância do regime do precatório.

Na dicção do art. 100 da CR/88, o pagamento de obrigações pecuniárias pelo Poder Público, oriundas de sentenças judiciais, deverá seguir o rito do precatório ou da requisição de pequeno valor (RPV).

Nesse sentido, se o credor do Poder Público é obrigado a realizar um cumprimento de sentença de uma obrigação pecuniária fixada na sentença arbitral (art. 515 §1º CPC), o pagamento deve respeitar o sistema de precatórios ou do RPV. Da mesma forma, não há necessidade de precatório ou de RPV quando for sociedade de economia mista ou uma empresa pública⁴⁷, o que se justifica pelo fato de a elas se aplicarem o regime de direito privado (art. 173, *caput*, da CR/88), embora com a submissão a algumas regras típicas do direito público, como a exigência de concurso

46 Enunciado 572 do FPPC: A Administração Pública direta ou indireta pode submeter-se a uma arbitragem ad hoc ou institucional.

47 Arts. 3º e 4º da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais). Destaque-se que, de forma excepcional, o STF aplica, por exemplo, o regime do precatório e outras prerrogativas típicas da Fazenda Pública à Empresa de Correios e Telégrafos – ECT, especialmente em razão das prerrogativas previstas no DL 509/59, o que acarreta uma espécie de “autarquização” desta empresa pública federal (STF, RE 220.906/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14/11/2002, p. 15).

público para provimento da maioria de seus quadros e a obrigatoriedade de licitação para celebração de contratos (arts. 37, XXI, e do 173 §1º, III, da CR/88), sobretudo quando se trata de dirimir conflitos atinentes aos atos de gestão do exercício de atividade econômica⁴⁸.

O problema, realmente, ocorre na análise da possibilidade de o Poder Público realizar o pagamento espontâneo, sem necessidade de precatório, em decorrência de uma sentença arbitral.

Há quem afirme a impossibilidade de tal pagamento espontâneo, sob pena de ocorrer burla ao sistema do precatório, criando uma casta privilegiada de credores e violando a isonomia, impessoalidade e moralidade⁴⁹. Por outro lado, há os que defendem a possibilidade de tal pagamento, eis que o Poder Público está autorizado, pela via administrativa, a promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo, podendo reconhecer a dívida cristalizada em sentença arbitral e efetuar o pagamento de forma espontânea, dispensando a execução do título na esfera judicial, desde que haja “*previsão na lei orçamentária anual, na linha do disposto no art. 167, II, da Constituição da República*”.⁵⁰ Portanto, será necessária dotação orçamentária específica, para não prejudicar a dotação orçamentária para o pagamento do precatórios, não sendo novidade que o Poder Público pode realizar pagamentos sem precatórios, realizando acordos, como na desapropriação, reconhecendo dívidas⁵¹.

Ademais, não há que se falar em violação à impessoalidade, eis que a arbitragem é uma solução prevista em lei, sendo considerada pelos interessados que participam da licitação, tendo plena ciência de tal possibilidade, prestigiando a autonomia privada e o autoregramento da vontade, princi-

48 Interessante notar que se o ato praticado pela Sociedade de Economia Mista ou pela Empresa Pública foi um ato típico do regime de direito público, portanto um ato administrativo, as regras inerentes a tal sistema deverão ser observadas, cabendo, inclusive, mandado de segurança na hipótese de sua inobservância, porém, se for somente um ato da administração, meramente de gestão comercial, o legislador sequer admite mandado de segurança, como se observa do art. 1º §2º Lei 12.016/09.

49 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Opinião 47. *A Arbitragem e a Administração Pública*. Disponível em <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-47-a-arbitragem-e-a-administracao-publica-2/>. Acesso em 12.12.16. COUTO, Leonardo Lício. Parecer 58/PGF/LLC/2008. Processo Administrativo 00407.001306/2009-57. Disponível em http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Vm3O0xzZ_twj:www.agu.gov.br/page/download/index/id/25049633+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em 09.12.16.

50 SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação*. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito, Rio de Janeiro, 2016.

51 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei 13.129/2015: novos desafios*. In: Revista Brasileira de Direito Público n. 51, p.59-79, out./dez., 2015.

palmente no momento de se firmar a convenção de arbitragem, onde será possível se escolher entre a jurisdição estatal e não estatal.

3.7. Do descabimento de reexame necessário.

Não cabe reexame necessário (art. 496 CPC) da sentença arbitral⁵², eis que não há previsão na LA o CPC não se aplica, sequer, subsidiariamente ao processo arbitral, o qual é regido pelas regras escolhidas pelas partes ou, à falta delas, por aquelas fixadas pelo árbitro, a teor do art. 21, *caput* e §1º LA, além do procedimento arbitral ser desenvolvido em instância única e sem previsão recursal (art. 18 LA), o afasta o anacrônico instituto do reexame.

3.8. Do afastamento dos prazos diferenciados.

Há também que se afastar a observância de prazos processuais ampliados (art. 183 CPC/15), pela falta de previsão específica na LA, da necessidade de observância das regras procedimentais pactuadas pelos signatários da convenção arbitral ou, subsidiariamente, pelo árbitro, há que se acrescentar que essa prerrogativa também não se mostra inerente a todo processo envolvendo a Fazenda Pública (art. 9º da Lei nº 10.259/01 e do art. 7º da Lei nº 12.153/09), o que ratifica o seu afastamento.

3.9. Da inaplicabilidade da isenção de despesas.

A isenção de que goza a Fazenda Pública quanto à taxa judiciária e aos emolumentos processuais (art. 91 CPC) mostra-se igualmente inaplicável para o processo arbitral, cujas despesas ostentam natureza inteiramente diversa, sendo uma contraprestação que o Estado entrega ao particular (órgão arbitral, árbitro e seus auxiliares) em razão de serviços prestados em regime diverso da prestação do serviço público judiciário, o que é ratificado pelo STJ⁵³ como no pagamento de honorários periciais. Tais razões justificam, ainda, o afastamento do art. 85 §3º CPC, pois será matéria reservada à convenção de arbitragem (art. 11, V LA).

⁵² Enunciado 164 do FPPC: A sentença arbitral contra a Fazenda Pública não está sujeita à remessa necessária.

⁵³ Enunciado da Súmula 232 STJ: A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito.

3.10. Das limitações às tutelas provisórias.

No tocante à disciplina das tutelas de urgência em face da Fazenda Pública, a questão ganha contornos mais complexos e dramáticos, pois há restrições decorrentes do regime constitucional de precatórios, além do fato de o STF entender que tutela de urgência que ordene pagamento de quantia seria contrária ao art. 100 da CF⁵⁴, além de diversas normas infraconstitucionais, como a Lei nº 8.437/92 (arts. 1º ao 4º), Lei nº 9.494/97, art. 7º §2º da Lei nº 12.016/09, na forma do art. 1.059 CPC/15, seja no tocante ao estabelecimento de procedimentos prévios à concessão, seja com relação a matérias para as quais a tutela de urgência é defesa seja, por fim, ao cabimento da famigerada “suspensão” de liminar ou sentença.

Concordamos com o entendimento de que a melhor solução é a de reconhecer que as restrições decorrentes da CR/88 se aplicarão integralmente, mas as limitações previstas nas leis infraconstitucionais deverão de ser observadas apenas nos procedimentos judiciais pré-arbitrais, aforados pelo particular em face da Fazenda Pública antes da instauração do processo arbitral. Porém, no curso do processo arbitral, as regras processuais aplicáveis são outras, e nelas não se incluem aquelas que impedem a concessão de tutelas urgentes⁵⁵.

4. CONCLUSÃO.

Não obstante ainda restarem algumas indagações sobre como o Poder Público poderá lançar mão da arbitragem em seus contratos, pois o legislador pouco resolveu, tais pontos merecem maiores reflexões e consolidações, sob pena de se comprometer as regras estruturantes da arbitragem, podendo ocasionar a sua judicialização.

Outro pilar é a necessidade de maior especialização dos árbitros para conhecimentos aprofundados do funcionamento do aparato estatal em todas as suas dimensões, bem como dos operadores do direito em geral, o que pode estimular a utilização da arbitragem pela Administração Pública, criando uma nova tendência no meio jurídico. ❖

54 ADC 4, Relator: Min. Sydney Sanches, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2008.

55 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/>. Acesso em 09.12.16, p. 7.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta*. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 3, n. 9, São Paulo: RT, abr.-jun. 2006.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *A arbitragem e o direito do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, n. 23-24, jul.-dez. 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Fundamental guarantees of parties in civil litigation*. Milano: Giuffrè, 1973.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNELLUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Tradução de Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1989.

COUTO, Leonardo Lício. *Parecer 58/PGF/LLC/2008*. Processo Administrativo 00407.001306/2009-57. Disponível em http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Vm3O0xzZ_twJ:www.agu.gov.br/page/download/index/id/25049633+&cd=1&hl=p-t-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em 09.12.16.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Opinião 47. *A Arbitragem e a Administração Pública*. Disponível em <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinio/opinio-47-a-arbitragem-e-a-administracao-publica-2/>. Acesso em 12.12.16.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual da arbitragem*. São Paulo: RT, 1997.

FURTADO, Paulo. *O juízo arbitral*. Revista do Direito Civil, n. 72.

LEMES, Selma. *Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado*. Revista dos Tribunais, v. 686, p. 73-89, dez. 1992.

LOURENÇO, Haroldo. *Processo Civil Sistematizado*. 4ª ed. Ed. Método.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais*. RDA, n. 236, p. 215-261, abr.-jun. 2004.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei 13.129/2015: novos desafios*. In: Revista Brasileira de Direito Público n. 51, p.59-79, out./dez., 2015.

_____. *Licitações e contratos administrativos*. 4. ed., São Paulo: Método, 2015.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação*. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito, Rio de Janeiro, 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Arbitragem e Fazenda Pública*. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/>. Acesso em 09.12.16.

TÁCITO, Caio. *Arbitragem nos litígios administrativos*. RDA, n. 210, p. 111-115, out.-dez. 1997.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/15. Revista de Processo, 2017. RePro 264, p. 83- 107.

VIANA DE LIMA, Cláudio. *Arbitragem: a solução*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução – parte geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

ZULIANI, Evandro. *Arbitragem e os órgãos integrantes do sistema nacional de defesa do consumidor*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: RT, ano 3, n. 11, out.-dez. 2006.

A Solidariedade Constitucional: de Objetivo Fundamental a Essência da Constituição Fraternal¹

José Muiños Piñeiro Filho

Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), Mestre em Direito (UNESA), Desembargador do TJERJ

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As disposições constitucionais. 3. O histórico constitucional brasileiro. 4. O conceito de princípio. 5. Fundamento e objetivo fundamental. 6. A solidariedade: objetivo fundamental ou fundamento do Estado brasileiro? 7. A Constituição fraternal. 8. Conclusão. 9. Bibliografia

1 – INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por motivação analisar a questão da principiologia constitucional, notadamente a distinção que sugerem os arts. 1º e 3º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, ao estabelecer os fundamentos do Estado brasileiro e os seus objetivos fundamentais, dando a estes últimos um caráter programático de atendimento ou implementação futuro e também condicionado.

Dessarte, o que se pretende é verificar até que ponto os chamados objetivos fundamentais, em particular a construção de uma sociedade solidária, mesmo sendo esta um direito fundamental, podem ter os seus respectivos atendimentos inibidos.

¹ Este trabalho é especialmente dedicado a Carlos Ayres Britto, professor, jurista, magistrado e, acima de tudo, poeta.

Para tanto, pesquisou-se parcela da doutrina constitucional que, ainda que difusamente, se refere ao tema, o que serviu, inclusive, para demonstrar a pouca ou quase nenhuma atenção ao assunto.

Estabeleceu-se, como base de abordagem ao tema, uma distinção conceitual entre Fundamento e Objetivo Fundamental, não sem antes ser firmada uma noção de *princípio* e sua finalidade axiológica.

Ao depois, foram identificados na Constituição do Brasil diversos dispositivos que estabelecem a exigência do comportamento proativo da solidariedade, seja por parte do Estado, seja da sociedade como um todo, ou mesmo de uma sua parcela ou segmento, como é o caso da família.

Em continuação, restou esclarecido como as denominadas ações afirmativas são a forma ou mecanismo de dar efetividade ao princípio constitucional da solidariedade, equivalente ao de fraternidade.

Finalmente, constatou-se a evolução dos modelos constitucionais que partiram do Estado Liberal, passando pelo Estado Social, para consagrar, presentemente, o Estado Fraternal, fundamento maior que edifica ou alicerça um sistema constitucional construído com base na solidariedade.

2 – AS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS

O texto constitucional vigente, em caráter preambular, certifica que os representantes do povo brasileiro se reuniram em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, cuja destinação é o asseguramento do exercício de diversos direitos, dentre eles a igualdade e a justiça, todos eles edificados como valores supremos de uma sociedade, acima de tudo, **fraterna**.

A seguir, o texto estabelece, no Título I, os seus Princípios Fundamentais, em caráter genérico, além de também estabelecer, *stricto sensu*, os fundamentos propriamente ditos, dentre eles a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III) e os objetivos fundamentais, nos quais sobreleva a construção de uma sociedade livre, justa e **solidária** (art. 3º, inciso I).

Diante desse contexto, impõe observar, desde logo, que o Constituinte elaborador da Constituição de 1988 expressou os princípios regedores da República Federativa do Brasil, ao mesmo tempo em que distinguiu os fundamentos do Estado brasileiro dos seus objetivos fundamentais.

3 – O HISTÓRICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Desde a independência, em 1822, o País foi regido por nada menos do que sete Constituições (1824; 1891; 1934; 1937; 1946; 1967; e 1988), além de uma Emenda Constitucional (EC nº 1/69), que, de fato, se traduziu, à época, numa nova e efetiva Constituição.

Contudo, em que pese o avanço já verificado na Constituição Imperial, de 1824, que distinguia, normativamente, regra de conteúdo constitucional daquela que não possuísse essa qualidade, e isso para efeito de reforma ou alteração do texto², e de que todas as Constituições Republicanas especificaram que o rol ou catálogo de garantias e direitos então expressados não excluiriam outros, ainda que não indicados ou numerados, mas decorressem dos princípios adotados³, o certo é que somente o Texto Magno vigente é que teve a preocupação de estabelecer, da mesma forma expressa, quais são os princípios regedores do Estado brasileiro, sendo certo, por razões de sistemática constitucional, que tais princípios não se esgotam, e nem o poderia, nas normas integrantes do seu Título Interior, que versa sobre os Princípios Fundamentais.

2 CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL – 25 DE MARÇO DE 1824: Art. 178. É só constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos, e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias.

3 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL – DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891: Art. 78. A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL – DE 16 DE JULHO DE 1934: Art. 114. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL – DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937: Art. 123. A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL – DE 18 DE SETEMBRO DE 1946: Art. 144 - A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

CONSTITUIÇÃO DO BRASIL – DE 24 DE JANEIRO DE 1967: Art. 150, § 35 - A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1, DE 17 DE OUTUBRO DE 1969: Art. 153, § 36. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – DE 05 DE OUTUBRO DE 1988: 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.

4 – O CONCEITO DE PRINCÍPIO

O vocábulo *princípio* apresenta significativo grau de equívocidade, como bem leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA⁴. Com efeito, a expressão costuma apresentar uma diversidade de sentidos, podendo ter a acepção de início de alguma coisa ou o seu começo, diversamente do conceito em que é empregada a palavra quando seguida de um adjetivo do tipo “fundamental”. Nesse caso, o vocábulo *princípio* exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema, o qual, no magistério excepcional de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁵, constitui “verdadeiro alicerce dele (do sistema), disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.

Quando se quer caracterizar os princípios como tradutores de normas de uma Constituição, pode-se afirmar, baseado em J. J. GOMES CANOTILHO⁶, que os princípios constitucionais se dividem em duas específicas categorias, que são as dos princípios político-constitucionais e as dos princípios jurídico-constitucionais.

Os primeiros são constituídos por decisões políticas fundamentais que se materializam nas normas que conformam o sistema constitucional positivo. São princípios constitucionais fundamentais porque “traduzem as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição”, segundo ainda a lição de GOMES CANOTILHO e de VITAL MOREIRA⁷, ou, como preferia o jurista CARL SCHMITT⁸, são decisões políticas fundamentais que dizem respeito à formação política da própria nação. No entender de JOSÉ AFONSO DA SILVA⁹, esses princípios fundamentais constituem a matéria dos arts. 1º a 4º, do Título I, da Constituição.

Por sua vez, os princípios jurídico-constitucionais são princípios genéricos e que informam a ordem jurídica nacional, normalmente constituindo desdobramentos dos princípios constitucionais fundamentais.

⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 1996. p. 93

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico da Igualdade. Malheiros Editora Ltda. 1993. p. 450 e 451

⁶ Direito Constitucional e Teoria da Constituição. p. 172

⁷ Fundamentos da Constituição. p. 50

⁸ Teoría de la Constitución. p. 50

⁹ Curso de Direito Constitucional Positivo. 1996. p.95

Afirmam CANOTILHO e VITAL MOREIRA que os princípios fundamentais visam essencialmente à definição e à caracterização do Estado, enumerando as principais opções político-constitucionais, pelo que o citado constitucionalista de Coimbra afirma que aqueles “constituem-se dos princípios definidores da forma de Estado, dos princípios definidores da estrutura do estado, dos princípios estruturantes do regime político e dos princípios caracterizadores da forma de governo e da organização política em geral¹⁰”.

Com base nas lições de CANOTILHO, conclui JOSÉ AFONSO DA SILVA que a análise dos princípios fundamentais da Constituição de 1988 permite a seguinte discriminação¹¹ (o destaque não é do original):

“(a) princípios relativos à existência, forma, estrutura e tipo de Estado: *República Federativa do Brasil, soberania, Estado Democrático de Direito* (art. 1º);

(b) princípios relativos à forma de governo e à organização dos poderes: *República e separação dos poderes* (arts. 1º e 2º);

(c) princípios relativos à organização da sociedade: *princípio da livre organização social, princípio da convivência justa e **princípio da solidariedade*** (art. 3º, I);

(d) princípios relativos ao regime político: *princípio da cidadania, princípio da dignidade da pessoa, princípio do pluralismo, princípio da soberania popular, princípio da representação política e princípio da participação popular direta* (art. 1º, parágrafo único);

(e) princípios relativos à comunidade internacional: *da independência nacional, do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, da autodeterminação dos povos, da não intervenção, da igualdade dos Estados, da solução pacífica dos conflitos e da defesa da paz, do repúdio ao terrorismo e ao racismo, da cooperação entre os povos e o da integração da América Latina* (art. 4º)”

¹⁰ Fundamentos da Constituição. 1991.

¹¹ Curso de Direito Constitucional Positivo. 1996. p.96

A contribuição de CELSO RIBEIRO BASTOS para o entendimento do que sejam os princípios constitucionais é valiosa e por demais interessante pela sua forma original de explicação. Com efeito, dizia o saudoso constitucionalista pátrio que tais princípios guaram os valores fundamentais da ordem jurídica, o que somente é possível porque não têm como objetivo a regularização de situações específicas. O que desejam é atirar-se com força sobre todo o mundo jurídico e alcançam esta meta “à proporção em que perdem o seu caráter de precisão e de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espriar-se por cima de um sem-número de outras normas¹².”

Na sua recente obra sobre matéria constitucional, NAGIB SLAIBI FILHO, após lembrar a definição dada para o vocábulo *princípio* por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, no sentido de que é a diretriz fundamental de um sistema, conclui que “as diretrizes da atuação da sociedade e do Estado brasileiro são traçadas nos primeiros quatro artigos da Constituição”, entendendo, por tal razão, que “a atuação estatal é limitada por diversos princípios¹³”.

Por seu turno, em “A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais”, aprendemos com CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO que a abertura temática e sistêmica caracterizadora do pós-modernismo constitucional, inevitavelmente, “recolocou na ordem do dia a questão da unidade da Constituição, ou seja, da integração sistêmica de suas várias colônias de regras tanto preceituais quanto principiológicas¹⁴”.

Tal integração sistêmica impõe distinguir entre as chamadas normas de preceito e as normas de princípio. Sobre isto, a autoridade de ROBERT ALEXYS – responsável pela retomada dos fundamentos de RONALD DWORKIN para evidenciar as distinções de qualidade entre as normas que veiculam princípios e as regras portadoras de simples preceitos – nos ensina que regras e princípios são, em verdade, normas “porque ambos

12 BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. Saraiva. 1992. p. 143 e 144.

13 Direito Constitucional. 2004. p. 141 e 142

14 A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais – Ensaios sobre o Constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Forense. 2003. p. 52.

dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deontológicas do mandado, a permissão e a proibição. Os princípios, do mesmo modo que as regras, são razões para juízos completos de dever-ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas¹⁵”.

Resumindo as suas lições, tem-se que para ALEXY os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade, enquanto as regras, que igualmente são normas, possuem grau relativamente baixo de generalidade¹⁶.

Não há dúvida de que se fazia necessária uma distinção qualitativa entre essas categorias, a qual veio a se tornar um dos alicerces da chamada moderna dogmática constitucional.

Dessa forma, LUIS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA BARCELLOS conceituam regras como “relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações”, enquanto que os princípios “contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação¹⁷”.

Como contribuição ao assunto em questão, CARLOS AYRES BRITTO afirma que os princípios genuinamente constitucionais transformam o texto constitucional em um prevalente sistema de positivamente axiológicas, em outras palavras, tornam a Constituição um processo porque a resultante dessas positivamente valorativas é dotar a Constituição de compostura dinâmica, histórica e processual, o que é próprio da sociedade humana¹⁸.

Finalmente, é com ROGÉRIO GESTA LEAL que vamos aprender que os princípios constitucionais, “por sua própria essência, evidenciam mais do que comandos generalíssimos estampados em normas da Constituição. Expressam opções políticas fundamentais, configuram eleição de valores éticos e sociais como fundantes de uma ideia de Estado e de sociedade¹⁹”.

¹⁵ Teoría de Los Derechos Fundamentales. 1993. p. 83.

¹⁶ Teoría de Los Derechos Fundamentales. 1993. p. 83.

¹⁷ O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro in A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas: Renovar. 2003

¹⁸ BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Forense. 2003. p. 195.

¹⁹ Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais do Brasil. 2000. p. 168.

Razão pela qual GESTA LEAL permite-se concluir que “os arts. 1º, *caput* e incisos, 2º, 4º e 5º, *caput* e incisos, e 170, *caput* (parcialmente) e incisos da CF/88, aparecem como princípios, enquanto os arts. 3º, 4º, parágrafo único, e 170, *caput* (parcialmente), aparecem como políticas²⁰”.

Contudo, objetiva o presente estudo, justamente, demonstrar que a solidariedade é mais do que uma política para a sistemática constitucional brasileira. E, em verdade, é até mesmo mais do que um objetivo fundamental da nossa República, constituindo-se num princípio fundamental que alicerça o modelo estatal edificado pela Constituição de 1988.

5 – FUNDAMENTO E OBJETIVO FUNDAMENTAL

Um estudo que se venha a fazer em todos os principais livros ou manuais de direito constitucional brasileiro permitirá, com razoável facilidade, perceber que os nossos maiores constitucionalistas não decidam os seus comentários ao art. 3º da Constituição Federal de 1988, que trata dos chamados objetivos fundamentais da República brasileira, o mesmo espaço e profundidade de análise que destinam ao art. 1º, que estabelece os fundamentos da República Federativa do Brasil.

Talvez por essa razão e limitados, em regra, a identificar nos chamados objetivos fundamentais um catálogo de compromissos internos ou um programa a ser seguido, principalmente, pelos Poderes Públicos, não se apercebem que ao menos na disposição do art. 3º, inciso I, está-se diante de um verdadeiro princípio cogente, e não apenas de um compromisso ou objetivo a ser atingido, ainda que de raiz (ou matiz) constitucional.

Confira-se.

Para PINTO FERREIRA, o art. 3º da Constituição brasileira de 1988 estabelece **alguns** objetivos fundamentais da República brasileira, sendo o primeiro deles o de estabelecer uma sociedade livre, justa e solidária, concluindo o ilustre jurista-filósofo e professor de Direito Constitucional da tradicional Faculdade de Direito do Recife que, assim, “tem-se em vista a realização da justiça social²¹”.

De notar que o referido autor, ao utilizar a expressão alguns, deixa claro que o rol de objetivos não se limita ao art. 3º.

20 Ibidem. p. 170

21 Curso de Direito Constitucional. 1998. p. 95.

De sua parte, CELSO RIBEIRO BASTOS, inicialmente, observa que a ideia de objetivos não seve ser confundida com a de fundamentos, porquanto estes são inerentes ao Estado, fazendo parte da própria estrutura estatal. No que se refere aos objetivos, “estes consistem em algo exterior que deve ser perseguido”, concluindo o saudoso constitucionalista que o Estado brasileiro tem por meta irrecusável a construção de uma sociedade livre, justa e solidária²².

SLAIBI FILHO prefere adjetivar os chamados objetos de “fins do poder”, esclarecendo que a Constituição declara os objetivos fundamentais tanto quanto à ordem interna (art. 3º), bem como quanto à ordem externa (art. 4º), concluindo que tais objetivos, que também são denominados tarefas do Estado e da própria sociedade, são de igual maneira, “fins do Estado”²³.

De acordo com o citado jurista, os fins estatais determinados pela Constituição “são comuns e permanentes, mas não excluem outros que surgem eventualmente, de acordo com situações emergentes”²⁴.

Assinala, ainda, que no estabelecimento dos referidos objetivos “quer a Constituição um valor ético na atuação do poder”²⁵.

De seu turno, observa com muita precisão JOSÉ AFONSO DA SILVA que é a primeira vez que uma Constituição “assinala, especificamente, objetivos do estado brasileiro, **não todos**, que seria despropositado, mas os fundamentais, e, entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana”²⁶.

Convém, aqui, que se relembre que GESTA LEAL identifica o disposto no art. 1º da Carta de 88 uma reunião de princípios, ao passo que aparecem como políticas as disposições do art. 3º²⁷.

22 Curso de Direito Constitucional. 1992. p. 149.

23 Direito Constitucional. 2004. p. 156.

24 Ibidem. p. 156

25 Ibidem.

26 Curso de Direito Constitucional Positivo. 1996. p. 105.

27 Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais do Brasil. 2000. p. 170.

6 – A SOLIDARIEDADE: OBJETIVO FUNDAMENTAL OU FUNDAMENTO DO ESTADO BRASILEIRO?

A definição vernacular para um comportamento solidário traduz que este é “o que partilha o sofrimento alheio, ou se propõe a mitiga-lo”²⁸.

Dessarte, pode-se afirmar que uma pessoa, na qualidade de ser humano, pode vir a solidarizar-se com outrem, querendo isto dizer, na acepção literal do vernáculo, que pode – mas não está obrigado – a compartilhar o sofrimento alheio.

Tal definição é própria para outras regras de conduta na sociedade, como o são as regras de moral e as religiosas.

Entretanto, no campo do Direito ou do mundo jurídico, o vocábulo **solidária** como qualidade ou adjetivo da sociedade brasileira que o Estado se compromete a edificar ou construir e previsto no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, não pode ser concebido como uma proposta ou meta a ser atingida, mas sim como fato concreto a ser materializado nos atos dos Poderes Públicos.

De fato, a dicção constitucional, inexistente nos textos, gize-se, obrou com equívoco ao incluir a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como sendo um dos objetivos que fundamenta o Estado brasileiro.

Não temos dúvidas de que o previsto nos incisos II e III do art. 3º (*garantir o desenvolvimento nacional; e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*) sejam metas estabelecidas e que também fundamentam a especial maneira de ser da República Federativa do Brasil, de acordo com a formatação dada pelo texto constitucional de 1988. Quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, ainda que se admita que o verbo construir exprima noção de futuro, a liberdade, a justiça e a solidariedade, como meios para se alcançar a realização da justiça social citada por PINTO FERREIRA, em verdade, são inerentes não aos objetivos fundamentais, mas aos próprios fundamentos do nosso Estado republicado, tal qual, por exemplo, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III).

Com efeito, a **liberdade** está expressamente garantida como direito e garantia dos cidadãos e da coletividade, na forma do art. 5º da Consti-

28 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 1986. p. 1607.

tuição Federal (*liberdade de manifestação do pensamento; liberdade de consciência e de crença; liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação: liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão; liberdade de locomoção; liberdade de associação*).

De igual maneira, também possui o *status* de Direito e Garantia Fundamental na condição de Direito Individual e Coletivo o comportamento **justo** que se impõe ao Estado para que faça prevalecer a verdadeira igualdade social e que consiste, como alertava RUI BARBOSA em “...*aquele que se impõe aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcional à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade*”.

Sobre isso, é interessante notar a inovação constitucional que prevê a impenhorabilidade da pequena propriedade rural no tocante a débitos decorrente de sua atividade produtiva, conforme estabelece o art. 5º, inciso XXVI, da Constituição da República²⁹. Como salienta YLVES JOSÉ DE MIRANDA GUIMARÃES, a disposição é novidade em nosso direito constitucional e a impenhorabilidade de tais débitos não significa a impossibilidade de sua cobrança e exime o proprietário rural no seu pagamento. Ao declarar a impenhorabilidade, no caso em foco, foi louvável a iniciativa do Constituinte, porquanto deu **justo** tratamento de desigualdade àqueles pequenos produtores rurais socialmente inferiorizados no campo econômico³⁰.

No que se refere às condutas **solidárias**, exigíveis de todos, notadamente dos Poderes Públicos, a Constituição tratou-as em capítulo diverso daquele referente aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

De efeito, é no Capítulo II, do Título II (DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS), intitulado “Dos Direitos Sociais”, que a solidariedade se vê edificada constitucionalmente.

O *caput* do art. 6º expressa que a proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados, são assegurados como direitos sociais, e é justamente no Título VIII, que trata da “Ordem Social”, que são estabelecidas as bases principiológicas a ser seguidas, cogentemente, por aqueles que se encontram obrigados a estabelecer e implementar políticas direcionadas aos mais necessitados como forma de atender

²⁹ Art. 5º, inciso XXVI: a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento

³⁰ Comentários à Constituição – Direitos e Garantias Individuais e Coletivas. 1989. p. 48.

à exigência do fundamento constitucional da solidariedade, aqui também considerado ato de fraternidade.

De se ver que a ordem social se baseia na justiça social (art. 193 da CF) e esta, neste particular, é materializada pela seguridade social, que compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade (art. 194 da CF).

Além disso, ressalta com significativa facilidade perceber-se a imposição constitucional da solidariedade e da própria fraternidade no estabelecido pelo art. 195 da Constituição do Brasil, no sentido de que “a seguridade social será financiada por toda a sociedade”.

Por sua vez, é na Seção relativa à assistência social que o princípio constitucional da solidariedade, alicerce fundamental do Estado republicano, encontra a determinação de sua efetividade, posto que expressa os atos e políticas que devem obrigatoriamente ser atendidos.

De notar, desde logo, que o Texto Constitucional dispõe no art. 203 que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, **independentemente de contribuição à seguridade social**, razão pela qual a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice (inciso I); o amparo às crianças e adolescentes carentes (inciso II); a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária (inciso IV) e a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (inciso V) são exemplos edificantes e eficazes em que a solidariedade funciona como um pilostis do Estado de Direito e princípio que assegura a autoaplicabilidade das normas garantidoras dos fundamentos do Estado brasileiro, na forma estabelecida no art. 5º, §2º, da Constituição da República.

Podemos indicar também que as promoções dos programas assistenciais impostos ao Estado e previstos no §1º inciso II e §2º do art. 227 são de natureza cogente, porque decorrentes do fundamento constitucional da solidariedade.

No mesmo sentido, os deveres maternos de assistência, criação e educação dos filhos menores e a reciprocidade imposta aos filhos maiores de ajuda e amparo aos pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229

da CF), bem como o dever de amparo às pessoas idosas assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e lhes garantindo o direito à vida impostos à família, à sociedade e ao Estado (art. 230 da CF), não podem ser considerados meras metas de atendimento futuro e incerto.

Traduzem tais disposições verdadeiras exigências de cumprimento atual e independente de qualquer regulamentação legal. Não se está, por assim dizer, afirmando que os governantes e demais agentes públicos estejam liberados de cumprir as exigências impostas a quem está no gerenciamento da coisa pública. Por óbvio, impõe-se obediência às normas de natureza financeira e orçamentária e principalmente às da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000).

O que se quer com isso é o reconhecimento de que as ações estatais no campo da solidariedade e/ou da fraternidade devem ser materializadas, inclusive em caráter preventivo e sem condicionamentos, sob pena de ser inviabilizado o atendimento aos princípios constitucionais estabelecidos, causando a desestruturação do próprio Estado, uma vez que estará sendo minado um dos seus alicerces ou fundamentos.

Preventivamente, o modo para se compeli os Poderes Públicos e a própria sociedade em casos tais é por intermédio das ações afirmativas.

