

Revista de  
**DIREITO**

DO PODER JUDICIÁRIO DO  
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOLUME 2 | 2024 ●●●



**PODER JUDICIÁRIO**  
ESTADO DO RIO DE JANEIRO



Revista de  
**DIREITO**

DO PODER JUDICIÁRIO DO  
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOLUME 2 | JUNHO | 2024 ● ● ●



PODER JUDICIÁRIO  
ESTADO DO RIO DE JANEIRO



# TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

## PRESIDENTE

Des. Ricardo Rodrigues Cardozo

## CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA

Des. Marcus Henrique Pinto Basílio

## 1º VICE-PRESIDENTE

Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa

## 2º VICE-PRESIDENTE

Des. Suely Lopes Magalhães

## 3º VICE-PRESIDENTE

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

## EQUIPE EDITORIAL

### EDITOR-CHEFE

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

### CONSELHO EDITORIAL

Antonio Aurélio Abi-Ramia Duarte

Ana Paula Teixeira Delgado

Carolina Paes de Castro Mendes

Clarissa Maria Brandão Kowarski

Guilherme Sandoval Góes

Siddharta Legale

## EQUIPE ADMINISTRATIVA

### SECRETARIA-GERAL DE ADMINISTRAÇÃO | SGADM

Jacqueline Leite Vianna Campos

### DEPARTAMENTO DE GESTÃO

#### E DISSEMINAÇÃO DO CONHECIMENTO | DECCO

Ana Paula Teixeira Delgado

### DIVISÃO DE ORGANIZAÇÃO

#### DE ACERVOS DO CONHECIMENTO | DICAC

Karla Gomes Nery

### SERVIÇO DE PESQUISA, ANÁLISE E PUBLICAÇÃO

#### DE JURISPRUDÊNCIA | SEPEJ

Mônica Tayah Goldemberg

### REVISÃO

Ricardo Vieira de Lima

Wanderlei Barreiro Lemos

Carlos Henrique Costa

### DEPARTAMENTO DE COMUNICAÇÃO INTERNA

Aline de Oliveira Müller

### DIVISÃO DE MÍDIAS AUDIOVISUAIS

Claudio Pitanga

### DIVISÃO DE IDENTIDADE VISUAL

Georgia Kitsos

### PROJETO GRÁFICO

Fernando Villela

Revista de Direito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro / Tribunal de Justiça  
do Estado do Rio de Janeiro. – v. 2, (2024). Rio de Janeiro : TJERJ, 2024-.

Semestral

e-ISSN: 2965-7482

Disponível apenas *on-line*.

1. Direito – Periódicos. I. Rio de Janeiro (Estado). Tribunal de Justiça.

CDD 340.05

CDU 34(05)

## ÓRGÃO ESPECIAL

Des. Luiz Zveiter  
Des. Claudio de Mello Tavares  
Des. Maria Inês da Penha Gaspar  
Des. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo  
Des. Milton Fernandes de Souza  
Des. Nagib Slaibi Filho  
Des. Adriano Celso Guimarães  
Des. Gizelda Leitão Teixeira  
Des. José Carlos Varanda dos Santos  
Des. Suely Lopes Magalhães  
Des. Edson Aguiar de Vasconcelos  
Des. Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos  
Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira  
Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa  
Des. Ricardo Rodrigues Cardozo  
Des. José Carlos Maldonado de Carvalho  
Des. Marcus Henrique Pinto Basílio  
Des. José Muiños Piñeiro Filho  
Des. Cláudio Luís Braga Dell'Orto  
Des. Cláudia Pires dos Santos Ferreira  
Des. Fernando Cerqueira Chagas  
Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto  
Des. Cesar Felipe Cury  
Des. Augusto Alves Moreira Junior  
Des. Luiz Fernando de Andrade Pinto

## CONSELHO DA MAGISTRATURA

Des. Ricardo Rodrigues Cardozo  
Des. Marcus Henrique Pinto Basílio  
Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa  
Des. Suely Lopes Magalhães  
Des. José Carlos Maldonado de Carvalho  
Des. Ana Maria Pereira de Oliveira  
Des. Gilmar Augusto Teixeira  
Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho  
Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes  
Des. Luciano Silva Barreto

## COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Des. Sandra Santarém Cardinali  
Des. Lúcia Regina Esteves de Magalhães  
Des. Renato Lima Charnaux Sertã  
Des. Mafalda Lucchese  
Des. Eduardo Abreu Biondi

## COMISSÃO DE LEGISLAÇÃO E NORMAS

Des. Andre Emilio Ribeiro Von Melentovytch  
Des. Mônica Feldman de Mattos  
Des. Nadia Maria de Souza Freijanes  
Des. Luiz Marcio Victor Alves Pereira  
Des. Cristina Serra Feijó

## CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO

### 1ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Adriano Celso Guimarães  
Des. Conceição Aparecida Mousnier T. Guimarães  
Des. Mônica Maria Costa Di Piero  
Des. Marcelo Lima Buhatem  
Des. Augusto Alves Moreira Junior

### 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Helda Lima Meireles  
Des. Fernando Foch de Lemos Arigony da Silva  
Des. Carlos Santos de Oliveira  
Des. Renata Machado Cotta  
Des. Andréa Maciel Pachá

### 3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos  
Des. José Carlos Maldonado de Carvalho  
Des. Eduardo de Azevedo Paiva  
Des. Marianna Fux  
Des. Luiz Fernando de Andrade Pinto

### 4ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Milton Fernandes de Souza  
Des. Cristina Tereza Gaulia  
Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes  
Des. Cláudia Telles de Menezes  
Des. Denise Nicoll Simões

### 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Mário Assis Gonçalves  
Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho  
Des. Regina Lúcia Passos  
Des. Cíntia Santarém Cardinali  
Des. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

## 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Fernando Fernandy Fernandes  
Des. Sirley Abreu Biondi  
Des. Guaraci de Campos Vianna  
Des. Valéria Dacheux Nascimento  
Des. Juarez Fernandes Folhes

## 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Mário Guimarães Neto  
Des. Denise Levy Tredler  
Des. Cherubin Helcias Schwartz Júnior  
Des. Horácio dos Santos Ribeiro Neto

## 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Elton Martinez Carvalho Leme  
Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas  
Des. Márcia Ferreira Alvarenga  
Des. Cezar Augusto Rodrigues Costa  
Des. Flávia Romano de Rezende

## 9ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Paulo Sérgio Prestes dos Santos  
Des. Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara  
Des. Maria Isabel Paes Gonçalves  
Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho  
Des. Fernanda Fernandes Coelho Arrábida Paes

## 10ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Camilo Ribeiro Rulière  
Des. Custódio de Barros Tostes  
Des. Fábio Dutra  
Des. Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes  
Des. Antônio Carlos Arrábida Paes

## 11ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres  
Des. Lúcia Helena do Passo  
Des. Tereza Cristina Sobral Bittencourt Sampaio  
Des. Maria Luiza de Freitas Carvalho  
Des. João Batista Damasceno

## 12ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. José Carlos Paes  
Des. Cleber Ghelfenstein  
Des. Francisco de Assis Pessanha Filho  
Des. Nadia Maria de Souza Freijanes  
Des. Renata Silveiras França Fadel

## 13ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Benedicto Ultra Abicair  
Des. Teresa de Andrade Castro Neves  
Des. Mônica de Faria Sardas  
Des. Gilberto Clovis Farias Matos  
Des. Maria da Glória Oliveira Bandeira de Mello

## 14ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Luiz Felipe Miranda de Medeiros Francisco  
Des. Adolpho Correa de Andrade Mello Junior  
Des. Carlos Azeredo de Araújo  
Des. Daniela Brandão Ferreira  
Des. Luiz Eduardo Cavalcanti Canabarro

## 15ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Maria Inês da Penha Gaspar  
Des. Marília de Castro Neves Vieira  
Des. Alexandre Eduardo Scisinio  
Des. Eduardo Abreu Biondi  
Des. Ricardo Alberto Pereira

## 16ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo  
Des. Antônio Iloizio Barros Bastos  
Des. Maria Helena Pinto Machado  
Des. Maria Celeste Pinto de Castro Jatahy  
Des. Carlos Gustavo Vianna Direito

## 17ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Ana Maria Pereira de Oliveira  
Des. Sandra Santarém Cardinali  
Des. Natacha Nascimento G. Tostes G. Oliveira  
Des. Arthur Narciso de Oliveira Neto  
Des. Wilson do Nascimento Reis

## 18ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Cláudio de Mello Tavares  
Des. Maria Regina Fonseca Nova Alves  
Des. Lúcia Regina Esteves de Magalhães  
Des. Paulo Wunder de Alencar  
Des. Leila Santos Lopes

## 19ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho  
Des. Werson Franco Pereira Rêgo  
Des. Renato Lima Charnaux Sertã  
Des. Vitor Marcelo Aranha Afonso Rodrigues  
Des. André Luis Mançano Marques

## 20ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Fernando Cerqueira Chagas  
Des. Cesar Felipe Cury  
Des. Luiz Henrique Oliveira Marques  
Des. Sergio Nogueira de Azeredo  
Des. André Luiz Cidra

## 21ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Gabriel de Oliveira Zefiro  
Des. Mauro Pereira Martins  
Des. Luiz Umpierre de Mello Serra  
Des. Mafalda Luchese  
Des. Fábio Uchoa Pinto de Miranda Montenegro

## 22ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Sonia de Fátima Dias  
Des. Murilo André Kieling Cardona Pereira  
Des. Marcos André Chut  
Des. Celso Silva Filho  
Des. Cristina Serra Feijó

## CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

### 1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. Edson Aguiar de Vasconcellos  
Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira  
Des. Jacqueline Lima Montenegro  
Des. Claudio Luis Braga Dell'Orto  
Des. José Acir Lessa Giordani

### 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. José Carlos Varanda dos Santos  
Des. Celso Luiz de Mattos Peres  
Des. Pedro Saraiva de Andrade Lemos  
Des. Patrícia Ribeiro Serra Vieira  
Des. Eduardo Antonio Klausner

### 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. Nagib Slaibi Filho  
Des. Rogerio de Oliveira Souza  
Des. Carlos Eduardo Moreira da Silva  
Des. Inês da Trindade Chaves de Melo  
Des. Claudia Pires dos Santos Ferreira

### 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa  
Des. Andre Gustavo Correa de Andrade  
Des. Ricardo Couto de Castro  
Des. Claudio Brandão de Oliveira  
Des. Sérgio Seabra Varella

## 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. Mauro Dickstein  
Des. Carlos José Martins Gomes  
Des. Marco Aurelio Bezerra de Melo  
Des. Alexandre Teixeira de Souza  
Des. Rose Marie Pimentel Martins

## 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. Ricardo Rodrigues Cardozo  
Des. André Emilio Ribeiro Von Melentovytch  
Des. Monica Feldman Mattos  
Des. Lidia Maria Sodré de Moraes  
Des. Adriana Ramos de Melo

## 7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. Marco Antonio Ibrahim  
Des. Georgia de Carvalho Lima  
Des. Fernando Cesar Ferreira Viana  
Des. Ana Cristina Nascif Dib Miguel  
Des. Maria Cristina de Brito Lima

## 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. Leila Maria Rodrigues P. C. Albuquerque  
Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto  
Des. José Roberto Portugal Compasso  
Des. Margaret de Olivaes Valle dos Santos  
Des. Jean Albert de Souza Saadi

## SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

### MEMBROS EFETIVOS

Des. Ana Maria Pereira de Oliveira  
Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres  
Des. Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara  
Des. Marcelo Lima Buhatem  
Des. Natacha Nascimento Gomes Tostes  
Gonçalves de Oliveira  
Des. Werson Franco Pereira Rêgo  
Des. Maria Celeste Pinto de Castro Jathay  
Des. Renato Lima Charnaux Sertã  
Des. Cristina Serra Feijó  
Des. Leila Santos Lopes  
Des. Paulo Wunder de Alencar  
Des. Carlos Gustavo Vianna Direito  
Des. Vitor Marcelo Aranha Afonso Rodrigues  
Des. Renata Silvares França Fadel

## SUPLENTES

Des. Andrea Maciel Pachá  
Des. Mafalda Lucchese  
Des. Nadia Maria de Souza Freijanes  
Des. Luiz Umpierre de Mello Serra  
Des. João Batista Damasceno  
Des. Fernanda Fernandes Coelho Arrábida Paes

## SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

### MEMBROS EFETIVOS

Des. Edson Aguiar de Vasconcellos  
Des. Eduardo Antonio Klausner  
Des. Rogerio de Oliveira Souza  
Des. Ricardo Couto de Castro  
Des. Alexandre Teixeira de Souza  
Des. André Emílio Ribeiro Von Melentovytsch  
Des. Ana Cristina Nascif Dib Miguel  
Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto

### SUPLENTES

Des. Claudio Luis Braga Dell'Orto  
Des. Patricia Ribeiro Serra Vieira  
Des. Carlos Eduardo Moreira da Silva  
Des. Claudio Brandão de Oliveira  
Des. Rose Marie Pimentel Martins  
Des. Mônica Feldman de Mattos  
Des. Maria Christina Berardo Rucker  
Des. Jean Albert de Souza Saadi

## CÂMARAS CRIMINAIS

### 1ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Luiz Zweiter  
Des. Pedro Freire Raguenet  
Des. Katia Maria de Paula Menezes Monnerat  
Des. Maria Sandra Rocha Kayat Direito  
Des. Denise Vaccari Machado Paes

### 2ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Katia Maria Amaral Jangutta  
Des. Rosa Helena Penna Macedo Guita  
Des. Luciano Silva Barreto  
Des. Flavio Marcelo Azevedo Horta Fernandes  
Des. Peterson Barroso Simão

### 3ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Antonio Carlos Nascimento Amado  
Des. Suimei Meira Cavalieri  
Des. Monica Tolledo de Oliveira  
Des. Paulo Sergio Rangel do Nascimento  
Des. Carlos Eduardo Freire Roboredo

### 4ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Gizelda Leitão Teixeira  
Des. Marcia Perrini Bodart  
Des. João Ziraldo Maia  
Des. Paulo Cesar Vieira de Carvalho  
Des. Luiz Marcio Victor Alves Pereira

### 5ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Cairo Italo França David  
Des. Paulo de Tarso Neves  
Des. Paulo de Oliveira Lanzillotta Baldez  
Des. Alcides da Fonseca Neto  
Des. Geraldo da Silva Batista Júnior

### 6ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Rosita Maria de Oliveira Netto  
Des. Luiz Noronha Dantas  
Des. José Muiños Piñeiro Filho  
Des. Fernando Antonio de Almeida  
Des. Marcelo Ccastro Anatócles da Silva Ferreira

### 7ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Marcus Henrique Pinto Basílio  
Des. Maria Angélica Guimarães Guerra Guedes  
Des. Sidney Rosa da Silva  
Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto  
Des. Marcius da Costa Ferreira

### 8ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Suely Lopes Magalhães  
Des. Gilmar Augusto Teixeira  
Des. Elizabeth Alves de Aguiar  
Des. Claudio Tavares de Oliveira Júnior  
Des. Adriana Lopes Moutinho Daudt D'Oliveira

## APRESENTAÇÃO

Desembargador Caetano E. da Fonseca Costa

» 12

## DOCTRINA

### O papel institucional do STJ no fortalecimento da arbitragem e do Estado Democrático de Direito

Luis Felipe Salomão | Juliana Loss

» 14

### Os ideais do Estado Democrático de Direito estão ameaçados pelo populismo?

Benedito Gonçalves | Camile Sabino

» 26

### A fixação de valor mínimo para a reparação dos danos morais pelo Juízo criminal: Reflexões e aspectos jurisprudenciais

Messod Azulay Neto

» 37

### Independência judicial e cortes internacionais: Como essas cortes são compostas

Teresa Arruda Alvim

» 49

### Instrumentos para mejorar la investigación de los delitos de corrupción y análisis de su eficacia en el modelo español

Adán Carrizo González-Castell

» 64

### A declaração de vontade na perspectiva do Direito Civil alemão

Leonardo Estevam de Assis Zanini

» 80

### Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos: O papel do CEJUSC como Tribunal Multiportas

Wanderlei José dos Reis

» 98

**A atipicidade dos contratos com *influencers* e o Código Civil de 2002**

Vivian Buonalumi Tácito Yugar

» 116

**As “sanções premiais” e a sua aplicabilidade ao processo estrutural**

Gustavo Osna | Marcelo Mazzola

» 126

**O processo estrutural e o direito à educação em línguas minoritárias: Análise comparada do caso *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)* no Canadá e o hunsriqueano no Brasil**

Marco Félix Jobim | Hannah Pereira Alff

» 144

**Análise de Impacto Regulatório no Brasil: As consequências importam**

Humberto E. C. Mota Filho

» 160

***Référé* e estabilização da tutela: Consequências da importação de um sistema culturalmente diferente do nosso**

Rosalina Moitta Pinto da Costa

» 168

**Atos judiciais por meio eletrônico: Oportunidade para o progresso e a necessária preservação de garantias processuais constitucionais**

Gisele Mazzoni Welsch

» 183

**Há obrigatoriedade da designação da audiência de mediação e conciliação em ações de família com violência doméstica e familiar?**

América Cardoso Barreto Lima Nejaim | Cecília Rodrigues Frutuoso Hildebrand

» 189

**Contributos do método hermenêutico civil-constitucional para a interpretação das leis no contexto da pandemia de Covid-19: O exemplo das alterações promovidas pela Lei de Liberdade Econômica no artigo 113 do Código Civil**

Michel Glatt | Pedro Machado Bezerra

» 208

## Apresentação

A jurisdição de hoje não pode ser enxergada sem a imprescindível vinculação que há de ter com a pesquisa e a preponderância de seu viés científico e acadêmico. Nossa *Revista*, atualmente dirigida pelo colega e Professor Humberto Dalla Bernardina de Pinho, representa uma das vertentes mais importantes dessa moderna judicatura, que nos permite repensar todo o Sistema de Justiça para trazê-lo ao ideal emancipatório de maior igualdade e dignidade enquanto pilares essenciais da dimensão humana do magistrado.