As ações afirmativas são medidas temporárias e especiais, tomadas ou determinadas pelo/ao Estado de forma compulsória ou espontânea, com o propósito específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade, como sustenta RENATA MALTA VILAS-BOAS, a qual assevera que, no caso brasileiro, “a ação afirmativa visa garantir dessa forma a igualdade de tratamento e principalmente de oportunidades, assim como compensar as perdas provocadas pela discriminação e marginalização decorrentes dos mais variados motivos inerentes à sociedade brasileira”³¹.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, com sua sempre sagacidade, afirma que essas medidas têm como “principais beneficiários, os membros dos grupos que enfrentaram preconceitos”³².

Evidente, portanto, que as ações afirmativas emergem como “a construção da igualdade posta em movimento”³³, sendo um dos seus ob-

31 Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade. América Jurídica. 2003.

32 Conteúdo Jurídico da Igualdade. 1993. p. 47 e 48.

33 VERUCCI Florisa. Igualdade formal, igualdade material. Ações afirmativas. 1998. p.11.

jetivos manter o equilíbrio para efetivação da igualdade de oportunidades, com a maior preocupação de garantir a participação das minorias, bem como rompendo preconceitos e evitando, por conseguinte, a criação – até mesmo voluntária ou provocada – ou surgimento de obstáculos ao desmantelamento ou superação das desigualdades existentes.

Finalmente, merece destaque a conceituação dada por CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA no sentido de que “a ação afirmativa é, pois, a expressão democrática mais atualizada da igualdade jurídica promovida na sociedade e pela sociedade, segundo um comportamento positivo normativo ou administrativamente imposto ou permitido”³⁴.

7 – A CONSTITUIÇÃO FRATERNAL

Como tópico derradeiro do presente estudo, permitimo-nos homenagear jurista e ministro CARLOS AYRES BRITTO transcrevendo suas belíssimas lições sobre o advento do que chama Constitucionalismo Fraternal. Afirma o constitucionalista que o Estado Fraternal veio para “transcender o Estado Social, mas sem o negar. Tanto quanto o Estado social veio para superar o Estado Liberal, mas também sem eliminar as respectivas conquistas (como é próprio de toda superação ou transcendência)”³⁵.

Prosegue o eminente professor e poeta aduzindo que, de acordo com a evolução histórica do Constitucionalismo, é fácil identificar o seu início liberal e depois social, “chegando nos dias presentes à etapa fraternal da sua existência”³⁶.

Com maestria, observa AYRES DE BRITTO que o Constitucionalismo Fraternal deve ser entendido como uma fase em que as Constituições passam a incorporar às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da fraternidade, traduzindo que tal procedimento nada mais é “que a dimensão das ações estatais afirmativas”, tudo na perspectiva de se atingir a interação humana e transformá-la numa verdadeira comunidade ou, como ele mesmo diz, “uma comunhão de vida”³⁷.

34 Ação Afirmativa – o conteúdo democrático da igualdade jurídica. Revista de Informação Legislativa. 1996 julho/setembro.

35 Teoria da Constituição. Forense. 2003.

36 Ibidem. p. 216.

37 Ibidem. p. 217

Não descarta o profundo constitucionalista e humanista de que, no plano do Direito Constitucional, as coisas devem se processar numa sequência lógica. Daí porque “se já não era possível o estado genérico de liberdade sem uma aproximativa igualdade entre os homens, também não era possível o alcance de uma vida coletiva em bases fraternais sem o gozo daquela mesma situação de igualdade social (ao menos aproximativamente) pela simples razão de que não pode haver fraternidade, senão entre os iguais”³⁸.

Por fim, a sua conclusão, e que também é a do presente estudo, que visa a demonstrar que a liberdade e a justiça, assim como a solidariedade preconizadas no art. 3º da Constituição da República não são objetivos fundamentais do Estado brasileiro, mas um alicerce que o mantém e o justifica, é no sentido de que, “não por coincidência, a Fraternidade é o ponto de unidade que se chega pela conciliação possível entre os extremos da liberdade de um lado; e, de outro, da lealdade. A comprovação de que também nos domínios do Direito e da Política a virtude está sempre no meio (*medius in virtus*). Com a plena compreensão, todavia, de que não se chega à unidade sem antes passar pelas dualidades. Este o fascínio, o mistério, o milagre da vida”³⁹.

8 – CONCLUSÃO

De tudo que foi exposto, há que se deduzir que mesmo concebendo-se a solidariedade com o princípio diluído no texto constitucional vigente, exige-se o seu pronto e imediato atendimento, seja por ato de iniciativa estatal, ou por provocação dirigida aos Poderes Públicos.

O que não se pode conceber é que a distinção constitucional normativamente imposta quanto aos conceitos de fundamento e de objetivo fundamental do Estado brasileiro iniba a consecução e o implemento necessários de medidas que assegurem condições primárias, notadamente a grupos minoritários do corpo social, do exercício da plenitude, da cidadania e do respeito à dignidade de que são portadores os integrantes dos referidos grupos, porque tais conceitos são inerentes à própria condição humana.

Afinal, com base nos documentos históricos em que buscou a origem do cristianismo como religião revolucionária dos nobres, ERNEST

38 Ibidem. p. 217

39 Ibidem. p. 217

RENAN, em conferência na Sorbone, pouco antes de morrer, respondeu à indagação sobre o que seria a pátria “*A pátria é a solidariedade*”⁴⁰.

9 – BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro in A nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*: Renovar. 2003

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva. 1992.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Forense. 2003.

CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina. Coimbra – Portugal. 5ª edição

CANOTILHO, J.J. GOMES e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra Editora. 1991.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais – Ensaíos sobre o Constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Forense. 2003.

DIAS, F. Aguiar. *Constituições do Brasil vol. 1 e 2*. Liber Iuris. 1975.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva. 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Nova Fronteira. 1986.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva. 1998.

GUIMARÃES, Yves José de Miranda. *Comentários à Constituição – Direitos e Garantias Individuais e Coletivas*. Forense. 1989.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais do Brasil*. Livraria do Advogado. 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico da Igualdade*. Malheiros Editora Ltda. 1993.

40 Apud SANTAYANA, Mauro. In “O que é mesmo a Pátria?” Artigo publicado no Jornal do Brasil, edição do dia 03/09/2005.

- Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editora Ltda. 1995.
- MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*. Lisboa. 1989.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa – o conteúdo democrático da igualdade jurídica*. Revista de Informação Legislativa. Editora Senado Federal. 1996 julho/setembro.
- SCHIMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Ed. Nacional. México. 1966.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros Editores Ltda. 1996.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Forense. 2004.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. Malheiros Editores Ltda. 1997.
- VERUCCI, Florisa. *Igualdade formal, igualdade material. Ações afirmativas*. Editora Instituto Teotônio Vilela, 1998.
- VILAS-BOAS, Renata Malta. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade*. América Jurídica. 2003.

O Direito Processual Coletivo e o Novo Código de Processo Civil:¹

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (Unesa). Professor Convidado no Instituto Max Planck de Luxemburgo (2016) e no Programa de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Desembargador Federal. Pós-Doutor pela Universidade de Regensburg, Alemanha. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Johann Wolfgang Goethe Universität (Frankfurt am Main, Alemanha). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Brasília (UnB). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e em Comunicação Social pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Diretor do Instituto Ibero-americano de Direito Processual (IIDP), do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC). Membro da Associação Brasil-Alemanha de Juristas (Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung - DBJV) e da International Association of Procedural Law (IAPL). Diretor de Cursos e Pesquisas da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região (EMARF). Presidente da Comissão Permanente de Processo Civil da Associação de Juízes Federais do Brasil (AJUFE). Membro do Conselho de Relações Internacionais da Revista de Processo (RePro), do Conselho de Redação da Revista de Processo Comparado (RPC), do Conselho Editorial do Centro de Estudos da Justiça Federal

¹ Trabalho publicado na coletânea em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro Luiz Fux. Versão adaptada, em inglês, encaminhada para publicação no livro *Approaches to Procedural Law. The Pluralism of Methods. (Studies of the Max Planck Instituto Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law)*.

(CEJ) e do Editorial Board da Civil Procedure Review. Consultor e ex-bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (Deutscher Akademischer Austauschdienst - DAAD), do Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq) e da Fundação Alexander von Humboldt (AvH).

Carolina Paes de Castro Mendes

Bacharelada em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ) e Bolsista do Programa de Iniciação Científica (PIBIC) no Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq).

RESUMO: O presente texto pretende efetuar uma análise contemporânea do desenvolvimento do Direito Processual Coletivo no âmbito da realidade mundial, indicando o papel deste novo ramo, que pode ser considerado um direito fundamental, sistematizando os principais requisitos, meios de proteção dos membros ausentes e os diferentes métodos de defesa dos interesses coletivos. Por fim, se tentará apontar o quadro atual e as principais tendências para o Direito Processual Coletivo, incluindo neste quadro os principais institutos do novo Código de Processo Civil brasileiro.

ABSTRACT: This article aims a contemporary analysis of the Collective Procedural Law's development within the global reality, indicating its role, which might be considered a fundamental right, systematizing the main requirements, means of protection for absent members and different methods of defense of collective interest. Finally, the current scenario is attempted to be pointed out, as well as the major trends for Collective Procedural Law, including in this frame the key institutes in the new Brazilian Civil Procedure Code.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Coletivo – Ações Coletivas - Incidente de Resoluções de Demandas Repetitivas

KEYWORDS: Collective Procedural Law - Collective Actions – Class Actions - Incidental Resolution of Repetitive Demands

SUMÁRIO: (I) Introdução: um breve Panorama sobre o Direito Processual Coletivo. - (II) O tipo de proteção coletiva. - (III) O Papel do Processo Coletivo. - (IV) A Proteção Coletiva como um Direito Fundamental ou Constitucional. - (V) Requisitos, Proteção dos Membros Ausentes e Diferentes Métodos de Representação. – (VI) O Quadro do Direito Processual Coletivo e seus caminhos. - (VII) O Novo Código de Processo Civil. - (VIII) Considerações Finais.

(I) INTRODUÇÃO: UM BREVE PANORAMA SOBRE O DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

A história da tutela coletiva tem início anos atrás². Pode-se apontar para a ação popular no Direito Romano ou para as ações representativas na Inglaterra no final do século XII³. É importante enfatizar também o enorme desenvolvimento das ações coletivas nos Estados Unidos da América⁴ desde o século XIX e o papel da doutrina e da academia italia-

2 A. G. de C. Mendes, *Ações Coletivas e Meios de Resolução Coletiva de Conflitos no Direito Comparado e Nacional* (4th ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014), p. 49-64.

3 Na Inglaterra, o primeiro caso teria ocorrido em torno do ano de 1199, quando, perante a Corte Eclesiástica de Canterbury, o pároco Martin, de Barkway, ajuizou ação, versando sobre o direito a certas oferendas e serviços diários, em face dos paroquianos de Nuthamstead, uma povoação de Hertfordshire, assim considerados como um grupo, chamando, no entanto, a juízo apenas algumas pessoas, para, aparentemente, responderem por todos.. S. C. Yeazell, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action* (Yale University Press, New Heaven, 1987).

4 Nos Estados Unidos, os primitivos escritos sobre o tema foram feitos por Joseph Story, destacado jurista que integrou a Suprema Corte entre 1811 e 1845. O primeiro caso, *West v. Randall*, ocorrido em 1820. Em 1842, a Suprema Corte norte-americana edita um conjunto de regras de equidade, dentre as quais a *Equity Rule 48*, que passa a ser considerada como a primeira norma escrita relacionada com a *class action* nos Estados Unidos. Em 1912, a Suprema Corte reformulou as *Equity Rules*. Assim sendo, a antiga Regra 48 foi revogada pela *Rule 38*. Em 1938, surge nos Estados Unidos o primeiro Código de Processo Civil no âmbito federal. Dentre as *Federal Rules of Civil Procedure*, encontrava-se a de n. 23, destinada a regular as chamadas *class actions*, que passavam a estar disponíveis para todo o direito e não apenas para os processos calçados na equidade. A Regra 23 foi substancialmente modificada em 1966 e outras alterações foram realizadas nos anos de 1987, 1998, 2003, 2007 e 2009. Em 2005, houve importante reforma legislativa, com a entrada em vigor da *Class Action Fairness Act* (CAFA), estatuto que incorporou modificações no Título 28 do *United States Code*, com aplicação nacional e tendo como propósito assegurar benefícios justos e imediatos para os membros da classe, em caso de procedência das suas pretensões; estabelecer regras relacionadas aos honorários advocatícios, com o intuito de impedir abusos; e restabelecer os parâmetros de competência, especialmente para que fossem julgados pela Justiça Federal norte-americana os casos interestaduais de importância nacional sob o preceito da diversidade de jurisdição. A. G. de C. Mendes, *supra* n. 1, p. 65 – 94. Sobre as *class actions* norte-americanas, vide, dentre outros textos: A. Conte and H. B. Newberg, *Newberg on Class Actions* (4th ed., West, Denver, 2002); American Law Institute (ALI), *Principles of the Law: Aggregate Litigation* (American Law Institute Publishers, St. Paul, 2010); A. R. Miller, “Of Frankstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the Class Action Problem”, 92 *Harvard Law Review* (1979); B. Wolfman and A. B. Morrison, “Representing the Unrepresented in Class Actions Seeking Monetary Relief”, 71 *New York University Law Review* (1996); E. H. Cooper. “Class-Action Advice in the Form of Questions”, 11-2 *Duke Journal of Comparative and International Law* (2001) 215-248; G. P. Miller, “Overlapping Class Actions”, 71 *New York University Law Review* (1996); G. Rutherglen, “Better Late than Never: Notice and Opt

nas⁵, no último século, em torno da matéria de tutela coletiva, ambos refletindo efeitos para além de suas fronteiras. Entretanto, a discussão mundial sobre o tema tem aumentado significativamente, de fato, ao longo dos últimos 50 anos.

O panorama mostra que, por muito tempo, a disciplina de Direito Processual Coletivo limitou o seu objeto de estudo às ações de classe (*class actions*), *Verbandsklagen* e ações coletivas (*collective actions*), embora a lista terminológica seja bem maior: *complex litigation*, tutela coletiva, *mass torts*, ação popular, ação civil pública, ações de grupo, ações representativas, *collective redress* etc.

Normalmente, três modelos de tutela coletiva eram ou são indicados: a) as *class actions* norte-americanas; b) ações coletivas europeias⁶ (?) ou *Verbandsklagen* (ações associativas); c) ações coletivas latino-americanas.⁷

Out at the Settlement Stage of Class Actions”, 71 *New York University Law Review* (1996); N. Morawetz, “Underinclusive Class Actions”, 71 *New York University Law Review* (1996); R. A. Nagareda et al., *The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation* (2nd ed., Foundation Press, St. Paul, 2013); R. L. Marcus and E. F. Sherman, *Complex Litigation: Cases and Materials on Advanced Civil Procedure* (3rd ed., West, St. Paul, 1998); R. H. Klonoff, E. K. Blich and S. M. Malveaux, *Class Actions and Other Multi-Party Litigation: Cases and Materials* (3rd ed., West, St. Paul, 2012); S. Estreicher, “Federal Class Actions after 30 Years”, 71 *New York University Law Review* (1996); T. D. Rowe, “Beyond the Class Action Rule: an Inventory of Statutory Possibilities to Improve the Federal Class Action”, 71 *New York University Law Review* (1996).

5 Os precursores foram, no início do último século, Emilio Bonaudi, *La tutela degli interessi collettivi*, 1911, e Ugo Ferrone, *Il processo civile moderno: fondamento, progresso e avvenire*, 1912. Em 1974 e 1975, durante os Congressos de Padua e Salerno, Vittorio Denti, Mauro Cappelletti, Giuseppe Tarzia, Andrea Proto Pisani, Vincenzo Vigoriti, Nicolò Trocker e Michele Taruffo, dentre outros, foram notáveis juristas que trataram da questão dos direitos difusos e coletivos. A. P. Grinover, “Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos”, 97 *Revista de Processo* (2000) 9-15. Vide também: A. Giussani, *Studi sulle “class actions”* (Cedam, Milan, 1996); A. Angiuli, *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale: le azioni comunali e surrogatorie*. (Jovene, Naples, 1986); C. Belli (org.), *Le azioni collettive in Italia: profili teorici ed aspetti applicativi* (Giuffrè, Milão, 2007); G. Alpa, “Interessi diffusi”, 81 *Revista de Processo* (1996); L. Lanfranchi (org.), *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi* (Giappichelli, Torino, 2003); M. Cappelletti, “Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi”, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio* (Cedam, Pavia, 1976); U. Ruffolo, *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore: il problema e il metodo – Legittimazione, azione e ruolo degli enti associativi esponenziali*. Milão: Giuffrè, 1985.

6 Era difícil, no passado, e permanece sendo, no presente, considerar um único sistema europeu de tutela coletiva, pois existem diferentes regras e padrões nacionais. A Inglaterra e o País de Gales, por exemplo, têm as tradicionais *representative actions* e desde o *Civil Procedure Rules*, de 2000, um novo instrumento chamado *Group Litigation Order* (GLO). Na Alemanha existem há muito tempo as *Verbandsklagen* (ações associativas), mas também o instituto do *Musterverfahren* (procedimento-modelo), usado pela primeira vez no ramo administrativo do Judiciário, inicialmente apenas na prática e desde 1991 nos termos do estatuto das cortes administrativas. Desde 2005, também em litígios de matéria civil no mercado de capitais e a partir de 2008 para conflitos de benefício social. Na Itália, a proteção coletiva é prevista em especial no Direito do Consumidor. Na versão atual da legislação, não apenas as associações, mas também os membros da classe, têm legitimidade para ajuizar a *azione di classe* (artigo 140 *bis* do Código de Consumidor italiano). Portugal consagra a ação popular, equivalente da nossa ação civil pública, na sua Constituição e em lei, prevendo a legitimidade das associações e dos membros da classe. No entanto, as ações populares não são frequentes nos tribunais. A França adotou a proteção coletiva especialmente em relação aos consumidores e ao meio ambiente, baseada na legitimidade das associações e sindicatos. A Espanha dispõe de modo geral na Constituição, no Código de Processo Civil e também em estatutos específicos, como o da proteção do consumidor, prevendo a legitimidade de grupos, associações e outras organizações. O sentido de modelo europeu é usado para indicar as ações associativas (*Verbandsklagen*), que predominam na maior parte dos países da Europa (Alemanha, França e Espanha, por exemplo) e foram adotadas pela Comissão Europeia nas Recomendações do ano de 2013.

7 A. G. de C. Mendes, “Processos Coletivos na Ibero-América”, in: P. H. dos S. Lucon (eds), *Processo em Jornadas: XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual e XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual* (JusPodivm, Salvador, 2016) at

A distinção mais marcante, porém, não a única, está relacionada a quem cabe a legitimação para a defesa dos interesses coletivos: a) a um membro da classe afetada; b) às associações ou grupos (Espanha⁸); c) aos órgãos públicos, como a Procuradoria Geral, Defensoria Pública e agências. Há, contudo, em alguns casos, a combinação destes padrões.

Somam-se outras diferenças importantes, como os requisitos (controle de representação adequada por lei ou pelo juiz; o papel e a forma da notificação) e o sistema de vinculação (*opt-in*, *opt-out* ou mediante a *res judicata secundum litis* ou *secundum litis et probationis*).

Em relação à tutela coletiva nos Estados Unidos da América, alguns aspectos devem ser observados. O primeiro é quanto à importância da notificação que, de acordo com a Regra 23 (c) (2) (A) ou (B) das *Civil Procedure Rules*, pode ou deve, respectivamente, ser direcionada à classe. No caso dos direitos individuais homogêneos, a comunicação é obrigatória, enquanto nos direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, a notificação é facultativa. O segundo aspecto, de certo modo relacionado ao primeiro⁹, é que o direito de *opt-out* só existe se o pedido for divisível, segundo a *Rule 23* (b) (3). O terceiro é que, inicialmente, a Suprema Corte Americana editou a *Equity Rule 48* em 1842,¹⁰ permitindo as ações representativas, mas adotou a *res judicata secundum litis* ou apenas *pro* para os membros da classe, porque em tais casos a sentença não deveria prejudicar os direitos e pedidos das partes ausentes. Todavia, onze anos mais tarde, no caso *Smith v. Swormstedt*, a Suprema Corte Americana não considerou a segunda parte da *Rule 48* e, tendo em vista a exigência da representação adequada, deci-

1013-1045; A. G. de C. Mendes, “Ações Coletivas nos Países Ibero-Americanos: Situação Atual, Código Modelo e Perspectivas”, 153 *Revista de Processo* (2007); A. G. de C. Mendes, “O Código Modelo de Processos Coletivos para os Países Ibero-Americanos”, in R. D. Nolasco (eds.), *Processo Civil Coletivo* (Quartier Latin, São Paulo, 2005); E. Oteiza (eds.), *Procesos Colectivos* (Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006); E. Oteiza (eds.), *I International Conference & XXIII Iberoamerican Procedural Law Convention* (IAPL, AADP and IIDP, Buenos Aires, 2012); J. O. Favela (eds.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo* (UNAM, México, 2004).

⁸ Na Espanha, o promotor de justice (Ministerio Fiscal) também tem legitimidade processual atualmente.

⁹ A comunicação, em se tratando de direitos individuais homogêneos, se faz necessária, porque os direitos são essencialmente individuais e apenas acidentalmente coletivos. Por isso, o sistema norte-americano possibilita a exclusão, desde que manifestada dentro do prazo fixado pelo juiz. Nos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, a comunicação é desejável, para que se possa acompanhar, impugnar ou auxiliar os rumos do processo, mas não se torna obrigatória, porque, em razão da indivisibilidade, não se poderá excluir individualmente do processo coletivo.

¹⁰ *Equity Rule 48*: “Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays, in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in such cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties”.

diu que todos os membros da classe ficavam vinculados, se não requerida tempestivamente a exclusão, mesmo que contra seus direitos e pedidos. Formalmente, entretanto, a Regra 48 só foi revogada em 1912 com a nova *Rule* 38, sem a restrição final, visando permitir a *res judicata pro et contra* a classe, inclusive em relação aos membros ausentes.

(II) O TIPO DE PROTEÇÃO COLETIVA

A primeira observação a ser feita é a importância em se determinar o tipo de proteção coletiva que é necessária. Há 40 anos, José Carlos Barbosa Moreira¹¹ disse que a proteção pode ser essencial ou acidentalmente coletiva.

Se as partes almejam um bem ou pedido material ou legal indivisível, a qualidade da proteção coletiva é essencial e, portanto, os meios e soluções devem ser únicos e uniformes. Dessa forma, as *Federal Civil Procedure Rules* norte-americanas preveem que para as ações certificadas nos termos da Regra 23(b) (1) ou (b) (2), a corte pode, mas não precisa dirigir a apropriada comunicação para a classe. A razão decorre do fato de que não é possível que ninguém faça um *opt-out* nessa hipótese, conforme a Regra 23 (c) (2) e (3).

A situação é bem diferente quando se trata de bens divisíveis. Essencialmente, eles não são coletivos, mas individuais. Apenas acidentalmente os direitos são coletivamente perseguidos, em razão da uniformidade¹², ou predominância das questões comuns, e da superioridade das ações de classe em comparação com demandas individuais ou separadas, como ensina a doutrina americana. Em relação à natureza dos pedidos previstos na Regra (b) (3), a notificação da ação de classe deve ser direcionada aos membros da classe, que têm direito ao *opt-out*. Deve-se buscar encontrar o equilíbrio entre a melhor notificação possível e seus custos. As facilidades e o baixo custo de novas tecnologias devem ser levados em consideração e colocados em uso pelas cortes: possibilidades de comunicação on-line, interna e por e-mail. Os meios de comunicação em massa podem ajudar os membros da classe e interessados a se informar, permitindo que acompanhem ou que ingressem na ação.

É importante precisar os conceitos de pedidos divisíveis ou

11 J. C. B. Moreira, "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos", in *Studi in Onore di Enrico Tullio Liebman*, v. IV (Giuffrè, Milano, 1979).

12 Rule 23 (a) (2): "There are questions of law or fact common to the class".

indivisíveis e conhecer o tratamento legal adequado em cada caso. O Código Modelo de Processos Coletivos da Ibero América e o Direito Processual em diversos países ibero-americanos¹³, como o Brasil, a Colômbia e Portugal, diferenciaram tais tipos de direitos. Entretanto, seus estatutos não desenvolveram a distinção necessária no que tange às regras e aos processos.

(III) O PAPEL DO PROCESSO COLETIVO

Os escopos principais dos instrumentos processuais coletivos são: a) acesso à justiça; b) economia judicial; c) equidade; d) efetividade do direito material (se apenas alguns dos membros afetados ajuízam uma ação, significa que o ofensor pode obter sucesso, se apenas os lucros imediatos forem levados em consideração); e e) equilíbrio das partes no processo.

Naturalmente, a necessidade e o correspondente desenvolvimento dos países não são idênticos. Provavelmente, países com áreas mais extensas ou significativa densidade demográfica, com sobrepujança na economia de escala, níveis mais baixos de conhecimento legal, número maior de litígios, morosidade e uma cultura de descumprimento das normas legais devem precisar mais dos meios coletivos.

Quanto ao Brasil, três problemas se destacam: a) um tremendo número de processos; b) um conseqüente atraso na tomada de decisões; c) matérias comuns recebem tratamento desigual em razão de um sistema que privilegia a independência funcional de cada juiz. Após o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, o número de processos julgados disparou. Os números falam por si só: nesse momento, em torno de 100 milhões de processos judiciais são processados perante o Poder Judiciário. Em 1950, 3 mil processos por ano eram protocolados na Suprema Corte. Em 2015, mais de 93 mil novos processos e recursos foram levados ao Supremo Tribunal Federal.

(IV) A PROTEÇÃO COLETIVA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL OU CONSTITUCIONAL

A necessidade quanto aos mecanismos processuais coletivos pode variar, mas a possibilidade de se ingressar com um pedido de tutela coleti-

13 A. G. de C. Mendes, 'Ações Coletivas nos Países Ibero-Americanos: Situação Atual, Código Modelo e Perspectivas', 153, *Revista de Processo* (2007) p. 188-216.

va deveria existir sempre, como parte do princípio do livre acesso à justiça. Por esse motivo, muitos países, como Brasil, Portugal e Argentina, introduziram o acesso coletivo à justiça ou instrumentos coletivos específicos em suas Constituições, ou tiveram tais meios reconhecidos pelos tribunais como uma garantia. Por exemplo, a decisão, em 2001, da Suprema Corte Canadense em *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*¹⁴ pode ser mencionada como exemplo de reconhecimento de que a tutela coletiva deve ser garantida pelas cortes federais e estaduais, considerando o papel das ações coletivas como um direito fundamental ao acesso à justiça.

Há exemplos mundiais em períodos históricos recentes que ressaltam a importância do Direito Processual Coletivo: a) a reforma do sistema americano: Rule 23 e *Class Action Fairness Act* (CAFA); b) o Código Modelo de Processo Civil Ibero-Americano; c) recomendações da Comissão Europeia, em 2013,¹⁵ e as respectivas inovações nas legislações nacionais europeias;¹⁶ d) diversas novas regras e estatutos sobre tutela coletiva ao redor do mundo.

(V) REQUISITOS, PROTEÇÃO DOS MEMBROS AUSENTES E DIFERENTES MÉTODOS DE REPRESENTAÇÃO

A garantia dos instrumentos coletivos não significa que eles sempre deverão ser admitidos. Cada sistema nacional tem seus próprios requisitos, especialmente para proteger os membros ausentes (por esse motivo, a existência de uma representação controlada e adequada é fundamental, seja qual for o meio ou sistema processual previsto) e para verificar a superioridade da ferramenta coletiva, conforme leciona a doutrina norte-americana.

Em princípio, a representação/participação direta no processo é a melhor opção. Nesse aspecto, o sistema de *opt-in* seria perfeito. Especialmente, se não existirem barreiras para o acesso à justiça. No entanto, nem sempre é possível ou fácil exercer o direito de inclusão. Outros mecanismos, como direito ao *opt-out* (autoexclusão) e *res judicata secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*, também podem ser usados. Talvez os sistemas nacionais pudessem ser um pouco mais flexíveis ao oferecer aos

¹⁴ *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534.

¹⁵ Recomendação 2013/396/EU sobre princípios comuns para mecanismos cautelares e compensatórios de tutela coletiva no Estado Membro relativo às violações de direito garantidos pelo Direito da União [2013].

¹⁶ A. G. de C. Mendes and L. C. P. da Silva, “A Recomendação da União Europeia, de 11.06.2013, sobre as Ações Coletivas”, 239 *Revista de Processo* (2015) 195-211.

tribunais e às partes a possibilidade de fazer a melhor escolha possível diante do caso concreto.

Os conflitos de massa, no mundo contemporâneo, afetam milhares ou até milhões de pessoas. O problema da participação, da legitimidade e do controle é um problema de todos os sistemas representativos: legislativo, executivo e no processo judicial. No contexto atual, em questões mais amplas, dificilmente se consegue exercer diretamente o direito. Portanto, a “representação” ou legitimação coletiva é uma decorrência lógica da necessidade e das impossibilidades de uma sociedade de massas.

VI) O QUADRO DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO E SEUS CAMINHOS

O Direito Processual Coletivo desenvolveu-se nos últimos anos e ampliou o quadro de instrumentos processuais disponíveis e adequados, ao lado das vias tradicionais de ação coletiva ou de classe, sobretudo por meio de três outros mecanismos:¹⁷ a) Procedimentos-padrão, como o *Musterverfahren*¹⁸ na Alemanha, o *Group Litigation Order*, na Inglaterra e País de Gales, o julgamento de recursos repetitivos e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, no Brasil; b) os *Alternative Dispute Resolutions* (ADRs), *On Line Dispute Resolutions* (ODRs) e outros meios de resolução consensuais poderiam ser mais focados, pensados e regulados para conflitos coletivos, como foi feito no *Class Action Fairness Act* ou na última reforma da *Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten* - KapMuG (o estatuto do procedimento-modelo para o mercado de capitais); e c) uma abordagem sistemática do sistema de precedentes e *stare decisis* nos países de *civil law*, ainda que com o eventual e necessário ajuste para adaptá-lo à cultura e regras nacionais, para resolver questões de efeito vinculante, como foi feito no novo Código de Processo Civil, em vigor desde março de 2016. Pode ser um novo parâmetro ou uma possibilidade para os novos mecanismos: a decisão de questões comuns apesar da di-

17 A. G. de C. Mendes, “Resolução coletiva de conflitos” in: A. G. de C. Mendes and T. A. A. Wambier (eds.), *O Processo em Perspectiva – Jornadas Brasileiras de Direito Processual* (Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013) 47, at 47-70 and A. G. de C. Mendes and L. C. P. da Silva, “Ações Coletivas e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: algumas Considerações sobre a Solução Coletiva de Conflitos”, in: F. Didier Jr and H. Zaneti Jr (eds.), *Coleção Repercussões do novo CPC – Processo Coletivo* (Juspodivm, Salvador, 2016) 535, at. 536-545.

18 B. Hess, F. Reuschle und B. Rimmelspacher, *Kölnher Kommentar zum KapMuG (Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz))* (2nd ed., Carl Hezmanns, Köln, 2014).

ferença entre as demandas. Exemplos: questões processuais ou questões comuns no bojo de direitos heterogêneos.

(VII) O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Entre os principais objetivos do novo Código de Processo Civil brasileiro estão o incentivo aos meios consensuais de resolução de conflitos, a busca por custo-eficiência e processos de duração razoável, reforçando a igualdade e a segurança jurídica.¹⁹ Três inovações²⁰ trazidas pelo novo Código são centrais e estão intimamente relacionadas aos objetivos mencionados acima: a) o aperfeiçoamento de um sistema de solução de questões comuns e de recursos repetitivos; b) o estabelecimento do *stare decisis* no Direito Processual brasileiro, com algumas restrições, mas, por outro lado, reforçando seu caráter vinculativo; c) o poder-dever do juiz de informar aos legitimados para a propositura de ações coletivas sobre a existência de um grande número de ações individuais repetitivas propostas, para que seja iniciado um processo coletivo pertinente, se o legitimado entender que deverá fazê-lo.²¹

O número de litígios sendo processados no Brasil, como já foi dito, é extremamente alto, em torno de 100 milhões, o que representa cerca de 6 mil processos por juiz.²² Vem se buscando o aperfeiçoamento das ações coletivas. Entretanto, o sistema processual deve se valer de todos os meios possíveis para a resolução de demandas de massa. O Direito Processual pode se apoiar agora em um sistema complementar de decisões concentradas em torno de questões comuns, com o advento do novo Código de Processo Civil.

O sistema é constituído centralmente por dois instrumentos referentes a decisões de matérias comuns ou repetitivas: a) recursos repetitivos, em instâncias superiores; e b) o novo Incidente de Resoluções de Demandas Repetitivas (IRDR),²³ inspirado no *Musterverfahren* alemão (processo-modelo).

19 A. G. de C. Mendes and T. A. A. Wambier, “Le Nouveau Code de Procédure Civile Brésilien”, 5 *International Journal of Procedural Law* (2015) 337-345.

20 A. G. de C. Mendes, L. C. P. da Silva and M. P. de Almeida, *Novo Código de Processo Civil Comparado e Anotado* (GZ, Rio de Janeiro, 2016), p. 595-599.

21 Código de Processo Civil, art. 139, X.

22 Dados sobre os tribunais brasileiros disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/491328c-33144833370f375278683f955.pdf>.

23 A. G. de C. Mendes and S. Temer, “O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Novo Código de Processo Civil”, 243 *Revista de Processo* (2015) 283-331.

Desse modo, nas ações ajuizadas perante tribunais superiores, é possível selecionar e julgar apenas alguns recursos representativos da controvérsia. Enquanto isso, outros processos que discutem as mesmas questões legais permanecem suspensos. Consequentemente, há uma economia judicial evidente, pois os Tribunais Superiores julgarão apenas alguns recursos, estabelecendo as teses jurídicas, com efeito vinculativo, que devem ser aplicadas aos processos pendentes, que serão então julgados em instâncias inferiores.

A técnica aplicada no Incidente de Resoluções de Demandas Repetitivas (IRDR) é semelhante à realizada nos recursos repetitivos. Sempre que houver uma questão de direito comum em diversos processos, o incidente poderá ser suscitado perante um tribunal de segundo grau, em termos de admissibilidade e mérito. Sendo admitido o incidente, os processos que versarem ou dependerem da resolução da questão comum objeto do IRDR serão em regra suspensos até que o tribunal decida sobre a controvérsia jurídica, fixando a respectiva tese. A decisão tomada no incidente pode ser diretamente impugnada mediante os recursos especial ou extraordinário, conforme o caso. Posteriormente, os órgãos judiciais da área do tribunal que tomou a decisão irão aplicar a tese consagrada em cada um dos casos pendentes.

Por fim, o Direito Processual brasileiro, até pouco tempo atrás, não estabelecia efeito vinculante aos precedentes. Isso provocou uma enorme desordem no sistema jurídico. Juízes não estavam sujeitos aos precedentes, em razão de sua independência.

Em 1993, a situação começou a mudar, quando o efeito vinculante *erga omnes* foi estabelecido a partir de decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal ao exercer o controle de constitucionalidade direto. Mais tarde, em 2004, uma emenda constitucional foi aprovada, trazendo o chamado *Binding Summary Statement*.

Com o novo Código de Processo Civil, além do controle concentrado de constitucionalidade e da súmula vinculante, anteriormente mencionados, também passaram a ser dotados de efeito vinculativo: (i) os julgamentos de questões repetitivas, ou seja, as decisões proferidas nos Incidentes de Resoluções de Demandas Repetitivas (IRDR) e nos recursos extraordinários ou especiais repetitivos; (ii) o Incidente de Assunção de

Competência, a ser instaurado quando houver uma matéria de relevante interesse social, ou um real ou potencial desacordo entre instâncias judiciais, de modo que o julgamento seja realizado por um órgão de composição mais ampla; (iii) os enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, assim como os verbetes da súmula do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e (iv) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

(VIII) CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em termos globais, o quadro da tutela coletiva se caracterizou até hoje como uma disputa entre sistemas continentais ou nacionais. Não seria possível se pensar em um panorama marcado pelo pluralismo ou por uma combinação de métodos e instrumentos? Não seria cabível um sistema multi-portas para o Direito Processual Coletivo e isso não deveria ser incentivado? Podem os estudantes e estudiosos sonhar com um conjunto de meios para a proteção coletiva no direito nacional? Para todas essas perguntas, as futuras gerações darão as respostas. ❖

Os Desafios da Cooperação Judicial das Empresas de Internet

Walter Aranha Capanema

Advogado e Professor. Diretor Técnico de Ensino a Distância da Escola Nacional da Magistratura (ENM). Professor Responsável pelo Ensino a Distância e Coordenador do Curso de Extensão em Direito Eletrônico da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

*“Numa época de mentiras universais,
dizer a verdade é um ato revolucionário”
(George Orwell)*

RESUMO: O presente artigo visa analisar a cooperação das empresas de Internet, apontando soluções para o cumprimento das decisões judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Marco Civil da Internet, Privacidade, Sanções

ABSTRACT: *This article aims to analyze the cooperation of internet companies, pointing out solutions for compliance with judicial decisions.*

KEYWORDS: *Internet Civil Landmark, Privacy, Sanctions*

INTRODUÇÃO

A vida moderna está cada vez mais dependente da Internet e dos computadores. É praticamente impossível pensar em viver sem o acesso

às funcionalidades e informações rápidas fornecidas em tempo real, e ao alcance de nossos dedos.

Por outro lado, as empresas que fornecem esses programas e serviços “mágicos”, muitas vezes de forma aparentemente gratuita, armazenam e catalogam todas as informações produzidas por seus usuários, criando um gigantesco e valiosíssimo banco de dados.

As pessoas não têm a ideia da quantidade gigantesca de informações que produzem diariamente, e que em muitas das vezes é captada de forma sub-reptícia.

Com isso, a Internet e, principalmente, as empresas de tecnologia se tornaram onipresentes e oniscientes, criando o maior banco de dados que o mundo já viu.

É possível, todavia, ter uma ideia aproximada da “onisciência de dados” dessas empresas. O site *My Activity* (“Minha Atividade”)¹, do Google, apresenta uma vasta lista de informações e atividades do usuário, colhidas pelos serviços, aplicativos e pelo seu sistema operacional para *smartphones*, o Android.

O site, por exemplo, armazena todas as procuras realizadas pelo usuário, os vídeos aos quais assistiu no Youtube e, por meio do item “Histórico de Localização”, apresenta um mapa digno de um filme de ficção científica, com todas as cidades e locais visitados, com datas e horários, inclusive o meio de deslocamento (carro, avião etc).

Essas informações podem e devem ser utilizadas em processos judiciais. Imagine, por exemplo, localizar um réu desaparecido por meio de seu histórico de atividades do Google.

Assim como o Google, diversas outras empresas guardam dados que podem ser utilizados em inquéritos policiais e processos administrativos e judiciais. As possibilidades são infinitas.

O grande problema é que essas empresas de Internet - leia-se de aplicativos, serviços e utilidades prestados pela rede – não costumam colaborar com o Poder Judiciário de forma efetiva.

O presente artigo visa apresentar as principais alegações dessas empresas em resistir ao cumprimento de ordens judiciais, bem como estabelecer argumentos jurídicos para ultrapassá-las.

1 GOOGLE. **Minha Atividade**. Disponível em: <<https://myactivity.google.com/myactivity>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

DA COOPERAÇÃO JUDICIAL E SUA FUNDAMENTAÇÃO

O art. 6º do CPC/2015 estabelece que os “sujeitos do processo” devem cooperar entre si para se buscar o objetivo da decisão de mérito justa, efetiva e em tempo razoável.

Em decorrência desse princípio, deveres são impostos a esses sujeitos do processo, sendo ilícitas as práticas contrárias à obtenção de uma decisão judicial efetiva, em um processo leal².

Deve-se entender que a expressão “sujeitos do processo” inclui todos aqueles que, de alguma forma, contribuem e participam do processo, ainda que na qualidade de destinatários de uma ordem judicial.

A doutrina desdobra a cooperação em deveres³, destinados às partes e ao magistrado.

Quanto às partes, a cooperação assim se manifestará:

1. *dever de esclarecimento*: pelo qual as manifestações e decisões devem ser claras, de modo a permitir o contraditório e a interposição de recursos;
2. *dever de lealdade*: não litigar de má-fé e atuar segundo a boa-fé processual;
3. *dever de proteção*: as partes não podem prejudicar o *ex adverso*.

Em relação ao magistrado, a cooperação ocorrerá por meio dos seguintes deveres, dentre outros:

1. *dever de lealdade*: se manifesta, por exemplo, na vedação de decisões que surpreendam as partes (art. 10, CPC/2015);
2. *dever de esclarecimento*: pelo qual o juízo busca esclarecimento junto às partes em relação a dúvidas que tenham sobre seus arrazoados;
3. *dever de consulta*: o magistrado não pode decidir sem conferir o contraditório às partes.

Se a cooperação abrange também os terceiros que colaboram com o processo, deve-se estipular os seus deveres :

1. *dever de auxílio*: consiste no atendimento das ordens judiciais. Assim, por exemplo, se o juiz determina ao Facebook a entrega de informa-

2 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 143

3 DIDIER JUNIOR. Op. cit. p. 127-128.

ções sobre determinado perfil de usuário, a empresa deverá colaborar com o Judiciário, apresentando as informações;

2. *dever de informação*: deverá o terceiro informar ao magistrado as razões pelas quais não pode cumprir a decisão judicial, apresentando, todavia, provas para tanto. Se o famoso aplicativo de mensagens instantâneas Whatsapp não pode ter as suas comunicações interceptadas⁴, sob o fundamento de que são criptografadas, é imperioso que se justifique suas razões ao juízo.

O princípio da colaboração decorre⁵, dentre outros, do princípio da boa-fé processual, previsto no art. 5º do CPC/2015, pelo qual se impõe “deveres de cooperação entre os sujeitos do processo”⁶, com uma atuação que não prejudique as partes e não impeça a efetiva prestação jurisdicional.

A cooperação judicial das empresas de Internet encontra amparo no Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), por meio da previsão de normas que determinam a entrega de determinados documentos e informações mediante ordem judicial.

O art. 10, *caput* c/c §1º, determina que as empresas de Internet deverão disponibilizar apenas por ordem judicial dados pessoais, o conteúdo de comunicações privadas e os registros de conexão⁷ e os de acesso a aplicações⁸.

Essa disponibilização será realizada de “de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal” (§1º).

O art. 15 do Decreto 8.771/2016, que regulamenta o Marco Civil, estabelece que os registros, dados pessoais ou comunicações armazenadas “deverão ser mantidos em formato **interoperável** e estruturado, para facilitar o acesso decorrente de decisão judicial ou determinação legal” (grifo).

4 WHATSAPP. **Informação Legal do Whatsapp**. Disponível em: <<https://www.whatsapp.com/legal/?lang=pt-br#key-updates>>. Acesso em: 1 jul. 2018.

5 PINHO, Humberto dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**: Teoria Geral do Processo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 133.

6 DIDIER JUNIOR. *Op. cit.* p. 128.

7 O registro de conexão, de acordo com o art. 5º, VI do Marco Civil, é “o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados”. É um documento que registra o uso do número IP – número que identifica temporariamente uma rede ou um terminal na Internet.

8 O registro de aplicação, de acordo com o art. 5º, VIII do Marco Civil, “é o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP”.

Interoperável é aquele dado disponibilizado em um formato que permita “conversar” com outros, possibilitando análises e combinações.

O art. 22, por sua vez, prevê o direito da parte interessada de requerer judicialmente o acesso às informações constantes nos registros de conexão ou de acesso a aplicações na Internet, desde que seja com a finalidade de formar “conteúdo probatório”, atendendo aos requisitos legais previstos no seu parágrafo único, sob pena de inadmissibilidade/indeferimento:

1. *fundados indícios da ocorrência do ilícito*: Victor Hugo Pereira Gonçalves entende que o requerente deverá possuir provas para fundamentar o seu requerimento⁹. A obtenção dos registros de conexão e de aplicação busca identificar o autor de uma conduta lesiva. Logo, o primeiro requisito é mostrar o requerente ao juiz que há o requisito da **necessidade** em seu pedido.

2. *justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória*: trata-se do elemento **utilidade**, em que, por meio de argumentação, o requerente mostra que a prova requerida é indispensável para fins probatórios. Na grande maioria das vezes, a justificativa a ser utilizada é que a obtenção dos registros visa identificar o autor do ilícito;

3. *período ao qual se referem os registros*: a limitação temporal fundamenta-se na proteção da intimidade e da privacidade do investigado. O acesso só deverá ser conferido a um período que guarde correlação com o ilícito, observando-se que, por expressa previsão do Marco Civil, as empresas de Internet possuem o dever de guarda dos registros por um prazo máximo de **1 ano** (art. 13), para os registros de conexão, e de **6 meses** (art. 15), no caso dos registros de aplicação.

Em que pese toda a fundamentação doutrinária e legal acima exposta, há séria resistência das empresas de Internet em colaborar com o Poder Judiciário, conforme os argumentos a seguir elencados.

DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS PELAS EMPRESAS DE INTERNET PARA NÃO COLABORAR COM O PODER JUDICIÁRIO

As empresas de Internet, infelizmente, costumam apresentar resistência ao cumprimento de ordens judiciais para a entrega de informações.

⁹ GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Marco Civil da Internet Comentado**. São Paulo: Atlas, 2017. p. 107.

Não raras das vezes, fornecem tais dados de forma incompleta.

Passa-se, portanto, a listar os principais argumentos normalmente apresentados pelas empresas para justificar a não colaboração:

a) Necessidade de atendimento do MLAT:

O Brasil assinou com os Estados Unidos um MLAT – *Mutual Legal Assistance Treaty* (“Tratado de Assistência Jurídica Mútua”) voltado apenas à matéria penal. Foi internalizado no Direito Pátrio pelo Decreto 3.810/2001.

O MLAT é um procedimento de cooperação jurídica internacional¹⁰, celebrado entre dois ou mais países, de forma a dispensar o procedimento moroso da carta rogatória.

As empresas de Internet, mesmo com filial ou representação no Brasil, alegam que não podem cumprir diretamente as ordens de juízes brasileiros, mas que se deve observar o procedimento do MLAT¹¹.

A questão é tão polêmica que está em trâmite no Supremo Tribunal Federal a Ação de Declaração de Constitucionalidade nº 51¹², na qual a Federação das Associações das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação – ASSESPRO NACIONAL busca a declaração de constitucionalidade do Decreto 3.810/2001; do art. 237, II, do CPC/2015; e dos arts. 780 e 783 do CPP, argumentando, em síntese, que os tribunais devem aplicar sempre o procedimento do MLAT em relação às empresas de Internet.

Não procedem as alegações das empresas e do autor da ADC.

Só se aplica o MLAT ou a carta rogatória quando a jurisdição nacional **não alcança** determinada pessoa, seja o autor, o réu ou, no caso, a empresa de Internet.

Há hipótese de competência nacional prevista no Marco Civil, o qual, em seu art. 11, dispõe o que Gonçalves denomina de “competência legal e judicial brasileira por tráfego de dados”¹³:

“Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por pro-

¹⁰ O CPC/2015 trouxe normas de cooperação jurídica internacional nos arts. 26 a 41.

¹¹ BARRETO, Alesandro Gonçalves; WENDT, Emerson. **Marco Civil da Internet e Acordos de Cooperação Internacional**: análise da prevalência pela aplicação da legislação nacional aos provedores de conteúdo internacionais com usuários no Brasil. Disponível em: <<http://direitoeti.com.br/artigos/mlat-x-marco-civil-da-internet/>>. Acesso em: 1 jul. 2018.

¹² STF – ADC nº 51 – Relator: Ministro Gilmar Mendes

¹³GONÇALVES. Op. cit. 71.

vedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 1º *O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.*

§ 2º *O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.” (grifo)*

Dessa forma, de acordo com a norma supramencionada, o juiz brasileiro será competente quando:

1. houver operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet ;

2. que pelo menos uma dessas operações ocorra em território nacional e, caso essas sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior.

3. que se ofereça serviço ao público brasileiro ou, pelo menos, uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

Configurados os requisitos acima, há a competência do juiz brasileiro, dispensando-se o procedimento do MLAT.

b) Vedação da Stored Communications Act:

Um outro argumento trazido pela ASSESPRO NACIONAL na ADC nº 51 é que a lei americana *Stored Communications Act - SCA* (“Lei das Comunicações Armazenadas”)¹⁴, de 1986, que protege a privacidade na Internet, veda, como regra geral, a disponibilização do conteúdo das comunicações armazenadas de seus usuários, salvo se configuradas alguma das exceções da Seção 2702 da norma, limitadas, em grande parte, às autoridades policiais e judiciárias locais.

¹⁴ Disponível em <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-1/chapter-121>>

Tal argumentação, *data venia*, viola a boa-fé processual. A empresa de Internet pretende gozar dos bônus de lucrar com um serviço prestado aos usuários nacionais, contudo, no que se refere aos ônus, invoca uma lei local para desatender as ordens judiciais.

É o “sou brasileiro para direitos, e americano para deveres”

O Superior Tribunal de Justiça, na Questão de Ordem do Inquérito 784 em 2012, entendeu que a Google Brasil deveria quebrar o sigilo de e-mails de um investigado por diversos crimes, dentre os quais corrupção e lavagem de dinheiro. A empresa alegou a necessidade de se respeitar o SCA, com a solicitação dos dados por meio do MLAT¹⁵.

A Ministra Laurita Vaz advertiu a empresa, afirmando que “Não se pode admitir que uma empresa se estabeleça no país, explore o lucrativo serviço de troca de mensagens por meio da Internet — o que lhe é absolutamente lícito —, mas se esquive de cumprir as leis locais”.

c) a empresa não armazena dados / os dados são criptografados:

A presente argumentação diz respeito ao aplicativo Whatsapp, cuja empresa, Whastapp Inc., foi adquirida pelo Facebook em 2014¹⁶.

Como o aplicativo se tornou uma febre no Brasil para a troca de mensagens, é óbvio que o crime organizado iria utilizá-lo para suas atividades ilícitas.

Buscou-se o acesso ao conteúdo de conversas em diversas ações judiciais, sem sucesso, com a imposição do bloqueio de acesso ao aplicativo.

Uma decisão que cassou o bloqueio entendeu que a suspensão dos serviços do Whatsapp “gerou um caos social”¹⁷.

A repercussão social dos bloqueios determinados pela Justiça ao Whatsapp como medida coercitiva resultou na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 403¹⁸ perante o STF, proposta pelo

15 VIEIRA, Victor. **STJ manda que Gmail entregue dados arquivados nos EUA**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-06/stj-ordena-google-quebre-sigilo-mails-guardados-eua>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

16 WHATSAPP. Op. cit.

17 “É certo que a Justiça, ao decretar a interrupção dos serviços de whatsapp, o está fazendo como punição para garantir o bem comum. Este mesmo bem comum deve ser resguardado com o desembargo no uso da internet e das comunicações. (...) A suspensão dos serviços do whatsapp já dura 24 horas e certo é também que gerou caos social em todo o território, com dificuldade de desenvolvimento de atividades laborativas, lazer, família, etc.” (IJSE - Mandado de Segurança nº 201600110899).

18 STF – ADPF nº 403 – Relator Ministro Edson Fachin.

Partido Popular Socialista – PPS, objetivando proteger o direito à comunicação que seria usufruído por meio do aplicativo. A ação é, no mínimo, curiosa: trata-se de partido político defendendo direitos relacionados a uma empresa privada estrangeira.

No documento “Informação Legal do Whatsapp”, a empresa afirma que não pode ter acesso às conversas dos seus usuários, devido a implementação da tecnologia de “criptografia ponta-a-ponta”, na qual o conteúdo da conversa é “embaralhado” desde a ponta do remetente até a do destinatário:

“Implementamos privacidade, criptografia de ponta-a-ponta e outras ferramentas de segurança no WhatsApp. **Nós não mantemos suas mensagens após o envio das mesmas** (sic). **Quando elas estão criptografadas de ponta a ponta, nós e terceiros, não podemos lê-las de maneira alguma.**” (grifo)

No trecho acima, a empresa também alega que não armazena o conteúdo das conversas de seus usuários, em contradição com uma outra parte do mesmo documento:

“Se uma mensagem não puder ser entregue imediatamente (por exemplo, se você estiver desconectado), **podemos mantê-la em nossos servidores por até 30 (trinta) dias** enquanto tentamos entregá-la. Se a mensagem não puder ser entregue nesses 30 (trinta) dias, nós a excluiremos. **Para melhorar o desempenho e entregar mensagens com mídia de maneira mais eficaz, por exemplo, quando há o compartilhamento de fotos ou vídeos populares, podemos guardar esse conteúdo em nossos servidores por mais tempo.**”

A empresa, portanto, reconhece que armazena as comunicações: as mensagens de texto, por um período de até 30 dias. Os arquivos de mídia, como fotos e vídeos, desde que “populares”, podem ser armazenados por um período indeterminado.

Mas ficam dúvidas. Se a empresa não tem acesso ao conteúdo das comunicações, como sabe que o conteúdo de um arquivo é “popular”?

E por qual razão a empresa armazenaria os arquivos mais populares?

E, mais ainda: se a empresa não tem acesso ao conteúdo das comunicações, como lucra? Qual é o seu modelo de negócio? Simplesmente fornece um meio de envio de mensagens gratuito?

Há diversos casos de usuários que afirmaram receber mensagens publicitárias em suas redes sociais relativas ao conteúdo das suas conversas via Whatsapp.

Seria “mera coincidência”, de acordo com a comitiva da empresa que visitou o STF em 2017¹⁹.

Computadores não trabalham com coincidências...

É fundamental, portanto, que a empresa colabore com a Justiça, entregando as informações solicitadas ou, em caso de impossibilidade, que exerça seu dever de esclarecimento, apresentando razões fundamentadas e provas.

Percebe-se que, na atualidade, as empresas de Internet realmente não querem colaborar com o Poder Judiciário, razão pela qual é importante a imposição de medidas coercitivas e de sanções.

MEDIDAS COERCITIVAS

O art. 139, IV do CPC/2015 determina que incumbe ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

Em casos envolvendo o Whatsapp, foi comum a imposição do bloqueio como medida coercitiva, por meio de uma ordem judicial dirigida aos grandes provedores de conexão/Internet brasileiros, de forma a impedir o acesso dos números IPs brasileiros aos servidores.

Na legislação eleitoral, há previsão dessa medida no art.57-I da Lei 9.504/97, redigida como “suspensão de acesso”:

“Art. 57-I. A requerimento de candidato, partido ou coligação, observado o rito previsto no art. 96 desta Lei, a Justiça Eleitoral poderá determinar, no âmbito e nos limites técnicos de cada aplicação de internet, **a suspensão do acesso a todo conteúdo veiculado** que deixar de cumprir as disposições desta Lei, devendo o número de horas de suspensão ser de-

¹⁹ RODRIGUES, Mateus; SALVIANO, Murilo. ‘Coincidência’, diz diretor do WhatsApp sobre anúncios relacionados às mensagens trocadas no app. Disponível em: <<https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/coincidencia-diz-diretor-do-whatsapp-sobre-anuncios-relacionados-as-mensagens-trocadas-no-app.ghml>>. Acesso em: 2 jul. 2018

finida proporcionalmente à gravidade da infração cometida em cada caso, observado o limite máximo de vinte e quatro horas.” (grifo)

Na verdade, verifica-se que a medida de bloqueio é polêmica e costuma ser severamente criticada pela sociedade.

Dessa forma, é importante utilizar o espaço criativo garantido pelo Novo CPC para se pensar em novas modalidades de medidas coercitivas, além das tradicionais astreintes, compatíveis com o ambiente digital, e que não onerem ou prejudiquem os usuários das empresas de Internet.

Com base no conhecimento e na experiência do brilhante professor e promotor de Justiça (MP-BA) Fabrício Patury²⁰, observa-se que a medida coercitiva mais eficiente para as empresas de Internet é o “congelamento do seu CNPJ”, que consiste na expedição de ofício às Receitas para congelar todas as operações financeiras, fiscais e tributárias vinculadas ao CNPJ de quem descumpriu uma ordem judicial. Não se suspende a atividade, mas se dificulta a sua manutenção.

Como as empresas de Internet, principalmente as redes sociais, lucram por meio de mensagens publicitárias, é possível que a medida de “congelamento” consiga convencê-las a cumprir as ordens judiciais.

Uma outra opção é o bloqueio de bens e valores existentes em nome da empresa, até o cumprimento da ordem judicial. As quantias pecuniárias ficariam bloqueadas nas respectivas contas ou aplicações. O bloqueio de bens, todavia, deverá ser executado de forma a não inviabilizar o exercício da atividade empresarial.

É possível, ainda, o magistrado impor sanções pelo descumprimento do comando judicial.

SANÇÕES

As sanções relativas ao desatendimento das ordens judiciais de colaboração na entrega de informações e dados estão previstas no art. 12 do Marco Civil da Internet. O artigo merece críticas, pois apenas arrola as punições, sem incluir as hipóteses de aplicação, nem, em sua maioria, os critérios de imposição.

A lei também é silente quanto ao legitimado para a sua imposição.

²⁰ Conferência com o Professor Fabrício Patury, 02.08.2018.

A jurisprudência tem admitido o sancionamento pelos magistrados²¹.

A sanção da advertência (inciso I) é de pouca utilidade. De acordo com a lei, só pode ser imposta para que se atenda medidas corretivas, o que não é o caso do tema em exame.

A multa (inciso II) tem o limite máximo de até “até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos”, ou seja, o parâmetro é o faturamento líquido. O Marco Civil teria sido mais eficiente se incluísse o grupo econômico por completo, incluindo as matrizes localizadas fora do Brasil, e que costumam ser bilionárias.

O parágrafo único determina que, em caso de empresa estrangeira, “responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o *caput* sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País”.

Para o caso específico da multa, utilizou-se os seguintes critérios para imposição da sanção, que poderiam servir de balizas para as demais: condição econômica do infrator e a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

A suspensão temporária das atividades (inciso III) está relacionada com os atos previstos no art. 11 do Marco Civil, dizendo respeito, como já foi exposto, à proteção da intimidade e da privacidade dos usuários. Difere-se do bloqueio, que consiste na suspensão do **acesso**, com a manutenção do funcionamento do serviço. Na hipótese do inciso III, há a completa paralisação da atividade.

A lei não estabeleceu prazos máximos e mínimos para a suspensão, dificultando – e muito – a sua aplicação.

Por fim, há a proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11 (inciso IV), pelo qual o serviço prestado pela empresa de Internet é permanentemente proibido em solo nacional. Deve-se guardar essa sanção, a mais gravosa, para violações mais contundentes.

CONCLUSÃO

O presente artigo não é um manifesto contra as empresas de Internet. Reconhece-se a sua importância para o progresso da sociedade, para

21 “Não há necessidade de uma tutela coletiva que venha apenas repetir o que a lei já determina, cabendo ao magistrado sopesar a aplicação das sanções do art. 12 da Lei nº 12.965/2014 em cada caso concreto (TRF 3 – Processo nº 0013254-29.2015.4.03.6100)

as comunicações e para a obtenção de conhecimento.

Contudo, fica o alerta para o gigantesco poder que exercem em nossa sociedade, como verdadeiros monopólios internacionais, influenciando a elaboração de normas e pressionando órgãos públicos.

É possível que o panorama se altere com a aprovação de uma Lei de Proteção de Dados, estabelecendo requisitos mais eficazes para a guarda e disponibilização de dados pessoais.

Busca-se, aqui, munir os magistrados brasileiros de elementos para que preservem a nossa soberania e, principalmente, a nossa liberdade.

A “real” e a digital. ❖

BIBLIOGRAFIA

BARRETO, Alesandro Gonçalves; WENDT, Emerson. **Marco Civil da Internet e Acordos de Cooperação Internacional**: análise da prevalência pela aplicação da legislação nacional aos provedores de conteúdo internacionais com usuários no Brasil. Disponível em: <<http://direitoeti.com.br/artigos/mlat-x-marco-civil-da-internet/>>. Acesso em: 1 jul. 2018.

Conferência com o Professor Fabrício Patury, 02.08.2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Marco Civil da Internet Comentado**. São Paulo: Atlas, 2017.

GOOGLE. **Minha Atividade**. Disponível em: <<https://myactivity.google.com/myactivity>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

PINHO, Humberto dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**: Teoria Geral do Processo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RODRIGUES, Mateus; SALVIANO, Murilo. **‘Coincidência’, diz diretor do WhatsApp sobre anúncios relacionados às mensagens trocadas no app**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/coinidencia-diz-diretor-do-whatsapp-sobre-anuncios-relacionados-as-mensagens-trocadas-no-app.ghtml>>. Acesso em: 2 jul. 2018

VIEIRA, Victor. **STJ manda que Gmail entregue dados arquivados nos EUA**. Disponível em: <[294](https://www.conjur.com.br/2013-</p></div><div data-bbox=)

-jun-06/stj-ordena-google-quebre-sigilo-mails-guardados-cua>. Acesso em: 2 jul. 2018.

WHATSAPP. **Informação Legal do Whatsapp**. Disponível em: <https://www.whatsapp.com/legal/?lang=pt_br#key-updates>. Acesso em: 1 jul. 2018.

O Princípio Republicano nos 30 Anos da Constituição de 88: por uma República Inclusiva

Daniel Sarmiento

Professor titular da UERJ de Direito Constitucional, coordenador da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ e advogado.

1. INTRODUÇÃO

A alusão ao princípio republicano tornou-se extremamente frequente no país, não só nos textos acadêmicos e decisões judiciais, como também nos debates travados na sociedade por pessoas alheias ao mundo do direito. O tema tem vindo à baila, por exemplo, em discussões sobre a corrupção e seu combate; sobre privilégios concedidos a autoridades públicas e poderosos de todo tipo; sobre a persistência no país de cultura patrimonialista e desigualitária, que não separa o público do privado, e não trata a todos com o mesmo respeito e consideração. Existe na sociedade a difusa percepção, infelizmente correta, de que, embora nossa forma de governo seja a república e não a monarquia, falta República – com “r” maiúsculo – às nossas relações políticas e sociais.

A Constituição de 88 consagrou o princípio republicano em seu art. 1º, e acolheu diversos elementos e institutos que guardam estreita relação com o ideário republicano: o direito à igualdade (art. 5º, *caput*); a legitimidade de todo cidadão para propor ação popular visando à tutela da *res publica* (art. 5º, LXXIII); os princípios da moralidade, publicidade e impessoalidade administrativa (art. 37, *caput*); as exigências constitucionais de concurso público e licitação (art. 37, II e XXI), dentre tantos outros. A “forma republicana” foi arrolada no elenco dos princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII, “a”), cuja inobservância pelos Estados enseja a intervenção federal. O próprio nome atribuído ao país – *República* Federativa do Brasil – sinaliza a centralidade do princípio republicano entre nós. Essa

centralidade foi reforçada pelo povo brasileiro no plebiscito ocorrido em 1993, quando, por expressiva maioria, optamos pela manutenção da forma republicana de governo, em detrimento da monarquia.¹ Porém, entre a proclamação do princípio e a realidade há um abismo, que ainda não fomos capazes de transpor nestes trinta anos de vigência da Carta de 88.

No presente artigo, discuto brevemente alguns déficits relacionados à efetivação da ideia de república no Brasil. Em seguida, busco definir o conteúdo básico do princípio republicano na ordem constitucional brasileira, delineando seus contornos normativos e principais componentes. No final, descrevo três desvios em que a invocação desse princípio vem incorrendo nos últimos tempos. Pelos limites de tamanho impostos ao artigo, as questões tratadas neste texto – todas elas complexas e multifacetadas – serão abordadas de forma bastante abreviada.

2. A REPÚBLICA QUE NÃO TEMOS SIDO: PATRIMONIALISMO, CORDIALIDADE, JEITINHO E DESIGUALDADE

O começo não foi promissor. Na primeira carta escrita no país, em que Pero Vaz de Caminha comunica a D. Manoel, rei de Portugal, a “descoberta” do Brasil, a aversão aos valores republicanos já se revelava. Na missiva, Caminha solicita o favor real para a libertação de seu genro, que fora banido para a ilha africana de São Tomé.² Essa aversão foi também registrada no primeiro livro sobre a história nacional, de Frei Vicente de Salvador, publicado em 1627: “*Nenhum homem nesta terra é republico, nem zela ou trata do bem público, senão cada um do bem particular*”.³

O nosso sistema político tardou a adotar o regime republicano. As demais nações sul-americanas tornaram-se repúblicas tão logo conquistaram a independência. No Brasil, como se sabe, demoramos mais: em solução singularíssima, proclamou-se a independência de Portugal, mas se optou pela monarquia, com a manutenção da própria dinastia que reinava em nossa antiga metrópole – os Bragança. Décadas depois, quando a República foi finalmente instituída, ela não resultou de revolução popular, ou de

1 A realização do plebiscito foi prevista pelo art. 2º do ADCT. No resultado, a república contou com 66,06% dos votos, contra 10,21% da monarquia (houve também 10,49% de voto brancos e 13,24% de votos nulos).

2 No último parágrafo da histórica carta, datada de 1º de maio de 1500, Caminha pediu: “*E por que, Senhor, é certo que neste cargo que levo como em outra qualquer coisa que de Vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer singular mercê, mande vir da Ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro*” o que d “*Ela receberei em muita mercê*”.