As valorosas contribuições para essa edição da *Revista* de nosso Tribunal de Justiça trazem essa perspectiva, a começar pelo texto de fortalecimento da Arbitragem como instrumento do Estado Democrático de Direito, de autoria do Ministro Luis Felipe Salomão e de Juliana Loss.

Novamente a tônica do debate passa em seguida pelos ideais do Estado Democrático de Direito, pelo escrito do Ministro Benedito Gonçalves e de Camile Sabino, seguindo-se o texto com a reflexão do Ministro Messod Azulay Neto, que brinda nossa Revista com o tema sempre instigante da quantificação do dano moral.

A independência das Cortes Internacionais é o capítulo seguinte, da professora Teresa Arruda Alvim, seguido do texto “Instrumentos para mejorar la investigación de los delitos de corrupción y análisis de su eficacia en el modelo español”, de Adán Carrizo González-Castell.

O capítulo seguinte se insere no Direito Civil alemão e versa sobre o tema da declaração de vontade, escrito por Leonardo Estevam de Assis Zanini, seguindo-se a descrição do importante papel do CEJUSC para o novel conceito de Justiça Multiportas, de Wanderlei José dos Reis.

O capítulo que segue, de autoria de Vivian Buonalumi Tácito Yugar, enfrenta a atipicidade dos contratos dos chamados “*influencers*” no Código Civil de 2002, e Gustavo Osna, em conjunto com Marcelo Mazzola, descreve as “sanções premiadas” e sua aplicabilidade ao processo estrutural.

Outra participação do Direito Internacional vem em seguida, de Marco Félix Jobim e Hannah Pereira Alff, sobre o acesso à educação em línguas minoritárias, com a análise comparada de caso concreto.

Participação em sequência de Humberto E. C. Mota Filho, sobre o tema do Impacto Regulatório no Brasil, e de Rosalina Moitta Pinto da Costa, que escreve sobre as consequências da “importação” de sistema cultural diverso no assunto da tutela.

Atos judiciais por meio eletrônico foi a escolha de Gisele Mazzoni Welsch, seguida por América Cardoso Barreto Lima Nejaim, que em coautoria com Cecília Rodrigues Frutuoso Hildebrand, traz reflexões sobre a designação de audiência de mediação e conciliação no âmbito do Direito de Família e da Violência Doméstica.

Encerra a publicação o Capítulo de Michel Glatt e Pedro Machado Bezerra sobre métodos hermenêuticos próprios e especializados para os tempos de Pandemia.

Enfim, uma riqueza de pensamentos e reflexões das mais diversas vertentes, que evidenciam que o Direito não pode ser pensado ou interpretado de forma isolada, sendo necessário, especialmente para nós juízes, que tenhamos uma hermenêutica cada vez mais voltada ao ser humano e dentro de uma imanência moldada pelo amor, pelo respeito e pela solidariedade em relação àquele ou àquela que nos é diferente.

Desejo boa leitura a todas e todos, agradecendo de coração a honra que me foi dada de fazer a Apresentação deste magnífico exemplar.

**DESEMBARGADOR CAETANO E. DA FONSECA COSTA**  
1º VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

# O papel institucional do STJ no fortalecimento da arbitragem e do Estado Democrático de Direito

LUIS FELIPE SALOMÃO<sup>1</sup> | JULIANA LOSS<sup>2</sup>

Sumário: Introdução. 1. O procedimento arbitral sob a perspectiva constitucional democrática. 2. O Superior Tribunal de Justiça e a jurisdição arbitral. 2.1. O STJ e a homologação de sentença arbitral estrangeira. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

Há muito tempo, inclusive de forma prévia à própria concepção da jurisdição tal como conhecemos hoje, meios não judiciais de solução de conflitos eram utilizados para resolver as controvérsias sociais. Assim, o Direito Romano previra um procedimento *in iure* e outro *in judicio*, em que o primeiro se desenvolvia na presença do árbitro ou de um terceiro que poderia atuar como um mediador, e o segundo na presença do juiz.

Ao longo do tempo e em todo o mundo, a arbitragem se consolidou como um método adequado para solucionar os mais diferentes tipos de conflitos e passou a abranger, desde o comércio internacional – em que durante muito tempo, foi a única forma de jurisdição para equacionar esses litígios –, a questões tributárias, administrativas, contratuais, empresariais, trabalhistas e até demandas mais pontuais, como as relacionadas ao consumo.

Atualmente, existem diversas normas que regulam a arbitragem nos mais diversos ramos do Direito, e o instituto recebeu chancelas de todos os Poderes da República, além das instituições privadas. Nesse sentido, o Legislativo criou um arcabouço legal que ratificou o seu uso em diversas áreas. O Judiciário referendou a constitucionalidade da Lei de Arbitragem e só interfere em questões pontualíssimas de evidente nulidade, o que confere a segurança jurídica ao método. O Executivo, por meio dos órgãos da Advocacia Pública, utiliza a arbitragem para resolver as suas contendas. Dessa maneira, o modelo de democracia moderno, embasado na constituição de Poderes independentes e harmônicos entre si, ratificam a validade e a eficácia do procedimento arbitral.

Considerando que a Lei de Arbitragem vigente data de 1996, é possível afirmar que o instituto acompanhou a própria evolução do Estado Democrático de Direito no Brasil. Nesse percurso de consolidação das instituições democráticas, houve maior entendimento sobre essa via de resolução de controvérsias que é fundamentada na autonomia da vontade das partes e na confiança, com observância da ordem pública.

Com o intuito de aprofundar sobre essa inter-relação entre a arbitragem e o Estado Democrático de Direito, este artigo examina esse meio de resolução de controvérsias, com base em uma perspectiva constitucional, e aprofunda sobre o papel do Superior Tribunal de Justiça na consolidação desse método, a partir da análise de alguns julgados relevantes na construção da jurisprudência do tribunal sobre a jurisdição arbitral.

1 Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Coordenador-Geral do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da FGV Conhecimento.

2 Diretora Executiva da FGV Câmara de Mediação e Arbitragem. Coordenadora Acadêmica do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da FGV Conhecimento.

## 1. O PROCEDIMENTO ARBITRAL SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA

Ao tratar sobre as diferenças entre arbitragem<sup>3</sup> e jurisdição, Carlos Alberto Carmona<sup>4</sup> destaca que se trata de evidente participação do povo na administração da Justiça, inspirado no art. 102 da Constituição Italiana<sup>5</sup>, e fundamentado no parágrafo único do art. 1º da Carta Constitucional brasileira de 1988.

O estudo da arbitragem<sup>6</sup>, a partir de uma perspectiva constitucional-democrática, gera a necessidade de uma análise mais detida do instituto, a partir de alguns princípios que se referem às normas fundamentais do processo<sup>7</sup>, bem como dos incisos XXXV e XXXVI do art. 5º da Constituição, em especial.

A partir dos princípios e garantias constitucionais inerentes ao processo jurisdicional, a jurisdição arbitral<sup>8</sup> deve observar os princípios do contraditório, da ampla defesa, o tratamento isonômico entre as partes e a imparcialidade do árbitro<sup>9</sup>, alinhados ao art. 5º, LV, da CRFB, e ao art. 21, § 2º, da Lei n. 9.307/1996.

Os princípios do contraditório, da ampla defesa e do tratamento isonômico entre as partes equivalem à necessidade de o árbitro só decidir o litígio após ouvir e oportunizar a defesa da parte contrária. Sobre esse ponto, Selma Lemes<sup>10</sup> afirma que as partes devem ter a mesma oportunidade de se manifestarem acerca das provas produzidas, de modo que tenham igualdade de condições para exercerem seus direitos e cumprirem seus deveres no procedimento arbitral.

No que concerne à imparcialidade do árbitro, Selma Lemes<sup>11</sup> ressalta que se trata de um princípio que garante, tanto uma condução técnica quanto ética, do procedimento, e que enseja uma solução justa para o caso concreto.

- 
- 3 Cf. CADIET, Loïc. L'arbitrage et l'évolution contemporaine des modes de règlement des conflits. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 12, n. 12, p. 446-462, 2013.
  - 4 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. In: *Revista de Processo*, v. 58, p. 33-40, abr.-jun. 1990. Disponível em: CARMONA - Arbitragem e jurisdição.pdf (usp.br). Acesso em: 14 maio 2023.
  - 5 Art. 102. A função jurisdicional é exercida pelos magistrados ordinários instituídos e regrados pelas normas sobre o ordenamento judicial. Não podem ser instituídos juízes extraordinários ou juízes especiais. Podem somente instituir-se, junto dos órgãos judiciais ordinários, seções especializadas para determinados assuntos, também com a participação dos cidadãos idôneos alheios à magistratura. A lei regula os casos e as formas da participação direta do povo na administração da justiça. Cf. ITÁLIA. Senato della Repubblica. Costituzione Italiana. Edizione in lingua portoghese. Disponível em: COST\_PORTOGHESE.pdf (senato.it). Acesso em: 10 maio 2023.
  - 6 Cf. CLAY, Thomas. L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi Justice du XXIe siècle. In: *Semaine juridique*, édition G, 2016, n° 1295.
  - 7 Cf. SALOMÃO, Luis Felipe. A atualização da lei de arbitragem. In: *Migalhas*. N. 5.710. Migalhas de Peso, 19 abr. 2014. Disponível em: A atualização da lei de arbitragem (migalhas.com.br). Acesso em: 14 maio 2023.
  - 8 Cf. DELGADO, José Augusto. A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. In: *Revista de Direito Renovar*, n. 17, maio-ago. 2000, passim. Disponível em: 22\_05 (escolamp.org.br). Acesso em: 20 maio 2023.
  - 9 Cf. LEMES, Selma Maria Ferreira. 1. Árbitro. Dever de revelação. Inexistência de conflito de interesses. Princípios da Independência e da Imparcialidade do Árbitro. 2. Homologação de sentença arbitral estrangeira no STJ. Inexistência de violação à ordem pública (processual). Artigo 39, II, da Lei de Arbitragem, e artigo V(II)(b) da Convenção de Nova Iorque. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. XI, n. 41, p. 7-41, 2014.
  - 10 Cf. LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado. In: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, v. VII, p. 31-57, 1991.
  - 11 Idem, *ibidem*, p. 47.

No âmbito do Poder Judiciário, o juiz é investido no cargo e na função, e sua competência é regulada pela legislação processual e pelos códigos de organização judiciária. O árbitro<sup>12</sup>, por sua vez, é investido pelas próprias partes interessadas na solução da controvérsia<sup>13</sup>, que aceitam, de antemão, qualquer decisão que venha a ser determinada<sup>14</sup>, tendo em vista que as sentenças arbitrais são, via de regra, irrecorríveis.

Contudo, ainda assim, assegura-se a inafastabilidade do Poder Judiciário, na esteira do art. 5º, inciso XXXV, da CRFB, como nas hipóteses do art. 32 da Lei n. 9.307, ou seja, nos casos em que as partes entendam que ocorreram algumas das situações enumeradas nesse artigo, a última palavra é do Judiciário.

A inafastabilidade do Poder Judiciário também pode ser verificada em relação às medidas cautelares e de urgência, antes da instituição da arbitragem (art. 22-A da Lei n. 9.307). A partir da publicação do Código de Processo Civil de 2015, ficou ainda mais evidente a relação de cooperação que deve existir entre os árbitros e os juízes de Direito<sup>15</sup>.

Essa cooperação, embasada no art. 6º do CPC, está presente, por exemplo, nas cartas arbitrais, um instrumento muito utilizado para o cumprimento de tutelas provisórias, intimação e condução de testemunhas, uma vez que as decisões arbitrais não são dotadas de coercibilidade para serem executadas<sup>16</sup>.

No que concerne à coisa julgada, garantida no art. 5º, XXXVI, a Lei n. 9.307 assegura que, uma vez proferida a sentença arbitral, é finda a arbitragem e, após decorrido o prazo da ação anulatória, torna-se definitiva, tal qual preveem os arts. 29 e 30 da Lei de Arbitragem.

Nesse sentido, a doutrina aponta a clássica diferenciação entre imutabilidade e definitividade<sup>17</sup>. A sentença arbitral é definitiva, desde o momento em que é prolatada; o que a diferencia da sentença estatal, que é suscetível de uma série de recursos previstos na legislação processual, e cujo trânsito em julgado só ocorrerá após o esgotamento dessas vias.

Ainda quando a sentença arbitral é desconstituída, nos termos dos arts. 32 e 33 da Lei n. 9.307, ao ser proferida uma nova sentença, ela estará coberta pela imutabilidade, uma das características do instituto da coisa julgada.

Ainda que a doutrina muito tenha discutido sobre a existência de coisa julgada<sup>18</sup> na arbitragem, em razão da falta de previsão legal expressa nesse sentido, é claro o intuito do legislador de prestigiar a sentença arbitral, com destaque aos seguintes aspectos<sup>19</sup>: a decisão deve ter imediata execução e cumprimento, sem necessidade de homologação do Poder Judiciário (art. 18 da Lei n. 9.307); goza de imutabilidade, uma vez que não foram previstos recursos arbitrais específicos; e é definitiva, estando sujeita apenas ao exíguo prazo de 90 dias para a propositura da ação anulatória.

12 Cf. CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2001, p. 482.

13 Idem. *L'arbitre, juge de l'économie mondiale*. In: *Regards croisés sur l'économie*. V. 21. La Découverte, 2018, p. 141.

14 MARTINS, Soveral. *Processo e Direito Processual*. V. 2. Coimbra: Centelha, 1986, p. 17-19.

15 Cf. BOISSÉSON, Matthieu de. *Le droit français de l'arbitrage*. 2. ed. Paris: Joly éditions, 1990.

16 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. A cooperação como elemento estruturante da interface entre o Poder Judiciário e o Juízo arbitral. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, v. 18, n. 3, p. 198-218, 2017.

17 Cf. WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPodivm, 2014.

18 Cf. CÂMARA, Freitas Alexandre. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 110-112.

19 ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa julgada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: ReP USP - Detalhe do registro: Arbitragem e coisa julgada. Acesso em: 16 maio 2019.

O legislador ressalta, ainda, a equivalência da jurisdição arbitral com a estatal, na medida em que o art. 18 da Lei n. 9.307 dispõe que o juiz na arbitragem é de fato e de direito, sendo a sentença arbitral um provimento, por si só, suficiente para resolver o litígio entre as partes, sem qualquer etapa posterior dependente do Judiciário<sup>20</sup>.

Para além desse cenário, desde 2021, um Projeto de Lei gera discussões na comunidade jurídica. O PL n. 3.293<sup>21</sup>, de autoria, à época, da deputada Margarete Coelho, em tramitação na Câmara dos Deputados, propõe a Lei n. 9.307, de 1996, para disciplinar a atuação do árbitro, aprimorar o dever de revelação, estabelecer a divulgação das informações após o encerramento do procedimento arbitral e a publicidade das ações anulatórias. Após a manifestação de diversos especialistas, o Parlamento brasileiro optou por aprofundar as discussões dos pontos trazidos pelo PL e, desse modo, o pedido de votação em regime de urgência do projeto foi retirado de pauta<sup>22</sup>.

Em geral, há a compreensão de que, ainda que aprimoramentos sejam sempre necessários, a estrutura normativa brasileira, no âmbito da arbitragem, é bastante robusta, notadamente, com a reforma da lei em 2015, as previsões do atual CPC e da jurisprudência consolidada dos tribunais. Diante desse quadro normativo, o STJ é instado a se pronunciar, frequentemente, sobre a arbitragem. Nessas decisões, o tribunal tem adotado uma postura no sentido de resguardar a segurança jurídica das decisões arbitrais.

## 2. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A JURISDIÇÃO ARBITRAL

Atualmente, há certa preocupação – e, por vezes, algum alarde – em relação ao aumento das ações anulatórias de arbitragem. Contudo, esse contexto exige algumas reflexões mais cuidadosas.

O primeiro ponto de atenção diz respeito ao número de anulações. Os dados da plataforma Jusbrasil mostram que o STJ acata este pleito de forma absolutamente excepcional. Assim, em 2020, o tribunal se posicionou pela anulação em apenas 5% dos casos<sup>23</sup>.

O que ocorre com mais recorrência é o ajuizamento de ações anulatórias fora das hipóteses do art. 32 da Lei n. 9.307. Algumas partes, inconformadas com o resultado da arbitragem, buscam postergar ou reformar a decisão, o que sobrecarrega o tribunal e, ao mesmo tempo, poderia trazer repercussões negativas de insegurança jurídica no instituto arbitral.

20 Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 210-215.

21 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 3.293, de 23 de setembro de 2021. Altera a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para disciplinar a atuação do árbitro, aprimorar o dever de revelação, estabelecer a divulgação das informações após o encerramento do procedimento arbitral e a publicidade das ações anulatórias, além de dar outras providências. Disponível em: Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br). Acesso em: 26 maio 2023.

22 Cf. Lira retira da pauta pedido de urgência em PL da arbitragem. In: *Valor Econômico*, 15 jul. 2022. Disponível em: Lira retira da pauta pedido de urgência em PL da arbitragem | Legislação | Valor Econômico (globo.com). Acesso em: 25 maio 2023.

23 Cf. JOTA (site). Alta em pedidos de anulação de sentença estimula insegurança sobre arbitragem. 28 mar. 2023. Disponível em: Alta em pedidos de anulação de sentença estimula insegurança sobre arbitragem (jota.info). Acesso em: 19 maio 2023.

Em 1990, houve a primeira decisão do STJ acerca de um procedimento arbitral. O caso diz respeito ao Recurso Especial n. 616<sup>24</sup>, cujo litígio envolveu um contrato internacional, com cláusula compromissória que previa submissão do procedimento às regras da Comissão Interamericana de Arbitragem Internacional.