3 Veja-se Frei Vicente de Salvador. *História do Brasil*, 1627, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bn000138.pdf>.

movimento insurgente respaldado pela população. Na verdade, o povo não passou de espectador passivo dos acontecimentos de novembro de 1889. É conhecida a afirmação de Aristides Lobo, insuspeito por se tratar de republicano histórico e integrante do Governo Provisório formado após a proclamação: “O povo assistiu aquilo tudo bestializado, atônito, surpreso, sem conhecer o que se passava. Muitos acreditavam, sinceramente, que se tratava de uma parada”.⁴

Vários fatores históricos contribuíram para o não enraizamento dos valores republicanos nos padrões de sociabilidade vigentes no país. Na nossa organização política, desde o início, o patrimônio público e o das autoridades com frequência se interpenetraram e confundiram. O regime colonial que se instaurou no país representou a antítese do ideário republicano, marcado que foi “pela doação de terras públicas aos senhores privados, e pela mercantilização dos cargos públicos”.⁵ Desde então, a confusão entre o público e o privado tem sido a tônica, das capitâneas hereditárias, passando pelo coronelismo da República Velha,⁶ até chegar, na contemporaneidade, aos “feudos” dentro do Estado, atribuídos pelos governos a partidos e lideranças políticas como contrapartida pelo seu apoio legislativo, na lógica do nosso degenerado presidencialismo de coalizão.⁷

Nesse cenário, tem vicejado o *patrimonialismo*,⁸ que se caracteriza pela circunstância de governantes e agentes públicos tratarem o Estado como

4 Cf. José Murilo de Carvalho. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

5 Fábio Konder Comparato. *As Oligarquias Brasileiras: Visão Histórica*. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 18.

6 Sobre o tema, veja-se a obra insuperável de Vitor Nunes Leal. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 6ª ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1993.

7 A expressão “presidencialismo de coalizão” é frequentemente empregada para retratar a dinâmica real de funcionamento do sistema político brasileiro. O presidencialismo de coalizão decorre da necessidade de obtenção de apoio legislativo para o Presidente, para que este consiga governar. No presidencialismo, tal apoio não é uma exigência jurídica para que os governos se mantenham, diferentemente do que ocorre no parlamentarismo. Porém, sem o apoio, na prática, os governos ficam paralisados, pois as suas iniciativas mais importantes dependem da aprovação do Congresso. Nesse contexto, o governo busca atrair partidos e grupos políticos para a sua base de sustentação parlamentar, visando a garantir a governabilidade. Tal dinâmica, em si mesma, não é necessariamente patológica. A patologia surge quando os partidos e lideranças políticas passam a aderir ao governo não pela perspectiva de participar da administração e de influenciar na formulação da sua agenda, mas no afã de conseguir ganhos econômicos, visando a viabilizar o financiamento de campanhas eleitorais, ou mesmo obter o puro enriquecimento pessoal dos agentes envolvidos. Nesse segundo cenário “infelizmente tão comum no Brasil”, partidos e grupos políticos trocam o apoio ao governo por posições estratégicas na administração pública, que abrem espaço para criação de relações promíscuas com empresas e para a prática da corrupção. A expressão “presidencialismo de coalizão” foi cunhada por Sérgio Abranches, em texto que se tornou um clássico das ciências políticas no Brasil: “Presidencialismo de coalizão. O dilema institucional brasileiro”. *Dados. Revista de Ciências Sociais*, v. 31, n. 1, 1988, p. 5-34. Veja-se também, Fernando Limongi. “A democracia no Brasil. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório”. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 76, 2006.

8 “Patrimonialismo” é categoria empregada por Max Weber para descrever uma das formas de dominação política tradicional (cf. Max Weber. *Economia y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 180-193). No pensamento social brasileiro, o tratamento canônico da matéria encontra-se em Raymundo Faoro. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*, 2 v. 9ª ed. Rio de Janeiro: ed. Globo, 1991.

se fosse sua propriedade privada, submetendo a coisa pública às suas preferências e interesses. O patrimonialismo tem subsistido ao longo da história, a despeito de profundas mudanças políticas, econômicas e jurídicas vividas pelo país, e continua presente nas nossas práticas e mentalidades,⁹ conquanto venha sendo cada vez mais questionado e combatido.

Associada a esse fenômeno está a predominância da lógica da *cordialidade*, destacada em obra clássica por Sérgio Buarque de Holanda.¹⁰ Tal cordialidade não reside na propalada simpatia do brasileiro, mas na nossa conhecida dificuldade em orientar comportamentos por normas impessoais de conduta, com a tendência à priorização das relações pessoais e afetivas em detrimento das razões objetivas, inclusive no trato da coisa pública. A cordialidade tem relação direta com o *jeitinho*,¹¹ que, no campo jurídico, corresponde à patológica propensão ao excesso de flexibilidade na aplicação de normas jurídicas. Trata-se de buscar a solução para problemas com esperteza e “malemolência”, o que normalmente significa a burla ao direito vigente.

Em tal contexto, o brasileiro médio até fica indignado diante de malfeitos antirrepublicanos praticados pelos governantes e autoridades. Mas pratica desvios no seu cotidiano, e nem chega a enxergá-los como problemas éticos: “paga uma cerveja” ao guarda para evitar a multa de trânsito; falsifica a carteira de estudante para obter a meia-entrada no cinema; sonega seus impostos sempre que pode.

Outro gravíssimo problema a perspectiva republicana é a desigualdade. Nossa cultura desigualitária, cujas raízes mergulham no passado escravocrata do país, ensaja a sobrevivência de compreensão pré-moderna, hierárquica e estamental das relações sociais, em que direitos e deveres são concebidos não em bases universalistas, mas a partir da posição de cada

9 Nesse sentido, as palavras de Raymundo Faoro: “A longa caminhada dos séculos na história de Portugal e do Brasil mostra que a independência soberana do Estado sobre a nação não é a exceção de certos períodos, nem o estágio ou degrau para alcançar outro degrau, previamente visualizado. (...) A pressão da ideologia liberal e democrática não quebrou, nem diluiu, nem desfez, o patronato político sobre a nação, impenetrável ao poder majoritário, mesmo na transição aristocrático-plebeia do elitismo moderno. O patriciado, despiado de brasões, de vestimentas ornamentais, de casacas ostensivas, governa e impera, tutela e curatela. O poder “a soberania nominalmente popular” tem donos que não emanam da nação, da plebe ignara e pobre. O chefe não é um delegatário, mas um gestor de negócios, gestor de negócios e não mandatário” (*Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. Op. cit., p. 748).

10 Sérgio Buarque de Holanda. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 139-152.

11 De acordo com Luís Roberto Barroso, “*jeitinho* identifica os comportamentos de um indivíduo voltados à resolução de problemas por via informal, valendo-se de diferentes recursos, que podem variar do uso do charme e da simpatia até a corrupção pura e simples” (*Um Outro País: transformações no Direito e na Ética na agenda do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 246-247). Veja-se também Keith N. Rosenn. *O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

indivíduo na estrutura social. No mundo real, a classe, a cor e o acesso a “amigos importantes”, por exemplo, valem muito mais do que a simples condição de cidadão ou cidadã.

Desde a mais tenra infância, os brasileiros são socializados para perceber as relações sociais como naturalmente desiguais. Compreende-se como natural que os ricos e brancos utilizem o elevador social, e que os pobres e negros só possam usar o de serviço. Natural que só haja pobres na prisão; e que os ricos fiquem impunes, não importa a gravidade do crime cometido. Natural que as autoridades públicas tratem com deferência os poderosos e com prepotência os humildes. Natural que a inviolabilidade de domicílio se aplique às residências das “pessoas de bem”, mas que nas moradias localizadas em favelas a polícia ingresse quando bem entender. Nossas práticas sociais ensinam “a cada um o seu lugar”. Uma frase bem sintetiza essa cultura: “você sabe com quem está falando?”¹²

Esse *ethos* problemático ajuda a compreender o déficit de efetividade do princípio republicano no Brasil. Mas ele não justifica qualquer tipo de capitulação fatalista, como se estivéssemos irremediavelmente condenados ao atraso. Nosso quadro sociocultural não é imutável e já vem se alterando na direção certa. Prosseguir nessa mudança é um dos maiores desafios para o Brasil contemporâneo.

3. O PRINCÍPIO REPUBLICANO E SEUS COMPONENTES.

O princípio republicano é pilar fundamental da nossa ordem jurídica. Além da inequívoca importância no sistema constitucional, ele possui amplo raio de abrangência, pois se projeta sobre inúmeros domínios e questões. Tal princípio pode incidir diretamente sobre as relações sociais, independentemente de mediação legislativa. E tem relevante função hermenêutica, por traduzir diretriz fundamental para a interpretação e aplicação de outras normas constitucionais e infraconstitucionais.

Tradicionalmente, a república é concebida como forma de governo, em oposição à monarquia. Nessa compreensão, o princípio trata da organização do Estado. Nada obstante, ele não se esgota nisso, sendo também fonte de direitos e deveres para cidadãos e autoridades. Não bastasse, o princípio republicano apresenta forte dimensão aspiracional: ele desenha

12 Cf. Roberto Damatta. "Sabe com quem está falando?: ensaio sobre a distinção entre indivíduo e pessoa no Brasil". In: *Carnavais, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1996, p. 181-248.

um “horizonte de sentido”, a ser perseguido pelo Estado e pela sociedade brasileira. Portanto, tal princípio desafia classificações das normas constitucionais pelo seu objeto: *e.g.*, “normas de organização”, “normas definidoras de direitos” e “normas programáticas”.¹³ O princípio republicano, como se verá, desempenha simultaneamente todos esses papéis.

Tema instigante é o da estatura hierárquica do princípio republicano na Constituição de 88. Evidentemente, pela sua natureza constitucional, o princípio prevalece sobre as decisões de todos os poderes do Estado, ensejando a invalidade dos atos e normas que com ele não se compatibilizem. Mas o que dizer das emendas constitucionais? O princípio é cláusula pétrea na Constituição de 88?

Diferentemente do que ocorreu em outras Constituições brasileiras – as cartas de 1891, 1934, 1946, 1967 e 1969 –, a atual não inseriu a república no elenco das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF). Além disso, previu a realização de plebiscito em 1993, em que atribuiu ao povo a possibilidade de optar pela forma monárquica de governo (art. 2º, ADCT). Por tal razão, entendo que, em si mesmo, o regime republicano não configura cláusula pétrea, mas que a sua eventual modificação dependeria de nova deliberação popular, por meio de outro plebiscito.¹⁴ O Congresso, sem decisão popular direta, não poderia fazê-lo, nem mesmo por meio de emenda constitucional. Afinal, a decisão dos representantes do povo não pode se sobrepor à vontade do próprio povo, titular último da soberania.

Porém, como em nossa ordem constitucional os direitos fundamentais representam limitações materiais ao poder de reforma (art. 60, § 4º, IV CF), há aspectos do regime republicano, como a igualdade, que não podem ser suprimidos nem mesmo por plebiscito. Ademais, considero o Estado Democrático de Direito uma cláusula pétrea implícita, que pode ser claramente inferida da inserção, no respectivo elenco, do “voto direto, secreto, universal e periódico” (art. 60, § 4º, II, CF). Daí porque tampouco me parece possível introduzir no Brasil, por qualquer procedimento, uma monarquia nos moldes tradicionais, em que o monarca detenha poderes políticos reais e significativos, já que tal regime está longe de ser democrático. Esse quadro, porém, não corresponde ao das monarquias consti-

¹³ Tal classificação, de grande penetração na academia brasileira, foi elaborada por Luís Roberto Barroso. Cf. Luís Roberto Barroso. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 93-120.

¹⁴ Tratei do tema em Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 318-319.

tucionais contemporâneas, como Reino Unido, Suécia, Espanha e Japão, em que o rei (ou a rainha) “reina mas não governa”. Assim, sem ruptura da Constituição de 88, apenas monarquias desse último tipo poderiam ser instituídas no país, o que, como visto, dependeria não só de emenda constitucional, como também de uma implausível decisão plebiscitária do próprio povo brasileiro.

Assentadas essas premissas, apresento, a seguir, os principais componentes do princípio republicano na ordem constitucional brasileira.

3.1. Elegibilidade e temporariedade dos mandatos políticos

Na monarquia tradicional, a investidura dos governantes era hereditária e vitalícia.¹⁵ Os reis e rainhas ascendiam ao trono, em regra por estarem na linha de sucessão de uma dinastia, e governavam até a morte. Na república é muito diferente: os governantes são eleitos pelo povo, e governam temporariamente. Nas repúblicas presidencialistas, como a brasileira, essa exigência de temporariedade traduz-se na existência de mandatos eletivos para os integrantes do Poder Legislativo e para os chefes do Poder Executivo. Contudo, nas repúblicas parlamentaristas, como se sabe, os governos, em geral, não têm mandato fixo, mas desempenham suas funções enquanto contarem com a confiança do respectivo parlamento – este sim, composto por representantes do povo periodicamente eleitos para mandatos preestabelecidos.

No Brasil, as exigências republicanas de elegibilidade e temporariedade dos mandatos não suscitam maiores controvérsias. Elas dão fundamento, por exemplo, às limitações à reeleição para cargos no Poder Executivo (art. 14, §§ 5º e 7º), que visam a impedir que pessoas ou mesmo grupos familiares se perpetuem no poder, ao molde das antigas monarquias. Até a aprovação da emenda constitucional nº 16, em 1997, a reeleição era vedada no Executivo. Com a mudança, ela passou a ser permitida para um único mandato sucessivo (não há limitação para o exercício de mandatos intercalados). Felizmente, o Brasil não incorreu no grave equívoco cometido por outros países do continente, de eliminar o limite para o número de reeleições, o que criaria o risco de perpetuação de líderes

¹⁵ Como visto, nas monarquias constitucionais contemporâneas os reis e rainhas não governam verdadeiramente, exercendo papel quase exclusivamente simbólico. Por isso, pode-se dizer que nelas, embora a ascensão ao trono continue sendo hereditária e vitalícia, tais características não se aplicam em relação aos *governantes*.

políticos no poder, em detrimento da república e da democracia. Entendo que qualquer tentativa dessa natureza violaria a Constituição.¹⁶

O princípio republicano já foi invocado pelo STF inclusive para sustentar interpretação extensiva – e ousada – da proibição de mais de uma reeleição para a chefia do executivo (art. 14, § 5º, CF), de modo a interditar a possibilidade da existência do chamado “prefeito itinerante”, que é aquele que, depois de cumprir dois mandatos sucessivos em determinado município, elege-se em seguida em outro, normalmente contíguo.¹⁷

Sob a égide da Constituição de 1969 – que, como salientado, consagra a república como cláusula pétrea –, foi aprovada emenda constitucional prorrogando por dois anos os mandatos de prefeitos e vereadores então em exercício. A emenda foi impugnada durante a sua tramitação, mas o STF considerou-a válida, conquanto tenha concordado com a tese de que “*a república (...) pressupõe a temporariedade dos mandatos eletivos*”. A Corte entendeu que “*prorrogar mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, a sua adoção de fato*”.¹⁸ Deve-se recordar, todavia, que a decisão foi tomada ainda na ditadura, em cenário político e jurídico radicalmente diferente do nosso.

3.2. Responsabilidade dos governantes e autoridades por seus atos

Nas monarquias absolutas do passado, os reis estavam acima das leis e não respondiam jurídica ou politicamente pelos próprios atos. *The king can do no wrong* era brocardo invocado tanto para negar a responsabilidade civil do Estado como para isentar os governantes da submissão a mecanismos de responsabilização pessoal por atos ilícitos praticados.

16 Nessa linha, na Colômbia, a Corte Constitucional considerou válida a emenda que permitira a reeleição presidencial imediata, uma única vez (*Sentencia C – 1040*, de 19.10.2005). Contudo, quando no governo de Álvaro Uribe foi editada lei convocando referendo para autorizar a segunda reeleição imediata, a norma foi invalidada (*Sentencia C – 141*, de 26.10.2010), sob o argumento de que a possibilidade favoreceria “*a tirania e a opressão*”, que ela violaria a separação de poderes, por fortalecer em excesso à presidência da república, e que atingiria a democracia, desvirtuando o princípio de alternância no poder que lhe é correlato.

17 STF RE 637.485, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 01.08.2012. Na ementa do acórdão, consignou-se: “*O instituto da reeleição tem fundamento não somente no postulado da continuidade administrativa, mas também no princípio republicano, que impede a perpetuação de uma mesma pessoa ou grupo no poder. O princípio republicano condiciona a interpretação e a aplicação do próprio comando da norma constitucional, de modo que a reeleição é permitida por uma única vez. Esse princípio impede a terceira eleição não apenas no mesmo município, mas em relação a qualquer outro município da federação*”.

18 STF MS 20.257, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ.27.02.81.

Na República, deve se dar o oposto. Os governantes respondem plenamente pelos seus atos e devem ser passíveis de responsabilização pelas irregularidades que cometam. O poder de que desfrutam não é razão para isentá-los de responsabilidade, mas, ao contrário, justifica a plena incidência dos instrumentos competentes de responsabilização.¹⁹ Afinal, se a *res publica* pertence à coletividade e não aos governantes e autoridades, a responsabilidade desses deve ser reforçada pelo fato de que cuidam do que não é deles próprios, mas de todo o povo.

Além disso, a responsabilidade dos governantes e agentes públicos significa também que eles não devem desfrutar de privilégios no tocante à responsabilização pelos atos ilícitos que porventura perpetrem, e que não guardem relação com o poder que exerçam. O fundamento aqui se liga à igualdade e ao Estado de Direito. As autoridades, na república, não são “sagradas” e “invioláveis”, como os reis nas monarquias. Portanto, não há, via de regra, razão para imunizá-las diante dos instrumentos de responsabilização que atingem a todos os demais cidadãos. Como assentou o STF, em voto do Min. Celso de Mello, “*a responsabilidade dos governantes tipifica-se como uma das pedras angulares essenciais à configuração mesma da ideia republicana*”.²⁰

É certo que o próprio texto constitucional prevê, por vezes, exceções a esse princípio, criando certos temperamentos e exceções pontuais à responsabilização de determinadas autoridades. Nessas hipóteses, o princípio republicano impõe que se adote interpretação restritiva de tais exceções, que não devem exceder ao estritamente necessário à promoção das finalidades a que se destinam.

Tal orientação foi adotada pelo STF em alguns casos importantes. Assim, o Supremo já decidiu, por exemplo, que a imunidade penal relativa concedida pelo art. 86, § 4º, da Constituição, segundo o qual “*o Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções*”: (a) sendo norma excepcionalíssima, não

19 Nessa linha, a doutrina é farta: e.g., Geraldo Ataliba. *República e Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 65-69; Enrique Ricardo Lewandowski. "Reflexões em torno do princípio republicano". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 100, 2005, p. 193-194; Adriano Pilatti. "O Princípio Republicano na Constituição de 1988". In: Manoel Messias Peixinho, Isabela Franco Guerra e Firly Nascimento Filho (Orgs.). *Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 129-136; Luís Roberto Barroso e Aline Osório. "O Supremo Tribunal Federal em 2017: a República que ainda não foi", p. 8-9, disponível em www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-em-2017-a-republica-que-ainda-nao-foi.

20 STF. ADI 978, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 17.11.95.

pode ser estendida aos governadores de estado;²¹ e (b) não impede que os fatos sobre os quais recai a imunidade presidencial sejam investigados em inquérito, até para evitar que as provas pereçam pela passagem do tempo.²² Também nessa trilha, a Suprema Corte assentou o entendimento de que a exigência de prévia autorização legislativa para instauração de ação penal por crime comum contra o Presidente da República (art. 86, *caput*, CF) não pode ser estendida aos governadores de estado, nem mesmo por decisão das Constituições estaduais.²³

A mesma lógica vem sendo adotada pelo Supremo em decisões relativas ao foro por prerrogativa de função – também conhecido como foro privilegiado. Como se sabe, no Brasil, o constituinte foi pródigo no reconhecimento de hipóteses de foro por prerrogativa de função, alcançando milhares de pessoas ocupantes de funções públicas – em número muito maior, pelo que consta, do que o de qualquer outra democracia constitucional. Na prática, o foro privilegiado se converteu em causa de impunidade, pois os tribunais, especialmente o próprio STF, costumam ser muitíssimo mais lentos do que os juízes monocráticos na instrução e julgamento das ações penais. Com isso, torna-se comum a prescrição ou o grave retardamento da imposição da pena, gerando, em ambos os casos, a sensação de impunidade.

Ademais, o foro privilegiado compromete o adequado funcionamento das cortes, que se tornam juízos de 1º grau em causas criminais, para o que não são vocacionadas. O STF, por exemplo, acaba sendo desviado do seu papel institucional maior de guardião da Constituição, para gastar boa parte do seu tempo e de sua energia atuando como corte penal de políticos, com claro prejuízo para a funcionalidade do sistema constitucional. Nesse cenário, o ideal seria a aprovação de reforma constitucional que eliminasse ou restringisse drasticamente as hipóteses de foro privilegiado. Contudo, enquanto isso não ocorre, o Supremo vem, ao longo do tempo, adotando interpretações restritivas do instituto, alicerçadas, dentre outros argumentos, no princípio republicano.

21 STF ADI 978, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 17.11.95.

22 STF Inq. 672 - QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 16.09.92.

23 STF ADI 4.764, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, Red. do ac. Min. Roberto Barroso, julg. 04.05.2017. Nesse julgamento, firmou-se a seguinte tese: "*É vedado às unidades federativas instituírem normas que condicionem a instauração de ação penal contra o Governador, por crime comum, à prévia autorização da casa legislativa, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça dispor, fundamentadamente, sobre a aplicação de medidas cautelares penais, inclusive o afastamento do cargo*".

Com efeito, o STF já decidiu que o foro privilegiado cessa, quando o agente público deixa de exercer o cargo que o justificava, invalidando lei que determinara o contrário.²⁴ Mais recentemente, a Corte, seguindo proposta do Ministro Luís Roberto Barroso, decidiu que o foro privilegiado de parlamentares federais só se aplica aos crimes praticados no exercício do mandato e em função dele.²⁵

Porém, nem tudo são flores na jurisprudência do STF sobre o tema da responsabilização dos agentes políticos. Em outro caso, por apertada maioria de 6 votos contra 5, a Corte reverteu orientação recente sobre a matéria, assentando que a exigência de aprovação legislativa para a prisão em flagrante delito de parlamentares, prevista no art. 53, § 2º, da Constituição, também se estende à concessão de medidas cautelares penais diferentes da prisão, que possam embarçar o livre exercício do mandato.²⁶ Penso que seria mais consentânea com o princípio republicano a tese oposta, acolhida pelo relator do feito, Min. Edson Fachin, segundo a qual “*ao Poder Legislativo, a Constituição outorgou, pela regra de seu art. 53, § 2º, apenas o poder de relaxar a prisão em flagrante, forte num juízo político. Estender essa competência para permitir a revisão, por parte do Poder Legislativo, das decisões jurisdicionais sobre medidas cautelares penais, significa ampliar a referida imunidade (...) em ofensa ao postulado republicano e à própria independência do Poder Judiciário*”.

Sem embargo, o STF não estendeu para os deputados estaduais o entendimento firmado em tal julgamento – que teve como pano de fundo o afastamento do senador Aécio Neves (PSDB/MG) das suas funções congressuais. Isso apesar do disposto no art. 27, § 1º, da Constituição que prevê a aplicação aos deputados estaduais do mesmo regime sobre imunidades estabelecido para os parlamentares federais. O tema encontra-se em discussão no STF no momento de finalização deste texto, mas já se formou maioria na Corte no sentido de que as medidas cautelares diferentes da prisão em flagrante podem ser impostas pelo Judiciário aos deputados estaduais, sem necessidade de submissão do decidido às assembleias legis-

24 STF. ADI 2.797, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006.

25 STF, AP 937 – QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, julg. 03.05.2018. A decisão tratou apenas do foro por prerrogativa de parlamentares federais, mas a *ratio* parece aplicável a qualquer hipótese de foro privilegiado: este só deve se aplicar aos crimes praticados no exercício da função pública que justifica o foro, e em razão desse exercício.

26 STF. ADI 5.526, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, Red. do ac. Min. Alexandre de Moraes, julg. 11.10.2017. A orientação então revertida formara-se no julgamento unânime da AC 4070, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, julg. 05.05.2016, a qual resultou no afastamento de Eduardo Cunha das suas funções parlamentares.

lativas.²⁷ Diante do teor expresso do art. 27, § 1º, da Constituição, tenho dificuldade em compreender a diferença de entendimento nos dois casos. Para mim, em ambos, não cabe a deliberação legislativa sobre a decisão judicial, que não se compatibiliza nem com o princípio republicano, nem com a cláusula da separação de poderes, a qual preserva a independência das decisões judiciais diante dos poderes políticos.

3.3. Igualdade republicana: ninguém abaixo e ninguém acima das leis

A igualdade é outro componente fundamental do princípio republicano que não se compatibiliza nem com a instituição de privilégios aos governantes e às elites, nem com a denegação sistemática de direitos aos segmentos excluídos da população. Trata-se, como já salientado, de componente bastante problemático na sociedade brasileira, por razões históricas, econômicas e culturais.

Afinal, o Brasil tem níveis de desigualdade social absurdos e inaceitáveis. Entre nós, a desigualdade tem também forte componente racial, resultado não só de quase quatro séculos de escravidão negra e do genocídio indígena, como também da persistência do racismo nas nossas relações sociais. E a desigualdade ainda atinge gravemente a outros grupos, diante da existência de discriminação social fundada em critérios como gênero, deficiência, orientação sexual e religião.

A desigualdade no Brasil não é apenas material. Nem mesmo a igualdade formal, que se alicerça na compreensão de que as pessoas devem ter os mesmos direitos, chegou a ser plenamente absorvida pela nossa cultura. Esta ainda se vale, por vezes, de categorias estamentais para a distribuição de direitos e deveres, se não na letra da lei, pelo menos no mundo real. Como salientou Jessé de Souza, “*para que haja eficácia da regra da igualdade é necessário que a percepção da igualdade na dimensão da vida cotidiana seja efetivamente internalizada*”,²⁸ o que ainda não ocorre plenamente entre nós.

Evidentemente, o regime republicano vê-se comprometido diante de tamanha desigualdade. Em uma república, as relações travadas em sociedade devem ser horizontais, entre pessoas que se reconheçam e se

27 STF, ADI 5.823- MC, Rel. Min. Marco Aurélio; ADIs 5.824-MC e 5.825-MC, Rel. Min. Edson Fachin, julgamentos em curso.

28 Jessé de Souza. "A gramática social da desigualdade brasileira". In: Jessé de Souza (Org). *A Invisibilidade da Desigualdade Brasileira*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 31.

tratem como iguais. Nas palavras de Philip Pettit, a república está intimamente ligada à capacidade de cada cidadão “*de olhar os demais no olho, sem ter que se curvar ou que temer*”.²⁹ Essa horizontalidade é gravemente prejudicada no país tanto pela persistência da lógica estamental, como pelas abissais diferenças socioeconômicas. E ela também é comprometida pela falta de reconhecimento adequado das diferenças identitárias, que estigmatiza e humilha os integrantes de determinados grupos sociais não hegemônicos.³⁰

O princípio da isonomia abarca tanto a *igualdade perante a lei*, voltada a impedir discriminações e favoritismos no processo de aplicação das normas jurídicas, como a *igualdade na lei*, que veda a edição de normas jurídicas discriminatórias. O ideário republicano abrange essas duas dimensões, e ambas geram problemas no Brasil.

No campo da igualdade perante a lei, existe amplo contingente de pessoas que simplesmente não consegue exercer, na prática, os direitos garantidos pela ordem jurídica.³¹ São os presos, os favelados, a população de rua, dentre outros grupos de excluídos. Eles normalmente não se beneficiam das normas jurídicas vigentes, como se estivessem fora do contrato social. Relacionam-se com o Estado sobretudo pelo contato com o seu aparelho repressivo-punitivo: são as vítimas das execuções sumárias; os favelados “*esculachados*” pela polícia em suas operações; as pessoas que lotam as nossas “*masmorras medievais*”.

Um claro exemplo de violação antirrepublicana da igualdade perante a lei se dá na aplicação da Lei de Entorpecentes.³² Quando a polícia flagra jovens negros e pobres na posse de pequenas quantidades de droga, enquadra-os como traficantes e eles são presos. Mas quando as mesmas quantidades são encontradas com pessoas de classe social mais elevada, essas são tratadas como consumidoras e não se sujeitam ao cárcere.

Já um nítido exemplo de ofensa à república pela violação da igualdade na lei consiste na previsão de prisão especial para pessoas com curso

29 Philippe Pettit. “The Republican Ideal of Freedom”. In: David Miller (Ed.). *The Liberty Reader. Op. cit.*, p. 231.

30 Tratei do direito ao reconhecimento em Daniel Sarmiento. *Dignidade da Pessoa Humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 241-298. Sobre o tema, veja-se também Nancy Fraser e Axel Honneth. *From distribution to recognition: a political-philosophical Exchange*. London: Verso, 2003.

31 Veja-se, a propósito, Marcelo Neves. “Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados*” *Revista de Ciências Sociais*, v. 37, n. 2, 1994; e Oscar Vilhena Vieira. “A desigualdade e a subversão do Estado de Direito”. In: Daniel Sarmiento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

32 Cf., e.g., Luciana Boiteux. *A Desproporcionalidade da Lei de Drogas: os custos humanos e econômicos da atual política no Brasil*. Rio de Janeiro: TNI, 2003.

superior.³³ Não há qualquer razão plausível que justifique o melhor tratamento no cárcere, antes da condenação definitiva, das pessoas mais cultas – quase sempre também as mais ricas e mais brancas. Pela sua instrução, até se pode presumir que tais pessoas tiveram mais chance do que os demais presos de seguir outros caminhos de vida, longe da criminalidade. Nada obstante, o privilégio, que tem o sabor do Antigo Regime, vigora entre nós, quase sem contestações.³⁴

3.4. Liberdade contra a tirania e a sujeição: a não dominação

Na história das ideias, a república sempre foi associada à liberdade política. O republicanismo valoriza os governos limitados, rejeitando todas as formas de despotismo, ao mesmo tempo em que estimula a participação popular no exercício do poder, como será visto adiante.

Na filosofia política,³⁵ o republicanismo desenvolveu compreensão própria de liberdade, a qual não se confunde com aquela tradicionalmente sustentada pelo liberalismo, que a enxerga como ausência de constrangimento externo à ação do agente.³⁶ A liberdade, para o republicanismo, é concebida como “não dominação”.³⁷ Nessa perspectiva, a submissão a leis gerais e abstratas, compatíveis com a lógica do Estado de Direito (*rule of law*), não é vista como problema para a liberdade. Mas a sujeição dos cidadãos aos caprichos e preferências das autoridades e governantes, sim.

Por isso, o republicanismo demanda o emprego de técnicas de controle do poder estatal: separação de poderes, sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), submissão das autoridades ao princípio da legalidade

33 A prisão especial encontra-se prevista e disciplinada no art. 295 do Código de Processo Penal.

34 Veja-se, a propósito, Valquíria Padilha. "A distinção por trás das grades: reflexões sobre a prisão especial". *Revista de Sociologia Jurídica*, n. 4, 2007. Saliente-se, por oportuno, que a prisão especial foi questionada no STF por meio da ADPF 334, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República.

35 Não será objeto de análise aprofundada neste estudo a corrente filosófica conhecida como republicanismo. Vale, porém, consignar que, na contemporaneidade, o republicanismo é uma linha importante do pensamento que critica o liberalismo político, acusando-o de endossar visão excessivamente atomizada e individualista da sociedade. Sem abandonar a defesa dos direitos fundamentais, que marca o liberalismo, o republicanismo incorpora outras preocupações centrais à sua agenda, como a valorização da participação do cidadão na coisa pública e o cultivo de virtudes cívicas. Veja-se, a propósito, Maurizio Virolli. *Republicanism*. New York: Hill and Wang, 2002; Philip Pettit. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press, 1996; Frank Michelman. "Law's Republic". *Yale Law Journal*, v. 97, n. 8, 1998, p. 1493-1537; Roberto Gargarella. *Las Teorías de la Justicia desde Rawls*. Barcelona: Paidós, 1999, p. 181-186.

36 A visão liberal clássica da liberdade como ausência de interferência externa foi canonicamente exposta por Hobbes: "Liberdade significa, em sentido próprio, a ausência de oposição (entendendo por oposição os movimentos externos do movimento)" (Thomas Hobbes. *O Leviatã*. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 29).

37 Cf., e.g., Philip Pettit. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. *Op. cit.*, p. 51-79; Quentin Skinner. "A Third Concept of Liberty". In: David Miller (Ed.). *The Liberty Reader*. Boulder: Paradigm Publishers, 2006, p. 243-254.

de, garantia de liberdades individuais etc. Em outras palavras, a liberdade republicana não é compatível com arranjos institucionais, formais ou informais que confirmam poderes incontrastáveis a determinados agentes.

Nessa linha, uma das graves ameaças à república que paira atualmente sobre o país é o processo que Diego Werneck Arguelles e Leandro Molhano Ribeiro, em texto instigante, designaram de “ministocracia”³⁸: o poder sem balizas jurídicas que, na prática, cada ministro do STF tem para tomar, individualmente, decisões que interferem de modo profundo na vida do país, por meio, por exemplo, da concessão de liminares monocráticas que vigem por vários anos em temas de grande importância, de pedidos de vista obstrutivos que impedem decisões sobre questões fundamentais etc.

Por outro lado, é igualmente problemática para o republicanismo a inserção dos indivíduos em relações políticas, sociais e econômicas caracterizadas pela dependência e pela subordinação, que, na prática, sufoquem a sua liberdade. O ideário republicano visa também a assegurar a cada cidadão as condições necessárias para o exercício da sua liberdade, não só perante o Estado, como também diante dos poderes sociais privados. Essa pretensão requer, muitas vezes, a intervenção estatal nas relações sociais. Portanto, a república não se concilia com o abstenteísmo do Estado diante de fortes assimetrias de poder e opressão das partes mais vulneráveis. Republicanos normalmente endossam a conhecida máxima de Lacordaire: “entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o mestre e o senhor, é a liberdade que oprime e a lei que liberta”.³⁹

3.5. Separação entre o público e o privado: impessoalidade, transparência e controle na gestão da coisa pública

A república exige clara separação entre a coisa pública e o domínio privado, com a garantia de impessoalidade, transparência e controle na gestão da *res publica*. Os agentes do Estado não cuidam do que é seu, mas de toda a coletividade. Por isso, não podem se relacionar com a coisa pública do mesmo modo como lidam com seus assuntos e interesses particulares, submetendo-os aos seus desejos e preferências pessoais.

38 Diego Werneck Arguelles e Leandro Molhano Ribeiro. "Ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro". *Novos Estudos CEBRAP*, v. 37, n. 1, 2018, p. 13-32.

39 Jean-Baptiste-Henri Dominique Lacordaire. *Conférences de Notre-Dame de Paris*. Paris: Sagnier et Bray, 1848, p. 246.

O texto constitucional é pródigo em normas voltadas a assegurar essas ideias: os princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade administrativas (art. 37, *caput*); a obrigatoriedade de realização de concursos públicos para investidura em cargo ou emprego público (art. 37, II), e de licitações para a celebração de contratos administrativos (art. 37, XXI); o dever de prestação de contas de todos os que utilizem, guardem, gerenciem ou administrem bens e recursos públicos (art. 70, Parágrafo único). Algumas são tão óbvias, como a vedação de que a publicidade dos órgãos públicos se volte à promoção pessoal de autoridades (art. 37, §1º, CF), que só se explicam pelo temor – fundado, diga-se de passagem – diante da persistência das nossas tradições patrimonialistas.

A impessoalidade envolve o dever estatal de atuar de forma imparcial na gestão da coisa pública, sem que as autoridades favoreçam seus asseclas ou os poderosos, ou prejudiquem desafortunados ou grupos vulneráveis. Apesar da plena vigência do princípio, a prática do nepotismo, com ele francamente incompatível, persistiu no Brasil por bastante tempo após a promulgação da Carta de 88. Em boa hora, o STF reconheceu que o nepotismo não se compatibiliza com a Constituição, e que a sua proibição pode ser diretamente extraída de princípios constitucionais como a impessoalidade, a moralidade administrativa e a própria república.⁴⁰

A ideia de separação do público e do privado alimentou também uma das mais importantes decisões da história do Supremo, que envolveu a proibição do financiamento empresarial de campanhas políticas.⁴¹ Na prática, essas doações permitiam a infiltração excessiva do poder econômico na política brasileira, gerando relações altamente promíscuas entre empresas e candidatos, amplamente documentadas. Além disso, elas contribuíam para tornar mais desigual a nossa esfera eleitoral, por favorecerem o poder dos eleitores e das forças políticas com mais recursos, em

40 STF ADC 12, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 18.12.2009. Tal decisão voltou-se contra o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. Posteriormente, o STF explicitou a vedação dessa prática em todos os poderes e entidade federativas, por meio da edição da Súmula Vinculante nº 12.

41 Em conjunto com Cláudio Pereira de Souza Neto, fui o autor da representação ao Conselho Federal da OAB que resultou no ajuizamento da ADI 4.650, que tratou da matéria. O texto da representação, reproduzido integralmente na petição inicial da OAB, encontra-se em Daniel Sarmento. "Representação ao Conselho Federal da OAB visando ao ajuizamento de ADI contra o financiamento empresarial de campanhas eleitorais". In: *Direitos, Democracia e República: Escritos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 497-518. Tratei também do tema em Daniel Sarmento e Aline Osório. "Uma Mistura Tóxica: política, dinheiro e o financiamento das eleições". In: *Direitos, Democracia e República: Escritos de Direito Constitucional*. *Op. cit.*, p. 113-138.

detrimento da grande maioria da população. Em boa hora, tais doações foram proibidas pelo STF, no julgamento da ADI 4.650.⁴²

A exigência de transparência na gestão da coisa pública também é central no regime republicano. Além de decorrente do princípio da publicidade, ela está diretamente associada ao direito à informação, positivado no art. 5º, incisos XIV e XXXIII, da Constituição. A transparência proporcionada pelo acesso à informação talvez seja o melhor antídoto para a corrupção, para as violações de direitos humanos e para a ineficiência governamental. Na conhecida frase de Louis Brandeis, “*a luz solar é o melhor dos desinfetantes*”.⁴³ Não por outra razão, os regimes autoritários têm ojeriza à transparência, buscando criar redoma de opacidade ao redor das suas atividades, o que frequentemente envolve a censura da imprensa e a perseguição dos críticos.⁴⁴

A imposição de transparência no trato da coisa pública tem sido respaldada por algumas decisões importantes do STF, como a que reconheceu a constitucionalidade de regra que previra a divulgação na internet do contracheque de servidores públicos,⁴⁵ a que afirmou o dever da Justiça Militar de dar aos interessados o pleno acesso aos registros dos seus antigos julgamentos,⁴⁶ e a que exigiu que as votações fossem abertas no processo de *impeachment*, assentando o caráter excepcional do voto secreto dos parlamentares, “*de modo a permitir maior transparência, controle dos representantes e a legitimação do processo*”.⁴⁷ E essa exigência de transparência não se aplica apenas aos Estados, estendendo-se também aos partidos e candidatos nos pleitos eleitorais. Nessa linha, o STF suspendeu a eficácia de norma jurídica que comprometia a transparência das doações de campanha eleitoral, ao permitir a ocultação dos doadores originários, quando fizessem contribuições diretamente aos partidos e não a candidatos.⁴⁸

42 STF. ADI 4.650, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 17.09.2015.

43 Louis Brandeis. “What publicity can do”. *Harpers Weekly*, 20.12.1913.

44 Norberto Bobbio desenvolveu o mesmo argumento com foco na democracia. Nas suas palavras, “*a opacidade é a negação da democracia*”, que pode ser concebida como “*o governo do poder visível, ou o governo cujos atos se desenvolvem em público, sob o controle da opinião pública*”. (“O poder invisível”). In: *A Democracia e o Poder em Crise*. Brasília: Ed. UnB, 1990, p. 211).

45 STF. ARE 652.777, Tribunal Pleno, Relator Min. Teori Zavascki, Dje 1º.07.2015

46 STF. RMS 23.036, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 28.08.2006.

47 STF. ADPF 378 – MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, Dje 08.03.2016.

48 STF. ADI 5394 – MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, julg. 12.11.2015.

A Constituição também fortaleceu o controle sobre a gestão da coisa pública. Além de impor rigorosos limites substantivos aos gestores, ela ampliou os mecanismos de controle jurisdicional da administração. Ademais, robusteceu instituições controladoras, notadamente o Ministério Público (arts. 127 a 130-A) e os Tribunais de Contas (arts. 71 a 75), conferindo-lhes novas competências e maior autonomia. E vários outros órgãos de controle foram instituídos no plano infraconstitucional, nas três esferas federativas. Tudo isso reflete a centralidade do princípio republicano na nossa ordem jurídica.

Sem embargo, cabe aqui uma rápida advertência. A hipertrofia do controle pode gerar problemas, como o excesso de burocratização da administração pública. Ou mesmo a inibição da inovação no setor público, pelo temor dos gestores à punição. Esse último problema se agrava quando existe multiplicidade de órgão controladores, com competências redundantes e entendimentos não necessariamente convergentes sobre a mesma matéria, atuando, por vezes, com base em parâmetros vagos, tais como os princípios da moralidade e da eficiência administrativas. Isso vem ocorrendo no Brasil. A república certamente carece de controle eficaz da gestão da coisa pública, mas não pode prescindir da agilidade da ação estatal.

3.6. A participação do cidadão: direitos e responsabilidades perante a “coisa pública”

O ideário republicano envolve a ideia de que os cidadãos devem participar ativamente na gestão da *res publica*. A compreensão contemporânea de república tem, portanto, muitos pontos de contato com a democracia.⁴⁹

Valoriza-se a autonomia pública do cidadão, partindo-se da premissa de que cada pessoa deve poder fazer as suas escolhas políticas e levá-las à arena pública, seja pelo voto, seja por outros mecanismos, como o exercício da liberdade de expressão, a participação em movimentos sociais e em reuniões públicas etc. Em outras palavras, na república o cidadão não pode ser tratado como dócil ovelha de um rebanho, a ser conduzida por algum “governante-pastor”, que supostamente conheça os caminhos certos para a coletividade.

49 Cf. José Joaquim Gomes Canotilho. "O Círculo e a Linha: da "liberdade dos antigos" à "liberdade dos modernos" na teoria republicana dos direitos fundamentais". In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 7-34.

O republicanismo projeta um ideal ambicioso para a política. Deseja-se que a política – compreendida em sentido amplo – tenha importância para as pessoas, que não devem limitar as suas atividades e atenção aos seus interesses e negócios privados.⁵⁰ Ademais, espera-se que a política não se resuma à disputa entre forças movidas por interesses egoísticos, mas se volte à busca coletiva do bem comum. Nessa chave, a esfera pública é idealmente concebida não como algo similar ao mercado – em que os agentes visam apenas a defender os próprios interesses –, mas como um fórum, em que existe disputa, mas também troca de razões e argumentos objetivando a identificação e persecução do interesse público.⁵¹ Não se afirma que essa seja a realidade da política nas sociedades contemporâneas. Trata-se, isso sim, do ideal normativo a ser perseguido para a construção do Estado republicano.

Por isso, a lógica republicana não se contenta com a garantia de liberdades e de direitos políticos, que o cidadão pode exercer se quiser. Ela é mais exigente, pois almeja fomentar o engajamento político-social das pessoas e o desenvolvimento de virtudes cívicas entre cidadãos.⁵² Sem descuidar dos direitos, a república também enfatiza o papel dos deveres. Dentre eles, destaca a obrigação política de o cidadão se interessar pela construção dos destinos de sua comunidade e de participar desta empreitada coletiva. Como salientou Bresser-Pereira “*o Estado republicano é um sistema de governo que conta com cidadãos engajados que participam do governo juntamente com políticos e servidores públicos*”.⁵³

Essa lógica republicana foi em boa parte acolhida pela Constituição de 88. Daí, por exemplo, a decisão do constituinte de, além de garantir a todo cidadão o direito à propositura de ação popular para a tutela da coisa pública, isentar o autor dessas demandas das custas judiciais e dos ônus da sucumbência, salvo o caso de comprovada má-fé (art. 5º, LXXIII). A previsão indica a clara intenção constitucional de estimular o uso dessa ação, que representa típico instrumento processual de participação republicana. Daí também a opção pelo voto obrigatório (art. 14, §3), que desvela a com-

50 Cf., e.g., Hannah Arendt. “Freedom and Politics”. In: David Miller (Ed.). *The Liberty Reader. Op. cit.*, p. 58-80.

51 Cf., e.g., Rainer Forst. “The Rule of Reasons: Three Models of Deliberative Democracy”. *Ratio Juris*, v. 4, n.4, 2001.

52 Cf. Paulo Ferreira da Cunha. Da constituição antiga à constituição moderna: república e virtude. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 5, v.2, 2008.

53 Luiz Carlos Bresser-Pereira. *Construindo o Estado Republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 165.

preensão de que o voto não é apenas um direito subjetivo – como prefere o pensamento liberal – mas também um dever cívico. Daí, ainda, a previsão de instrumentos de democracia participativa no texto constitucional – plebiscito, referendo e iniciativa popular de leis (art 14, I, II e III) –, infelizmente tão pouco utilizados nestes trinta anos de vigência da Carta de 88. Daí, finalmente, a definição de que o direito à educação não se presta apenas para formar pessoas para a o mercado de trabalho e para a vida privada, mas visa também a prepará-las “*para o exercício da cidadania*” (art. 212).

O olhar republicano sobre deveres e virtudes cívicas é importante, por temperar os excessos de individualismo que muitas vezes caracterizam o discurso constitucional do liberalismo. Nada obstante, esse condimento deve ser usado com moderação. O republicanismo pode assumir viés autoritário, se alentar a pretensão de criar “um novo homem”, ou de erguer uma “religião civil” em torno do Estado, de suas normas e instituições.

4. O QUE O PRINCÍPIO REPUBLICANO NÃO DEVE SER: NÃO AO REPUBLICANISMO SELETIVO, AO REPUBLICANISMO DOS HERÓIS MASCARADOS E AO JACOBINISMO REPUBLICANO

Como já ressaltado, a “república” vem sendo invocada com frequência cada vez maior no Brasil, geralmente para criticar práticas que se desviam do seu ideário. Trata-se de bom sinal, de que condutas erradas, contrárias aos valores republicanos, estão deixando de ser toleradas pela sociedade. Há, porém, alguns abusos nessa invocação que devem ser denunciados e combatidos. Explico, a seguir, os três que me parecem mais graves e salientes no cenário brasileiro contemporâneo.

O primeiro é o *republicanismo seletivo*. O republicano seletivo é duro e rigoroso na crítica e no combate aos desvios éticos dos adversários políticos. Mas é manso e complacente quando se depara com práticas similares envolvendo pessoas próximas ou do mesmo campo ideológico. É o “republicanismo” daqueles que, nos dizeres irônicos de Luís Roberto Barroso, “*têm corruptos de estimação*”. Evidentemente, não se trata de verdadeiro republicanismo, o qual pressupõe o respeito irrestrito à igualdade.

Na esfera da política partidária, esse é um vício comum, certamente condenável, mas quase natural de tão disseminado: os que estão de um lado, apressam-se em condenar os adversários por qualquer falha mo-

ral, real ou imaginada; porém, são cegos ou excessivamente “benévolos” quando problemas similares ocorrem no seu campo. Muito mais preocupante é quando tal desvio atinge instituições que deveriam se manter politicamente neutras. As oscilações injustificadas na jurisprudência do STF sobre temas ligados à responsabilização de políticos parecem representativas desse grave problema.

Outro desvio é o *republicanismo dos heróis mascarados*. Ele ocorre quando setores da sociedade, cansados diante de graves problemas que parecem invencíveis, como a corrupção, deixam-se seduzir pela ideia de que a república só pode ser construída pela ação voluntarista de alguns “heróis”, e passam a tolerar, quando não a aplaudir, seus excessos e arbitrariedades. No Brasil atual, esses heróis mascarados são sobretudo juízes, integrantes do Ministério Público e delegados envolvidos na persecução e jurisdição penal.

A operação Lava Jato tem dado, certamente, grande contribuição ao país, por revelar as entranhas da corrupção na máquina pública, e levar o Direito Penal ao andar de cima da pirâmide social, desafiando a sua histórica seletividade. Mas ela tem também produzido em grande escala esse republicanismo dos heróis mascarados, muito danoso para o Estado de Direito e para os próprios valores republicanos.

A crença na salvação nacional pela ação de vingadores mascarados gera vários problemas. Nessa lógica, a república deixa de ser concebida como uma construção da cidadania, dependente do funcionamento adequado das instituições e do engajamento cívico das pessoas, para se converter em dádiva concedida por heróis, e deles dependente. O povo não é visto como agente de transformação, mas como mero espectador de um filme de faroeste, cabendo-lhe apenas torcer para que os *cowboys* derrotem os bandidos.

Pior ainda, cria-se ambiente de tolerância em relação a excessos e violações de direitos cometidas pelos “heróis”. Esses excessos são muitas vezes aplaudidos pela sociedade, e qualquer crítica contra eles, ou tentativa institucional de limitá-los, é logo vista como manifestação de apoio e de cumplicidade diante de práticas corruptas. Contudo, o republicanismo não rima com a tirania ou com o culto à personalidade. A república é a antítese do despotismo. Por isso, o *republicanismo dos heróis mascarados* tampouco é compatível com o princípio da república, nos termos em que está consagrado em nossa ordem constitucional.

Há ainda o *jacobinismo republicano*, que aceita sacrificar direitos fundamentais no “altar da república”. A defesa dos valores republicanos – especialmente, o combate à corrupção – é vista como fim maior, que legitima graves restrições aos direitos humanos. O objetivo é promover a “salvação pública” e a nobreza do fim justifica qualquer meio empregado. O jacobinismo republicano tem pontos de contato com o republicanismo dos heróis mascarados, mas dele se diferencia por não envolver necessariamente a veneração personalista dos supostos salvadores da pátria.

O jacobinismo republicano é também perigosíssimo. Ao longo da história, ideias e movimentos similares já eliminaram milhões de vidas. Direitos fundamentais são “trunfos”,⁵⁴ que não devem ser sacrificados, mesmo que para a promoção de objetivos muito relevantes, tais como a luta contra a corrupção. O republicanismo que vale à pena não é avesso ou indiferente aos direitos fundamentais. Pelo contrário, ele toma a proteção e promoção desses direitos, em bases equânimes e igualitárias, como uma das suas maiores missões. Ele não concebe a existência de um “bem superior” cuja preservação justifique o generalizado atropelo a direitos fundamentais. Muito menos aceita a instituição, em seu nome, de um estado de exceção,⁵⁵ em que tudo se torne aceitável, desde que voltado ao objetivo maior de “purificar” a sociedade dos seus vícios.

Esse tema provoca discussões candentes no campo penal. De um lado, há os que se opõem a qualquer mudança no *status quo*, que é de uma justiça penal seletiva, que pune os pobres e negros mas não alcança os ricos e poderosos. Criticam de forma generalizada a criminalização da política, como que defendendo nossa arcaica tradição de impunidade dos políticos que cometem crimes. Do outro, há aqueles que, evocando ideias republicanas de combate à corrupção e à impunidade, pretendem trocar direitos e garantias pela maior facilidade na aplicação de punições e de restrições à liberdade.

54 A ideia de que os direitos fundamentais representam “trunfos”, que devem prevalecer sobre outros objetivos políticos, inclusive os ligados à promoção do bem-estar da comunidade, foi desenvolvida com densidade por Ronald Dworkin. Veja-se, a propósito, Ronald Dworkin. “Rights as Trumps”. In: Jeremy Waldron (Ed.). *Theories of Rights*. Cambridge: Oxford University Press, 1984.

55 A teoria do estado de exceção foi explicitamente invocada em acórdão do TRF da 4ª Região, para justificar e validar medidas heterodoxas impostas pelo Juiz Sérgio Moro no âmbito da Operação Lava Jato (cf. TRF da 4ª Região, P.A. nº 003021-32.2016.4.04.8000/RS, Corte Especial, Relator Des. Federal Rômulo Pizzolati, julg. 23.09.2016, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regas-casos.pdf>).

As duas lógicas estão erradas. Nessa matéria, é fundamental separar o joio do trigo, para diferenciar os privilégios injustificáveis em uma república – que devem ser banidos –, das garantias indispensáveis para um processo justo, as quais devem valer de modo igual para todos, pobres ou ricos, amigos ou adversários dos governantes da ocasião. Inclusive porque a relativização de garantias constitucionais, mesmo que concebida para viabilizar a responsabilização “dos poderosos”, acaba fatalmente atingindo a clientela tradicional da justiça penal, tirando mais direitos dos excluídos.

5. CONCLUSÃO

Nesses trinta anos de vigência da Constituição de 88, houve avanços no que concerne à efetivação do princípio republicano. Estamos ainda muito longe de superar o patrimonialismo, a desigualdade e a corrupção, mas certas práticas e situações que antes eram toleradas e naturalizadas – como o nepotismo, a “carteirada” e a imunidade penal dos ricos e poderosos – já são rejeitadas ou pelo menos questionadas.

É verdade que nossos problemas nessa área não são somente jurídicos, mas sobretudo culturais, econômicos e políticos. Eles não se localizam apenas no Estado, mas igualmente na própria sociedade. O seu combate enfrenta fortes resistências dos que sempre se beneficiaram do *status quo*. Por isso, superar tais déficits republicanos é tarefa tão difícil.

A Constituição não é onipotente, mas é possível utilizá-la como instrumento de luta nesse *front*, não só nos tribunais – em que, aliás, o desrespeito aos valores republicanos também se manifesta com frequência –, como também nas instâncias políticas e administrativas, e, sobretudo, nas mobilizações da cidadania no espaço público. Fazê-lo é das mais importantes tarefas para o constitucionalismo brasileiro para os próximos trinta anos.

A missão é edificar uma república que combata, sim, a corrupção – que tanto mal faz ao povo brasileiro –, sem seletividade e com respeito incondicional aos direitos fundamentais. Mas, além e acima disso, uma república que se devote à inclusão no contrato social dos que sempre foram tratados como subcidadãos. Uma República inclusiva. ❖

Os Sete Pecados Capitais da Teoria da Interpretação

The Seven Capital Sins of the Interpretation Theory

Gustavo Tepedino¹

Professor Titular e ex-Diretor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.

RESUMO: O triunfo do constitucionalismo democrático e da doutrina da efetividade traz consigo um novo papel do intérprete. A magistratura, nesse contexto, possui a responsabilidade de concretizar, a partir da atividade jurisdicional, os valores e fins constitucionais, o que, por vezes, poderá representar ativismo judicial, na medida em que se revelar necessário interferir na esfera de atuação dos demais Poderes. A noção de ativismo, portanto, como ruptura do formalismo positivista, mostra-se benfazejo e alvissareiro método hermenêutico em prol da efetividade dos comandos constitucionais, contanto que se estabeleçam balizas pré-definidas para a atuação do magistrado, evitando, assim, desequilíbrio na moldura institucional em que se assentam as democracias contemporâneas. O artigo propõe, nessa linha, reflexão acerca do ativismo judicial na experiência brasileira, passando, necessariamente, pelo destaque do esforço metodológico das últimas décadas na construção de hermenêutica que seja, a um só tempo, comprometida com a efetividade das normas constitucionais na complexidade do ordenamento e vinculada à estrutura institucional da democracia constitucional. Procura-se ilustrar – ainda que de forma reducionista – os perigos que se camuflam na adoção de técnica interpretativa conservadora na figura dos sete pecados capitais, destacando a importân-

¹ O autor agradece vivamente ao Prof. Francisco de Assis Viégas, Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UERJ, pela colaboração na pesquisa desenvolvida e revisão do texto.

cia que assume a fundamentação das decisões, para que se contorne, sem ignorar a axiologia constitucional, a tênue linha divisória entre a atuação alvissareira do magistrado e o voluntarismo ideológico.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo democrático; Teoria da interpretação; Ativismo judicial.

ABSTRACT: The triumph of democratic constitutionalism and the legal effectiveness of the Constitution brings a new role of the interpreter. The judiciary, in this context, has the responsibility to realize, with the jurisdictional activity, constitutional values and purposes, which sometimes may represent judicial activism, especially when it becomes necessary to interfere in the sphere of action of the other branches. Therefore, the notion of activism, so as rupture of positivist formalism, appears as a beneficent hermeneutical method in favor of the effectiveness of constitutional provisions, as long as pre-defined standards are established for the performance of the judge, thus avoiding imbalances in the institutional frame that is immanent to contemporary democracies. The article proposes a reflection on judicial activism in the Brazilian experience, highlighting the methodological effort to build hermeneutics that is, at once, committed to the legal effectiveness of the Constitution and linked to the institutional framework of a constitutional democracy. The dangers camouflaged in the adoption of conservative interpretative technique are illustrated – although in a reductionist way – in the figure of the seven deadly sins, emphasizing the importance of motivated decisions to overcome, without ignoring the constitutional axiology, the thin line between auspicious acting and ideological voluntarism.

KEYWORDS: Democratic constitutionalism; Hermeneutic theory; Judicial activism.

SUMÁRIO: Introdução; – 1. Realidade social e fenômeno jurídico na complexidade do ordenamento; – 2. Dificuldades entre a teoria e prática. Os sete pecados capitais: a preguiça; – 3. Os demais pecados capitais: o orgulho; a ganância; a inveja; a avareza; a gula; a luxúria; – 4. Notas conclusivas.

INTRODUÇÃO

Muito se tem debatido acerca das possibilidades e limites do que se tem designado, genericamente, como *ativismo judicial*. O fenômeno, que suscita intensa controvérsia, não pode ser tratado de maneira unitária e maniqueísta, ora como discurso sedicioso em favor de concepção política contrária ao ordenamento, ora como ardil antidemocrático a ser combatido. No tempo que passa, mostra-se notável a evolução do papel da magistratura, especialmente após a Constituição de 1988, que deflagrou o itinerário vitorioso da efetividade das normas constitucionais, notadamente nas relações privadas.² A vetusta imagem, cunhada por Montesquieu, do juiz como “*la bouche de la loi*”, encontra-se definitivamente afastada da teoria da interpretação.³

O novo papel da magistratura, contudo, longe de configurar tendência usurpadora da soberania popular, representa aspecto significativo do denominado constitucionalismo democrático,⁴ legitimado na experiência brasileira pela Constituição da República, no âmbito do qual o ativismo judicial permite a atuação jurisdicional direcionada à concretização dos valores e fins constitucionais, com interferência crescente no espaço de atuação dos demais Poderes.⁵ Os limites, portanto, dessa interferência é que devem ser objeto de reflexão por parte da teoria da interpretação, para que sejam estabelecidos critérios de preservação da segurança jurídica.

2 Confira-se, acerca do significado hermenêutico da aproximação entre direito público e direito privado, Gustavo Tepedino, “Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil”, in *Temas de Direito Civil*, t. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 4ª ed., p. 20 e ss.

3 Já se destacou, nesta linha, o ocaso da subsunção na teoria da interpretação, tendo em vista que, “se o ordenamento é unitário, moldado na tensão dialética da argamassa única dos fatos e das normas, cada regra deve ser interpretada e aplicada a um só tempo, refletindo o conjunto das normas em vigor. A norma do caso concreto é definida pelas circunstâncias fáticas na qual incide, sendo extraída do conjunto normativo em que se constitui o ordenamento como um todo” (Gustavo Tepedino, “O ocaso da subsunção”, Editorial, in *Revista trimestral de direito civil*, v. 34, abr.-jun./2008).

4 A expressão denota o reconhecimento de que a democracia não se esgota no respeito ao princípio majoritário, pressupondo antes o acatamento das regras do jogo democrático, que incluem a garantia de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República, de modo a viabilizar efetiva participação igualitária do cidadão na esfera pública, com a indispensável tutela das minorias. Tal noção de democracia é comungada por grande parte dos teóricos contemporâneos. Por todos, v. Jürgen Habermas, “Popular sovereignty as procedure”, in *Deliberative democracy*, org. James Bonham and William Rehg, Cambridge, The MIT Press, 1997, p. 49: “Human rights do not compete with popular sovereignty; they are identical with the constitutive conditions of a self-limiting practice of publicly discursive will-formation. The separation of powers is then explained by the logic of application and supervised implementation of laws that have been enacted through such a process”.

5 Luís Roberto Barroso, “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”, in *Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*, org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Roberto Fragale Filho; Ronaldo Lobão, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 279.

Nessa medida, a noção de ativismo, como ruptura do formalismo positivista, mostra-se benfazejo e alvissareiro método hermenêutico em prol da efetividade dos comandos constitucionais, especialmente levando-se em conta o ambiente de justiça transicional identificado pela doutrina constitucionalista no processo político brasileiro.⁶ Entretanto, a ausência de balizas pré-definidas para a atuação do magistrado pode gerar desequilíbrio na moldura institucional em que se assentam as democracias contemporâneas, com a separação do poder político entre as esferas administrativa, legislativa e judiciária.⁷ No modelo contemporâneo de equilíbrio entre poderes,⁸ a atuação dos agentes públicos, entre a ousadia e a prudência, mostra-se imprescindível na efetivação dos preceitos constitucionais.

Certo é que ao intérprete, independentemente de sua boa intenção em favor de certos direitos com assento no ordenamento, não é dado julgar conforme a sua consciência,⁹ encontrando-se vinculado à ordem jurídica como um todo, em cujo contexto caberá construir solução para os casos concretos a partir dos princípios constitucionais, o mais das vezes veiculados por meio da técnica das cláusulas gerais. A partir desta técnica, as Constituições e os legisladores contemporâneos, convencidos de sua própria incapacidade para regular todas as numerosas e multifacetadas situações nas quais a pessoa humana se insere e exige tutela, franqueiam espaço amplo de atuação do intérprete, o qual, contudo, não poderá se afastar do dever de promoção da axiologia constitucional. Insere-se nesse contexto a reflexão acerca do ativismo judicial na experiência brasileira, ressaltando-se o esforço metodológico das últimas décadas na construção de hermenêutica que seja, a um só tempo, comprometida com a efetividade das normas constitucionais na complexidade do ordenamento e vinculada à estrutura institucional da democracia constitucional, em que não se admitem soluções subjetivas e discricionárias por parte da magistratura, descompromissadas com os valores do sistema jurídico.

6 Sobre a complexa transição jurídica entre os regimes autoritário e democrático, v. Luís Roberto Barroso, “Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos”, in *Temas de direito constitucional*, t. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 50 e ss. Na mesma linha, cfr. Daniel Sarmento, *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 102 e ss.

7 Por todos, Gustavo Binimbojm, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 91 e ss.

8 Sobre o tema, v. Carlos Ayres Britto, “Separação dos Poderes na Constituição Brasileira”, in *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 4, mai./2011, p. 42 e ss.

9 Assim, Luís Roberto Barroso, “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”, *op. cit.*, p. 280.

1. REALIDADE SOCIAL E FENÔMENO JURÍDICO NA COMPLEXIDADE DO ORDENAMENTO

A alteração do perfil do Poder Judiciário coincide com a crescente solução de controvérsias interprivadas com fundamento em princípios constitucionais nem sempre refletidos na legislação infraconstitucional, cuja aplicação mecânica, no caso concreto, levaria ao sacrifício de valores constitucionalmente relevantes. Daí a necessária reflexão sobre a denominada *constitucionalização do direito civil*, que se associa à mudança do papel do Código Civil nas relações jurídicas de direito privado.

O despertar do Direito Civil (e, por conseguinte, da magistratura) para a vida além do Código, na tentativa de abrir o sistema e buscar o conteúdo normativo dos preceitos codificados a partir do compromisso constitucional da sociedade relaciona-se, por sua vez, a duas circunstâncias históricas que alteraram radicalmente a preocupação da civilística nas últimas décadas, relativizando os confins entre o direito público e o privado: (i) A dignidade da pessoa humana alçada a paradigma axiológico das relações privadas; (ii) As novas tecnologias, que alteram fundamentalmente a dogmática concernente à autonomia privada, tanto do ponto de vista subjetivo, quanto dos pontos de vista objetivo e formal. Deve-se conceber a constitucionalização do direito civil, portanto, não como o deslocamento topográfico de normas de direito privado para cartas políticas ou tratados internacionais, mas como procedimento metodológico de compreensão do ordenamento em sua complexidade, no âmbito do qual os valores constitucionais se incorporam aos normativos e à própria racionalidade da legislação infraconstitucional.

Cuida-se de trajetória que invoca a profunda alteração do papel das codificações atuais em relação ao Códigos dos Séculos XVIII e XIX, dentre os quais se destaca a primeira codificação brasileira, cujo pensamento cultural ainda povoa o imaginário de muitos doutrinadores na atualidade. Com efeito, o Código Civil de 1916 refletia o pensamento dominante das elites europeias do século XIX, marcadamente individualista e liberal. O indivíduo, considerado sujeito de direito por sua capacidade de ser titular de relações patrimoniais, deveria ter plena liberdade para a apropriação, de tal sorte que o direito civil se estruturava a partir de dois grandes pilares, o contrato e a propriedade, instrumentos que asseguravam o tráfego jurídi-

co de aquisição e de preservação do patrimônio. Expressão normativa da Escola da Exegese, movimento inspirado pelo racionalismo, cujas origens romano-medievais foram retomadas e reelaboradas nos séculos XVIII e XIX, o Código Civil pretendia ser o corpo jurídico único e exclusivo das relações patrimoniais. Tal exclusividade normativa constituía elemento de segurança social.¹⁰

O Código Civil exercia esse papel de corpo normativo único das relações patrimoniais privadas e atendia plenamente à preocupação – que se tornou um verdadeiro mito – da completude, como forma de oferecer segurança à sociedade burguesa quanto às chamadas regras do jogo. O juiz tem o dever de julgar todos os casos que lhe são submetidos, e, em seu julgamento, deve se basear na lei, que por sua vez trata de todas as possíveis situações em que o sujeito de direito se vê em conflitos. O esquema se completava com a atribuição de grande espaço para a autonomia da vontade, de modo que as partes contratantes pudessem completar, nos casos concretos, a tarefa do legislador, que se limitava a reprimir ilícitos. Transferem-se aos contratantes, assim, os riscos e o sucesso da livre iniciativa, destinada à acumulação de capital. O dogma representado pela completude, na ideologia do liberalismo, fazia com que, de um lado, se situasse o Código Civil como norma exclusiva, levando-se ao extremo o monopólio estatal da produção legislativa concentrado em um único monumento legislativo. Por outro lado, exasperava-se a dicotomia entre o direito público e o direito privado: o direito público, responsável pelas garantias do cidadão perante o Estado, e o direito privado, expressão da razão e da natureza das coisas, conferia liberdade absoluta de contratação e de apropriação. Tais circunstâncias explicam o chamado significado constitucional do Código Civil para as relações de direito privado, bem como a compreensão da norma constitucional como mera norma de organização política, que tem como destinatário o legislador ordinário.