O REsp confirmou a admissibilidade da cláusula arbitral de instituir o Juízo arbitral, sem necessidade de as partes firmarem o compromisso arbitral, e reconheceu a aplicabilidade das regras do Protocolo de Genebra ao litígio, ratificado pelo Brasil em 1932<sup>25</sup>, ou seja, logo nessa primeira oportunidade, o STJ reforça a validade e a eficácia da cláusula e da autonomia da vontade das partes em elegerem esse método de resolução adequada de conflitos. Um outro julgado de grande relevância ocorreu no âmbito do REsp 1.550.260<sup>26</sup>, em 2018, no qual o tribunal reconheceu a competência do Juízo arbitral<sup>27</sup> para resolver, com primazia sobre o Poder Judiciário, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória, nos termos do parágrafo único do art. 8º da Lei n. 9.307.

O caso concreto envolveu o ajuizamento de uma ação declaratória de falsidade cumulada com exibição documental pela Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica, em face da Kreditanstalt Fur Wiederaufbau Bankengruppe, uma instituição financeira, em razão de a primeira ter figurado como garantidora de contratos de financiamento com o banco alemão.

Diante da notícia de inadimplemento das empresas mutuárias, e da possibilidade de execução dessas garantias, a Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica ingressou com uma ação, sob o fundamento de falsidade da firma aposta nos contratos, com base em laudo documentoscópico de um perito particular. No decorrer do processo, a Polícia Federal também realizou perícia nos documentos e concluiu pela falsidade das assinaturas no termo de garantia.

A primeira instância julgou extinto o processo sem resolução do mérito, em razão da cláusula arbitral no termo de garantia. O tribunal, por sua vez, reformou a sentença e entendeu que os vícios existentes poderiam ser reconhecidos “*prima facie*”, em razão da perícia da Polícia Federal, e excepcionou a regra do art. 8º da Lei de Arbitragem.

Em sede de REsp, o STJ foi instado a se manifestar sobre a cláusula arbitral e reafirmou o princípio do Kompetenz-Kompetenz, originário do Direito alemão. No mesmo sentido, Pedro

- 
- 24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Cláusula de arbitragem em contrato internacional. Regras do Protocolo de Genebra de 1923. 1. Nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente ao compromisso e, por si só, é apta a instituir o Juízo arbitral. 2. Esses contratos têm por fim eliminar as incertezas jurídicas, de modo que os figurantes se submetem, a respeito do direito, pretensão, ação ou exceção, à decisão dos árbitros, aplicando-se aos mesmos as regras do art. 244, do CPC, se a finalidade for atingida. 3. Recurso conhecido e provido. Decisão por maioria. Rel. Min. Gueiros Leite, Acórdão em REsp n. 616. DJe, 13 ago. 1990. Disponível em: Recurso Especial n. 616 - RJ - Superior Tribunal de Justiça - AtoM (stj.jus.br). Acesso em: 19 mai. 2023.
  - 25 BRASIL. Decreto nº 21.187, de 22 de março de 1932. Promulga o Protocolo relativo à cláusula de arbitragem, firmado em Genebra a 24 de setembro de 1923. Disponível em: Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br). Acesso em: 20 maio 2023.
  - 26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Ação declaratória de falsidade cumulada com exibição de documentos. Contratos. Existência, validade e eficácia. Assinatura. Falsidade. Alegação. Convenção de arbitragem. Cláusula compromissória. Competência. Juízo arbitral. Kompetenz-Kompetenz. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Acórdão em REsp n. 1.550.260 - RS. DJe 20 mar. 2018. Disponível em: Resp 1550260/rs | Jusbrasil. Acesso em: 18 maio 2023.
  - 27 Além desse REsp, o tribunal já se manifestou em diversas outras decisões para reafirmar a doutrina do Kompetenz-Kompetenz, como, por exemplo: AREsp 1.276.872-RJ, de relatoria do Min. Og Fernandes, j. 23.11.2018; Conflito de Competência nº 170.233-SP, de relatoria do Min. Moura Ribeiro, j. 14.04.2020; REsp 1.818.982-MS, de relatoria do Min. Nancy Andrighi, j. 06.02.2020.

Batista Martins<sup>28</sup> destaca que, segundo esse princípio, os árbitros têm competência para decidir sobre a sua própria competência. Assim, quando as partes resolvem direcionar a solução do litígio à arbitragem, também decidem que qualquer controvérsia que resulte do contrato, incluindo a avaliação sobre sua existência, validade e eficácia, devem ser equacionadas no âmbito desse procedimento.

O professor Carlos Alberto Carmona<sup>29</sup> chama atenção para o fato de que, caso essa norma principiológica não prevalecesse, seria muito fácil afastar a competência dos árbitros, se o litígio viesse a discutir qualquer questão atinente à validade do contrato.

Em que pese se tratar de um princípio há muito referendado pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, há alguns posicionamentos que excepcionam essa regra, no caso concreto. Ainda assim, o STJ tem uma postura majoritariamente orientada a reafirmá-lo como entendimento consolidado do tribunal; o que reforça, mais uma vez, a autoridade do Juízo arbitral para decidir sobre a integralidade da demanda que lhe é submetida.

A interferência do STJ na opção pelo Juízo arbitral é feita de forma bastante cautelosa<sup>30</sup>, ainda que alegada a vulnerabilidade de uma parte em relação à outra.

Nessa linha, o REsp 1.598.220-RN<sup>31</sup> envolveu duas companhias de exploração energética de gás, a Sonangol Hidrocarbonetos Brasil Ltda. e a TPG do Brasil Ltda. A TPG do Brasil Ltda. ajuizou uma ação declaratória, com pedido subsidiário de perdas e danos, contra a Sonangol Starfish Oil & Gás S.A., por ter sido notificada extrajudicialmente da rescisão do contrato de prestação de serviço de medição, compressão e transporte de gás natural. A TPG do Brasil alegou que fez investimentos para a realização do serviço contratado e a relação entre as partes foi firmada em contrato de adesão, com previsão de cláusula arbitral.

Em primeiro grau, a sentença afastou a preliminar de convenção de arbitragem, tendo em vista a cláusula compromissória ter sido firmada no âmbito de um contrato de adesão e existir disparidade econômica de uma empresa em relação a uma outra.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte negou provimento ao recurso e confirmou a hipossuficiência da TPG do Brasil, com a equiparação do Código de Defesa do Consumidor, e afastou a primazia da jurisdição arbitral.

No REsp, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator do caso, destacou que a decisão do TJRN colide com a jurisprudência consolidada do STJ, de interpretar o parágrafo único, do artigo 8º, da Lei n. 9.307, como de caráter obrigatório e vinculante, derogando a jurisdição estatal. Nesse sentido, o voto declarou que a hipossuficiência da TPG do Brasil e o fato de a cláusula arbitral ter figurado em contrato de adesão são suficientes para afastar o princípio do *Kompetenz-Kompetenz*.

A validade e a eficácia da cláusula arbitral também foram confirmadas pelo Tribunal, mesmo quando o contrato previa cláusula escalonada do tipo med-arb. No REsp 1.331.100<sup>32</sup>, a Quarta

28 BATISTA MARTINS, Pedro. Cláusula Compromissória. In: *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

29 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 158-159.

30 Cf. SALOMÃO, Luis Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. In: *Migalhas*. Migalhas de Peso, 30 out. 2020. Disponível em: [Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle \(migalhas.com.br\)](https://www.migalhas.com.br). Acesso em: 25 maio 2023.

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Direito Civil e Processual Civil. Arbitragem. Cláusula compromissória. Competência do Juízo arbitral. Princípio *Kompetenz-Kompetenz*. Precedentes. Dissídio notório. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Acórdão em REsp 1.598.220-RN. DJe 01 jul. 2019. Disponível em: [Revista Eletrônica \(stj.jus.br\)](https://www.stj.jus.br). Acesso em: 19 maio 2023.

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SOCIETÁRIO. AÇÃO DE EXECUÇÃO

Turma enfatizou que a previsão da mediação como um dos métodos de solução passíveis para o conflito não torna nula a cláusula compromissória, ao mesmo tempo que as partes não ficam impedidas de tentarem um acordo prévio ou mesmo durante o procedimento arbitral.

Assim, não é condição de existência e validade da cláusula arbitral que a arbitragem seja o único método de solução de conflitos previsto para equacionar o litígio, como pode ser extraído do art. 7º da Lei n. 9.307.

No processo de recuperação judicial da empresa de telefonia Oi, também houve alegação de conflito entre o Juízo arbitral e a 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, analisado pelo STJ, no âmbito do Conflito de Competência 157.099<sup>33</sup>.

A cláusula compromissória inserida no referido art. 68 do próprio estatuto social<sup>34</sup> obrigava a companhia, os seus acionistas, os administradores e os membros do Conselho Fiscal a resolver, por meio de arbitragem, toda e qualquer disputa ou controvérsia que pudesse surgir entre eles, relacionada a disposições da Lei das S. A. ou de seu estatuto.

O caso concreto não dizia respeito à prática de atos constritivos, pelo Juízo arbitral, sobre ativos da recuperanda – o que ensejaria o afastamento da aplicabilidade dos precedentes, no sentido da competência do Juízo da falência, exarados pelo STJ. Assim, a Seção, por maioria, conheceu do conflito e declarou competente o Juízo Arbitral da Câmara de Arbitragem do Mercado de São Paulo, para decidir acerca de controvérsias societárias decorrentes de disposições da Lei das Sociedades Anônimas, ou do estatuto social da empresa recuperanda.

De fato, o tema da arbitragem chega ao STJ, de forma cada vez mais recorrente, e diversos especialistas<sup>35</sup> ressaltam que os julgados do tribunal são firmes e categóricos, no sentido de respeitar, na essência, a autonomia da vontade das partes de encaminharem seus conflitos para a arbitragem.

---

ESPECÍFICA DE CLÁUSULA ARBITRAL (LEI 9.307/96). ACORDO DE ACIONISTAS. PREVISÃO DE SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS: RESOLUÇÃO POR MEDIAÇÃO OU ARBITRAGEM. COMPATIBILIDADE. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA (VAZIA). EXISTÊNCIA. FORÇA VINCULANTE. VALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. Rel. Min. Raul Araújo. Acórdão em REsp 1.331.100-BA. DJe 22 fev. 2016. Disponível em: GetInteiroTeorDoAcordao (stj.jus.br). Acesso em: 23 maio 2023.

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL E JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DISCUSSÃO ACERCA DA LEGALIDADE DE DISPOSIÇÕES INTEGRANTES DO PLANO DE SOERGIMENTO. AUMENTO DE CAPITAL ASSEMBLEIA DE ACIONISTAS. NÃO REALIZAÇÃO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PREVISTA NO ESTATUTO SOCIAL. QUESTÕES SOCIETÁRIAS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. Rel. Min. Nancy Andrighi. Acórdão em Conflito de Competência 157.099. DJe 30 out. 2018. Disponível em: GetInteiroTeorDoAcordao (stj.jus.br). Acesso em: 19 maio 2023.

34 Art. 68 – A Companhia, seus acionistas, administradores e os membros do Conselho Fiscal, obrigam-se a resolver, por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, toda e qualquer disputa ou controvérsia que possa surgir entre eles, relacionada com ou oriunda, em especial, da aplicação, validade, eficácia, interpretação, violação e seus efeitos, das disposições contidas na Lei das Sociedades por Ações, no estatuto social da Companhia, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela CVM, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes do Regulamento do Nível 1, do Regulamento de Arbitragem, do Regulamento de Sanções e do Contrato de Participação no Nível 1 de Governança Corporativa.

Parágrafo Único – Sem prejuízo da validade desta cláusula arbitral, o requerimento de medidas de urgência pelas Partes, antes de constituído o Tribunal Arbitral, deverá ser remetido ao Árbitro de Apoio, na forma do item 5.1 do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Arbitragem do Mercado. (e-STJ, fl. 73).

35 Cf. BERENQUER, Caetani; VAUGHN, Gustavo Favero. Brazilian Arbitration-Friendliness. In: FARIAS, Elora Neto Godry et al. *Pro-Arbitration Revisited: A Tribute to Professor George Bermann from his Students Over the Years*. Juris Publishing, 2023, p. 119-126.

## 2.1. O STJ E A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA

A sentença arbitral estrangeira é uma decisão proferida fora do território nacional brasileiro, e que não pode ser reconhecida nem executada no Brasil sem prévia homologação. Nos termos do art. 35 da Lei de Arbitragem, a competência para essa homologação é do STJ<sup>36</sup>.

Em 2005, o tribunal editou a Resolução n. 9<sup>37</sup>, de caráter transitório, com o objetivo de dispor sobre a competência acrescida ao STJ pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004 (homologação de sentença estrangeira e de carta rogatória). Essa normativa, revogada pela Emenda Regimental n. 18, de 2014, promoveu algumas inovações importantes<sup>38</sup>, tendo em vista conferir celeridade e efetividade ao procedimento e, conseqüentemente, ao cumprimento das sentenças arbitrais estrangeiras, ao mesmo tempo em que constituiu um procedimento próprio do tribunal para a homologação de sentenças estrangeiras, uma vez que, até então, o STJ recorria ao regimento interno do STF.

Nesse sentido, a Resolução n. 9, de 2005, trouxe a possibilidade de concessão de medidas de urgência durante a tramitação do procedimento de homologação. O STF não admitia a concessão de cautelares, pois a Corte exercia tão somente um juízo de delibação. A competência para concessão dessas cautelares era do Juízo Federal de primeira instância, no âmbito da execução. Assim, o STJ consolidou na normativa o entendimento de que o art. 273 do Código de Processo de 1973 era aplicável, portanto, aos procedimentos de homologação.

Outro ponto trazido, no âmbito da Resolução n. 9, foi a possibilidade de homologação parcial da sentença estrangeira; o que já encontrava embasamento normativo no art. 38 da Lei de Arbitragem e na Convenção de Nova Iorque, a qual foi incorporada ao ordenamento brasileiro, por meio do Decreto n. 4.311, de 2002<sup>39</sup>. Tratou-se de um importante avanço porque, segundo o regimento interno do STF, à época, caso houvesse alguma mácula em uma parte da sentença, isso impediria a sua homologação como um todo.

Diante do § 2º, do art. 4º, da Resolução n. 9, foi possível, então, afastar essa parte da sentença maculada e admitir a sua homologação parcial, em atenção aos princípios da efetividade e da segurança jurídica, na esteira da melhor prática processual.

A Emenda Regimental n. 18, de 2014, acresceu ao regimento interno do STJ o Título VII-A, que trata dos processos oriundos de estados estrangeiros. A Emenda incorporou, basicamente, a integralidade das disposições da Resolução n. 9.

36 Cf. LEE, João Bosco. A homologação de sentença arbitral estrangeira: A Convenção de Nova Iorque de 1958 e o Direito brasileiro de arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira (coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. In memoriam. São Paulo: Atlas, 2007.

37 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resolução n. 9, de 4 de maio de 2005. Dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Disponível em: Resolução n. 9 de 4 de maio de 2005 - 9/05 :: Legislação::Resolução 9/2005 (Federal::Judiciário::Superior Tribunal de Justiça - Brasil) :: (lexml.gov.br). Acesso em: 23 maio 2023.

38 Cf. BATISTA MARTINS, Pedro; BARRROS, Octávio Fragata. O STJ e a sentença arbitral estrangeira. In: Batista Martins Advogados (*site*). Disponível em: O STJ e a Sentença Arbitral Estrangeira - Batista Martins. Acesso em: 24 maio 2023.

39 BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: D4311 (planalto.gov.br). Acesso em: 24 maio 2023.

A homologação é um procedimento em que o STJ apenas analisa os requisitos formais, de modo que não pode rediscutir aspectos do mérito<sup>40</sup> da decisão arbitral<sup>41</sup>. Essa é uma posição consolidada do tribunal, que, mais uma vez, fortalece a arbitragem.

Em 2014, o STJ teve a oportunidade de confirmar essa necessidade de homologação de sentença estrangeira para ter validade no Brasil. O caso envolveu a rescisão de contratos de licenciamento, fabricação, venda e distribuição de tecnologia, marcas e produtos firmados entre a Siemens e a WDS.

Uma vez que a via consensual não prosperou entre as partes, a Siemens requereu a instauração do tribunal arbitral perante a CCI, com o objetivo de pleitear a rescisão contratual<sup>42</sup>. Paralelamente, a WDS ajuizou uma medida cautelar preparatória na 6ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo. A liminar foi deferida e suspendeu todos os efeitos da rescisão dos contratos para impedir a Siemens de praticar quaisquer atos inconsistentes com a manutenção do contrato de licenciamento até o julgamento da disputa pelo tribunal arbitral, sob pena de multa diária de R\$ 50 mil.

O tribunal arbitral rescindiu os contratos e revogou a liminar obtida pela WDS perante a 6ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo. Ocorre que a Justiça Comum julgou procedente o pedido da WDS, sob o fundamento de que a sentença arbitral estrangeira, para ter validade no Brasil, precisaria ser homologada pelo STJ.

O caso chegou ao STJ, que verificou que a sentença arbitral estrangeira não havia sido homologada pelo tribunal, uma vez que o procedimento ainda estava em curso, e negou o pedido liminar feito pela Siemens.

Em 2015, o STJ recebeu um pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira até então inusitado<sup>43</sup>, uma vez que a decisão fora anulada na Argentina, país de origem onde o procedimento tramitara.

A companhia EDFI S. A. requereu perante o STJ a homologação de sentença arbitral proferida em face de Endesa Latinoamérica S. A. e YPF S. A. O procedimento arbitral foi administrado, no âmbito da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), em Buenos Aires.

Pela Convenção de Nova Iorque, não há mais necessidade de ratificação da sentença por qualquer dos Estados-partes para execução no estrangeiro. Isso instituiu uma presunção de validade que passa, tão somente, por um procedimento simplificado de homologação.

Ainda quando a sentença arbitral é anulada, o Estado estrangeiro no qual deva ser executada não está obrigado a rejeitá-la, e permanece com a sua autonomia preservada<sup>44</sup>. Contudo, na prática, as sentenças arbitrais anuladas no país de origem dificilmente são homologadas em outra jurisdição.

40 Esse posicionamento do STJ em relação à homologação de sentença arbitral estrangeira, alinhado a uma postura de pró-arbitragem, também está consignado nos seguintes julgados: SEC n. 853-US, de relatoria do Min. Jorge Mussi, j. 10.05.2019; HDE n. 1.809-US, de relatoria do Min. Raul Araújo, j. 14.06.2021; HDE n. 1.914-FR, de relatoria do Min. Benedito Gonçalves, j. 11.06.2019; HDE n. 120-US, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, j. 12.03.2019.

41 Cf. CONSULTOR JURÍDICO (*site*). Judiciário não pode analisar arbitragem, diz STJ ao homologar sentença estrangeira. 18 dez. 2018. Disponível em: ConJur - Judiciário não pode analisar sentença arbitral, decide STJ. Acesso em: 24 maio 2023.

42 Cf. CONSULTOR JURÍDICO (*site*). Sentença estrangeira precisa ser homologada pelo STJ. 28 jan. 2014. Disponível em: ConJur - Sentença arbitral estrangeira só tem eficácia se homologada pelo STJ. Acesso em: 25 maio 2023.

43 SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho; PIRES, Bernardo Rohden. A homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na origem. In: Consultor Jurídico (*site*), 2 abr. 2016. Disponível em: ConJur - A homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na origem. Acesso em: 25 maio 2023.

44 Idem, *ibidem*.

Em relação ao caso concreto, a Corte Especial do STJ negou por unanimidade o pedido, tendo em vista ter sido anulada, com fundamento no art. 38, VI, da Lei de Arbitragem, e no art. V, I, “e”, da Convenção de Nova Iorque, além de outras normas internacionais, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e no art. 216-D, III, do regimento interno do tribunal.

Em razão de a sentença ter sido prolatada na Argentina, o STJ afirmou incidir sobre o caso o Protocolo Las Leñas, ratificado no Brasil por meio do Decreto n. 6.891, de 2009<sup>45</sup>. A normativa prevê um regime diferenciado para a homologação de sentenças judiciais e arbitrais lavradas nos países signatários: integrantes do Mercosul, Bolívia e Chile. O art. 20 do referido decreto estabelece as condições para que a sentença arbitral tenha eficácia extraterritorial nos Estados-partes, com destaque à alínea “e”, que trata da força de coisa julgada e/ou executória no Estado em que tenha sido prolatada.

Mesmo diante da complexidade do cenário externo, com diversas normas e peculiaridades factuais, o STJ adota posicionamentos que endossam a confiança no sistema jurídico brasileiro para a execução de decisões estrangeiras, nos ditames das boas práticas arbitrais internacionais.

Finalmente, para além de sua atuação jurisdicional, o STJ atua ainda em nível institucional, na promoção de meios extrajudiciais de solução de litígios, a exemplo do trabalho de intercâmbio e aprofundamento sobre temas relacionados à homologação de sentenças estrangeiras, como o que resultou em uma profícua troca de conhecimentos refletida em publicação que traça um paralelo interpretativo do conceito de ordem pública pelo tribunal da cidadania brasileira e a Corte de Cassação Francesa<sup>46</sup>.

## CONCLUSÃO

No exercício da sua competência constitucional, o STJ garante a eficiência e eficácia da arbitragem, como mecanismo de Justiça privada, que, no decorrer dos anos, mostrou-se indispensável para o desenvolvimento econômico do país, em razão do expressivo volume de contratos que preveem esse mecanismo de solução de controvérsias.

No que concerne às sentenças arbitrais estrangeiras, o tribunal firma precedentes que atestam a segurança jurídica necessária ao bom andamento das relações internacionais, com resguardo da ordem pública e da soberania nacional.

45 BRASIL. Decreto n. 6.891, de 2 jul. 2009. Promulga o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados-partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile. Disponível em: Decreto nº 6891 (planalto.gov.br). Acesso em: 23 maio 2023.

46 SALOMÃO, Luis Felipe; CAMPOS, Cesar Cunha (org.). *Brasil e França: A arbitragem na visão comparada. Brésil et France: L'Arbitrage dans une vision comparative*. Rio de Janeiro/São Paulo: FGV Projetos; Paris: Cour de Cassation; Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2017.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Cássio Drummond Mendes de. *Arbitragem e coisa julgada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: ReP USP - Detalhe do registro: Arbitragem e coisa julgada. Acesso em: 16 maio 2019.
- BATISTA MARTINS, Pedro. Cláusula compromissória. In: \_\_\_\_\_. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- \_\_\_\_\_; BARROS, Octávio Fragata. O STJ e a sentença arbitral estrangeira. In: Batista Martins Advogados (site). Disponível em: O STJ e a Sentença Arbitral Estrangeira - Batista Martins. Acesso em: 24 maio 2023.
- BERENQUER, Caetani; VAUGHN, Gustavo Favero. Brazilian Arbitration-Friendliness. In: FARIAS, Elora Neto Godry et al. *Pro-Arbitration Revisited: A Tribute to Professor George Bermann from his Students Over the Years*. Juris Publishing, 2023.
- BOISSÉSON, Matthieu de. *Le droit français de l'arbitrage*. 2. ed. Paris: Joly éditions, 1990.
- BRASIL. Decreto nº 21.187, de 22 de março de 1932. Promulga o Protocolo relativo à cláusula de arbitragem, firmado em Genebra a 24 de setembro de 1923. Disponível em: Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br). Acesso em: 20 maio 2023.
- BRASIL. Decreto n. 6.891, de 2 jul. 2009. Promulga o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados-partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile. Disponível em: Decreto nº 6891 (planalto.gov.br). Acesso em: 23 maio 2023.
- BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2022. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: D4311 (planalto.gov.br). Acesso em: 24 maio 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Cláusula de arbitragem em contrato internacional. Regras do Protocolo de Genebra de 1923. 1. Nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente ao compromisso e, por si só, é apta a instituir o Juízo arbitral. 2. Esses contratos têm por fim eliminar as incertezas jurídicas, de modo que os figurantes se submetem, a respeito do direito, pretensão, ação ou exceção, à decisão dos árbitros, aplicando-se aos mesmos as regras do art. 244, do CPC, se a finalidade for atingida. 3. Recurso conhecido e provido. Decisão por maioria. Rel. Min. Gueiros Leite, Acórdão em REsp n. 616. Dje, 13 ago. 1990. Disponível em: Recurso Especial n. 616 - RJ - Superior Tribunal de Justiça - AtoM (stj.jus.br). Acesso em: 19 mai. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL E JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DISCUSSÃO ACERCA DA LEGALIDADE DE DISPOSIÇÕES INTEGRANTES DO PLANO DE SOERGIMENTO. AUMENTO DE CAPITAL. ASSEMBLEIA DE ACIONISTAS. NÃO REALIZAÇÃO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PREVISTA NO ESTATUTO SOCIAL. QUESTÕES SOCIETÁRIAS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. Rel. Min. Nancy Andrighi. Acórdão em Conflito de Competência 157.099. Dje 30 out. 2018. Disponível em: GetInteiroTeorDoAcordao (stj.jus.br). Acesso em: 19 maio 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Ação declaratória de falsidade cumulada com exibição de documentos. Contratos. Existência, validade e eficácia. Assinatura. Falsidade. Alegação. Convenção de arbitragem. Cláusula compromissória. Competência. Juízo arbitral. Kompetenz-Kompetenz. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Acórdão em REsp n. 1.550.260 - RS. Dje 20 mar. 2018. Disponível em: Resp 1550260/rs | Jusbrasil. Acesso em: 18 maio 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Direito Civil e Processual Civil. Arbitragem. Cláusula compromissória. Competência do Juízo arbitral. Princípio Kompetenz-Kompetenz. Precedentes. Dissídio notório. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Acórdão em REsp 1.598.220-RN. Dje 01 jul. 2019. Disponível em: Revista Eletrônica (stj.jus.br). Acesso em: 19 maio 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SOCIETÁRIO. AÇÃO DE EXECUÇÃO ESPECÍFICA DE CLÁUSULA ARBITRAL (LEI 9.307/96). ACORDO DE ACIONISTAS. PREVISÃO DE SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS: RESOLUÇÃO POR MEDIAÇÃO OU ARBITRAGEM. COMPATIBILIDADE. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA (VAZIA). EXISTÊNCIA. FORÇA VINCULANTE. VALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. Rel. Min. Raul Araújo. Acórdão em REsp 1.331.100-BA. Dje 22 fev. 2016. Disponível em: GetInteiroTeorDoAcordao (stj.jus.br). Acesso em: 23 maio 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resolução n. 9, de 4 de maio de 2005. Dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Disponível em: Resolução n. 9 de 4 de maio de 2005 - 9/05 :: Legislação::Resolução 9/2005 (Federal::Judiciário::Superior Tribunal de Justiça - Brasil) :: (lexml.gov.br). Acesso em: 23 maio 2023.
- CADIET, Loïc. L'arbitrage et l'évolution contemporaine des modes de règlement des conflits. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, V. 12, n. 12, 2013.
- \_\_\_\_\_; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 7. ed. Paris: LexisNexis, 2011.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 3.293, de 23 de setembro de 2021. Altera a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para disciplinar a atuação do árbitro, aprimorar o dever de revelação, estabelecer a divulgação das informações após o encerramento do procedimento arbitral e a publicidade das ações anulatórias, além de dar outras providências. Disponível em: Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br). Acesso em: 26 maio 2023.
- CÂMARA, Freitas Alexandre. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. In: *Revista de Processo*, v. 58, p. 33-40, abr.-jun. 1990. Disponível em: CARMONA - Arbitragem e jurisdição.pdf (usp.br). Acesso em: 14 maio 2023.
- \_\_\_\_\_. *Arbitragem e processo*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.
- CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2001.
- \_\_\_\_\_. *L'arbitre, juge de l'économie mondiale*. In: *Regards croisés sur l'économie*. V. 21. La Découverte, 2018.
- \_\_\_\_\_. *L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi Justice du XXIe siècle*. In: *Semaine juridique*, édition G, 2016, n° 1295.
- CONSULTOR JURÍDICO (*site*). Sentença estrangeira precisa ser homologada pelo STJ. 28 jan. 2014. Disponível em: ConJur - Sentença arbitral estrangeira só tem eficácia se homologada pelo STJ. Acesso em: 25 maio 2023.
- \_\_\_\_\_. Judiciário não pode analisar arbitragem, diz STJ ao homologar sentença estrangeira. 18 dez. 2018. Disponível em: ConJur - Judiciário não pode analisar sentença arbitral, decide STJ. Acesso em: 24 maio 2023.
- DELGADO, José Augusto. A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. In: *Revista de Direito Renovar*, n. 17, maio-ago. 2000, passim. Disponível em: 22\_05 (escolamp.org.br). Acesso em: 20 maio 2023.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- ITÁLIA. Senado della Repubblica. Costituzione Italiana. Edizione in lingua portoghese. Disponível em: COST\_PORTOGHESE.pdf (senato.it). Acesso em: 10 maio 2023.
- JOTA (*site*). Alta em pedidos de anulação de sentença estimula insegurança sobre arbitragem. 28 mar. 2023. Disponível em: Alta em pedidos de anulação de sentença estimula insegurança sobre arbitragem (jota.info). Acesso em: 19 maio 2023.
- LEE, João Bosco. A homologação de sentença arbitral estrangeira: A Convenção de Nova Iorque de 1958 e o Direito brasileiro de arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira (coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. In memoriam. São Paulo: Atlas, 2007.
- LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem. Princípios Jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado. In: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, v. VII, 1991. \_\_\_\_\_. 1. Árbitro. Dever de revelação. Inexistência de conflito de interesses. Princípios da Independência e da Imparcialidade do árbitro. 2. Homologação de sentença arbitral estrangeira no STJ. Inexistência de violação à ordem pública (processual). Artigo 39, II, da Lei de Arbitragem e artigo V(II)(b) da Convenção de Nova Iorque. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. XI, n. 41, 2014.
- MARTINS, Soveral. *Processo e Direito Processual*. V. 2. Coimbra: Centelha, 1986.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. A cooperação como elemento estruturante da interface entre o Poder Judiciário e o Juízo arbitral. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, v. 18, n. 3, 2017.
- SALOMÃO, Luis Felipe. A atualização da lei de arbitragem. In: *Migalhas*. N. 5.710. Migalhas de Peso, 19 abr. 2014. Disponível em: A atualização da lei de arbitragem (migalhas.com.br). Acesso em: 14 maio 2023.
- \_\_\_\_\_; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. In: *Migalhas*. Migalhas de Peso, 30 out. 2020. Disponível em: Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle (migalhas.com.br). Acesso em: 25 maio 2023.
- SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho; PIRES, Bernardo Rohden. A homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na origem. In: *Consultor Jurídico (site)*, Opinião, 2 abr. 2016. Disponível em: ConJur - A homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na origem. Acesso em: 25 maio 2023.
- WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPodivm, 2014.

# Os ideais do Estado Democrático de Direito estão ameaçados pelo populismo?

BENEDITO GONÇALVES<sup>1</sup> | CAMILE SABINO<sup>2</sup>

Sumário: Introdução. 1. Características do populismo. 2. Críticas ao conceito de populismo. 3. Populismo de direita. 4. O neopopulismo. 5. A democracia, o populismo e o Estado de Direito. 6. O poder exercido por um Judiciário independente. 7. Democracia, populismo e Estado de Direito coexistem?. Considerações finais.

## INTRODUÇÃO

Populismo, sob a perspectiva teórica, é um dos temas mais polêmicos e intrigantes que permeia as ciências sociais e políticas. Isso porque o mesmo termo caracteriza fenômenos que passam, por exemplo, pela posse do Presidente Eurico Gaspar Dutra, no Brasil, em 1946; pelo governo de Juan Domingo Perón, na Argentina, em 1946; e pela eleição de Donald Trump, nos Estados Unidos, em 2016.

Por seu turno, o elo do populismo com parte da história brasileira é tão intrínseco, que determinado período da história nacional foi denominado “República Populista”, e teve, dentre seus expoentes, personalidades políticas como Getúlio Vargas, Juscelino Kubitschek de Oliveira e João Goulart.

No Brasil, o conceito de populismo foi muito utilizado por sociólogos, cientistas políticos e historiadores, em referência ao processo político vivido no país entre 1930 e 1964, e emergiu, principalmente, com o objetivo de explicar a experiência política nacional na Quarta República (de 1946 a 1964), bem como o colapso do sistema democrático desse período com o Golpe de 1964.

Todavia, fenômenos que se imaginavam ter sumido com o nascimento das sociedades pós-modernas estão, de fato, ressurgindo. É plausível afirmar, portanto, que o antigo populismo reaparece na história política brasileira e internacional sob a roupagem do denominado neopopulismo.

Considerando que o termo neopopulismo, surgido na era da globalização, significa apenas uma nova denominação do antigo populismo, não cabe aqui explorá-lo. Assim, o presente artigo analisa o impacto do populismo nos ideais do Estado Democrático de Direito.

- 1 Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Vice-Diretor do Conselho Superior da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Nacional de Direito (FND), da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ), do Conselho da Justiça Federal (CJF), em convênio com a Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA).
- 2 Bacharel em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Euro-Americano (UNIEURO). Pós-Graduada em Contratos e Responsabilidade Civil pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Pós-Graduada em Governo e Direito pela Universidad Autónoma de Madrid. Pós-Graduada em Administração Pública pela *École Nationale d'Administration* (ENA), de Paris. Ex-Subconsultora Jurídica da Consultoria Jurídica do Distrito Federal. Assessora de Gabinete do Ministro do STJ Benedito Gonçalves.

Por derradeiro, conclui-se que a solução para a manutenção do Estado Democrático de Direito pode ser construída com alicerces em rotas alternativas que permitam o fortalecimento de uma cultura política participativa fiscalizadora dos agentes públicos.

## 1. CARACTERÍSTICAS DO POPULISMO

O populismo pode ser conceituado, de forma ampla, como a forma de governar que implica a utilização de estratégias e de recursos máximos, com o objetivo de angariar o apoio e a confiança popular, principalmente das classes econômica e socialmente menos favorecidas.

Conforme leciona o historiador Napolitano (2017)<sup>3</sup>, algumas características básicas marcam o populismo:

a) Relação direta e não institucionalizada do líder com as massas: a relação do líder com o povo existia sem qualquer institucionalização, construída somente com base na afeição;

b) Liderança política baseada no carisma e clientelismo: necessidade de conquistar as grandes massas. Além do carisma como base para a relação com o povo, o líder também construiu seu poder lastreado na rede de troca de favores;

c) Nacionalismo econômico: a política econômica populista tinha como esteio um forte nacionalismo e, assim, a economia do país era construída de forma a atender os interesses nacionais, em detrimento dos interesses estrangeiros;

d) Discurso a favor da união nacional: o líder populista, por meio do diálogo simples, direto e popular, defendia a ideia de conciliação das classes sociais;

e) Frágil sistema partidário: o sistema partidário de nações governadas por populistas era extremamente frágil, marcado por ataques e deslegitimação dos demais partidos políticos e de correntes ideológicas político-partidárias.

No entanto, há autores como Plattner (2010)<sup>4</sup>, que defendem que populismo é um conceito vago e não aplicável a qualquer realidade política. Isso porque o termo já foi utilizado por diversos teóricos. Dornbusch e Edwards (1991)<sup>5</sup>, por exemplo, se referem ao populismo como a defesa e a concretização de uma política econômica que resulta em desequilíbrio fiscal. Acemoglu, Egorov e Sonin (2013)<sup>6</sup> conceituam o populismo como a utilização de discursos simplistas e emocionais para conquistar o eleitorado, enquanto Müller (2016)<sup>7</sup> vincula o termo ao apoio de classes sociais específicas a um determinado líder político.