¹⁰ Tullio Ascarelli, em página de aguda atualidade, analisa o conflito entre as codificações do Século XIX, moldadas por valores de sociedades rurais e pré-industriais, e a realidade econômica pós-industrial, especialmente após o segundo pós-guerra europeu, a exigir do intérprete a “reconstrução tipológica da realidade”. É ver-se: “È così la stessa necessità di umana applicazione del diritto, in una realtà sempre mutevole perchè identica con la stessa storia umana, che impone la continua ricostruzione tipologica alla quale è indotto l'interprete e proprio per conciliare con la storicità e la concretezza della realtà, la costanza di un dato in realtà così sempre rinnovato nel rinnovamento di quella schematizzazione della realtà alla quale si riferisce la disciplina, perciò stesso (e solo perciò) applicabile. Accanto a quelle che, riprendendo il passo paulino, diremo le regule juris, i riassunti mnemonici della disciplina, incontreremo sempre quei concetti (o, se vuoi, pseudoconcetti) che, servendo a determinare lo stesso ambito di applicazione della norma, altrimenti inapplicabile, atengono a una costruzione tipologica della realtà in funzione della norma” (*Problemi giuridici*, tomo primo, Milano: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1959, pp. 75-76).

Este estado de coisas, cujo itinerário não se pode aqui percorrer, vai se alterando na Europa desde o início do século XX, e no Brasil a partir dos anos 30, com a intervenção do Estado na economia, que resultaria no fenômeno conhecido como dirigismo contratual. O Direito Civil, assim como os outros ramos do chamado direito privado, assistiu a uma profunda intervenção por parte do Estado, na tentativa de evitar que a exasperação da ideologia individualista – ao invés de gerar o que se imaginara no século anterior, ou seja, a riqueza das nações e das pessoas – continuasse a acirrar as desigualdades, com a formação de novos miseráveis, tornando inviável até mesmo o regime de mercado, essencial ao capitalismo. A partir dessa intervenção do Estado e da configuração do dirigismo contratual, verificam-se mudanças profundas na técnica legislativa. O legislador deixa de simplesmente estabelecer as regras do jogo, passando a determinar metas econômicas, instrumentalizadas à consecução de finalidades sociais mediante políticas públicas pré-definidas. A funcionalização das situações jurídicas patrimoniais a valores não patrimoniais, atinentes à pessoa humana e à sua personalidade, torna-se, assim, postulado imperativo da ordem jurídica, introduzida pouco a pouco pela legislação especial e consagrada, no caso brasileiro, na esteira desse processo histórico, pela Constituição da República de 5 de outubro de 1988.

A dignidade humana, alçada a fundamento da República no art. 1º, III, da Constituição, assume particular relevo deste processo como vetor interpretativo-integrativo de todo o ordenamento jurídico. Nessa direção, atribui-se cada vez mais aos princípios o papel de reunificação do direito civil a partir da releitura de tradicionais institutos à luz da tábua axiológica constitucional, atribuindo-se ao magistrado a missão de delimitar categorias e conceitos jurídicos indeterminados de modo a assegurar eficácia jurídica às cláusulas gerais positivadas pelo legislador. O direito civil como espaço de liberdade patrimonial garantido ao proprietário e ao contratante expande-se na promoção da liberdade substancial e da autonomia existencial na legalidade constitucional.¹¹ O modelo teórico, racional e abstrato, desvinculado da práxis, cede lugar ao pensamento tópico-sistemático,¹²

11 Na palavra de Luiz Edson Fachin: “Da autonomia privada à liberdade substancial, das titularidades exclusivas aos deveres extraproprietários, dos modelos excludentes ao valor jurídico da afetividade, são exemplos dessa passagem da estrutura para a função, e bem assim dos princípios gerais do Direito para os princípios constitucionais como normas vinculantes” (Direito Civil: sentidos, transformações e fim, Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 49).

12 Nessa perspectiva, Luiz Edson Fachin, *op. cit.*, p. 50.

atento à realidade social, com características fenomenológicas diversas da ciência jurídica anteriormente concebida em sua neutralidade conceitual.

A perspectiva binária, separando realidade social e ciência jurídica, ignora que a atuação do direito depende visceralmente dos fatos, em recíproco condicionamento, de modo que a conceituação analítica das diversas espécies de fatos (jurídicos) mostra-se indispensável para a definição da disciplina normativa correspondente. Fato social é o acontecimento que, submetido à incidência do direito, torna-se, tecnicamente, fato jurídico. Afirma-se, por isso mesmo, que um fato qualquer – pré-jurídico –, a partir do momento em que deixa de ser indiferente ao direito, adquire aptidão para gerar efeitos jurídicos. Nessa direção, se é verdade que o dado social – como elemento da realidade fática – não se confunde com o dado normativo – a norma jurídica –, parece arbitrário considerar alguns fatos simplesmente alheios ao direito, ou despidos de relevância ou pressupostos de eficácia, já que a experiência normativa alcança integralmente a vida social, mesmo os espaços de liberdade que o direito, valorando-os, preserva deliberadamente contra qualquer tipo de regulamentação.

Diante de tal circunstância, afirma-se que todo fato social interessa ao direito, já que potencialmente interfere na convivência social e, portanto, ingressa no espectro de incidência do ordenamento jurídico. Desse modo, considerando que os fatos sociais são plasmados pela ordem jurídica, que os valora em confronto com a tábua axiológica constitucional, não pode o intérprete furtar-se da análise fática que consistirá no suporte sobre o qual aplicará o ordenamento como um todo, em sua unidade e complexidade. Não havendo valores pré-jurídicos, imunes a qualquer filtro valorativo, caberá ao intérprete a árdua tarefa de encontrar, a partir da técnica da ponderação, o ordenamento do caso concreto. Não se trata, aqui, de ativismo judicial, senão de pura atividade hermenêutica, essencial ao adequado funcionamento do sistema.

A complexidade do ordenamento, em última análise, não decorre apenas de sua gênese – análise estrutural entre direito interno e externo e distinção cronológica e hierárquica da produção normativa – mas da tensão dialética representada por sua inserção na realidade social. A experiência vivida forja a norma, e a cultura – como complexo de experiências econômica, religiosa, política, tecnológica – condiciona internamente o sistema jurídico e, conseqüentemente, a teoria da interpretação, que assu-

me necessariamente feição procedimental e dinâmica na formulação, pelo magistrado, da norma interpretada, ou do ordenamento do caso concreto, promulgado em cada sentença.

2. DIFICULDADES ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA. OS SETE PECADOS CAPITAIS: A PREGUIÇA

O apego à concepção cultural acima criticada, que antevê a realidade jurídica em perspectiva binária (a partir da separação do fato social e do fato jurídico) associa-se à visão do direito como modelo teórico, racional e abstrato em face das turbulências *da vida como ela é*, com características fenomenológicas diversas da ciência jurídica, suscitando ao menos cinco graves problemas na teoria da interpretação: (i) o descompasso insolúvel entre teoria e prática, entre o direito e a vida, aquele correndo sempre para alcançar esta, algo como o inconsolável cachorro que se desespera em torno da própria cauda; (ii) o fortalecimento da *lex mercatoria*, que capta melhor essa realidade e acaba por impor a hegemonia econômica na vida social; (iii) a crise da legalidade e da democracia representativa diante da aparente insensibilidade do dado legislativo, que, por definição, não dá conta – e nunca dará conta – de compor os conflitos da realidade social; (iv) a mistificação do precedente jurisdicional, que significaria a feliz solução para problema anterior, a simplificar a vida da Justiça, demonizando-se os enunciados normativos por sua distância da vida real; (v) a dificuldade de aplicação da norma constitucional como o mais distante desses modelos normativos, já que desprovida da lógica racional-descritiva típica das regras jurídicas.

Tais problemas sintetizam, em alguma medida, as dificuldades interpostas entre a teoria (civilística) e a práxis (jurisprudencial), que se traduzem, de forma alegórica, naquilo que se poderia bem designar – tomando-se por empréstimo a teologia católica imortalizada nos versos de Dante Alighieri – os sete pecados capitais do intérprete (tanto na academia quanto na magistratura). Em primeiro lugar, incorrendo no pecado da *preguiça*, tem-se o reiterado recurso ao silogismo na aplicação do direito, mediante a técnica da subsunção.¹³

13 “*Aquele que a existência assim consuma, / Tal vestígio de si deixa na terra, / Como o fumo no ar e na água a espuma. / Ergue-te, pois! Torpor de ti desterra! / Recobra o esforço que os perigos vence! / Impere alma no corpo em que se encerra!*” (Inferno, Canto XXIV, versos 49-54). “*Pressa; pressa! De tempo já sem perda! / Pouco zelo não haja! – outros clamaram – / Não refloresce a Graça n’alma lerda!*” (Purgatório, Canto XVIII, versos 103-105).

Como se sabe, o magistrado tem o dever de julgar as controvérsias que lhe são submetidas, desde que no âmbito de sua competência e se encontrando presentes os pressupostos e as condições da ação. E deve fazê-lo com base no ordenamento:¹⁴ unitário, complexo e sistemático.¹⁵ Vale-se de princípios e valores que uniformizem o sentido das decisões, reconduzindo-as da fragmentação da casuística à unidade axiológica indispensável à compreensão do ordenamento como sistema. Para tanto, não pode levar em conta uma regra isoladamente considerada, ainda que apropriada para a hipótese, mas o conjunto das normas inserido no ordenamento.¹⁶ Nada obstante, a persistência da subsunção deve-se à aparente neutralidade técnica de sua utilização, mediante operação lógica conhecida como silogismo, pela qual o processo interpretativo consistiria na identificação da previsão legislativa geral e abstrata (chamada premissa maior) contendo a hipótese fática em questão (chamada de premissa menor). A etapa seguinte seria mecânica, mediante a aplicação da premissa maior à premissa menor, enquadrando esta àquela.¹⁷

Entretanto, a despeito da racionalidade lógica do silogismo, há duas premissas equivocadas que autorizam a subsunção. A primeira delas é a separação entre o mundo abstrato das normas e o mundo real dos fatos no qual aquelas devem incidir, já que, a rigor, o direito se insere na sociedade e, por conseguinte, os textos legais e a realidade mutante se condicionam mutuamente no processo interpretativo. Em segundo lugar, a subsunção distingue artificialmente o momento da interpretação da norma abstrata

14 Norberto Bobbio associa o problema da completude do ordenamento jurídico à dinâmica dos sistemas em que vigoram duas regras: “1) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem ao seu exame; 2) deve julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema. Entende-se que, se uma das duas regras perder o efeito, a completude deixará de ser considerada como um requisito do ordenamento. Podemos imaginar dois tipos de ordenamentos incompletos, caso falte a primeira ou a segunda regra. Num ordenamento em que faltasse a primeira regra, o juiz não teria que julgar todas as controvérsias que lhe fossem apresentadas: poderia pura e simplesmente repelir o caso como juridicamente irrelevante, com um juízo de *non liquet* (não convém). (...) Num ordenamento no qual faltasse a segunda regra, o juiz seria, sim, levado a julgar cada caso, mas não seria obrigado a julgá-lo baseado em uma norma do sistema” (*Teoria do ordenamento jurídico*, Brasília, UnB, 1995, pp. 118-119).

15 Pietro Perlingieri observa a influência recíproca entre direito e realidade social e daí faz derivar os seguintes corolários, caracterizadores do ordenamento jurídico: “a) historicidade da *societas* e historicidade do *ius* são um todo único; b) o *ius* coincide com a *societas* sem exaurir-se na pura normatividade; c) o *ius*, que justamente pode se definir totalidade da experiência jurídica, é, como qualquer totalidade, necessariamente complexidade; d) a complexidade do *ius* exige que a sua análise não perca a sua necessária unidade; e) tal unidade conceitual é síntese individual somente na efetividade da sua aplicação” (*O direito civil na legalidade constitucional*, trad. Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 194).

16 Ao propósito, afirmou-se que “não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito no seu todo, marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas premissas implícitas” (Eros Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 101).

17 Para a descrição da subsunção em sua perspectiva clássica, v., por todos, Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 8ª ed., Lisboa: Calouste Gulbekian, 2001, p. 94.

(identificação da premissa maior) e o momento da aplicação da norma ao suporte fático concreto (enquadramento da premissa menor ao texto normativo). Contrariamente a tal compreensão, não é possível interpretar a norma aplicável sem levar em conta a hipótese fática que, por sua vez, se encontra moldada pelas normas de comportamento estabelecidas pelo direito (o qual condiciona a atuação individual). Daí a unicidade da interpretação e aplicação, sendo falsa a ideia de que haveria normas ideais em abstrato, capazes de tipificar e captar as relações jurídicas em concreto.¹⁸

Mediante o raciocínio da subsunção, reduz-se a atividade do magistrado à aplicação mecânica da norma ao fato concreto, procedimento que se torna ainda menos criativo quando o texto legal é considerado claro: *in claris non fit interpretatio*, eis o brocardo que se tornou verdadeiro dogma para a hermenêutica clássica. Ainda como consequência de tal orientação, a norma infraconstitucional, porque tendencialmente mais detalhada, torna-se protagonista do processo de interpretação do direito, exercendo papel de mediadora entre os princípios e o suporte fático sobre o qual incide. Já os princípios constitucionais, incompletos como modelo abstrato de comportamento, mostram-se inaptos para exercerem a função de premissa maior da subsunção, o que os torna coadjuvantes das regras, a despeito de sua superioridade hierárquica sobre estas. Desse modo, a tarefa do intérprete circunscreve-se à adequação do conteúdo principiológico à regra infraconstitucional, a qual será legítima desde que não viole frontalmente o texto constitucional. Reduz-se, assim, a força normativa da Constituição ao conteúdo estabelecido pelo legislador infraconstitucional. O princípio, em uma palavra, será aquilo que o legislador infraconstitucional entender sê-lo. E como, por exigência prática, quanto mais pedestre se situar a regra na pirâmide normativa, mais analítica e minuciosa será a sua linguagem, os valores e princípios constitucionais transformam-se em limite remoto à atuação (teratológica) do legislador ordinário.

Em direção oposta, consolida-se hoje o entendimento de que cada regra deve ser interpretada e aplicada em conjunto com a totalidade do ordenamento, refletindo a integralidade das normas em vigor. A norma do caso concreto é definida pelas circunstâncias fáticas nas quais incide, sendo extraída do complexo de textos normativos em que se constitui o

¹⁸ Para uma crítica veemente à subsunção em julgamento do Supremo Tribunal Federal, v. STF, ADIn 3.689/PA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, julg. 10.5.2007.

ordenamento. O objeto da interpretação são as disposições infraconstitucionais integradas visceralmente às normas constitucionais, sendo certo que cada decisão abrange a totalidade do ordenamento, complexo e unitário. Cada decisão judicial, nessa perspectiva, é um ordenamento singular extraído da mesma tábua axiológica.¹⁹ Curiosamente, o último bastião em defesa da subsunção tem sido a possibilidade de excepcioná-la, como válvula de escape para o sistema. Admite-se, desse modo, em hipóteses específicas, que o magistrado possa valer-se de princípios, afastando a previsão regulamentar, nos chamados casos difíceis – *hard cases* –, assim discricionariamente compreendidos certos casos sensíveis à sociedade, dignos de comoção popular, que justificariam, ao contrário de todas as outras causas julgadas pelo mesmo magistrado – e consideradas (a *contrario sensu*) fáceis –, o abandono da subsunção e a adoção franca dos princípios constitucionais.

A solução mostra-se arbitrária e injustificada. Os chamados casos difíceis são aqueles que, por sua suposta dificuldade, decorrente de colisão de direitos, autorizariam o juiz a afastar regra expressa, que lhe serviria comodamente de premissa maior, evitando a subsunção em favor da ponderação. Todavia, cada caso concreto mostra-se sempre singular e difícil, devendo ser resolvido mediante a aplicação integral do ordenamento – insista-se: unitário, complexo, sistemático e coerente.²⁰ Mesmo quando, aparentemente, o magistrado aplica somente uma regra, de linguagem clara e direta, vale-se, a rigor, de cada uma das normas que convivem unitariamente no ordenamento, reclamando coerência e inter-relação normativa; e especialmente dos princípios que lhe dão fundamento, respeitada a hierarquia constitucional. Por isso, e a despeito da dificuldade em estabelecer a fronteira entre casos difíceis e fáceis, não se pode considerar a ponderação como expediente excepcional, a ser utilizado em hipóteses extremas, quando não fosse possível a aplicação mecânica das regras, sob pena de se subverter a hierarquia do ordenamento.

Tais conclusões estimulam a revisão do conceito de segurança jurídica. A subsunção propicia a falsa impressão de garantia de igualdade na aplicação da lei. Entretanto, não há respeito à isonomia quando o magistrado deixa de perceber a singularidade de cada caso concreto e, median-

¹⁹ Assim, Pietro Perlingieri, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rassegna di diritto civile*, vol. 1/05, Edizioni Scientifiche Italiane, p. 192. No mesmo sentido, Gustavo Tepedino, “Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento”, in *Temas de direito civil*, t. 3, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 11.

²⁰ Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, op. cit., pp. 34-35.

te procedimento mecânico, faz prevalecer o texto abstrato da regra. Por outro lado, o silogismo revela-se capaz de camuflar intenções subjetivas ou ideológicas do magistrado, poupando-lhe da imperiosa necessidade de justificar sua decisão e oferecendo-lhe salvo-conduto para escapar do controle social quanto à aderência de sua atividade interpretativa à axiologia constitucional. Segurança jurídica deve ser alcançada pela compatibilidade das decisões judiciais com os princípios e valores constitucionais, que traduzem a identidade cultural da sociedade. Em alguma medida, as novas tecnologias denunciam, com o dinamismo de sua evolução, o ocaso da *ideologia da subsunção*. Surgem a cada dia questões inovadoras, sequer cogitadas pelo legislador, muito distantes das previsões abstratas pretensamente capazes de regular o comportamento social. Basta pensar no impacto das tecnologias de captação, armazenamento e divulgação de imagens na tutela da personalidade; das tecnologias de comunicação na formação dos contratos; das tecnologias de construção e exploração econômica sobre a propriedade e outros direitos reais; das tecnologias reprodutivas sobre o direito de família e de sucessões, e assim por diante.

Reflexo ainda dessa *ideologia da subsunção* e da diminuta relevância por ela reservada às peculiaridades do caso concreto mostra-se o entendimento jurisprudencial, consolidado nos Tribunais Superiores, pelo qual o *simples* reexame de provas não justifica os Recursos Especial e Extraordinário. Nesta direção unificaram-se a jurisprudência das Súmulas 279, do STF (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”), e 7, do STJ (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”).

Tal entendimento jurisprudencial, forjado pela compreensível preocupação de reduzir o número de processos nos Tribunais Superiores, certamente causa embaraço aos eminentes julgadores, os quais dificilmente poderiam explicar sua atuação jurisdicional sem a indispensável análise dos fatos concretos e de suas circunstâncias, traduzidas no material probatório. Ao propósito, há quem sustente a inconstitucionalidade de tal posicionamento, observando que “a aplicação do direito expresso na Súmula acabou por fazer com que em muitas situações o STJ se visse tolhido no seu propósito de ministrar a Justiça”.²¹ Diante do rigor das aludidas Súmulas, alguns julgadores procuram, com razão, contornar a dicção dos

21 Joaquim Manhães Moreira, Revalorização das provas pelos tribunais, *Valor Econômico*, 17.4.2012.

enunciados, construindo valorosa tese, segundo a qual o *reexame* das provas não se confunde com a sua reavaliação: “a reavaliação da prova constitui em atribuir o devido valor jurídico a fato incontroverso sobejamente reconhecido nas instâncias ordinárias”.²² Na perspectiva que se procurou traçar, não há interpretação jurídica sem qualificação do fato, cujo exame, portanto, se faz imprescindível e insuperável. A valoração da prova pelo magistrado, em outras palavras, ocorrerá necessariamente, na medida em que procure compreender os fatos para analisar a incidência normativa (norma do fato concreto qualificado pelo intérprete à luz da integralidade do ordenamento).

A valoração dos direitos a partir do seu exercício, que somente *in concreto* se poderá aferir, remete à já mencionada crítica à dicotomia entre a realidade social e os modelos jurídicos; e, em consequência, à necessária superação da distinção entre fato social e fato jurídico. O desafio do intérprete, portanto, consiste em atingir o equilíbrio em atividade hermenêutica que, fugindo à facilidade tentadora dos silogismos, considere o ordenamento em sua unidade e complexidade sem, contudo, derivar para ativismo irresponsável, de criação livre do direito, despreocupado com o desenho institucional democrático que deve pautar a atuação do Estado, inclusive o Estado-juiz.

Como instrumento imprescindível ao intérprete neste desafio que se lhe apresenta, tem-se a ponderação, como técnica de sopesamento dos diversos vetores normativos incidentes no caso concreto. Por isso mesmo, a ponderação não deve ser adotada apenas na aplicação de princípios, mas também entre regras, e regras e princípios, já que todos os enunciados normativos dialogam entre si, contemporaneamente, sob a mesma tábua axiológica.²³ E a valoração prévia do legislador, na sociedade democrática,

22 STJ, AgRg no REsp. 1.036.178/SP, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 13.12.2011.

23 A doutrina constitucionalista costuma restringir a técnica da ponderação às hipóteses de compatibilização de princípios em conflito. Robert Alexy, referência obrigatória na matéria, descreve a técnica da seguinte maneira: “*The first stage involves establishing the degree of non-satisfaction of, or detriment to, a first principle. This is followed by a second stage in which the importance of satisfying the competing principle is established. Finally, in the third stage, it is established whether the importance of satisfying the latter principle justifies the detriment to or non-satisfaction of the former*” (Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n. 4, 2005, p. 574). Na civilística contemporânea, mostra-se bem mais ampla a utilização da ponderação, uma vez que a noção de legalidade constitucional impõe ao intérprete “argumentar sobre normas-princípios, cuja aplicação ‘não assume a forma silogística da subsunção, mas aquela da otimização ao realizar o preceito’” (Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 596). No direito civil brasileiro, v., dentre outros, Anderson Schreiber, *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, pp. 146 e ss.; Ana Luíza Maia Nevares, *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, pp. 170 e ss. (em matéria de controle da autonomia privada testamentária); Roberta Mauro Medina Maia, *Teoria geral dos direitos reais*, São Paulo: RT, 2013, p. 256 e ss. (em matéria de relatividade dos efeitos obrigacionais); Milena Donato Oliva, *Patrimônio separado: herança, massa falida*,

não afasta, antes reclama, o exercício do dever inderrogável do magistrado de compatibilizar as escolhas legislativas com as escolhas efetuadas pelo constituinte.²⁴ A técnica da ponderação como mecanismo de utilização indispensável na atividade interpretativa decorre da constatação de que o texto legislativo se mostra necessariamente incompleto e de que a decisão judicial revela procedimento de construção da norma do caso concreto. Interpretação e aplicação da norma constituem-se em processo unitário, inexistindo duplicidade de etapas entre a qualificação do fato e do direito aplicável. Tal conclusão implica a definitiva superação da subsunção como método interpretativo.²⁵ Afirmou-se, nesta direção, que o “CC não é um conjunto de normas. É um conjunto de possibilidades de normas. Um ordenamento em potência. Só será norma depois da interpretação. O intérprete desvencilha o texto do seu invólucro. A norma é o resultado da interpretação”.²⁶

Exemplo emblemático das dificuldades acarretadas pela subsunção tem-se na decisão extraída da jurisprudência alemã em que uma transexual de identidade feminina, com órgãos genitais masculinos, pretendeu, para consolidar sua relação homoafetiva com uma mulher, celebrar a união legal prevista pela lei alemã para pessoas do mesmo sexo. A autoridade local negou-se a conceder tal permissão, ao argumento de que, sendo o seu sexo genético masculino, ser-lhe-ia facultado o casamento com a sua parceira (previsto pelo Código Civil alemão para pessoas de sexos diferentes), não já a união legal para pessoas do mesmo sexo. Inconformada, a interessada recorreu ao juiz de primeiro grau e ao Tribunal de Apelação, sendo-lhe, contudo, indeferido o pedido nas duas instâncias. De fato, com base em técnica subsuntiva, as previsões legais de casamento e de união de pessoas

securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, trust. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; Paula Greco Bandeira, *Contrato Incompleto*, São Paulo: Atlas, 2015.

24 Gustavo Tepedino, “A Constitucionalização do Novo Código Civil”, Editorial, *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 15, Rio de Janeiro, Padma, jul-set/2003.

25 Cfr., na perspectiva do direito italiano, Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, op. cit., p. 579.

26 Eros Grau, *A construção do direito: da elaboração do texto à produção da norma*, palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, em 31.3.2008, na qual se observou, ainda: “Não há distinção entre interpretação e aplicação do direito: a interpretação do direito consiste em encontrar uma solução que só se opera na medida em que se realize a sua aplicação”. No mesmo sentido, observa Lenio Streck: “Pensar que uma regra pode ser interpretada independente dos princípios ou que uma regra pode ‘valer’ mais do que um princípio é uma concessão ao positivismo ou uma espécie de retorno ao positivismo, como se regra e princípio contivessem uma ambiguidade, e que pudessem ser, ao mesmo tempo, um ‘critério’ de conhecimento (regra) e um ‘critério’ de explicação (princípio), aferíveis a partir do esquema representacional sujeito-objeto” (“O papel da constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas”, in Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Jose Luis Bolzan de Moraes, Lenio Luiz Streck (org.), *Estudos Constitucionais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 186).

do mesmo sexo associam-se a premissas fáticas diversas, indiscutíveis e imponderáveis. A Corte Constitucional alemã, contudo, reverteu a decisão, autorizando a união homoafetiva pretendida, mediante a técnica da ponderação.²⁷

3. OS DEMAIS PECADOS CAPITAIS: O ORGULHO; A GANÂNCIA; A INVEJA; A AVAREZA; A GULA; A LUXÚRIA

O segundo pecado capital na interpretação jurídica parece ser o apego às abstrações conceituais dos grandes tratados, que consagram classificações quase imutáveis às quais devem os fatos se amalgamarem, numa espécie de renascimento do leito de Procusto, onde todos os fatos sociais devem se compatibilizar. Identifica-se aqui o pecado do *orgulho*.²⁸ Orgulho de uma realidade abstrata, teórica, de elevada magnitude, cuidadosamente preservada ao longo dos séculos como verdadeira *opera di formica*, em que se acantona como excepcional tudo aquilo que destoa dos conceitos e noções gerais.²⁹ Esse verdadeiro orgulho na conservação de categorias gerais destoa da fugacidade dos fatos e enunciados normativos, com a ruptura das grandes classificações e institutos, como o negócio jurídico, a propriedade, a família, e assim por diante (alude-se, na terminologia alemã, à fragmentação dos conceitos jurídicos: *Umbruchcharakter*). A consequência de tal perspectiva é a qualificação errônea de novas pretensões e interesses jurídicos.

Ilustrativamente, na jurisprudência brasileira, pode-se mencionar o caso Glória Trevi, amplamente difundido pela mídia. A famosa cantora mexicana foi presa, em 2000, e mantida sob custódia na carceragem da Polícia Federal em Brasília, aguardando o trâmite do processo de extradição. Neste ínterim, Glória Trevi, grávida, alegou que a gestação seria fruto de estupro do qual teria sido vítima nas dependências da Polícia Federal. Diante disso, instaurou-se no Supremo Tribunal Federal celeuma quanto à possibilidade de realização de exame de DNA utilizando-se a placenta da cantora – coletada após o parto – com o escopo de identificar a origem genética do recém-nascido. A extraditanda, negando-se a fornecer material genético para o exame, ajuizou Reclamação no STF,³⁰ sob o argumento

²⁷ Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, BVerfGE 128, 109 (2011).

²⁸ “Por que do orgulho assim passais a meta, / Se sois insetos no embrião somente / Vermes de formação inda incompleta? / A modo de pilar ver-se é frequente / Joelhos, peito unido, uma figura / Cornija ou leito a sustentar ingente” (Purgatório, Canto X, versos 127-132).

²⁹ Stefano Rodotà, *Ideologia e tecniche della riforma del diritto civile*. *Rivista di diritto commerciale*, I, 1967, p. 83.

³⁰ STF, Rel 2040 QO/DF, Tribunal Pleno, julg. 21.2.2002.

de que a coleta à sua revelia representaria flagrante violação a seus direitos fundamentais. Dentre os argumentos erigidos pela Corte Suprema para deferir a realização do exame, estava o de que não haveria, no caso, colisão de direitos fundamentais, tendo em vista que a placenta seria “lixo biológico” que, após o parto, “não é mais parte do corpo da mãe”. Nessa linha afirmou-se: “Tampouco se diga que a realização do exame fere direito fundamental da extraditanda. Não há qualquer procedimento invasivo na coleta da placenta – que a perícia já qualificou como refugio hospitalar”. Considerou-se como determinante o fato de que o material orgânico já se encontrava “separado da pessoa da paciente”, de modo que não mais lhe pertencia, sendo, portanto, uma espécie de *res derelicta*, despido das características próprias do bem jurídico na vetusta concepção romana.³¹

Pode-se destacar, ainda, como exemplo paradigmático desta tendência, a evolução jurisprudencial brasileira em matéria de família.³² Durante algumas décadas no Século passado, qualificou-se a família extramatrimonial como união ilícita, reconhecendo-se, no entanto, inicialmente, por questões humanitárias, a relação de emprego estabelecida entre o marido e a mulher dedicada aos serviços domésticos, à qual se assegurava o salário mínimo durante o tempo em que perdurara a convivência abjeta. Posteriormente, durante quase cinquenta anos, recusava-se ainda a designação de família à união constituída fora do casamento, admitindo-se, todavia, a relação societária de fato, no âmbito do direito das obrigações, estabelecida entre os companheiros na construção do patrimônio comum, como forma de se evitar o enriquecimento sem causa. Mesmo após a Constituição de 1988, que reconheceu expressamente como entidade familiar a união estável, continuou-se a negar a esta igualdade de tratamento em relação às famílias constituídas pelo casamento, o que só seria admitido, não sem espessa controvérsia (especialmente em matéria sucessória), com a vigência do Código Civil de 2002.

O terceiro pecado capital é a *ganância* do julgador, que pretende resolver todos os problemas segundo sua própria ideologia. A ganância se

31 A dissonância entre a classificação estática e a funcional dos bens jurídicos é analisada por Gustavo Tepedino, “Livro (eletrônico) e o perfil funcional dos bens jurídicos na experiência brasileira”, in Dário Moreira Vicente; José Alberto Coelho Vieira; Sofia de Vasconcelos Casimiro; Ana Maria Pereira da Silva (Orgs.), *Estudos de Direito Intelectual em homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 269-287.

32 Sobre tal processo evolutivo, v. Gustavo Tepedino, “A disciplina civil-constitucional das relações familiares”, in *Temas de Direito Civil*, t. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 419-443.

associa ao excesso de subjetivismo na fixação de *standards* pelo juiz, que, mesmo quando movido pela melhor das intenções, deixa de fundamentar adequadamente suas decisões com base na opção constitucional e legislativa. Nessa direção, encontra-se o comportamento que tem sido designado de “ativismo maximalista”, em que o magistrado extrapola sua atividade hermenêutica, abandona os parâmetros normativos vigentes e se dedica à atividade doutrinária por vezes hermética, baseada em seus próprios critérios ou categorias, confundindo ou dificultando o controle das decisões pela sociedade. Daqui a exigência constitucional de fundamentação das decisões,³³ como mecanismo legítimo (não de autocontenção ou abdicação da elevada missão da magistratura,³⁴ mas de transparência e controle da atividade hermenêutica do juiz pelo corpo social).³⁵

No âmbito da responsabilidade civil, mostram-se ilustrativas dessa indesejada ganância as decisões que utilizam a cláusula geral do parágrafo único do art. 927 do Código Civil para sustentar a responsabilidade objetiva de forma ilimitada, quase a suprimir a responsabilidade subjetiva de que trata o *caput* do mesmo dispositivo.³⁶ Nessa vertente, com fundamento no art. 927, parágrafo único, condenou-se o proprietário do veículo (juntamente com o condomínio) à reparação de danos causados a terceiros pelo porteiro do prédio, aduzindo-se: “O proprietário do veículo responde objetiva e solidariamente pelos atos culposos de terceiro que o conduz e que provoca o acidente, pouco importando que o motorista não seja seu empregado ou preposto, ou que o transporte seja gratuito ou oneroso, uma vez que sendo o automóvel um veículo perigoso, o seu mau uso cria a responsabilidade pelos danos causados a terceiros”.³⁷

33 Assim dispõe o art. 93, inciso IX, da Constituição da República: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

34 “O ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas” (Luís Roberto Barroso, “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”, in *Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*, org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Roberto Fragale Filho; Ronaldo Lobão, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 280).

35 Como anota Daniel Sarmento, “a fundamentação das decisões judiciais, muito mais do que um requisito formal da sua validade, consiste em um pressuposto da sua legitimidade no âmbito do Estado Democrático de Direito” (“Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda”, in *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, coord. Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 146).

36 Para o exame analítico do dispositivo e de sua potencialidade hermenêutica, v. Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 809.

37 TJRJ, Ap. Cív. 0132282-14.2011.8.19.0001, 21ª C.C., julg. 25.2.2015. O Superior Tribunal de Justiça já havia, também, decidido que “no parágrafo único do art. 927 do Código Civil encontramos a segunda cláusula geral de responsabilidade

Assim também se situa a hipótese em que um menino obteve indenização por danos morais e estéticos, incluindo pensão vitalícia de 75% do salário mínimo vigente, por acidente causado no manuseio de aparelho ortodôntico extra bucal sem trava de segurança. Ao tentar retirar sozinho o aparelho, o menino, sob a guarda de seus pais, feriu-se gravemente, acarretando a perda da visão de um dos olhos, condenando-se, com base em responsabilidade objetiva, os dentistas responsáveis pelo tratamento.³⁸

Muito próximo de tal postura encontra-se o quarto pecado capital, que se assemelha à *inveja* do intérprete em relação aos poderes eleitos.³⁹ Há aqui comprometimento da relação entre os Poderes, com déficit de democracia quando magistrados não eleitos pretendem se assenhorar de opções valorativas. Critica-se nessa direção, o que se chamou de “oba-oba constitucional”, caracterizado pela invocação vaga de princípios cujo conteúdo é livremente forjado pelo intérprete, que se recusa a admitir sua vinculação ao direito positivo e se mostra refratário a qualquer deferência ao legislador.⁴⁰

A tendência por vezes se traduz no que se poderia chamar de “ativismo louvável”, quando se altera o sentido do texto legal para garantir a tutela da pessoa humana à míngua de proteção estatal. Reconheceu-se, nessa direção, com o evidente propósito de tutelar os interesses existenciais de pessoa vulnerável – maior interdito –, a legitimidade de adoção *post mortem* em família anaparental. No caso, a União postulava a anulação da adoção com o intuito principal de sustar o pagamento de benefícios previdenciários ao adotado. A Corte posicionou-se no sentido de reconhecer a validade da adoção, sem embargo da literalidade do art. 42, § 2º, da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que dispõe: “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados

objetiva” - “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” A expressão “independentemente de culpa” contida nesse dispositivo indica que foi aqui consagrada uma cláusula geral de responsabilidade objetiva. Tão ampla e abrangente que, se interpretada literalmente, todos os que exercem alguma atividade de risco passarão a responder objetivamente, até quando estivermos dirigindo nosso veículo particular e formos envolvidos em um acidente”(STJ, Apel. Cív. 0175581-80.2007.8.19.0001, Rel. Des. Ademir Paulo Pimentel, julg. 19.11.2008).

38 A notícia referente ao caso pode ser consultada em <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/home/imprensa/noticias/119-tribunal/6422-ortodontistas-sao-condenados-a-pagar-r-100-mil-a-menino-que-ficou-cego-durante-tratamento>>. Acesso em 30.12.2015.

39 “*Pune este círculo a culpa traíçoera – / O mestre diz – da inveja; o açoite aplica / O amor, que os rigores lhe alteira / [...] Fio de ferro as pálpebras prendia / A todas, como o gavião selvage / Para domar-lhe a condição bravia*” (Purgatório, Canto XIII, versos 37-39 ss; 70-72).

40 Daniel Sarmento, “Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda”, in *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, coord. Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 144.

civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”. Para tanto, aduziu-se que “o fim expressamente assentado pelo texto legal – colocação do adotando em família estável – foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si, como para o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com relações de afeto, construiu – nos limites de suas possibilidades – seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte”.⁴¹

Em hipótese diversa, autorizou-se a inserção de nome materno fictício na certidão de uma criança de três 3 anos adotada unicamente por um homem. A decisão foi tomada com base na alegação do pai adotivo de que a ausência do nome de uma mãe no registro civil estaria causando problemas, uma vez que a maioria das instituições exige, para o cadastramento, o nome materno. O pai aduziu, ainda, que o objetivo era facilitar a vida do menor em termos práticos e evitar a possibilidade de *bullying* escolar ou no meio social. Dentre os argumentos erigidos na sentença encontra-se o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente ao determinar que devem ser asseguradas às crianças e aos adolescentes “todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.⁴² Há aqui risco de usurpação de competência legislativa por parte do Judiciário, ainda que movido por inveja bem-intencionada.

O quinto pecado capital encontra-se numa certa obsessão fazendária de alguns setores da magistratura que, preocupados com o custo das decisões para o erário, incorrem em inequívoca *avareza*.⁴³ Cria-se verda-

41 STJ, REsp 1.217.415/RS, 3ª T., julg. 19.6.2012. Recentemente, a mesma Corte anulou decisão que afastou poder familiar por adoção à brasileira sem exigência de estudo social. O relator afirmou não ser razoável, a título de coibir a chamada adoção à brasileira, retirar uma criança da convivência de seus guardiões de fato desde o nascimento até os seis meses de vida, “sem ao menos proceder a um competente e indispensável estudo psicossocial”, não tendo o Ministério Público apontado a existência de situação de risco ou abandono. Prevaleceu, então, o entendimento de que a ocorrência da adoção irregular não torna a realização do estudo psicossocial, com avaliação de todos os envolvidos, prescindível para a eventual destituição do poder familiar. (STJ, REsp 1674207/PR, Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. 17.4.2018)

42 A decisão, da 11ª Vara de Família e Registro Civil da Capital (TJ/PE), foi noticiada em diversos veículos de imprensa, como o que pode ser acessado em <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,filho-adotivo-tera-nome-ficticio-de-mae-em-registro-de-nascimento,1510259>>. Acesso em 5.1.2015.

43 “*Como a avareza em nós tinha extinguida / A propensão ao bem, aos santos feitos, / Assim nos tem justiça a ação tolvida. / Pés e mãos ata em vínculos estreitos: / Enquanto a Deus proover, nós, estendidos, / Imóveis estaremos nesses leitos*” (Purgatório, Canto XIX, versos 121-126).

deira esquizofrenia institucional entre, de um lado, a efetivação de valores existenciais proclamados pelo Poder Constituinte, e, de outro, a prioridade conferida à fazenda pública por parte do Poder Judiciário. Deixa-se de acolher pretensões justas pelo medo avaro de sacrificar a Fazenda Pública. Incorre nessa avareza em desfavor de garantias constitucionais o entendimento jurisprudencial que, alterando orientação anterior, considera que o prazo prescricional para a pretensão de restituição de tributo considerado, em controle difuso, inconstitucional tem seu termo inicial no momento da homologação do pagamento, e não na data em que a declaração de inconstitucionalidade é proclamada por ato do Senado Federal que retira a norma inconstitucional do mundo jurídico, nos termos do art. 52, X, da C.R.⁴⁴ Assim, pela denominada “tese dos cinco mais cinco”, o termo inicial do prazo prescricional, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, é a data em que ocorrida essa, de maneira expressa ou tácita – pelo decurso do prazo quinquenal. Com a homologação, portanto, deflagra-se o prazo prescricional quinquenal para postular a restituição pelo pagamento de tributo inconstitucional, o que, em termos práticos, leva o contribuinte a ter sua pretensão fulminada pelo decurso do prazo antes mesmo da declaração de inconstitucionalidade da lei.

Em direção oposta, felizmente, andou o Superior Tribunal de Justiça ao estabelecer, mais de vinte anos após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, que o prazo para surgimento de vícios ocultos nos produtos ou serviços, deliberadamente deixado em aberto pelo legislador, não poderia ser reduzido ao prazo de garantia, mas se projeta, em favor do consumidor, de acordo com a natureza do bem ou serviço adquirido, por toda a vida útil legitimamente esperada pelo consumidor.⁴⁵ No caso, o vendedor de máquina agrícola ajuizou ação de cobrança pleiteando os custos com o reparo do produto vendido. Reconheceu-se, contudo, a responsabilidade do vendedor pelo vício que inquinava o produto adquirido pelo recorrido, tendo sido comprovado que se tratava de defeito de fabricação.

44 “O prazo prescricional é de cinco anos e deve ser contado a partir da homologação do lançamento do crédito tributário. Se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 05 (cinco) anos a contar da ocorrência do fato gerador” (STJ, AgRg no REsp 285.676/ES, 1ª T., julg. 22.5.2001). V., ainda, STJ, EREsp 435.835/SC, 1ª S., julg. 24.3.2004, em que restou assentado: “Não há que se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. A pretensão foi formulada no prazo concebido pela jurisprudência desta Casa Julgadora como admissível, visto que a ação não está alcançada pela prescrição, nem o direito pela decadência. Aplica-se, assim, o prazo prescricional nos moldes em que pacificado pelo STJ, id est, a corrente dos cinco mais cinco”.

45 STJ, REsp 984.106/SC, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julg. 4.10.2012.

Tão grave quanto o pecado anterior mostra-se a *gula*,⁴⁶ constituída pela apropriação, em estruturas dogmáticas antigas, de novos bens jurídicos com elas incompatíveis. Mais uma vez tem-se aqui processo mecânico de subsunção, em que se pretende aplicar regra jurídica isoladamente a hipóteses fáticas diferenciadas, oferecendo soluções para novos problemas a partir de técnicas com estes dissonantes. Ilustra bem essa tendência a hipótese em que a usucapião extraordinária urbana, prevista para o acesso ao direito fundamental da moradia, foi negada pelo Judiciário ao argumento de que a área usucapida seria inferior ao módulo mínimo local, “não constituindo o referido imóvel, portanto, objeto legalizável, nos termos da lei municipal”. Em nome do respeito à lei municipal, portanto, afastou-se a efetivação de direito fundamental do autor, simplificando-se assunto complexo em mera operação matemática.⁴⁷

Finalmente, o sétimo pecado capital, a *luxúria*, consiste no apego ao paradigma das relações patrimoniais – e ao fetiche da propriedade – na análise de questões de natureza existencial.⁴⁸ Verifica-se, em consequência, promiscuidade de categorias e conceitos, valorando-se a autonomia existencial com fundamento na lógica proprietária. Na experiência norte-americana, serve de exemplo a hipótese em que a Suprema Corte declarou inconstitucional a instalação de GPS no automóvel do réu, por violação à sua intimidade, invalidando, assim, por ilícita, portentosa investigação criminal que resultara na prisão de poderoso traficante de drogas.⁴⁹ O ares-

46 “Os que o rosto, cantando, têm banhado / De pranto, havendo entregue à gula a vida, / Sobem, na fome e sede, o santo estado. / A fome, a sede sente-se incendida / Dos pomos pelo aroma e por fresca / Das águas, sobre as ramas espargida” (Purgatório, Canto XXIII, versos 64-69).

47 STJ, REsp 402.792/SP, 4ª T., julg. 26.10.2004). Contra, o TJ/RJ, em sua Súmula da Jurisprudência Predominante, a de número 317, procurando pacificar os entendimentos em torno da concepção majoritária na corte estadual, nos seguintes termos: “É juridicamente possível o pedido de usucapião de imóvel com área inferior ao módulo mínimo urbano definido pelas posturas municipais” (A publicação da Súmula data de 18.08.2014, a partir do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. 001314964.2005.8.19.0202, julgamento em 14.4.2014). O STJ alterou seu posicionamento, em boa hora, como se vê no REsp 1.040.296/ES, 4ª T., Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julg. 2.6.2015, em caso envolvendo a usucapião rural do art. 191 da C.R. Seguiu, nesta linha, o posicionamento perfilhado pelo STF sobre a usucapião extraordinária urbana (RE 422.349/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. 29.4.2015). Sobre o tema, com arguta crítica à orientação anterior, v. Carlos Edison do Régo Monteiro Filho, Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima, in *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 2, out.-dez./2014, pp. 9-29. <https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=%20VOLUME%20%20|%20Out-Dez%202014&category_id=32&arquivo=data/revista/pdf/rbdcivil-volume-2.pdf>. Acesso em 4.1.2016.

48 “De luxúria fez tantas demasias / Que em lei dispôs ser lícito e agradável / Para desculpa às torpes fantasias” (Inferno, Canto V, versos 55-57); “Cantaram; cada qual como antes disse / Esposas e maridos, que hão chorado / A fé, que Deus mandou sempre os unisse: / Este modo há de ser, creio, alternado, / Enquanto os rodear a chama ardente: / A chaga por tal balsamo e cuidado / Há de ser guarneçada finalmente” (Purgatório, Canto XXV, versos 133-139).

49 *United States v. Jones* (n.º 10-1259, District of Columbia Circuit, January 23, 2012, disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-1259.pdf>). Acesso em 4.1.2015.

to considerou desrespeitada a 4ª Emenda à Constituição e o debate se circunscreveu aos confins do direito de propriedade do réu. O GPS fora instalado em local e período que extrapolaram mandado judicial para o rastreamento, este equiparado à noção de “busca”. Desacompanhado de ordem judicial (uma vez expirado o mandado), a ilegitimidade do monitoramento com GPS foi arguída com fundamento na defesa da propriedade privada. Curiosamente, mesmo o voto vencido, da Justice Sotomayor, ao afastar o precedente da ingerência em propriedade alheia (*trespass test*), submetendo-se exclusivamente ao precedente de *Katz v. U.S.* (n. 389 U.S., p. 347), que associa a tutela da 4ª emenda ao critério da ‘*reasonable expectation of privacy*’, embora louvável por se rebelar contra o *trespass test* naquela hipótese, não consegue se afastar da ótica proprietária no exame de direitos da personalidade.⁵⁰

Em outro julgado dos Estados Unidos, sobrepos-se, mais uma vez, a tutela da personalidade, do corpo humano (e de seus fluidos) e o conceito de propriedade. A médica Sharon Irons engravidou após coetar, durante sexo oral, o sêmen do também médico Richard O. Phillips, seu namorado. A Corte de Apelação de Illinois (Chicago) aceitou a alegação da ré de que teria uma espécie de doação do material genético, acarretando “transferência absoluta e irrevogável do título de propriedade entre doador e doadora”. Por esse motivo, Phillips não teve reconhecido direito algum sobre a decisão acerca da concepção e do nascimento do filho. No entender da Corte, mesmo que houvesse um suposto “depósito”, as partes não teriam acordado quanto à necessidade de devolução do bem mediante solicitação.⁵¹

Também na jurisprudência trabalhista brasileira, legitimou-se o acesso (e conseqüente controle) do empregador ao conteúdo do correio eletrônico de seu empregado com base na titularidade dominical. Segundo tal entendimento, “o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar a internet e sobre o próprio provedor”. A prescindir da solução concreta a ser dada para as diversas hipóteses de colisão de interesses acima aludi-

50 Veja-se o seguinte trecho citado no voto: “*Privacy is not a discrete commodity, possessed absolutely or not at all. Those who disclose certain facts to a bank or phone company for a limited business purpose need not assume that this information will be released to other persons for other purposes?*”.

51 Esta e outras hipóteses, ilustrativas do apego do intérprete ao paradigma patrimonialista, são analisadas por Gustavo Tepedino, “A estranha revolta dos fatos contra o intérprete”, Editorial, in *Revista trimestral de direito civil*, v. 31, jul.-set./2007.

das, o título de propriedade certamente não há de ser o paradigma para a afirmação do direito merecedor de tutela. Se assim não fosse, a propriedade do aparelho telefônico seria argumento suficiente para legitimar, por exemplo, a interceptação telefônica no âmbito das relações de trabalho.

4. NOTAS CONCLUSIVAS

Como se pode confirmar a partir do panorama jurisprudencial brasileiro, a corajosa atuação da magistratura não deve ser combatida, embora se mostre imprescindível a definição pela doutrina de parâmetros constitucionais para a valoração e solução de controvérsias que, multiplicadas inevitavelmente pelo exercício da cidadania inerente à dinâmica da democracia e da sociedade da informação, agitam o Judiciário sem que o legislador possa dar conta de sua específica e mutante regulamentação.

Em tal contexto, o papel constitucional da magistratura assume importância crucial para a democracia, seja em favor da segurança jurídica representada pelo respeito às leis legitimamente promulgadas, seja para tutelar direitos fundamentais de minorias, mesmo quando a intervenção do Poder Judiciário assumia feição contramajoritária. A tênue linha divisória entre essa atuação alvissareira do magistrado e o voluntarismo ideológico deve ser contornada não de modo autoritário – ainda que escamoteado por argumento de autoridade –, mas mediante o estímulo à fundamentação das decisões, exigindo-se argumentação que permita o amplo e transparente controle social da magistratura e a paulatina construção de padrões de comportamento estáveis na reconstrução da segurança jurídica – aparentemente perdida pela ocaso da técnica legislativa regulamentar.

Segue-se daí a importância de se evitar a contaminação dos novos valores e categorias que compõem a teoria da interpretação contemporânea por métodos e tendências extraídos da dogmática tradicional, que guarda constrangedora incompatibilidade com a legalidade constitucional. Tal perigo, recorrente e iminente, encontra-se representado, ainda que de forma reducionista, como os sete pecados capitais do intérprete, todos eles interligados e reproduzidos quer no ensino jurídico, quer na manualística, quer na prática judiciária. Não se mostra infrequente, por exemplo, a designação dos princípios constitucionais, situados no ápice da pirâmide normativa, como princípio geral de direito, previsto no art. 4º da LINDB como instrumento residual de integração, formulado pelo intérprete pelo

método indutivo, em nível infraconstitucional, na ausência de lei, analogia ou costume aplicáveis. Cuida-se de subversão hermenêutica que impede a preservação da unidade do ordenamento construída a partir (e com a incorporação plena) das normas constitucionais. Muito já se evoluiu, nas últimas décadas, na experiência brasileira, no campo da interpretação. E o só fato de se refletir, entre os diversos domínios do direito público e privado, acerca do ativismo judicial, indica provavelmente o itinerário vicejante e auspicioso, posto nada linear, em direção a ordem jurídica mais justa, igualitária e democrática. ❖

Inaplicabilidade dos Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e da Liberdade de Associação para Fundamentar a Dissolução de Sociedades

Paulo Penalva Santos

Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo. Professor de direito empresarial da Fundação Getúlio Vargas e da EMERJ. Autor de livros e artigos sobre direito empresarial. Foi Coordenador de Jornadas de Direito Comercial e de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal. É Procurador do Estado do Rio de Janeiro aposentado.

Guilherme Penalva Santos

Advogado no Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e pós-graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. É Procurador do Município do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO: 1.Introdução: a relevância da discussão da dissolução parcial das sociedades- 2. Meios de retirada de sócios na sociedade anônima -3. Origem da dissolução parcial de sociedade – 4. A inaplicabilidade dos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de associação para fundamentar a dissolução parcial de sociedade – 5. Conclusão – Referências bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE: *Affetio societatis*, Dissolução parcial, Dignidade da pessoa humana e Liberdade de associação.

I – INTRODUÇÃO: A RELEVÂNCIA DA DISCUSSÃO DA DISSOLUÇÃO PARCIAL DAS SOCIEDADES

A Lei n. 6.404/1976 (“Lei de S/A”) disciplinou todas as etapas do ciclo de uma companhia: a sua constituição, funcionamento e, por fim, a sua extinção. A dissolução da companhia é o motivo do seu término e também representa o primeiro passo do seu procedimento de extinção (dissolução, liquidação e extinção propriamente dita da companhia). Assim, o estudo da dissolução de sociedade é tema essencial ao direito societário, razão pela qual é abordado nesta obra.

A Lei de S/A¹ disciplina no seu artigo 206, inciso II, as hipóteses de dissolução judicial da companhia. Embora a lei não tenha previsto a hipótese de dissolução parcial da sociedade, a doutrina passou a defender que, para fins de manutenção da sociedade, o juiz, com base nas hipóteses previstas no referido dispositivo legal, pode conceder a dissolução parcial, em que pese tenha sido requerida a dissolução total. Nos ensinamentos do Professor José Luiz Bulhões Pedreira:

“(…) ainda que se faça abstração das diferenças essenciais entre a companhia e os demais tipos de sociedade comercial, a aplicação à sociedade anônima da dissolução parcial construída pela jurisprudência para as sociedades de pessoas somente caberia na hipótese em que um acionista exercesse direito de pedir a dissolução total e o juiz, com o fim de preservar a companhia e a empresa, concedesse apenas a dissolução parcial; e as únicas hipóteses em que a lei prevê a dissolução da companhia, constantes no item II do artigo 206 LSA, são: (a) quando anulada a sua constituição, em ação proposta por qualquer acionista; (b) quando provado que não pode preencher o seu fim, em ação proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social; (c) em caso de falência, na forma prevista na respectiva lei²”.

¹ Art. 206. Dissolve-se a companhia: II - por decisão judicial: a) quando anulada a sua constituição, em ação proposta por qualquer acionista; b) quando provado que não pode preencher o seu fim, em ação proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social; c) em caso de falência, na forma prevista na respectiva lei.

² Em parecer não publicado, de junho de 1999, respondendo a consulta de CALIXTO SALOMÃO FILHO e RAPHAEL.

Neste mesmo sentido, leciona a Professora Máira de Melo Vieira (2014, p. 219):

“Com a consagração dos princípios da preservação e da função social da empresa, hoje expressamente previstos na Lei n. 6.404/76 (arts. 117 e 116, respectivamente), a aplicação do instituto da dissolução parcial às sociedades anônimas, na forma como construído doutrinária e jurisprudencialmente no âmbito das sociedades limitadas, foi vista como potencial solução conciliatória dos interesses da maioria e da minoria nas situações em que a lei acionária prevê a dissolução total da sociedade, de forma a evitar-se a extinção e conseqüente desaparecimento de companhia próspera, geradora de riqueza e empregos”.

Nas sociedades de pessoas (natureza *intuitu personae*), notadamente a sociedade simples, admite-se a dissolução parcial com base na quebra da *affetio societatis*, isto é, na ausência de vontade de integrar aquela sociedade³. Assim, nas sociedades por prazo indeterminado, basta que o sócio manifeste a sua vontade para que este possa se retirar da sociedade, nos termos do artigo 1.029 do Código Civil.

Esta orientação jurisprudencial foi estendida pela doutrina majoritária e pela jurisprudência dominante às sociedades limitadas, e chegou a ser aplicada até mesmo a certas espécies de sociedades anônimas.

Recentemente esta discussão voltou ao debate em virtude da expressa admissão pelo Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 599, §2^o⁴, da dissolução parcial de sociedades anônimas. Além disso, tem-se observado algumas decisões judiciais que fundamentam o pedido de dissolução parcial de sociedades, não apenas na quebra da *affetio societatis*, mas também em princípios constitucionais, notadamente os princípios da dig-

NEHIN CORRÊA, cuja citação foi também realizada em: SANTOS, Paulo Penalva. Título IX: dissolução, liquidação e extinção. In: Direito das companhias. Vol. II. LAMY FILHO, Alfredo, PEDREIRA, José Luiz Bulhões LAMY FILHO, Alfredo, PEDREIRA. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 1845p.

3 Art. 1.029 do Código Civil. Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.

4 A ação de dissolução parcial de sociedade pode ter também por objeto a sociedade anônima de capital fechado quando demonstrado, por acionista ou acionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social, que não pode preencher o seu fim.

nidade da pessoa humana e da liberdade de associação. A aplicação destes princípios constitucionais como fundamento para a dissolução de sociedade anônima será objeto de exame neste artigo.

II – MEIOS DE RETIRADA DE SÓCIOS NA SOCIEDADE ANÔNIMA

Antes de iniciarmos a análise do instituto da dissolução parcial de sociedades, devemos examinar quais são os meios que os sócios insatisfeitos com a companhia têm de se retirar. Em termos gerais, a Lei de S/A previu dois mecanismos: (i) a venda de ações e (ii) o exercício do direito de retirada mediante reembolso do valor das ações.

A primeira e mais comum das formas de retirada dos sócios é mediante a venda das suas ações. Todo acionista tem o direito de negociar as suas ações, seja na companhia fechada ou na aberta, não sendo necessária a aprovação dos órgãos da administração ou dos demais sócios. Entretanto, nos termos do artigo 36 da Lei de S/A⁵, o estatuto da companhia fechada pode impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que não impeça a negociação. Não é necessário haver um determinado motivo para que o acionista possa vender as suas ações, ele pode estar insatisfeito com os resultados da companhia ou simplesmente querer tentar obter um lucro com a venda, por exemplo.

Outro mecanismo existente é a saída mediante o exercício do direito de retirada nos casos previstos em lei. Diferentemente da possibilidade de venda de ações, que pode ser exercida em qualquer circunstância, o direito de retirada apenas pode ser exercido nas hipóteses legais. Outra diferença digna de nota é que, enquanto na venda o preço pela compra das ações é pago pelo adquirente da participação, quando se exerce o direito de retirada, a contraprestação é paga pela própria companhia mediante o reembolso do valor das ações. O direito de retirada é tão relevante que é considerado um direito essencial do acionista (art. 109, inciso V da Lei de S/A). Portanto, nem o estatuto nem a assembleia geral podem privar o acionista deste direito.

⁵ Art. 36. O estatuto da companhia fechada pode impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que regule minuciosamente tais limitações e não impeça a negociação, nem sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas.

O direito de retirada está previsto no artigo 137 da Lei de S/A. A aprovação de determinadas matérias garante ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações. O legislador entendeu que a aprovação de certas matérias eram graves e significariam uma relevante alteração nas regras do contrato da companhia, razão pela qual o acionista dissente teria o direito de se retirar, se assim o desejasse. Dentre as matérias que outorgam o direito de retirada do sócio dissidente, estão: (i) criação de ações preferenciais ou aumento de classe de ações preferenciais existentes, sem guardar proporção com as demais classes de ações preferenciais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto, (ii) alteração nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida, (iii) redução do dividendo obrigatório, (iv) fusão da companhia, ou sua incorporação em outra, (v) participação em grupo de sociedades (artigo 265 da Lei de S/A), (vi) mudança do objeto da companhia e (vii) cisão da companhia

Recentemente, a Lei n. 13.129 de 2015 introduziu o artigo 136-A na Lei de S/A, criando nova hipótese de exercício de direito de retirada. De acordo com a nova norma, a aprovação de convenção de arbitragem no estatuto social confere aos acionistas dissidentes o direito de retirada mediante o reembolso das suas ações.

Contudo, há certas limitações para o exercício deste direito. Por exemplo, na aprovação de certas matérias, não há o direito de retirada ao titular de ação de espécie ou classe que tenha liquidez e dispersão no mercado. A razão é óbvia: sendo possível a venda da ação no mercado, esta é preferível, pois não afeta o patrimônio da companhia. Outra limitação importante é a faculdade dos órgãos da administração de convocar assembleia geral para ratificar ou reconsiderar a deliberação, se entenderem que o pagamento do preço do reembolso das ações aos acionistas dissidentes que exerceram o direito de retirada porá em risco a estabilidade financeira da empresa. Acerca do exercício do direito de retirada, explica a doutrina:

“O direito de retirada surgiu como contrapeso à competência, reconhecida à Assembléia Geral, de modificar as bases essenciais do contrato de companhia.

(...)

O direito de retirada veio compensar essa competência da Assembléia Geral – imposta pela necessidade de a companhia se adaptar às modificações de seus ambientes – com a faculdade do acionista de optar por não continuar a ser sócio de sociedade essencialmente diferente daquela que existia ao subscrever ou adquirir suas ações. O acionista, ao adquirir ações, leva em consideração as principais características da companhia; essas “bases essenciais” influem na sua decisão, e sua alteração pode motivá-lo a não querer continuar sócio.” (PEDREIRA 2009, p. 326)

Logo, conclui-se que, no sistema original da Lei de S/A, há mecanismos que permitem a saída do sócio, mas não foi prevista a possibilidade de dissolução parcial da companhia mediante simples alegação de quebra da *affetio societatis*. De igual modo, não pretendeu o constituinte aplicar os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de associação para fundamentar a retirada de sócio em qualquer situação, conforme trataremos de forma pormenorizada nos capítulos seguintes.

III - ORIGEM DA DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE

O Código Comercial Brasileiro de 1850 foi o primeiro diploma legal a tratar da dissolução da sociedade. Quanto às companhias ou sociedades anônimas, o Código limitava-se ao arrolamento de três causas de dissolução: término do prazo de duração, quebra e impossibilidade de preencher o intuito e o fim social⁶.

A retirada do sócio por ato unilateral, sob denominação de despedida, também foi admitida no Código Comercial Brasileiro de 1850, embora apenas em caso de desligamento por justa causa – isso porque a exclusão do sócio nestes moldes importaria na quebra da *affetio societatis*, impossibilitando o prosseguimento da atividade comercial em comum (COMPARATO, 1990, p. 240).

No que diz respeito às demais sociedades comerciais, conforme artigos 335 e 336⁷ do referido Código, a dissolução da sociedade compre-

6 Art. 295 - As companhias ou sociedades anônimas, designadas pelo objeto ou empresa a que se destinam, sem firma social, e administradas por mandatários revogáveis, sócios ou não sócios, só podem estabelecer-se por tempo determinado, e com autorização do Governo, dependente da aprovação do Corpo Legislativo quando hajam de gozar de algum privilégio: e devem provar-se por escritura pública, ou pelos seus estatutos, e pelo ato do Poder que as houver autorizado. As companhias só podem ser dissolvidas: 1. Expirando o prazo da sua duração; 2. Por quebra; e 3. Mostrando-se que a companhia não pode preencher o intuito e fim social.

7 Art. 335 - As sociedades reputam-se dissolvidas: 1 - Expirando o prazo ajustado da sua duração; 2 - Por quebra da

deu elementos além dos anteriormente citados, como mútuo consenso, falecimento de um dos sócios e incapacidade moral ou civil de algum deles.

Com base no referido dispositivo legal e com o intuito de preservar a atividade empresarial, construiu-se, por meio da doutrina e jurisprudência, a dissolução parcial da sociedade. Tal instituto tem como propósito, por um lado, assegurar os interesses da empresa e dos sócios remanescentes e, por outro, o dos sócios retirantes (ALVARES, 2008, p. 59).

Assim, a dissolução parcial surgiu como um mecanismo de proteção da atividade econômica, qual seja, o da preservação da empresa. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho:

“O que se busca preservar, na aplicação do princípio da preservação da empresa é, portanto, a atividade, o empreendimento. [...] Diversas soluções para os conflitos de interesses decorrem do valor que embasa este princípio. A dissolução parcial da sociedade empresária, por exemplo, é uma construção jurisprudencial de meados do século passado, posteriormente prestigiada pela doutrina, em que se procura conciliar, de um lado, a solução do conflito societário, e, de outro, a permanência da atividade empresarial, evitando-se, com isto, que problemas entre os sócios prejudiquem os interesses de trabalhadores, consumidores, do fisco, da comunidade, etc”. (COELHO, 2012, p.79)

Passou-se a aceitar, em determinados tipos societários, a dissolução parcial fundada na quebra da *affetio societatis*, que é, segundo a jurisprudência, “elemento subjetivo característico e impulsionador da sociedade, relacionado à convergência de interesses de seus sócios para alcançar o objeto definido no contrato social”.⁸

sociedade, ou de qualquer dos sócios; 3 - Por mútuo consenso de todos os sócios; 4 - Pela morte de um dos sócios, salvo convenção em contrário a respeito dos que sobreviverem; e 5 - Por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado.

Art. 336 - As mesmas sociedades podem ser dissolvidas judicialmente, antes do período marcado no contrato, a requerimento de qualquer dos sócios: 1 - mostrando-se que é impossível a continuação da sociedade por não poder preencher o intuito e fim social, como nos casos de perda inteira do capital social, ou deste não ser suficiente; 2 - por inabilidade de alguns dos sócios, ou incapacidade moral ou civil, julgada por sentença; 3 - por abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais, ou fuga de algum dos sócios.

⁸ “Em contrato preliminar destinado a ingresso em quadro de sociedade limitada, a discussão passa pela *affetio societatis*, que constitui elemento subjetivo característico e impulsionador da sociedade, relacionado à convergência de interesses de seus sócios para alcançar o objeto definido no contrato social. A ausência desse requisito pode tornar inexequível o fim social. Inteligência dos arts. 1.399, inciso III, do Código Civil de 1916 ou 1.034, inciso II, do Código Civil de 2002, conforme o caso”. (EDEL no Recurso Especial nº 1.192.726 - SC 2010/0083659-8, Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 23/06/2015, DJe em 07-08-2015).

Como argumento de reforço, alguns julgados passaram a fundamentar a dissolução parcial também em princípios constitucionais. A liberdade de associação, prevista no artigo 5º, inciso XX da Constituição da República, foi utilizada como fundamento para permitir a retirada imotivada de sócio⁹. Surpreendentemente, há também acórdãos que fundamentam o direito de retirada imotivada no princípio da dignidade da pessoa humana, pois os sócios devem “ter garantida a sua plenitude de ser, pensar e fazer escolhas, sob pena de violação da sua autonomia da vontade e liberdade existencial”¹⁰.

Assim, a dissolução parcial passou a ser fundamentada também em princípios constitucionais, sobretudo na liberdade de associação, e mediante a mera alegação de que não mais existiriam os motivos para que determinado sócio continuasse a integrar a sociedade (quebra da *affectio societatis*).