Considerando as numerosas publicações sobre o assunto, os enfoques conceituais mais específicos foram ganhando destaque, ao tempo em que os conceitos acima descritos foram progressivamente perdendo suas forças.

3 NAPOLITANO, Marcos. Democracia, “populismo” ou política de massas: A “República de 46” (Aula 6, parte 5, gravada em outubro de 2017). In: Canal USP. Aulas USP. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=OKQOHh37zms>. Acesso em: 7 nov. 2022.

4 PLATTNER, Marc. Populism, pluralism and liberal democracy. In: *Journal of Democracy*, v. 21, n. 1, p. 81-92, jan. 2010. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/populism-pluralism-and-liberal-democracy/>. Acesso em: 21 nov. 2022.

5 DORNBUSCH, Rudiger; EDWARDS, Sebastian. *The Macroeconomics of Populism in Latin America*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.

6 ACEMOGLU, Daron; EGOROV, Georgy; SONIN, Konstantin. A Political Theory of Populism. In: *The Quarterly Journal of Economics*, v. 128, n. 2, p. 771-805, 2013. Disponível em: <https://academic.oup.com/qje/article-abstract/128/2/771/1942304>. Acesso em: 21 nov. 2022.

7 MÜLLER, Jan-Werner. *What is populism?* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016. Disponível em: Jan-Werner Müller, What is Populism? (openedition.org). Acesso em: 21 nov. 2022.

Se ainda há discussão sobre a melhor maneira de definir o que é populismo, é possível dizer que o consenso da maioria dos autores paira no sentido de não o definir: a) Pelo tipo de política econômica implementada, vez que essa é variável; b) Pela racionalidade ou pela emoção em discursos políticos, considerando não há comprovação empírica válida para medir tal critério; ou c) Pelo apoio de classes sociais, que se altera em cada caso de populismo.

Atualmente, no contexto internacional, praticamente um terço das publicações sobre populismo utiliza a abordagem ideacional de Mudde<sup>8</sup> para definir o fenômeno populista. Haja vista a grande fragmentação da literatura e das possibilidades de interpretações dela decorrentes, a definição de Mudde se tornou a mais influente e consolidada na literatura.

Em suma, as definições de populismo que o consideram como moldura discursiva, estratégia e política, ou simplesmente como a forma de fazer política marcando nítidas divisões entre: direita ou esquerda; excludente ou inclusivo; ruim ou bom, frequentemente promovem um relativismo que impede sobremaneira a conceituação do termo.

Mudde<sup>9</sup> define populismo como uma ideologia tênue, que considera a sociedade separada em dois grupos homogêneos e antagonísticos: o “povo puro” *versus* a “elite corrupta”, sob a perspectiva de que a política deve ser uma expressão da *volonté générale* (vontade geral) das pessoas.

A ontologia populista envolve o povo e o bloco de poder, cuja relação representa uma luta antagonista na base de amigos e inimigos. Ademais, outros elementos populistas incluem a presença de um líder carismático, o anti-institucionalismo e o uso de um estilo agressivo, alusivo à “não política”.

Definir o conceito de populismo não é tarefa fácil. Noutro giro, não é difícil perceber as consequências desse movimento de base, que, ao alegar a representação de interesses das pessoas, tenta, algumas vezes de maneira por demais autoritária, mobilizar sentimentos populares para fins antidemocráticos. Tais atos, sem embargo, representam uma séria ameaça ao constitucionalismo democrático liberal.

## 2. CRÍTICAS AO CONCEITO DE POPULISMO

O uso do termo populismo, de maneira ampla, para a explicação de fenômenos políticos em diferentes países, passou a ser questionado por historiadores a partir da década de 1990. A grande questão em debate era como o mesmo conceito poderia explicar realidades políticas tão distintas, como por exemplo, as das nações latino-americanas.

Esse questionamento também se estendia ao fato de que o populismo foi gradativamente sendo utilizado para explicar os fenômenos políticos da direita ultraconservadora na Europa e na América do Norte. Com o objetivo de evitar a utilização do conceito de populismo de maneira tão ampla e genérica, o conceito precisava de atualização.

Na experiência histórica brasileira, o uso indiscriminado do conceito de populismo foi marcado pela explicação clássica, ao se afirmar, por exemplo, que governos populistas possuem sistemas partidários frágeis.

Tal afirmativa é bastante controversa, pois, durante a Quarta República, o Brasil obteve um acréscimo considerável no número de eleitores, assim como uma majoração na identificação das pessoas com alguns partidos políticos. Dessa forma, o sistema político brasileiro, em contrassenso ao defendido no conceito clássico do populismo, dependia sim da política partidária.

8 MUDDE, Cas. The Populist Zeitgeist. In: *Government and Opposition: An International Journal of Comparative Politics*, v. 39, n. 4, p. 541-563, Cambridge University Press, mar. 2004. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/government-and-opposition/article/populist-zeitgeist/2CD34F8B25C4FFF4F322316833DB94B7>. Acesso em: 21 nov. 2022.

9 Idem, *ibidem*.

Ademais, o populismo não tem uma pontuação alta, em termos de inclusão. Isso porque, nele, apenas uma parte da população, seu povo, se apropria simbolicamente do todo e reivindica para si uma legitimidade absoluta e exclusiva. Em virtude dessa reivindicação por uma soberania ilimitada e perpétua, o populismo está em um estado liminar entre a democracia e o totalitarismo.

Para o populismo, seja como soberano no comando, ou como poder constituinte da política, insubordinado à ordem jurídica constituída, o povo legitima as normas superiores da Constituição que se apresentam, em termos teleológicos, como expressão de sua vontade geral.

O populismo se baseia em uma concepção de melhor forma de representação, na qual, tanto o povo se passa por soberano quanto, simultaneamente, o líder é a encarnação do próprio povo. Conhecendo sua verdadeira vontade, o líder populista é a *vox populi* e oferece a interpretação correta e supremamente autorizada do bem comum, excluindo outras instituições, notadamente tribunais constitucionais e autoridades independentes.

Em breve síntese, é cabível afirmar que o populismo é, portanto, um fenômeno predominantemente ideacional, que defende uma visão majoritária extrema da democracia, ao reivindicar soberania absoluta e ilimitada para as pessoas que se consideram moralmente puras e compartilham o mesmo conjunto de ideias.

Parasitário da democracia liberal, o populismo visa instrumentalizar e infundir novos significados nos conceitos e instituições democráticas, como a soberania popular e o Estado de Direito, enquanto promete um retorno à democracia real, ao reivindicar o empoderamento real do povo.

Conforme leciona Müller (2016)<sup>10</sup>, os populistas no poder muitas vezes fazem uso oportunista de instituições democráticas e estruturas constitucionais, tratando-as como uma mera fachada que os legitima, aproveitando-se de tais instituições e estruturas apenas enquanto o propósito de perpetuar seus poderes for atendido.

A esse respeito, os populistas aparentemente abraçam a democracia e afirmam representar as pessoas comuns, embora, ao mesmo tempo, gradualmente, corroam os elementos liberais da democracia constitucional.

O Estado de Direito é um conceito que os populistas aspiram adicionar ao seu repertório. E, de fato, a ambiguidade da definição do Estado de Direito permite que eles reivindiquem o cumprimento desse ideal.

### 3. POPULISMO DE DIREITA

A partir do final da década de 1980, diversos estudiosos da área social passaram a se referir ao conceito de “populismo de direita”. Os políticos eram vistos, sob tal prisma, como detentores de ideais extremamente conservadores, sendo tais ideais sua marca registrada.

A quantidade de políticos e de governos encarados como populistas de direita aumentou consideravelmente em diferentes partes do mundo, desde o início do século XXI. Foi exatamente em decorrência desse crescimento que a utilização do termo “populismo de direita” também ficou mais evidente.

A maioria dos políticos conservadores, então considerados como populistas de direita, possuem as seguintes características em comum: defendem o liberalismo econômico, encaram a vontade do líder como se fosse a vontade do povo e promovem ataques contra o intelectualismo e a ciência.

Políticos populistas conservadores, em sua maioria, desacreditam, por exemplo, de conhecimentos científicos consolidados, como as consequências do aquecimento global, além de serem abertamente contra a entrada de imigrantes em seu país. Muitas vezes, seus discursos políticos também estão associados com pautas morais e religiosas.

10 MÜLLER, Jan-Werner, op. cit.

No entanto, mister se faz afirmar que o populismo não é um fenômeno que se restringe aos políticos de extrema direita, ou pode ser visto como exclusivamente proveniente do fascismo, do Estado Socialista ou do Estado Novo.

A história demonstra que líderes populistas, constantemente, utilizam a retórica de movimentos políticos com maior consistência ideológica. Em suas jornadas, populistas já recorreram ao socialismo, ao nacionalismo, ou até mesmo ao liberalismo.

O populismo não se mostra, por conseguinte, apenas como uma força isolada na política, mas sua sobrevivência está diretamente ligada à associação a outros grupos e a ideologias diversas para sobreviver, sejam elas de esquerda ou de direita, de caráter nacionalista ou liberal.

#### 4. O NEOPULISMO

Qual seria a diferença entre populismo e neopopulismo? O neopopulismo, em linhas gerais, corresponde à versão hodierna do populismo. A diferença entre os conceitos está no incremento do uso da mídia digital.

Os populistas, até o final do século passado, se comunicavam via imprensa e mídias convencionais, tais como os programas de rádio e de televisão. Atualmente, os populistas se comunicam via smartphone, em redes sociais e em tempo real,

Em resumo, o neopopulismo é a roupagem carismática por meio da qual os líderes clientelistas surgiram, afeiçoando suas atuações aos matizes culturais que cercam o poder, na América Latina e no mundo.

Na Rússia, por exemplo, o regime liderado por Vladimir Putin pode ser considerado populista, de acordo com Laclau (2018)<sup>11</sup>. O autor analisa o populismo em seu sentido ontológico, partindo da premissa de que o putinismo pode ser considerado um exemplo de neopopulismo, uma das revelações possíveis dessa nova lógica política.

Tal lógica é caracterizada pela divisão do espaço social em duas grandes cadeias de demandas equivalentes e antagônicas entre si. Tal processo foi iniciado na década de 2000. Observa-se que o início do populismo russo coincide com as manifestações populares de 2011-2012, e a eleição de Vladimir Putin para seu terceiro mandato, também no ano de 2012.

Assim como Putin, na China, destaca-se o líder político Xi Jinping, à frente do Partido Comunista Chinês. Nos Estados Unidos, o presidente Donald Trump, sob a *performance* de empresário bem-sucedido decidido a tocar a América como um grande negócio, mitigava o ímpeto da globalização, a partir do nacionalismo exacerbado no termo *America first* (América primeiro).

No neopopulismo, o papel das massas é distinto daquele que é exercido no movimento populista. Afere-se que o populismo, como forma de governo, está bem mais ligado ao seu caráter manipulativo, em que a ingerência efetiva do povo no processo decisório do Estado, na prática, tem caráter meramente simbólico e manipulativo.

Em contrapartida, o neopopulismo se utiliza do clientelismo de massas. O foco é buscar o apoio da população, ainda que por meio da manipulação de informações inverídicas, divulgadas na velocidade da luz.

Existe, portanto, apenas uma diferença de caráter estrutural entre o populismo e o neopopulismo. Foge aos objetivos do presente artigo aprofundar-se nessa diferenciação conceitual. O que importa é que, de fato, a alteração de nomenclatura retórica não demonstra o que realmente ocorre no Brasil e em outros países. Isso porque as classes subalternas continuam sendo a massa de manobra de líderes que buscam o poder político.

11 LACLAU, Ernesto. *On Populist Reason*. London/New York: Verso, 2005. Disponível em: <https://voidnetwork.gr/wp-content/uploads/2016/09/On-Populist-Reason-by-Ernesto-Laclau.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2022.

## 5. A DEMOCRACIA, O POPULISMO E O ESTADO DE DIREITO

O presente tópico analisa a compatibilidade dos conceitos de democracia e populismo com o conceito de Estado de Direito, sobretudo sob a perspectiva de King e Waldron<sup>12</sup>.

Os estudiosos há muito debatem a relação entre populismo e democracia e, de fato, muito da dissonância sobre o impacto do populismo nesta última é resultado direto de diferentes definições usadas para ambos os conceitos (populismo e democracia).

Uma análise mais cuidadosa necessita ultrapassar a visão simplista, que considera a democracia como compatível e o populismo como inconciliável com o Estado de Direito.

A democracia, especialmente em sua forma liberal, dominante atualmente, aspira compatibilidade com as versões mais densas do Estado de Direito. Por seu turno, o populismo pode ser compatível apenas com as versões mais tênues, que possivelmente podem acomodar seu endosso putativo de soberania absoluta.

Esse realmente continua a ser um grande embate entre democracia e populismo. No entanto, a ambiguidade do Estado de Direito ainda permite que o populismo afirme que cumpre, ainda que de forma branda, esse conceito.

Longe de ser monolítica, a natureza da democracia é ambivalente. A democracia sem adjetivos é um sistema político cujos pilares são a soberania popular e o governo da maioria, de acordo com Mudde<sup>13</sup>.

No entanto, um olhar mais atento a essa definição mínima destaca suas complexidades. Primeiro, porque a soberania popular tem como base o povo. Esse povo, além de ser o poder constituinte (isto é, o autor original e a base legitimadora da ordem constitucional), também é visto como o agente coletivo sempre presente e abstrato que tem o poder de modelar o Estado.

No entanto, essa ideia de um povo abstrato tem sido vista como um mito fundacional que confere legitimidade ao regime democrático, pois, constituído por indivíduos, esse povo não pode ser estático nem homogêneo.

Em segundo lugar, de acordo com Bourke e Skinner<sup>14</sup>, a noção de soberania está longe de ser clara. Se a soberania é interpretada como poder absoluto exercido pelo povo, então a aspiração da democracia de uma verdadeira soberania do povo é inatingível, vez que está limitada pelo constitucionalismo, pelo Estado de Direito ou pelos direitos individuais.

Alternativamente, se soberania significa que a política é constituída pelo povo e o poder emana do povo, então a ideia de democracia aproxima-se de seu caráter representativo moderno.

A democracia, em sua forma liberal, procura resolver essas complexidades revisitando e desenvolvendo os elementos fundamentais, na forma de democracia minimalista. Defendendo uma versão qualificada da soberania popular, a democracia liberal endossa o constitucionalismo como uma restrição legal ao poder estatal coercitivo.

O povo exerce o poder por meio de seus representantes, escolhidos em eleições livres, os quais são responsabilizados por meios institucionalizados e têm seus poderes limitados e controlados por um sistema de freios e contrapesos.

Além disso, a regra da maioria é implementada de forma dinâmica, incentivando o pluralismo, a contestação pública e a inclusão, permitindo assim o surgimento de uma sociedade ampla.

12 KING, Desmond S.; WALDRON, Jeremy. Citizenship, Social Citizenship and the Defence of Welfare Provision. In: *British Journal of Political Science*, v. 18, n. 4, p. 415-443, out. 1988. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/193879>. Acesso em: 17 nov. 2022.

13 MUDDE, Cass, op. cit.

14 BOURKE, Richard; SKINNER, Quentin. *Popular Sovereignty in Historical Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

Considerando as características apresentadas, a democracia tem sido vista como um ideal. Ao invés de ser um sistema estático e fechado, é um processo dinâmico e aberto, que visa cumprir a promessa final de uma soberania para o povo.

No contexto democrático liberal, a lei garante e delinea a soberania do povo. Longe de ser absoluta, a soberania democrática é definida pelo constitucionalismo que engloba, relacionando regras e princípios constitucionais superiores como a fonte formal da autoridade do Estado, a proteção dos direitos individuais e civis, e a revisão judicial como um controle adicional sobre o Estado.

## 6. O PODER EXERCIDO POR UM JUDICIÁRIO INDEPENDENTE

Em consonância com as principais premissas da democracia liberal, a separação de Poderes e o Estado de Direito funcionam como garantias de que não haverá superconcentração e abuso do poder do Estado, e que o poder de todos será preservado.

Lefort (1991)<sup>15</sup> ensina que a democracia é “[...] um regime fundado na legitimidade de um debate sobre o que é legítimo e o que é ilegítimo [...]”, um debate que, uma vez que o *locus* do poder permanece vazio e ninguém pode ocupar o lugar do juiz supremo, é necessariamente indefinido.

Uma pré-condição para o sucesso da contestação pública é a existência de um espaço público que, fertilizado por liberdades fundamentais, como a liberdade de expressão e associação, permita o florescimento do pluralismo. Além de ser um pré-requisito para a contestação pública (e, portanto, para a democratização), esse espaço público é significativo como um fórum para a constante reconsideração de opiniões e decisões.

Nas democracias liberais, a provisão de sufrágio igualitário e inclusivo contribui para a criação de uma esfera pública significativa e ampliada que promove o pluralismo.

A inclusão avançada, acompanhada de um debate genuíno, valida o segundo pilar da democracia (o governo da maioria), como uma forma legítima de discernir, constante e periodicamente, a vontade geral do povo.

Enquanto as rédeas do governo são legitimamente entregues àqueles que comandam, o direito de qualquer indivíduo de denunciar opiniões caluniosas e contribuir para o surgimento de um corpo diferente de opinião de massa é preservado. Como observa Lefort<sup>16</sup>, “[...] a maioria pode estar errada, mas não o espaço público [...]”.

Uma vez que o tamanho e a complexidade dos Estados e sociedades democráticos modernos os tornam irredutíveis em uniformidades fixas e homogêneas, é necessária a observância constante e meticulosa do debate público, um retrato periódico e completo de seu pluralismo, e uma representação adequada de seus participantes e seus pontos de vista, como pré-condições para a credibilidade do sistema e para o avanço da democratização.

A democracia liberal visa dar expressão a uma versão qualificada, matizada e dinâmica da soberania popular e do governo da maioria, que são os pilares da democracia sem adjetivos, colocando-os dentro dos limites constitucionais definidos por conceitos como o Estado de Direito.

Embora o povo seja um grupo dinâmico e mutável, composto por indivíduos com seus próprios interesses, vontades e valores, ele permanece, no entanto, coletivamente soberano, não como a personificação abstrata e simbólica do governante absoluto, mas como o poder constituinte e legitimador da política.

15 LEFORT, Claude. *Pensando o político*: Ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

16 Idem, *ibidem*.

O ideal do Estado Democrático de Direito opera em um terreno confuso e, portanto, é justificadamente classificado como um conceito essencialmente contestado por Waldron<sup>17</sup>. Desde a época da antiga Atenas, uma nobre aspiração de ser governado por leis, e não por homens, está presente e passou a inspirar o discurso político e jurídico. Essa tradição vê o direito em termos teleológicos: como o meio de proteger os indivíduos contra o exercício arbitrário do poder.

Nesse sentido, o direito próprio é o instrumento impessoal e autônomo, que idealmente opera em relativo distanciamento dos agentes estatais contemporâneos. No entanto, tal abordagem teleológica do Estado de Direito pode ser problemática, quando não se sabe quem decide se um objetivo é nobre ou não, além de o povo. Se o principal objetivo da lei é proteger os indivíduos contra o potencial de exercício arbitrário do poder, então o Estado de Direito não pode ser compatível com a soberania absoluta, mesmo que essa se refira à soberania do poder constituinte.

Dessa forma, a versão mais tênue do Estado de Direito (governo pela lei) pode ser vista como a antítese do governo dos homens, desde que qualquer decisão emanada seja conduzida de acordo com princípios básicos da legalidade.

A versão substantiva do Estado de Direito é um amálgama de democracia, da legalidade formal e de direitos individuais. Nessa versão, os direitos individuais não constituem apenas o conteúdo do direito positivo, mas são o pano de fundo mais amplo e o aspecto integral de sua forma.

Tal versão reserva um lugar central para um Judiciário independente. Como o significado e o alcance dos princípios morais e políticos muitas vezes não são claros e vão além dos códigos e leis aplicados pelos juízes, estes estão autorizados a resolver controvérsias, por referência aos valores da comunidade.

No Estado de Direito, todos os poderes públicos atuam sempre dentro dos limites estabelecidos por lei, de acordo com os valores da democracia e dos direitos fundamentais, e sob o controle de tribunais independentes e imparciais.

O Estado de Direito inclui princípios como a legalidade, implicando um processo transparente, responsável, democrático e pluralista na promulgação das leis, promovendo assim a segurança jurídica e proibindo o exercício arbitrário do Poder Executivo, a fim de conferir uma proteção judicial efetiva que garanta a existência de tribunais independentes e imparciais, comprometidos com o respeito pelos direitos fundamentais, com a separação de Poderes e com a igualdade perante a lei.

## 7. DEMOCRACIA, POPULISMO E ESTADO DE DIREITO COEXISTEM?

O Estado de Direito é um ideal político convincente para a democracia liberal, de modo que a aspiração democrática deve ser compatível com todas as suas versões formais e substantivas. De fato, o alcance de uma boa pontuação no índice de Estado de Direito é um indicador válido da qualidade de uma democracia.

Em princípio, a democracia e o Estado de Direito são mutuamente constitutivos, desde que o sistema: a) Esteja de acordo com os requisitos processuais previstos pela legalidade formal; b) Implemente processos de responsabilização sofisticados e rigorosos; e c) Tenha um sistema de separação de Poderes e de freios e contrapesos que permita um Judiciário independente.

A lei democrática é obrigatória, não como uma ordem soberana, mas como um produto da esfera pública, periodicamente discernida e promulgada pelos representantes do povo, após

17 KING, Desmond S.; WALDRON, Jeremy, op. cit.

consulta adequada junto à sociedade civil. Por outro lado, a adoção acelerada da legislação (mesmo através do parlamento) ou a consulta limitada às partes interessadas podem colocar o Estado de Direito sob pressão.

As dimensões de contestação e inclusão públicas da democracia permitem uma oportunidade justa para a sociedade civil contribuir para a criação de leis e demonstrar o seu consentimento. Essa abordagem realista substitui a unanimidade, que é inatingível, por uma versão qualificada e dinâmica da regra da maioria.

Para evitar um governo arbitrário, que tem o potencial de destruir o Estado de Direito em todas as formas, a vontade do povo é verificada, tanto por referência aos direitos individuais quanto pela mudança de uma política baseada no voto para uma legitimação de decisões baseada no consentimento. O compromisso da democracia liberal com a liberdade individual torna realista o seu potencial para atingir as versões mais densas do Estado de Direito.

O populismo, como majoritarismo extremo, é, possivelmente, o sistema de “governo de lei” por excelência. Suas leis são legitimadas como ostensivamente fundamentadas na soberania popular e no governo da maioria, que são considerados os fundamentos da democracia.

Dessa forma, os populistas ficam livres para apresentar instituições independentes, destinadas a promover a separação de Poderes e a realizar freios e contrapesos dentro do sistema, como os tribunais ou ouvidores, como subordinados à vontade do povo e até mesmo como inimigos do povo, caso suas atuações sejam vistas como obstrução à soberania popular.

Consequentemente, monopolizando para si mesmos a interpretação correta da vontade popular e pressionando outras instituições para que aceitem sua versão, os populistas pretendem governar por direito, argumentando que as leis promulgadas por seu sistema são as declarações do povo soberano.

Nesse sentido, não apenas a ação do governo é legitimada como autorizada por lei que está em conformidade com a vontade popular, mas também a obediência à lei populista é essencial para a perpetuação do domínio do povo. Quaisquer limitações a isso são atacadas como antipopulares.

Em princípio, o populismo pode até ser compatível com a maioria dos critérios de legalidade formal, uma vez que o direito pode ser certo, prospectivo e universal na aplicação. No entanto, em um sistema populista que implementa a vontade da maioria, a segurança jurídica dificilmente pode ser alcançada, haja vista as mudanças, muitas vezes rápidas e imprevisíveis, da opinião popular.

Em sistemas populistas, a segurança jurídica também pode ser prejudicada por um esforço do governo para alterar leis e decisões que inibam sua administração. Por exemplo, na Polônia, a recém-criada Câmara de Controle Extraordinário e Assuntos Públicos do Supremo Tribunal, cujos membros são nomeados a pedido do recém-criado Conselho Nacional da Magistratura, tem o poder de anular, total ou parcialmente, qualquer sentença definitiva proferida por tribunais ordinários, nos últimos vinte anos.

Considerando que compete ao Procurador-Geral interpor recurso perante a Câmara e, portanto, tais recursos podem ser instigados por motivos políticos, é provável que a segurança jurídica seja ameaçada e, possivelmente, sacrificada por ganhos políticos.

Da mesma forma, a falta de transparência, a fusão de poderes (frequentemente concentrado na pessoa do líder ou em instituições que estão sob controle populista) e a pressão exercida pelo Executivo ou Legislativo sobre instituições independentes, são prejudiciais aos freios e contrapesos, assim como a uma versão formal de legalidade do Estado Democrático de Direito.

Em teoria, a suposta aspiração do populismo é a obtenção da versão de democracia aliada à versão de legalidade formal do Estado de Direito, não obstante as ressalvas relativas à compatibilidade do majoritarismo extremo com a segurança jurídica, freios e contrapesos e um Judiciário independente.

No que diz respeito ao componente democrata, o populismo promete um retorno à sua forma mais pura, em que a soberania é absoluta e a política é uma expressão da vontade geral do povo. No entanto, como já foi discutido, surgem problemas com a restrição do populismo à contestação pública e à inclusão. O povo, predeterminado, estático e apenas uma parte da população, não deixa margem para inclusão.

Apesar da promessa populista de renascimento da democracia real, a ontologia e a cosmologia do populismo são incompatíveis com a democracia no Estado de Direito.

Para concluir, a relação da democracia e do populismo com o Estado de Direito depende, basicamente, de duas variáveis: a finalidade a que se pretende servir o Estado de Direito e a versão aplicada a cada caso. A democracia muitas vezes prioriza seu aspecto liberal, que qualifica a soberania popular como referência aos direitos individuais e, assim, aspira a atingir um Estado de Direito denso e substantivo.

O populismo, por outro lado, dá precedência a uma soberania popular absoluta e opta por instrumentalizar uma versão tênue e formal do Estado de Direito para servir a esse fim. As versões democráticas formais e substantivas do Estado de Direito são incompatíveis com o populismo, pois parecem incompatíveis com qualquer ideologia que abrace uma visão de soberania ilimitada.

## CONCLUSÃO

Uma conceituação robusta do populismo é inseparável de um exame rigoroso de sua relação com a democracia e o Estado de Direito. A democracia e o populismo são ambos baseados na soberania popular e no governo da maioria.

No entanto, a versão liberal da democracia que endossa o pluralismo como sua pedra angular é claramente oposta ao populismo, que sugere que a vontade do povo é fixa e indiscutível.

Da mesma forma, o compromisso da democracia com a proteção dos direitos individuais e das minorias contrasta fortemente com a visão do populismo, de uma soberania absoluta e ilimitada para a maioria.

O populismo, no entanto, é gradativo e camaleônico. Uma nova conceituação do populismo, como a pautada no neopopulismo, além de reconhecer a maleabilidade desse fenômeno, deve aceitar sua potencial compatibilidade com versões formais do Estado de Direito.

A adesão da democracia a uma versão substantiva do Estado de Direito é certamente um fator de distinção com o populismo, embora a natureza contestada do Estado de Direito permita que o populismo reivindique sua conformidade com uma versão tênue desse ideal, e, assim, reivindique uma legitimidade inexistente.

## REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; EGOROV, Georgy; SONIN, Konstantin. A Political Theory of Populism. In: *The Quarterly Journal of Economics*, v. 128, n. 2, p. 771-805, 2013. Disponível em: <https://academic.oup.com/qje/article-abstract/128/2/771/1942304>. Acesso em: 21 nov. 2022.

BOURKE, Richard; SKINNER, Quentin. *Popular Sovereignty in Historical Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

DORNBUSCH, Rudiger; EDWARDS, Sebastian. *The Macroeconomics of Populism in Latin America*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.

KING, Desmond S.; WALDRON, Jeremy. Citizenship, Social Citizenship and the Defence of Welfare Provision. In: *British Journal of Political Science*, v. 18, n. 4, p. 415-443, out. 1988. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/193879>. Acesso em: 17 nov. 2022.

LACLAU, Ernesto. *On Populist Reason*. London/New York: Verso, 2005. Disponível em: <https://voidnetwork.gr/wp-content/uploads/2016/09/On-Populist-Reason-by-Ernesto-Laclau.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2022.

LEFORT, Claude. *Pensando a política: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MUDE, Cas. The Populist Zeitgeist. In: *Government and Opposition: An International Journal of Comparative Politics*, v. 39, n. 4, p. 541-563, Cambridge University Press, mar. 2004. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/government-and-opposition/article/populist-zeitgeist/2CD34F8B25C4FFF4F322316833DB94B7>. Acesso em: 21 nov. 2022.

MÜLLER, Jan-Werner. *What is populism?* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016. Disponível em: Jan-Werner Müller, What is Populism? (openedition.org). Acesso em: 21 nov. 2022.

NAPOLITANO, Marcos. Democracia, “populismo” ou política de massas: A “República de 46” (Aula 6, parte 5, gravada em outubro de 2017). In: Canal USP. Aulas USP. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=OKQOHh37zms>. Acesso em: 7 nov. 2022.

PLATTNER, Marc. Populism, pluralism and liberal democracy. In: *Journal of Democracy*, v. 21, n. 1, p. 81-92, jan. 2010. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/populism-pluralism-and-liberal-democracy/>. Acesso em: 21 nov. 2022.

# A fixação de valor mínimo para a reparação dos danos morais pelo Juízo criminal: Reflexões e aspectos jurisprudenciais

MESSOD AZULAY NETO<sup>1</sup>

Sumário: Introdução. 1. O inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal e o (re)posicionamento da vítima. 2. Apontamentos sobre o dano moral. 3. Os aspectos jurisprudenciais para a fixação do valor mínimo para a reparação dos danos morais pelo Juízo criminal. 4. Ponderações e considerações finais.

## INTRODUÇÃO

**A** proposta deste trabalho é trazer à comunidade jurídica uma reflexão derivada de minha atuação como Ministro no Superior Tribunal de Justiça.

A questão chamou atenção a partir do julgamento de dois processos: REsp n. 1.986.672, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, e o AREsp n. 2.267.828, de minha relatoria.

O objeto da discussão consistia no exame dos requisitos exigidos pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para a fixação do valor mínimo para a reparação por danos morais pelo Juízo criminal, nos termos do inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal.

Originariamente, a Quinta Turma do Tribunal tinha entendimento consolidado no sentido de que, para o arbitramento de indenização mínima por danos morais, seria necessário pedido expresso na inicial acusatória, indicação do valor a ser reparado e instrução probatória específica. O principal argumento para a exigência dos requisitos estava na proteção das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa<sup>2</sup>.

A Sexta Turma, por sua vez, adotava posição no sentido de que seria imprescindível, apenas, o pedido expresso na inicial sem, portanto, a necessidade de indicação de valor ou de instrução específica<sup>3</sup>. O principal fundamento do posicionamento se concentrava na visão de que a previsão contida no inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal tinha o propósito de conferir maior proteção à vítima, de modo a conceder celeridade na obtenção de uma reparação mínima pelo dano decorrente do delito.

Nos autos do REsp n. 1.986.672, a controvérsia versava sobre um crime de estelionato contra uma pessoa natural. Submetido a julgamento na Quinta Turma, pedi vista. Quando da devolução da vista, a matéria acabou por ser afetada à Terceira Seção para que fosse sanada a divergência entre as Turmas.

1 Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

2 Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp n. 2068728 MG, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 13/05/2022; AgRg no REsp n. 1.954.984/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 13/12/2021; AgRg no REsp n. 1.911.826/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 24/9/2021; AgRg no AREsp n. 1.361.693/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2019, DJe de 23/4/2019.

3 Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp n. 1.940.163/TO, Sexta Turma, relatora Ministro Laurita Vaz, DJe de 3/3/2022; AgRg no REsp n. 1.973.602/SC, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 15/8/2022; REsp n. 1.739.851/DF, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 16/10/2018, DJe de 6/11/2018.

Apesar da afetação da matéria à Terceira Seção, levei o AREsp n. 2.267.828 a julgamento perante a Quinta Turma. Embora a questão tivesse afetada, os autos continham uma especificidade que a distinguia da questão submetida àquela Seção. A vítima do crime era uma pessoa jurídica e, por isso, a proteção de seus direitos da personalidade, conforme orientação doutrinária e jurisprudencial, possuía modulação diversa daquela garantida às pessoas naturais, razão por que o tratamento da matéria seria, igualmente, diferente.

E, assim, mesmo antes do julgamento da matéria afetada, a Quinta Turma, por unanimidade, entendeu que, embora o tema suscitasse visões divergentes, na hipótese de a vítima ser pessoa jurídica, seria inviável se dispensar a realização de instrução probatória específica. Isso porque, diferentemente do que ocorre com as pessoas naturais, a tutela da pessoa jurídica parte da concepção estrita do dano moral, o que impediria, em regra, a presunção do dano *ipso facto*<sup>4</sup>. A instrução, por conseguinte, teria a objetivo de constituir a materialidade do dano e, por consequência, a divergência entre as Turmas não subsistiria neste caso específico.

Posteriormente, a temática foi pautada na Terceira Seção. O Ministro relator, Ribeiro Dantas, apresentou voto nos autos do REsp n. 1.986.672 e, acompanhado pela maioria dos ministros, formulou entendimento no sentido de que, no caso concreto, a possibilidade de presunção do dano moral *in re ipsa* dispensaria a obrigatoriedade de instrução específica, mas não afastaria a exigência de formulação do pedido na denúncia e da respectiva indicação do montante pretendido. A posição se fundamentou, principalmente, no princípio da congruência e na garantia do contraditório<sup>5</sup>.

4 “PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCONSTITUIÇÃO DA CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO *QUANTUM DEBEATUR* E DE INSTRUÇÃO ESPECÍFICA. DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS CRIMINAIS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PARTICULARIDADE DO CASO. VÍTIMA PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO ESPECÍFICA INDEPENDENTE DA POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL ADOTADA. TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL À PESSOA JURÍDICA. EFETIVA COMPROVAÇÃO DE ABALO À HONRA OBJETIVA. PRECEDENTES.

I – A possibilidade de condenação do réu por danos morais, sem a indicação prévia do *quantum debeatur* e sem instrução específica, é matéria que suscita posições divergentes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

II – Qualquer que seja a orientação jurisprudencial adotada, é inviável fixar, na esfera penal, indenização mínima a título de danos morais, sem que tenha havido a efetiva comprovação do abalo à honra objetiva da pessoa jurídica. Precedentes das Turmas de Direito Privado.

III – Diferentemente do que ocorre com as pessoas naturais, as pessoas jurídicas não são tuteladas a partir da concepção estrita do dano moral, isto é, ofensa à dignidade humana, o que impede, via de regra, a presunção de dano *ipso facto*.

IV – No caso dos autos, é temerário presumir que o roubo a um caminhão de entregas, em que a quantia de R\$ 2.120,00 (dois mil, cento e vinte reais) foi subtraída, possa ter causado danos morais à pessoa jurídica.

V – Diante da inexistência de comprovação de efetivo abalo à honra objetiva da pessoa jurídica, deve ser desconstituída a condenação fundamentada no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AREsp n. 2.267.828/MG, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 17/10/2023, DJe de 23/10/2023).