A retirada imotivada de sócios possui previsão expressa nas sociedades simples, no art. 1.029 do Código Civil, como já mencionado anteriormente. Embora a sociedade limitada não possua a mesma regra da sociedade simples, o entendimento majoritário aplicava subsidiariamente as regras da sociedade simples às limitadas. Nesse sentido, cumpre transcrever trecho doutrinário de Priscila M. P. Corrêa da Fonseca:

“Enquanto vigorar a aplicabilidade às limitadas das normas relativas às sociedades simples, não se vislumbra razão que justifique a impossibilidade de incidência da faculdade contemplada no art. 1.029 às sociedades limitadas. O art. 1.077 cuida do direito de recesso, enquanto motivado por divergência em relação à alteração promovida no contrato social, fusão ou incorporação de uma sociedade ou desta por outra. O art. 1.029 faculta a chamada denúncia vazia, desmotivada, e que permite, por conseguinte, a retirada do sócio, na sociedade por prazo indeterminado, subordinada única e exclusivamente à sua vontade,

⁹ “Conforme corretamente observado na sentença, o artigo 1.029 do Código Civil faculta esse direito ao sócio, em consonância ao princípio constitucional consagrado no art. 5º, inciso XX da Constituição Federal, que dispõe acerca da impossibilidade de alguém ser compelido a associar-se ou permanecer associado”. (TJRJ, 22ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0310531-50.2012.8.19.0001, recurso julgado em 16-12-2014, trecho do voto do relator).

¹⁰ “Compelir o apelado a continuar integrando o quadro societário da pessoa jurídica em questão, afronta o princípio da dignidade da pessoa humana na sua concepção mais singela, não podendo ser colocado à disposição dos réus. Ao contrário, deve ter garantida a sua plenitude de ser, pensar e fazer escolhas, sob pena de violação da sua autonomia da vontade e liberdade existencial”. (TJRJ, 17ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0257202-26.2012.8.19.0001, acórdão publicado em 04-02-2015, trecho do voto do relator).

enquanto nas sociedades de prazo determinado cumpre àquele que pretende se afastar da sociedade provar judicialmente justa causa para tanto.” (FONSECA, 2007, p.16)

Inicialmente, esta teoria não alcançou as sociedades anônimas. Nesse sentido, ensina Maíra de Melo Vieira:

“No que toca às sociedades anônimas, não se cogitou, em princípio, a aplicação a este tipo societário, da dissolução parcial. Isso porque as sociedades anônimas, tidas como sociedades tipicamente de capitais, e, portanto, de natureza institucional, seriam de todo estranhas ao *intuitu personae* típico das sociedades de pessoas, de natureza contratualista: razão pela qual a transferência de ações de um sócio a terceiro estranho à sociedade e a substituição de um sócio por outro não seria, em regra, em nenhum modo relevante ao modelo societário. [...] Ademais, por sua natureza de corporação de capitais, a sociedade anônima não se sujeitava à disciplina do Código Comercial de 1850, que regulada as sociedades ditas de pessoas” (VIEIRA, 2014, p. 217).

A não aplicação da dissolução parcial fundada na quebra da *affectio societatis* às sociedades anônimas se baseava na orientação de que estas últimas seriam sociedades de capitais, ao passo que as sociedades limitadas e, sobretudo, as sociedades simples seriam sociedades de pessoas. A distinção entre sociedades de pessoas e de capitais é explicada pela doutrina:

“As sociedades de pessoas têm no relacionamento entre os sócios a sua razão de existir. A vinculação entre os sócios funda-se no *intuitu personae*, ou seja, na confiança que cada um dos sócios deposita nos demais. As cotas são, assim, intransferíveis, a fim de que não ingresse um estranho na sociedade.

Nas sociedades de capitais inexistente esse personalismo. A cada um dos sócios é indiferente a pessoa dos demais. O que ganha relevância nessa categoria de sociedades é a aglutinação de capitais para um determinado empreendimento”.(BORBA, 2003, p. 98).

Ocorre que se percebeu que também há sociedades anônimas em que o elemento pessoal é relevante, notadamente as sociedades anônimas fechadas de caráter familiar. Nesses casos o STJ entendeu possível a dissolução parcial de sociedade anônima familiar, constituída com *intuitu personae*, quando desaparecida a *affectio societatis*¹¹.

Há de se notar, contudo, que os fundamentos para a dissolução parcial de sociedade anônima são divergentes entre si. Ora, se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade de associação permitem a retirada imotivada de sócio, estes também deveriam se aplicar a qualquer sociedade anônima, inclusive às de capital aberto. Para enfrentar o tema, no capítulo seguinte trataremos da inaplicabilidade destes princípios como fundamentos para a dissolução parcial de sociedades.

IV – A INAPLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO PARA FUNDAMENTAR A DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE

Entendemos que a Lei de S/A não contempla a quebra da *affectio societatis* como requisito para fundamentar pedido de dissolução parcial de sociedade. Do mesmo modo se contesta a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB) e da liberdade de associação (art. 5º, XX da CRFB) às sociedades a fim de permitir a sua dissolução parcial.

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República brasileira (art. 1º, III da Constituição da República), constituindo valor fundamental que orienta princípios e regras. O STF tem farta jurisprudência a respeito do tema e já aplicou o princípio da dignidade da pessoa humana em casos relativos à liberdade do indivíduo (ex: súmula vinculante 11, HC 91952)¹², pesquisas com células-tronco embrionárias (ex: ADI 3.510)¹³,

11 “COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA FAMILIAR. DISSOLUÇÃO PARCIAL. INEXISTÊNCIA DE AFFECTIO SOCIETATIS. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA. I. A 2ª Seção, quando do julgamento do EREsp n. 111.294/PR (Rel. Min. Castro Filho, por maioria, DJU de 10.09.2007), adotou o entendimento de que é possível a dissolução de sociedade anônima familiar quando houver quebra da *affectio societatis*. II. Embargos conhecidos e providos, para julgar procedente a ação de dissolução parcial”. (EREsp 419.174/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/05/2008, DJe 04-08-2008)

12 Súmula Vinculante 11: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (precedente representativo: HC 91952, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 7.8.2008, DJe de 19-12-2008).

13 CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOS-

reconhecimento de união homoafetiva (ex: RE 477.554-AgR)¹⁴ e vários outros casos relativos a questões não patrimoniais.

A dissolução de sociedade em nada se assemelha aos precedentes do STF e pretende aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana a uma questão envolvendo um direito patrimonial disponível, subvertendo por completo este relevante valor constitucional. Assim, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana para permitir a dissolução parcial de uma sociedade é um equívoco. Ademais, seria possível o desfazimento de qualquer tipo de contrato com base no princípio da dignidade da pessoa humana, o que geraria um absurdo no ordenamento jurídico brasileiro.

SEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. (...) V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como “direito ao planejamento familiar”, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da “dignidade da pessoa humana” e da “paternidade responsável”. (...) O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluem a fertilização artificial ou “in vitro”. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à “liberdade” (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, “fruto da livre decisão do casal”, é “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável” (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226) (...). (ADI 3510 / DF, Plenário, Ministro Relator AYRES BRITTO, Julgado em 29/05/2008).

14 UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (...) O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. (...) (RE 477554 AgR / MG, Segunda Turma, Ministro Relator CELSO DE MELLO, Julgamento em 16/08/2011, 26-08-2011).

O STF em várias ocasiões já manifestou preocupação com a utilização ampla e indiscriminada de conceitos jurídicos indeterminados, como a dignidade da pessoa humana. Neste sentido:

“(…) Tem razão a arguente ao afirmar que a dignidade não tem preço. As coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano. Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor (valor de quem se arroga a tanto). É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirme e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores. (...)” (ADPF 153, voto do Ministro Relator Eros Grau, julgamento em 29-4-2010, Plenário, DJE de 06-08-2010)

Ademais, cumpre salientar que a utilização ampla e indiscriminada de conceitos jurídicos indeterminados apenas retira a força destes princípios. Neste sentido, cumpre destacar os seguintes entendimentos doutrinários:

“Levando, contudo, em conta que – de modo especial em face do elevado grau de indeterminação e cunho polissêmico do princípio e da própria noção de dignidade da pessoa – com algum esforço argumentativo, tudo o que consta do texto constitucional pode – ao menos de forma indireta – ser reconduzido ao valor da dignidade da pessoa, **convém alertar que não é, à evidência, neste sentido que este princípio fundamental deverá ser manejado na condição de elemento integrante de uma concepção material de direitos fundamentais, pois, se assim fosse, toda e qualquer posição jurídica estranha ao catálogo poderia (em face de um suposto conteúdo de dignidade da pessoa humana), seguindo a mesma linha**

de raciocínio, ser guindada à condição de materialidade fundamental. “(SARMENTO, 2011, p. 58¹⁵).

“Isto significa dizer que o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica. Eis a principal dificuldade que se enfrenta ao buscar delinear, do ponto de vista hermenêutico, os contornos e os limites do princípio constitucional da dignidade humana. **Uma vez que a noção é ampliada pelas numerosíssimas conotações que enseja, corre-se o risco de generalização, indicando-a como ratio jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Levada ao extremo, essa postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão intenso que torna impossível a sua aplicação.** (BODIN, 2003. p. 84)

Assim, a dignidade da pessoa humana não é causa apta a permitir a dissolução parcial de sociedade.

No tocante ao outro fundamento constitucional (a liberdade de associação), é importante distinguir as associações das sociedades. Ambas são espécies de pessoas jurídicas e estão definidas no Código Civil:

“Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para **fins não econômicos**”.

“Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, **para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados**”.

15 Neste mesmo sentido, cumpre transcrever outro trecho da obra do professor Sarmento, qual seja: “A posição de que o princípio da dignidade não é absoluto foi advogada na Alemanha, dentre outros autores, por Robert Alexy e Michael Kloepfer. Na doutrina nacional, a tese é sustentada por Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lobo Torres, dentre outros, e ela me parece acertada por várias razões.

Em primeiro lugar, porque não vejo como conciliar a ideia da dignidade humana como um princípio com amplo raio de incidência e capacidade para incidir diretamente em vastos domínios da vida social, com o seu caráter absoluto. A adoção simultânea das duas posições gera problemas insuperáveis do ponto de vista prático, como bem destacou Dieter Grimm. E, na perspectiva da própria proteção da dignidade da pessoa humana, me parece preferível concebê-la como um princípio de amplo espectro de incidência, mas relativo, do que tratá-la como um comando absoluto, mas de abrangência restrita. Por outro lado, a afirmação do caráter absoluto do princípio da dignidade, embora confortável do ponto de vista retórico, conduz, na prática, a resultados que poucos aceitariam.

(...)

Enfim, em uma sociedade hipercomplexa como a nossa, não me parece viável sustentar o caráter absoluto de um princípio que tem a pretensão de disciplinar tantas questões e dimensões das relações sociais. A tese soa bem, é politicamente correta, mas, se efetivamente observada, conduz a resultados práticos inviáveis”. (SARMENTO, 2011, p.96-97)

Conforme se infere da leitura do artigo 53 supramencionado, vê-se que associações são organizações que não possuem fins econômicos¹⁶. Já as sociedades têm por objeto o exercício da atividade econômica e, por fim, a partilha entre os sócios dos seus resultados. Justamente por possuir características muito peculiares, o legislador disciplinou a sociedade em apartado no Código Civil (artigos 981 e seguintes) e em diversas leis especiais.

Feita essa advertência inicial, não se pode concordar com o argumento constante de parte da jurisprudência de que o artigo 5º, inciso XX, da Constituição da República também seria aplicável às sociedades. Isto porque tal norma se restringe às associações de pessoas para fins não econômicos, o que afastaria as sociedades em si.

A inaplicabilidade do inciso XX, do artigo 5º da Carta Magna ao direito de recesso também foi sustentada por Tavares Borba¹⁷ :

“A liberdade de associação foi consagrada na Constituição Federal, que arrolou entre os direitos individuais e coletivos (art. 5º), ao prescrever (inciso XVII) que “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”. Na sequência, dispôs a respeito da criação de associações, que “independem de autorização” (XVIII), acrescentando (inciso XIX) que “as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter as suas atividades suspensas por decisão judicial”, para depois estabelecer (inciso XX) que “**ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado**”, e finalmente enunciar (inciso XXI) que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

Com base no supra transcrito inciso XX, alguns doutrinadores e algumas decisões judiciais têm sustentado que os sócios das limitadas e das sociedades anônimas fechadas não poderiam ser compelidos a permanecer na sociedade, daí extraindo a tese de que teriam o direito de pleitear a dissolução parcial, por mera

16 Explica a professora Maria Helena Diniz que: “conceito de associação. É uma pessoa jurídica de direito privado voltada à realização de finalidades não lucrativas, ou seja, culturais, educacionais esportivas, sociais, piás, religiosas, recreativas etc., cuja existência legal surge com a inscrição do estatuto social, que a disciplina, no registro competente”. (DINIZ, 2014, p. 143)

17 Em parecer não publicado, de 06 de janeiro de 2014, mas constante nos autos do processo judicial nº 0257202-26.2012.8.19.0001 (fls. 805-831).

manifestação de vontade, sempre que o prazo de duração da sociedade fosse indeterminado.

O preceito constitucional acima destacado (inciso XX), a toda evidência, cuida do direito de participar e se retirar de uma associação, e não de uma sociedade. Toda a sequência de normas, que vão do inciso XVII ao XXI, encontra-se claramente dirigida ao direito de constituir associações, assim como à prerrogativa de a elas se filiar ou delas se desvincular.

E é natural que assim seja, pois o direito de se associar oferece nítida conotação política, diferentemente do direito de participar em sociedade, que é de natureza técnico-econômica, e, portanto, matéria de direito privado, a ser regulada pelas leis ordinárias.” (grifos nossos) (BORBA, 2014)

Como bem destacou o professor Tavares Borba, a reunião de pessoas para a constituição de uma associação tem conotação política, ao passo que a reunião de pessoas para a constituição de uma sociedade tem finalidade econômica. Assim, como associação e sociedade visam promover finalidades distintas, não é correto aplicar os incisos XVII ao XXI do artigo 5º da Constituição da República – nitidamente preocupados em garantir o direito de associação – às sociedades.

Ainda sobre assunto, completa o professor Tavares Borba:

“Afigura-se, pois, manifesto, que a referida norma constitucional, quer sob o aspecto da interpretação gramatical, quer sob o aspecto da interpretação teleológica, não se dirige às sociedades de fins econômicos”.

Ainda que se desejasse dessa norma extrair uma extensão, que não lhe seria própria, para os domínios do direito societário, que é eminentemente privado, o seu alcance se exauriria nas sociedades de responsabilidade ilimitada. Nas de responsabilidade limitada (sociedade anônima e sociedade limitada), nas quais a participação tem a natureza de mero investimento, faltaria a conotação de filiação pessoal, que é marca do direito de associação.

A matéria, na órbita empresarial, é de natureza técnica e, por isso mesmo, não pode ser vista como compreendida no âmbito do direito de se filiar a uma associação ou dela se desfiliação. A subscrição ou aquisição de cotas ou ações consubstancia um negócio – é objetiva. A filiação a uma associação é de natureza pessoal – é subjetiva, e traz a conotação da integração em um ideário, seja este de que natureza for (político, religioso, esportivo ou de mera convivência social).

Ademais, o entendimento de que a liberdade de desfiliação seria aplicável às sociedades em geral conduziria o intérprete a uma manifesta e irrecusável impropriedade, pois permitiria entender que qualquer acionista, de sociedade grande ou pequena, fechada ou aberta, poderia exercer, a qualquer tempo, esse direito de desfiliação, assim obtendo a liquidação parcial da sociedade. Tal entendimento golpearia de forma catastrófica a ordem econômica, pois desestabilizaria as companhias e, ao mesmo tempo, comprometeria o mercado de capitais, cuja base de sustentação é o propósito de permanência que provém da continuidade e da longevidade das empresas.

Acrescente-se que a aplicação às sociedades das regras constitucionais sobre associação conduziria ainda o intérprete a diversos outros efeitos impróprios, tais como: a) considerar inconstitucionais as normas sobre intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras (art. 5º, XIX, da Constituição Federal); e b) considerar também inconstitucionais as normas que impõem a autorização do governo para o funcionamento de instituições financeiras, seguradoras e outras empresas com atividades especialmente sensíveis (art. 5º, XVIII, da Constituição Federal).

A extravagância desses efeitos – especialmente do direito amplo e imotivado de se retirar de qualquer sociedade -, também atua no sentido de demonstrar que os incisos XVII, XVIII, XIX, XX e XXI do art. 5º da Constituição Federal alcançam apenas as associações, uma vez que o Direito deve “ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis”, como bem exposto na clássica lição

de Carlos Maximiliano (“Hermenêutica e Aplicação do Direito”, 9ª. edição, 2ª. tiragem, 1981, pág. 166)”. (BORBA, 2014)

Ademais, o princípio insculpido no inciso XX do artigo 5º da Constituição Federal tem cunho político, pois visa proteger os direitos individuais da ação indevida do Poder Público e, portanto, não constitui fundamento para permitir o direito de retirada. Por isso, não é coerente aplicar a relações privadas uma norma constitucional cujo escopo é de proteger os direitos fundamentais contra a intervenção do Poder Público. Confirmam-se as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal:

Por não se confundir a associação de moradores como condomínio disciplinado pela Lei 4.591/1964, descabe, a pretexto de evitar vantagem sem causa, impor mensalidade a morador ou a proprietário de imóvel que a ela não tenha aderido. Considerações sobre o princípio da legalidade e da autonomia da manifestação de vontade – art. 5º, II e XX, da CF. (RE 432.106, Ministro Relator Marco Aurélio, julgado em 20-09-2011, 1ª Turma, DJe 04-11-2011)

Art. 2º, IV, a, b e c, da Lei 10.779/2003. Filiação à colônia de pescadores para habilitação ao seguro-desemprego (...). Viola aos princípios constitucionais da liberdade de associação (art. 5º XX) e da liberdade sindical (art. 8º, V), ambos em sua dimensão negativa, a norma legal que condiciona, ainda que indiretamente, o recebimento do benefício do seguro-desemprego à filiação do interessado a colônia de pescadores de sua região. (ADI 3.464, Plenária, Ministro Relator Menezes Direito, julgado em 29-10-2008, DJe de 06-03-2009)

-

Estatuto da Polícia Civil do Estado do Piauí (LC, de 26-06-1990), art. 151; Portaria 12.000-007/1996, de 09-01-1996, do secretário de Segurança Pública do Estado do Piauí. Vedação de desconto de contribuição sindical. Violação ao art. 8º, IV, c/c o art. 37, VI, da Constituição. Reconhecimento de duas entidades representativas da Polícia Civil do Estado do Piauí. Transgressão ao art. 5º, XX, tanto na sua dimensão positiva quanto na

dimensão negativa (direito de não se associar). (ADI 1.416, Plenário, Ministro Relator Gilmar Mendes, julgado em 10-10-2002, DJe de 14-11-2002)

Com efeito, as decisões do Supremo Tribunal Federal relativas à interpretação do artigo 5º, inciso XX, da Constituição Federal, são no sentido de declarar a inconstitucionalidade de normas que condicionam a filiação a determinada entidade como requisito indispensável para a obtenção de um direito individual¹⁸. Ou seja, o Supremo Tribunal Federal reconhece que os direitos fundamentais são direitos de defesa, protegendo os cidadãos contra a intervenção do Estado. Nesse sentido, a jurisprudência do STF, ao abordar aspectos fundamentais do direito de associação, expõe que a liberdade plena de associação relaciona-se, de maneira intrínseca, aos preceitos da dignidade da pessoa, livre iniciativa, autonomia da vontade e liberdade de expressão¹⁹ e, deste modo, diferencia-se do direito de reunião, possuindo autonomia jurídica.²⁰

Das decisões do STF, então, percebe-se claramente que os fundamentos adotados são absolutamente inaplicáveis às sociedades.

Para demonstrar com maior clareza que os incisos XVII a XXI do artigo 5º da Constituição da República se referem à associação (e não à sociedade), convém transcrever esses dispositivos constitucionais:

“XVII – é plena a liberdade de **associação** para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

18 Vide ADI^{sn}s 3.464-2 e 1.655

19 “O direito à plena liberdade de associação (art. 5º, XVII, da CF) está intrinsecamente ligado aos preceitos constitucionais de proteção da dignidade da pessoa, de livre iniciativa, da autonomia da vontade e da liberdade de expressão. Uma associação que deva pedir licença para criticar situações de arbitrariedades terá sua atuação completamente esvaziada.” (HC 106.808, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 09/04/2013, Segunda Turma, DJE de 24-04-2013.)

20 “A primeira Constituição política do Brasil a dispor sobre a liberdade de associação foi, precisamente, a Constituição republicana de 1891, e, desde então, essa prerrogativa essencial tem sido contemplada nos sucessivos documentos constitucionais brasileiros, com a ressalva de que, somente a partir da Constituição de 1934, a liberdade de associação ganhou contornos próprios, dissociando-se do direito fundamental de reunião, consoante se depreende do art. 113, § 12, daquela Carta Política. Com efeito, a liberdade de associação não se confunde com o direito de reunião, possuindo, em relação a este, plena autonomia jurídica (...). Diria, até, que, sob a égide da vigente Carta Política, intensificou-se o grau de proteção jurídica em torno da liberdade de associação, na medida em que, ao contrário do que dispunha a Carta anterior, nem mesmo durante a vigência do estado de sítio se torna lícito suspender o exercício concreto dessa prerrogativa. (...) Revela-se importante assinalar, neste ponto, que a liberdade de associação tem uma dimensão positiva, pois assegura a qualquer pessoa (física ou jurídica) o direito de associar-se e de formar associações. Também possui uma dimensão negativa, pois garante a qualquer pessoa o direito de não se associar, nem de ser compelida a filiar-se ou a desfiliar-se de determinada entidade. Essa importante prerrogativa constitucional também possui função inibitória, projetando-se sobre o próprio Estado, na medida em que se veda, claramente, ao Poder Público, a possibilidade de interferir na intimidade das associações e, até mesmo, de dissolvê-las, compulsoriamente, a não ser mediante regular processo judicial.” (ADI 3.045, voto do Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10/08/2005, Plenário, DJ de 01/06/2007.)

XVIII – a criação de **associações** e, na forma da lei, a de **cooperativas** independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX – as **associações** só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX – ninguém poderá ser compelido a **associar-se** ou a permanecer **associado**;

XXI – as entidades **associativas**, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”

Se concluíssemos pela aplicação destes dispositivos às sociedades, chegaríamos a resultados esdrúxulos.

Pelo inciso XVII, seria plena a liberdade de formar sociedades entre quaisquer pessoas. Consequentemente, seriam inconstitucionais todas as leis que limitam a participação de capital estrangeiro em certo tipo de sociedades, como a Lei nº 10.610/2002, que trata da participação de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Pelo inciso XVII, a criação de sociedades (i) não dependeria de autorização e (ii) seria vedada a interferência estatal em seu funcionamento. Consequentemente, seria inconstitucional o artigo 1.134 do Código Civil, que determina que a sociedade estrangeira não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no Brasil. Também seriam inconstitucionais todas as normas que regulam o funcionamento de instituições financeiras e de seguros e que submetem essas sociedades à interferência de órgãos estatais, como o Banco Central e SUSEP.

Pelo inciso XIX, as sociedades só poderiam ser compulsoriamente dissolvidas ou terem a sua atividade suspensa por decisão judicial. Assim, seria inconstitucional a submissão de instituições financeiras (que quase sempre assumem a forma de sociedades) ao processo de intervenção ou de liquidação extrajudiciais, disciplinado pela Lei nº 6.024/1974.

Pelo inciso XX, qualquer sócio teria o direito potestativo de se retirar da sociedade a qualquer tempo. Consequentemente, seriam inconsti-

tucionais todas as normas da Lei de S/A que versam sobre em que casos pode ser exercido o direito de retirada da sociedade²¹. **Assim, qualquer acionista teria o direito de se retirar “pela simples manifestação de vontade” da sociedade, mesmo sendo esta uma companhia aberta.** Nessa hipótese, seria irrelevante a velha divisão entre sociedade de pessoas e sociedade de capitais, pois a norma constitucional se aplicaria a ambos os casos e possibilitaria o amplo direito de retirada dos sócios.

Por fim, pelo inciso XXI, as sociedades serviriam para representar e proteger os interesses dos seus sócios, ao invés de perseguir o seu objetivo social com o fim de gerar lucro a ser partilhado entre os sócios.

Outro indício que demonstra que o constituinte se referiu apenas às associações é que no inciso XVIII há também menção às cooperativas, que são uma espécie de sociedade (artigo 1.093 do Código Civil). Ora, se o inciso XVIII se aplicasse às sociedades empresárias, por que o constituinte fez referência apenas a um tipo específico de sociedade?

Ou seja, toda a análise desses dispositivos constitucionais leva à inquévoca conclusão de que estas normas, incluindo-se o inciso XX, não se aplicam às sociedades.

Neste sentido, cumpre destacar trecho de parecer de Alfredo de Assis Gonçalves Neto:

“Simples leitura do conjunto das normas que dispõem sobre o tema (CF, art. 5º, inc. XVII a XXI) revela que “é de associações, exclusivamente, e não de sociedades, que cuidam esses enunciados. A vingar entendimento contrário, as sociedades, qualquer delas, independentemente da natureza de sua atividade, não se poderiam sujeitar a uma eventual exigência de autorização para funcionar (inciso XVIII) nem ser submetidas a processo de intervenção ou de liquidação extrajudiciais (inciso XIX), teriam filiados e não sócios, e estariam voltadas para representar e proteger os interesses deles, ao invés de perseguir os fins econômicos constitutivos de seu objeto (inciso XXI).” (NETO, 2014)

21 “Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas: (...)”

Dessa forma, a interpretação de determinada norma deve ser feita em conjunto com as demais, uma vez que a interpretação de um mero inciso fora do contexto pode criar uma anomalia jurídica. Neste sentido, transcreve-se trecho da Professora Evy Cynthia Marques:

“Converge para esta conclusão a leitura das demais normas contidas do art. 5º relacionadas à associação. O inciso XXI do art. 5º da CCF, por exemplo, determina que 'as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente'. Tal norma aplica-se apenas às associações. Os sócios das sociedades não podem ser representados, em suas demandas judiciais, pela sociedade. Importante também notar que, nas diversas vezes em que o constituinte quis se referir à sociedade, empregou os termos 'sociedade', 'empresa' ou 'companhia', e não 'associação', previsto no inciso XX do art. 5º da CF, não se refere à sociedade”. (MARQUES, 2011, p. 130)

Ad argumentandum tantum, se optássemos pela aplicabilidade do inciso XX às sociedades, chegar-se-ia à conclusão de que qualquer sócio teria o direito potestativo de se retirar da sociedade, a qualquer tempo, mediante simples exercício de vontade e com a consequente dissolução parcial da pessoa jurídica. Neste sentido, explica o Professor Fábio Ulhoa Coelho:

“A liberdade de associação é irrestrita no momento da constituição da sociedade empresária ou do ingresso na constituída, não podendo ninguém ser obrigado a se tornar sócio de sociedade contratual contra a vontade. Uma vez, porém, ingressando na sociedade empresária, o sócio não poderá dela se desligar senão nas hipóteses previstas em lei”. (COELHO, 2012. p. 78)

Daí, conclui-se que a aplicação da dignidade da pessoa humana e da liberdade de associação como fundamentos para a dissolução parcial de sociedade caracteriza fenômeno descrito pelo Ministro Luis Roberto Barroso como “*constitucionalização excessiva*”. Trata-se do uso abusivo da discricionariedade judicial quando da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados – ou princípios de conteúdo fluido – na solução de casos complexos:

“De outra parte, é indispensável que juízes e tribunais adotem certo rigor dogmático e assumam o ônus argumentativo da aplicação de regras que contenham conceitos jurídicos indeterminados ou princípios de conteúdo fluido. O uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como o da dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas”. (BARROSO, 2011, p. 392).

Neste sentido, o Ilustre professor sugere que os intérpretes da lei, em geral, adotem os seguintes critérios:

“a) *preferência pela lei*: onde tiver havido manifestação inequívoca e válida do legislador, deve ela prevalecer, abstendo-se o juiz ou tribunal de produzir solução diversa que lhe pareça mais conveniente;

b) *preferência pela regra*: onde o constituinte ou o legislador tiver atuado, mediante a edição de uma regra válida, descritiva da conduta a ser seguida, deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia, que por acaso pudessem postular incidência na matéria”. (BARROSO, 2011, p. 393)

Em síntese, os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de associação não legitimam o direito de retirada imotivada dos sócios da sociedade anônima. A saída do sócio apenas pode se dar nas hipóteses previstas na Lei de S/A.

V – CONCLUSÃO

Diante do exposto, é equivocada fundamentar a dissolução parcial de sociedade anônima na quebra da *affectio societatis*, na garantia constitucional da liberdade de associação e no princípio da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, buscou-se demonstrar no capítulo anterior que tais princípios e garantias atendem valores de cunho social e político, com a especial proteção da figura da associação como elemento fundamental à

organização institucional da sociedade civil. Por isso, a aplicação inadequada destes institutos, sobretudo quando se discute direitos patrimoniais disponíveis, acaba por distorcer o núcleo essencial tanto destes direitos fundamentais invocados, como da normativa civil que rege o vínculo entre os sócios.

Objetiva-se, através deste entendimento, conferir ao ordenamento maior segurança jurídica, visando frear o fenômeno da constitucionalização excessiva, como é o caso da indevida utilização do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para todas as causas, servindo-se do dito princípio como panaceia para qualquer questão posta diante do aplicador do Direito.

Ressalte-se, aliás, que a aplicação desmesurada de qualquer princípio, ainda mais se tratando de um princípio que é fundamento da República Federativa do Brasil, acaba por esvaziá-lo de conteúdo. De modo mais simples, se para tudo pode ser invocada a “dignidade da pessoa humana”, então nada é realmente protegido pela “dignidade da pessoa humana”, mas apenas a vontade pura e simples do julgador de decidir dessa ou daquela forma.

Rejeitar a aplicação destes princípios à dissolução de sociedades anônimas não significa impedir que os acionistas possam sair da sociedade, mas que os sócios possam se retirar da companhia apenas nas hipóteses já estabelecidas na Lei de S/A: a venda de ações e o exercício do direito de retirada nas hipóteses legalmente previstas. ❖

VI - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARES, Samantha Lopes. **Ação de dissolução de Sociedades**. São Paulo: Quarter Latin, 2008.

AZEVEDO, Erasmo Valladão, FRANÇA, Novaes (Coords.) **Temas de direito societário e empresarial contemporâneos**. São Paulo: Malheiros. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BODIN, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Renovar: Rio de Janeiro, 2003.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. Renovar: Rio de Janeiro, 2003.

BORBA, Tavares. Parecer acerca da dissolução parcial de sociedades. Disponível no processo de nº 0257202-26.2012.8.19.0001, à fls. 805-831. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201525252646>> em: 12 de setembro de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1973.

_____. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil.

COELHO, Fábio Ulhoa. 16ª Ed: **Curso de direito comercial**, Volume 1, Direito De Empresa. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1990.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**, 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. **Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio**, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PEDREIRA, Luis Eduardo Bulhões Pedreira. Direito de retirada. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coords.). **Direito das companhias. Vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 326-376.

MARQUES, Evy Cynhia. Fundamentos jurídicos do direito de retirada. In: AZEVEDO, Erasmo Valladão, FRANÇA, Novaes (Coords.). **Temas de direito societário e empresarial contemporâneos**. São Paulo: Malheiros. 2011, p. 116-132.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. Do parecer no tocante à dissolução parcial de sociedades limitadas e anônimas constituídas por membros de duas famílias com fundamentação na *affectio societatis*. Curitiba, 2014. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-sociedades.pdf>> em: 26 de agosto de 2016.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **Dissolução Parcial De Sociedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SANTOS, Paulo Penalva. Dissolução, liquidação e extinção. In: LAMY FILHO, Alfredo, PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das companhias**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1815-1850.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.

VIEIRA, Maíra de Melo. **Dissolução Parcial Da Sociedade Anônima – Construção e Consolidação no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Quarter Latin, 2014.



Centro de Estudos e Pesquisas

"AB UNO DOCERE OMNES"

MCMLXXXVIII

A

REVISTA DA EMERJ, que circula desde 1998, tem como objetivo maior propiciar debates, visando ao enriquecimento da cultura jurídica do País. A EMERJ se orgulha de manter a publicação de artigos doutrinários em sua revista e de apresentar temas de interesse de toda a comunidade jurídica.

Visando a democratizar o acesso à informação e a tornar mais funcional a interação do periódico com seus leitores em potencial, a versão na íntegra em pdf de todos os fascículos, que antes circulavam apenas em sua versão impressa, foi colocada à disposição dos interessados no portal da EMERJ.

Portanto, a Revista da EMERJ está contribuindo significativamente para a concretização da visão de futuro da Escola: ser reconhecida pelos profissionais do Direito como uma instituição de excelência na disseminação do conhecimento jurídico.

Juiz Antonio Aurelio Abi Ramia Duarte
Coordenador Editorial da Revista da EMERJ