5 “PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE ESTELIONATO. FIXAÇÃO DE VALOR INDENIZATÓRIO MÍNIMO. INCLUSÃO DO NOME DA VÍTIMA EM CADASTROS DE INADIMPLENTES. DANO MORAL *IN RE IPSA*. DESNECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA ESPECÍFICA, NO CASO CONCRETO. EXIGÊNCIA, PORÉM, DE PEDIDO EXPRESSO E VALOR INDICADO NA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO, NA PEÇA ACUSATÓRIA, DA QUANTIA PRETENDIDA PARA A COMPENSAÇÃO DA VÍTIMA. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO, PARA EXCLUIR A FIXAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO MÍNIMO.

1. A liquidação parcial do dano (material ou moral) na sentença condenatória, referida pelo art. 387, IV, do CPP, exige o atendimento a três requisitos cumulativos: (I) o pedido expresso na inicial; (II) a indicação do montante pretendido; e (III) a realização de instrução específica a fim de viabilizar ao réu o exercício da ampla defesa e do contraditório. Precedentes desta Quinta Turma.

2. A Quinta Turma, no julgamento do AgRg no REsp 2.029.732/MS em 22/8/ 2023, todavia, adotou interpretação idêntica à da Sexta Turma, no sentido de que é necessário incluir o pedido referente ao valor mínimo para reparação do dano moral na exordial acusatória, com a dispensa de instrução probatória específica. Esse julgamento não tratou da obrigatoriedade, na denúncia, de indicar o valor a ser determinado pelo juiz criminal. Porém, a conclusão foi a

Todavia, não afastou, em abstrato, a necessidade de instrução específica para toda e qualquer hipótese.

De outro lado, ficou vencida a posição no sentido de que bastaria pedido expresso na inicial acusatória.

É, portanto, a partir desse contexto que apresento o presente trabalho, que tem por objetivo, sem a pretensão de esgotar a discussão, trazer algumas ponderações sobre a matéria.

## 1. O INCISO IV DO ART. 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E O (RE)POSICIONAMENTO DA VÍTIMA

A inserção do inciso IV no art. 387 do Código de Processo Penal, trazida pela Lei n. 11.719/2008, instituiu uma competência cível atípica para o Juízo criminal, ao prever que “o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.

Com a alteração, a sentença penal condenatória irrecorrível, além de tornar certa a obrigação de indenizar<sup>6</sup>, passou, também, a ser um título executivo de liquidez parcial em razão da possibilidade de fixação do valor mínimo pelo Juízo criminal.

O artigo 91, inciso I, do Código Penal, já continha a previsão de que um dos efeitos extrapenais da condenação criminal era tornar certa a obrigação de reparar o dano causado pelo crime. O dispositivo era complementado pela redação do artigo 63, *caput*, do Código de Processo Penal, que atribuía à sentença condenatória transitada em julgado caráter de título executivo judicial ilíquido. E, finalmente, com a edição da Lei n. 11.719/2008, vieram as disposições do inciso IV, art. 387, e do parágrafo único do artigo 63, do mesmo diploma normativo, que passaram prever a possibilidade de um título executivo de liquidez parcial<sup>7</sup>.

---

de que a indicação do valor pretendido é dispensável, seguindo a jurisprudência consolidada da Sexta Turma.

3. O dano moral decorrente do crime de estelionato que resultou na inclusão do nome da vítima em cadastro de inadimplentes é presumido. Inteligência da Súmula 385/STJ.

4. Com efeito, a possibilidade de presunção do dano moral *in re ipsa*, à luz das específicas circunstâncias do caso concreto, dispensa a obrigatoriedade de instrução específica sobre o dano. No entanto, não afasta a exigência de formulação do pedido na denúncia, com indicação do montante pretendido.

5. A falta de uma indicação clara do valor mínimo necessário para a reparação do dano almejado viola o princípio do contraditório e o próprio sistema acusatório, por na prática exigir que o juiz defina ele próprio um valor, sem indicação das partes. Destarte, uma medida simples e eficaz consiste na inclusão do pedido na petição inicial acusatória, juntamente com a exigência de especificar o valor pretendido desde o momento da apresentação da denúncia ou queixa-crime. Essa abordagem reflete a tendência de aprimoramento do contraditório, tornando imperativa a sua inclusão no âmbito da denúncia.

6. Assim, a fixação de valor indenizatório mínimo por danos morais, nos termos do art. 387, IV, do CPP, exige que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, com a indicação do valor pretendido, nos termos do art. 3º do CPP c/c o art. 292, V, do CPC/2015.

7. Na peça acusatória (apresentada já na vigência do CPC/2015), apesar de haver o pedido expresso do valor mínimo para reparar o dano, não se encontra indicado o valor atribuído à reparação da vítima. Diante disso, considerando a violação do princípio da congruência, dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e do sistema acusatório, deve-se excluir o valor mínimo de indenização por danos morais fixado.

8. O entendimento aqui firmado não se aplica aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, que continuam regidos pela tese fixada no julgamento do tema repetitivo 983/STJ.

9. Recurso especial provido para excluir a fixação do valor indenizatório mínimo.” (REsp n. 1.986.672/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 8/11/2023, DJe de 21/11/2023).

6 Código Penal. Art. 91, I.

7 Código de Processo Penal: “Art. 63. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do *caput* do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.”

Na lição do professor Gustavo Badaró:

Dentre os efeitos secundários, no que toca ao dever de reparar o dano causado pelo delito, o art. 91, *caput*, I, do CP, estabelece que a sentença penal condenatória torna certa a obrigação de indenizar o dano. Isso não significa, por si só, que haja um título executivo cível. Especificamente no tocante ao conteúdo civil, na sentença penal condenatória há uma mera declaração do dever de reparar o dano, sem que haja a imposição de uma sanção civil.

Tal dispositivo, porém, é complementado pelo art. 63, *caput*, do CPP e pelo art. 515, *caput*, VI, do CPC, que atribuem à sentença penal condenatória transitada em julgado a natureza de título executivo judicial. A Lei n. 11.719/2008 acrescentou um novo parágrafo único ao art. 63, nos seguintes termos: “Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do *caput* do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido”.

Em suma, no regime originário do CPP, a sentença penal condenatória sempre gerava um título executivo ilíquido. Com a reforma de 2008, a sentença penal condenatória poderá gerar um título executivo líquido (se já for possível provar todo o dano no processo penal) ou apenas parcialmente líquido (se somente parte dos danos for provada, por exemplo, o dano emergente), deixando para o processo de liquidação civil a parte do dano não liquidada na condenação penal (por exemplo, lucro cessante). Também é possível que a sentença penal continue a ser um título ilíquido, se não for possível, no âmbito criminal, fazer qualquer comprovação e estipulação do dano sofrido.<sup>8</sup>

A alteração trouxe, por conseguinte, uma importante contribuição, visto que viabilizou a supressão do, até então, necessário procedimento cível de conhecimento. Com a modificação legislativa, foi instituída a possibilidade, inclusive, de execução de quantia líquida, sem prejuízo da apuração, no Juízo cível, do dano efetivamente sofrido em decorrência da infração criminal.

Sobre o tema, Norberto Avena pontua que:

Na regulamentação anterior à vigência da Lei 11.719/2008, a sentença penal condenatória caracterizava-se como um título executivo judicial ilíquido, razão pela qual não viabilizava o ajuizamento imediato de ação executória na esfera cível. Impunha-se, então, que, previamente a essa execução, o ofendido apurasse o valor efetivo do dano a ser reparado por meio de requerimento, no juízo cível, da liquidação por artigos prevista no art. 475-E do CPC/1973 (no CPC/2015, a nomenclatura liquidação por artigos foi suprimida, dando lugar à chamada liquidação pelo procedimento comum, prevista no art. 509, II, do novo diploma). Em outras palavras, antes de intentar a ação executória, obrigatoriamente deveria o credor (ofendido, representante legal ou herdeiros) alegar e comprovar, na esfera civil, o *quantum* do dano civil. Somente depois disso é que, valendo-se do disposto no art. 63 do CPP e no art. 515, VI, do CPC/2015, poderia ajuizar a demanda executória visando constranger o réu condenado criminalmente por sentença definitiva ao ressarcimento do prejuízo causado pela prática do fato criminoso. Entretanto, o art. 387, IV, do CPP, estabelece que, na sentença condenatória, o juiz

8 BADARÓ, Gustavo. Capítulo 5. Ação civil *ex delicto*. In: BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2019.

fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Com isso, uma vez transitada em julgado a condenação, faculta-se ao ofendido, desde logo, ingressar com a ação de execução *ex delicto* no juízo cível, exigindo do réu *condenado* o pagamento do *quantum* arbitrado na sentença penal. Este arbitramento do *quantum* indenizatório realizado no juízo criminal, obviamente, não impede a vítima de apurar, no juízo cível, o prejuízo efetivamente sofrido em consequência da infração penal. Pelo contrário, tal providência é expressamente autorizada no art. 63, parágrafo único, ao dispor que, “transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido”<sup>9</sup>.

A reforma trazida pela Lei n. 11.719/2008 partiu da necessidade de reposicionar a vítima no processo penal, que não deve ser vista, apenas, como objeto do delito, mas, também, como sujeito de direitos individuais, cuja tutela passou a estar inserida no escopo do processo criminal. E, assim, o propósito do inciso IV, art. 387, e do correspondente art. 63, parágrafo único, do Código de Processo Penal, foi conferir efetividade, celeridade e simplicidade à reparação do dano experimentado em razão do delito.

No mesmo contexto, a Lei n. 11.690/2008, igualmente, contribuiu no reposicionamento da importância da vítima no processo penal, porque passou a prever, no artigo 201, do Código de Processo Penal, uma série de direitos da vítima, tais como: (i) ser informada da prisão e soltura do réu; (ii) ser informada do resultado do processo; (iii) permanecer em espaço reservado antes do início da audiência; (iv) ser encaminhada para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e saúde, às expensas do ofensor ou do Estado; e (v) ter preservada sua intimidade, vida privada, honra e imagem.

Na mesma linha, mais tarde, o Congresso Nacional editou as Leis n. 13.431/2017 e n. 13.505/2017, criando meios para impedir ou ao menos minorar a vitimização secundária e reforçando a ideia de que a pessoa humana que foi vítima de um crime não deve mais ser tratada apenas como fonte de prova para a condenação do réu, mas, igualmente, como um sujeito do sistema de persecução penal que possui direitos.

Apesar do avanço que trouxe consigo, Guilherme de Souza Nucci faz algumas ponderações sobre as modificações trazidas pela Lei n. 11.719/2008:

[...] a modificação ainda foi tímida. Mencionou-se o seguinte: “Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido” (art. 63, parágrafo único, CPP). No referido art. 387, IV, estabeleceu-se que, na sentença condenatória, o juiz “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.

Nota-se não ter sido previsto nenhum procedimento para a apuração dos danos, nem o seu grau de abrangência (material ou moral). Nada se mencionou acerca da legitimidade ativa para pleitear a reparação dos danos: somente a vítima ou também o Ministério Público, atuando em seu nome? Poderia o juiz, de ofício, fixar a indenização, sem que ninguém tenha solicitado? Enfim, são questões

9 AVENA, Norberto. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.

que poderiam ter sido esclarecidas pelo bem do novo instituto, sob pena de não se concretizar a almejada junção da jurisdição. De todo modo, parece-nos que somente o ofendido poderia solicitar a indenização e o juiz não teria condições de fixá-la de ofício, sem nenhum pedido. Afinal, não tendo havido requerimento expresso, inexistiria discussão nos autos em relação ao valor, motivo pelo qual seria incabível a fixação de um montante qualquer, que não foi objeto de debate entre as partes interessadas<sup>10</sup>.

Não parece haver dúvida de que a norma poderia ter esgotado todas essas questões, especialmente, por, como dito, trata-se de uma competência atípica do Juízo criminal. Dessa forma, não teria ficado a cargo do aplicador da norma a definição dos requisitos para a fixação dos valores mínimos. De todo modo, diante da lacuna, as Turmas do Superior Tribunal de Justiça foram provocadas para que fossem estabelecidas as premissas básicas e, assim, construíram os entendimentos recentemente revisitados.

## 2. APONTAMENTOS SOBRE O DANO MORAL

Para compreender adequadamente a questão objeto deste ensaio, é indispensável uma breve incursão na teoria da responsabilidade civil aplicável ao dano moral porquanto o estabelecimento de requisitos para a fixação de valor mínimo na sentença condenatória criminal passa, necessariamente, pela adoção de premissas contemporâneas sobre o tema.

A doutrina de Sérgio Cavalieri Filho traz a conceituação do dano moral a partir da concepção mais atual sobre o assunto:

[...] à luz da Constituição vigente podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos: em sentido estrito e em sentido amplo. Em sentido estrito dano moral é violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, incisos V e X, a plena reparação do dano moral. Este é, pois, o novo enfoque constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral: Qualquer agressão à dignidade pessoal constitui dano moral e é por isso indenizável. Valores como a liberdade, a inteligência, o trabalho, a honestidade, aceitos pelo homem comum, formam a realidade axiológica a que todos estamos sujeitos. Ofensa a tais postulados exige compensação indenizatória.

[...]

Com essa ideia abre-se espaço para o reconhecimento do dano moral em relação a várias situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como se dá com doentes mentais, as pessoas em estado vegetativo ou comatoso, crianças de tenra idade e outras situações tormentosas. Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio. É a dignidade humana, que não é privilégio apenas dos ricos, cultos ou poderosos, que deve ser por todos respeitada. Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano

10 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.

moral. Essa constatação, por si só, evidencia que o dano moral não se confunde com o dano material; tem existência própria e autônoma, de modo a exigir tutela jurídica independente.

[...]

Em sentido amplo, dano moral é violação de algum direito ou atributo da personalidade. Relembre-se, como já assentado, que os direitos da personalidade constituem a essência do ser humano, independentemente de raça, cor, fortuna, cultura, credo, sexo, idade, nacionalidade. São inerentes à pessoa humana desde o nascimento até a morte. A personalidade é o conjunto de caracteres ou atributos da pessoa humana. É através dela que a pessoa pode adquirir e defender os demais bens. Nessa categoria incluem-se também os direitos da honra objetiva: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.

Como se vê, o dano moral não se restringe à dor, tristeza e sofrimento. Esta era uma concepção equivocada existente sobre o dano moral antes da Constituição de 1988. Na realidade, o dano moral estende a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética –, razão pela qual podemos defini-lo, de forma abrangente, como sendo uma agressão a um bem ou atributo da personalidade. Em razão de sua natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização<sup>11</sup>.

A partir da concepção constitucional, é certo que o dano moral surge a partir da violação a um direito da personalidade. E não resta dúvida de que a vítima de um delito tenha tido infringido um direito daquela natureza, de modo que a materialização – ou existência – do dano extrapatrimonial seria, portanto, consequência lógica do delito. Esse, em suma, foi o entendimento levado no voto divergente nos autos do REsp n. 1.986.672, que, como mencionado anteriormente, cuidava de hipótese de crime de estelionato praticado contra pessoa natural.

Por outro lado, em relação à pessoa jurídica, a compreensão mais atualizada aponta para a possibilidade do reconhecimento do dano moral mediante adaptações da teoria clássica aplicada às pessoas naturais.

O professor Sérgio Cavalieri Filho, neste ponto, explica o seguinte:

Iniciou-se pelo reconhecimento de ser a pessoa jurídica uma das mais extraordinárias criações do Direito. Não tem vida física, mas tem existência jurídica, mais duradoura que as pessoas naturais que a criaram; não tem vontade própria (ato de querer, próprio do ser humano), mas atua no mundo socioeconômico pela vontade dos seus órgãos dirigentes. Dessa maneira, o Direito faculta-lhe adquirir e exercer direitos e contrair obrigações – enfim, proceder no mundo jurídico como ser dotado de patente autonomia. Há pessoas jurídicas que são economicamente mais fortes e poderosas

11 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021.

que alguns Estados. Ora, se o Direito assim trata a pessoa jurídica, é preciso reconhecer que ela, embora despida de certos atributos próprios da personalidade humana – tais como a integridade física, psíquica e da saúde –, é titular de alguns direitos especiais da personalidade, ajustáveis às suas características particulares, tais como o bom nome, a imagem, a reputação, o sigilo de correspondência etc. [...] Nesse tema é preciso lembrar que a honra tem dois aspectos: o subjetivo (interno) e o objetivo (externo). A honra subjetiva, que se caracteriza pela dignidade, decoro e autoestima, é exclusiva do ser humano, mas a honra objetiva, refletida na reputação, no bom nome e na imagem perante a sociedade, é comum à pessoa natural e à jurídica. Quem pode negar que uma notícia difamatória pode abalar o bom nome, o conceito e a reputação não só do cidadão, pessoa física, no meio social, mas também de uma pessoa jurídica, no mundo comercial? Indiscutivelmente, toda empresa tem que zelar pelo seu bom nome comercial. [...] Assim, apesar de não ser passível de sofrer dano moral em sentido estrito – ofensa à dignidade, por ser esta exclusiva da pessoa humana –, a pessoa jurídica pode sofrer dano moral em sentido amplo – violação de algum direito da personalidade –, porque é titular da honra objetiva, fazendo jus à indenização sempre que seu bom nome, credibilidade ou imagem forem atingidos por algum ato lícito, a chamada honra profissional, variante da honra objetiva, entendida como valor social da pessoa perante o meio onde exerce a sua atividade<sup>12</sup>.

A partir dessa compreensão, as Turmas de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça possuem entendimento consolidado no sentido de que, em regra, a pessoa jurídica pode sofrer dano moral, mas a respectiva reparação pressupõe a comprovação do efetivo dano causado à honra objetiva<sup>13</sup>.

Daí o porquê da diferenciação. Em uma perspectiva sistêmica do Direito, parece inviável fixar, na esfera penal, indenização mínima a título de danos morais, sem que tenha havido a efetiva comprovação do abalo à honra objetiva da pessoa jurídica. Diferentemente do que ocorre com as pessoas naturais, as pessoas jurídicas não são tuteladas a partir da concepção estrita do dano moral, isto é, ofensa à dignidade humana, o que impede, em regra, a presunção de dano *ipso facto*. A materialização – ou existência – do dano extrapatrimonial, neste caso, depende da efetiva comprovação do prejuízo.

12 Filho, Sergio Cavaliere. *Programa de Responsabilidade Civil*. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021.

13 “[...] 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a pessoa jurídica pode sofrer dano moral (Súmula 227/STJ), desde que demonstrada ofensa à sua honra objetiva. Ou seja, faz-se necessária prova de que o ilícito ensejou afronta ao bom nome, fama ou reputação da pessoa jurídica no mercado ou perante a sociedade – não decorrendo do mero descumprimento contratual. Precedentes (AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.831.985/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe de 31/8/2023). [...] 3. A teoria acerca da possibilidade de pessoa jurídica experimentar dano moral está calcada na violação da honra objetiva, consubstanciada em atributos externalizados, susceptíveis de padecerem de mácula à imagem, à admiração conquistada, ao respeito e à credibilidade no tráfego comercial. Assim, a violação à honra objetiva está intimamente relacionada à publicidade de informações potencialmente lesivas à reputação da pessoa jurídica (REsp 1.005.752/PE, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 26/6/2012, DJe de 2/8/2012) (AgInt no AREsp n. 532.727/RN, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araújo, DJe de 20/9/2022). [...] 9. Os danos morais dizem respeito a atentados à parte afetiva (honra subjetiva) e à parte social da personalidade (honra objetiva). 10. Embora as pessoas jurídicas possam sofrer dano moral, nos termos da Súmula 227/STJ, a tutela da sua personalidade restringe-se à proteção de sua honra objetiva, a qual é vulnerada sempre que os ilícitos afetarem seu bom nome, sua fama e reputação. 11. É impossível ao julgador avaliar a existência e a extensão de danos morais supostamente sofridos pela pessoa jurídica sem qualquer tipo de comprovação, apenas alegando sua existência a partir do cometimento do ato ilícito pelo ofensor (*in re ipsa*). Precedentes (REsp n. 1.822.640/SC, Terceira Turma, Rel. <sup>a</sup> Min. <sup>a</sup> Nancy Andrighi, DJe de 19/11/2019).”.

### 3. OS ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS PARA A FIXAÇÃO DO VALOR MÍNIMO PARA A REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS PELO JUÍZO CRIMINAL

Passando, enfim, para a parte final, como mencionado no início deste ensaio, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça tinha entendimento consolidado no sentido de que, para o arbitramento de indenização mínima por danos morais, seria necessário pedido expresso na inicial acusatória, indicação do valor a ser reparado e instrução probatória específica.

A Sexta Turma, por seu turno, adotava posição no sentido de que seria imprescindível, apenas, o pedido expresso na inicial sem, portanto, a necessidade de indicação de valor e instrução específica.

Importante registrar, nesse contexto, que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp n. 1.643.051, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, aprovou o Tema 983 e firmou a seguinte tese jurídica:

Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória<sup>14</sup>.

14 “RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. ART. 397, IV, DO CPP. PEDIDO NECESSÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL. DANO *IN RE IPSA*. FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça – sob a influência dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), e em razão da determinação de que ‘O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações’ (art. 226, § 8º) – tem avançado na maximização dos princípios e das regras do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei nº 11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica no reproche à violência doméstica e familiar contra a mulher, como deixam claro os verbetes sumulares n. 542, 588, 589 e 600.

2. Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher.

3. A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, particularmente a mulher, no processo penal.

4. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei n. 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano – o material e o moral –, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa.

5. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o *quantum* ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio.

6. No âmbito da reparação dos danos morais – visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza –, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o Juízo único – o criminal – possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada.

7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa.

8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a

Revisitada a matéria, em relação à vítima pessoa jurídica, não parece haver controvérsia. Conforme exposto, inviável fixar, na esfera penal, indenização mínima a título de danos morais, sem que tenha havido a efetiva comprovação do abalo à honra objetiva da pessoa jurídica. E, por essa razão, ainda que se possa discutir a necessidade de indicação de valor na inicial, nesta hipótese específica, indispensável, além do pedido expresso, instrução probatória específica para que se comprove a existência do dano moral efetivamente sofrido. Essa, como dito anteriormente, foi a posição adotada, por unanimidade, pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do AREsp n. 2.267.828.

A maior divergência se concentra na hipótese da vítima pessoa natural, mais especificamente, na (im)prescindibilidade de indicação de valor e instrução probatória específica.

Sobre o tema, o professor Aury Lopes Jr, após criticar o que denomina de *privatização do processo penal*, trouxe o que, a seu juízo, seriam os requisitos para a fixação de valor mínimo para reparação dos danos pela sentença condenatória criminal:

Ainda que as esferas da ilicitude civil e penal sejam distintas, há situações em que uma mesma ação ou omissão gera efeitos nos dois (civil ou penal) ou três campos (administrativo). Trata-se de efeitos civis da sentença penal condenatória, posto que as esferas de ilicitude são relativamente independentes. Isso porque, em muitos casos, o delito gera também uma pretensão de natureza indenizatória, pois é igualmente um ato ilícito para o Direito Civil, nos termos do art. 186 do CCB. É o que sucede, por exemplo, com um delito de homicídio doloso ou mesmo culposo. Um mesmo ato é considerado ilícito na esfera penal e civil. E, se estivermos diante de um homicídio culposo ocorrido em um acidente de trânsito, poderá haver ainda reflexos na esfera administrativa, com a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor (art. 293 da Lei n. 9.503).

Mas pode ocorrer que um delito não gere nenhum efeito na esfera cível, como sucede, por exemplo, nos crimes contra a paz pública, tráfico de substâncias entorpecentes etc. Nesses casos, a sentença penal condenatória não gera qualquer efeito cível, até porque não existe uma vítima determinada.

A Lei n. 11.719/2008, rompendo com uma tradição de separação das esferas, inseriu o seguinte parágrafo único no art. 63:

“Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do *caput* do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.”.

E, no art. 387, que trata da sentença penal condenatória, foi inserido o inciso IV:

necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos.

9. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa – sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o *onus probandi* é integralmente do órgão de acusação –, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados.

10. Recurso especial provido para restabelecer a indenização mínima fixada em favor pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica.

TESE: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.” (REsp n. 1.675.874/MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 28/2/2018, Dje de 8/3/2018).

“IV – Fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.”.

Como explicamos anteriormente, de forma híbrida, o legislador brasileiro permite cumular, frente ao juiz criminal, uma pretensão acusatória e outra indenizatória.

Condenando o réu, deverá o juiz fixar um valor mínimo para fins de reparação dos danos causados pela infração, sendo que essa reparação feita na esfera penal não impede que a vítima busque, na esfera cível, um montante maior, posto que o fixado na sentença penal é considerado o “valor mínimo” da indenização.

Dispõe o art. 935 do CCB que a responsabilidade civil é independente da criminal, ainda que não se possa mais discutir a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando essas questões se acharem decididas no crime. É o efeito de tornar certa a obrigação de indenizar a que alude o art. 91, I, do CP. De qualquer forma, pelo menos a liquidação de sentença e a execução não incumbem ao juiz penal, o que já é uma grande vantagem. Essa cumulação é uma deformação do processo penal, que passa a ser também um instrumento de tutela de interesses privados. Não está justificada pela economia processual e causa uma confusão lógica grave, tendo em vista a natureza completamente distinta das pretensões (indenizatória e acusatória). Representa uma completa violação dos princípios básicos do processo penal e, por consequência, de toda e qualquer lógica jurídica que pretenda orientar o raciocínio e a atividade judiciária nessa matéria. Desvirtua o processo penal para buscar a satisfação de uma pretensão que é completamente alheia a sua função, estrutura e princípios informadores. Como exemplo dessa errônea privatização do processo penal, o próprio Direito Penal nos oferece as absurdas “condenações penais disfarçadas de absolvição de fato”. Ocorrem quando alguém é condenado a uma insignificante pena de multa (responsabilidade penal) quando o que se pretende, na realidade, é uma substancial indenização na esfera cível (responsabilidade civil), utilizando a sentença penal condenatória como título executivo judicial. Para amparar esse tipo de direito, existem vias próprias e para isso está o processo civil. Cada coisa no seu devido lugar.

Infelizmente a reforma levada a cabo pela Lei n. 11.719, misturou os interesses.

Mas, voltando ao art. 387 do CPP, para que o juiz penal possa fixar um valor mínimo para reparação dos danos na sentença, é fundamental que:

- 1) exista um pedido expresso na inicial acusatória de condenação do réu ao pagamento de um valor mínimo para reparação dos danos causados, sob pena de flagrante violação do princípio da correlação;
- 2) portanto, não poderá o juiz fixar um valor indenizatório se não houve pedido, sob pena de nulidade por incongruência da sentença;
- 3) a questão da reparação dos danos deve ser submetida ao contraditório e assegurada a ampla defesa do réu;
- 4) somente é cabível tal condenação em relação aos fatos ocorridos após a vigência da Lei n. 11.719/2008, sob pena de ilegal atribuição de efeito retroativo a uma lei penal mais grave (como explicado anteriormente, ao tratarmos da Lei Processual Penal no Tempo)<sup>15</sup>.

15 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

Como dito, nada obstante o tema suscitar posições conflitantes, após afetação, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, nos autos do REsp n. 1.986.672, não dispensou, abstratamente, os requisitos do pedido expresso na inicial, atribuição de valor e instrução probatória específica. Todavia, no caso concreto, admitiu posição intermediária, visto que, a partir da possibilidade de presunção do dano moral *in re ipsa* – pois se tratava de caso de estelionato que deu causa a restrição de crédito para a vítima –, dispensou a obrigatoriedade de instrução específica, mantendo a exigência de formulação do pedido na denúncia e da respectiva indicação do montante pretendido.

#### 4. PONDERAÇÕES E CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das premissas expostas, possível concluir que se deve instrumentalizar o processo penal, de forma a garantir a tutela dos direitos da vítima. Não se cogita mais considerar a vítima como mero instrumento do processo, mas como sujeito de direitos que merece a devida proteção pelo Juízo criminal.

Como visto, as disposições do Código de Processo Penal não impuseram limitações ou diretrizes sobre a mensuração do valor mínimo para a compensação. Assim, parece acertado inferir que é prerrogativa do Juízo calcular e fixar, de forma mínima, o valor da reparação, independentemente de atribuição do *quantum* ou de instrução específica.

Na realidade, essa é a *mens legis* que motivou o legislador ordinário a promover a reforma implementada pela edição da Lei n. 11.719/2008.

Não se concebe, ainda, violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, porquanto a existência do dano moral *ipso facto* é matéria de apreciação ao longo do processo criminal. O acusado se defende dos fatos que deram origem à persecução penal e que possuem a potencialidade de acarretar, por consequência, a fixação de indenização.

Ademais, nem sempre o Ministério Público, o querelante ou mesmo o ofendido possuem condições de estimar o valor do prejuízo decorrente do ilícito penal. Na maior parte das vezes, o valor é aferido ao final do processo penal. Exigir, assim, a indicação expressa de valor específico revela formalismo que acaba por beneficiar indevidamente o infrator em prejuízo da vítima.

Consoante afirmado anteriormente, o dano moral surge a partir da violação de um direito da personalidade. E não resta dúvida de que a vítima de um crime tenha tido infringido direito de tal natureza, de forma que a existência do dano extrapatrimonial é decorrência lógica do delito. Por conseguinte, entendo prescindível a indicação de valor na inicial acusatória e instrução probatória específica, uma vez que a quantificação da reparação é instrumento de avaliação da extensão do dano, e não de sua existência, dado que decorre da violação ao direito da personalidade da vítima do fato criminoso.

Assim, com essas considerações e com a ressalva do dano extrapatrimonial sofrido pela vítima pessoa jurídica, muito embora a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça tenha caminhado de forma diversa, o espírito das previsões dos artigos 63, parágrafo único, e 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, parece apontar para uma solução jurídica que afastaria as exigências de indicação de valor na peça inicial acusatória e instrução probatória específica, por ser a solução que confere maior efetividade aos direitos civis constitucionais da vítima de forma instrumental, célere e econômica.

#### REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.  
BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.  
CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021.  
LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.  
NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.  
PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 26. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

# Independência judicial e cortes internacionais: Como essas cortes são compostas

TERESA ARRUDA ALVIM<sup>1</sup>

Sumário: Introdução. 1. A investidura dos magistrados das principais cortes internacionais. 1.1. Corte Internacional de Justiça. 1.2. Tribunal Penal Internacional. 1.3. Corte Europeia de Direitos Humanos. 1.4. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2. Tribunais internacionais e independência judicial. 3. Como promover a independência dos magistrados internacionais? 3.1. Transparência. 3.2. Nomeações independentes. 3.3. Capacidade técnica e experiência. 3.4. Independência, diversidade e representação. 3.5. Paridade de gênero. 4. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

Que se busca dos magistrados, e isso vale para qualquer corte, é independência, conhecimento técnico e probidade<sup>2</sup>. Como escolher magistrados com essas características para as cortes internacionais?

Para atingir esses objetivos, há consenso na comunidade jurídica de que são necessárias regras que garantam a *transparência* do processo de nomeação dos magistrados, e que estipulem *critérios objetivos* para aferir a sua *capacidade técnica*<sup>3</sup>. Também é preciso manter um

- 1 Livre-Docente, Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora nos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da mesma instituição. Professora-Visitante na Universidade de Cambridge (Inglaterra). Professora-Visitante na Universidade de Lisboa. Coordenadora da *Revista de Processo - RePro*, publicação mensal da Editora Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais. Advogada. [teresaarrudaalvim@aalvim.com.br](mailto:teresaarrudaalvim@aalvim.com.br).
- 2 A necessidade de que juízes sejam imparciais, independentes, e de que as partes sejam tratadas com isonomia, é uma ideia que tem hierarquia de axioma. Não podem deixar de existir, sob pena de o processo não conduzir a uma solução racional e justa. Eduardo Oteiza observa, com razão, que ninguém discute a este respeito, no plano abstrato. Mas o fato é que são garantias concretizadas em diferentes níveis pelo mundo afora e há inúmeras dificuldades para sua efetiva realização. Se estas dificuldades existem internamente em um determinado país, certamente se colocam também, e podem ser ainda mais graves, no plano dos tribunais internacionais: "Tiene la jerarquía de axioma que la independencia e imparcialidad del juez, así como la igualdad de las partes constituyen pilares esenciales del proceso judicial. [...] Son incontrovertibles en el plano abstracto, pero afrontan múltiples dificultades a la hora de su efectiva realización. Si bien se acepta su carácter sustancial, al ser considerados como requisitos indispensables e imprescindibles del proceso, su grado de realización abre un amplio campo de análisis sobre cómo y hasta qué punto son respetados en distintos contextos [...]". (OTEIZA, Eduardo. El deber de respetar la independencia judicial. Esfuerzos y ambigüedades de los estados en el plano internacional. In: NIEVA-FENOLL, Jordi; OTEIZA, Eduardo (coord.). *La independencia judicial: un constante asedio*. Madrid: Marcial Pons, 2019, p. 186).
- 3 Vejam-se, por exemplo: MACKENZIE, Ruth; SANDS QC, Philippe; MARTIN, Penny; MALLESON, Kate A. *Selecting International Judges: Principle, Process, and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2010, passim; BOBEK, Michael (coord.). *Selecting Europe's Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2015, passim; POLONSKAYA, Ksenia. Selecting Candidates to the Bench of the World Court: (Inevitable) Politicization and its Consequences. In: *Journal of International Law*. Leiden: Penn Carey Law - University of Pennsylvania, v. 33, n. 2, p. 409-428, jun. 2020; CREAMER, Cosette; GODZIMIRSKA, Zuzanna. The Job Market for Justice: Screening and Selecting Candidates for the International Court of Justice. In: *Journal of International Law*. Leiden: Penn Carey Law - University of Pennsylvania, v. 30, n. 4, p. 1-20, set. 2017.

ambiente que minimize as pressões políticas, ao mesmo tempo que assegure a *diversidade* e a *representatividade regional* na composição das cortes.

A necessidade de independência judicial e critérios mínimos para sua concretização estão inseridos nos instrumentos que instituem os principais tribunais internacionais. Ainda assim, há indagações e inquietações quanto à insuficiência de tais provisões.

Neste texto, analisaremos os pontos mais problemáticos do processo de nomeação dos candidatos para as cortes internacionais, bem como as soluções propostas para aumentar a independência dos magistrados.

## 1. A INVESTIDURA DOS MAGISTRADOS DAS PRINCIPAIS CORTES INTERNACIONAIS

### 1.1. Corte Internacional de Justiça

A Corte Internacional de Justiça, com sede em Haia (Holanda), foi criada em junho de 1945, pela Carta das Nações Unidas<sup>4</sup>. É o principal tribunal internacional.

Possui dupla função: decide, em conformidade com o Direito Internacional, os litígios que lhe forem apresentados pelos Estados (competência contenciosa), e dá pareceres consultivos sobre questões jurídicas, a pedido dos órgãos das Nações Unidas ou de agências especializadas (competência consultiva).

A Corte Internacional de Justiça, de acordo com o seu estatuto, é composta por quinze

[...] juízes independentes, eleitos sem atenção à sua nacionalidade, entre pessoas que gozem de alta consideração moral e possuam as condições exigidas em seus respectivos países para o desempenho das mais altas funções judiciárias, ou que sejam juristas de reconhecida competência em direito internacional (art. 2º).

Os magistrados são eleitos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança da ONU, a partir de uma lista de pessoas escolhidas pelos grupos nacionais da Corte Permanente de Arbitragem<sup>5</sup>. São eleitos os candidatos que obtiverem maioria absoluta dos votos, tanto na Assembleia Geral quanto no Conselho de Segurança.

Cada grupo nacional da Corte Permanente de Arbitragem pode indicar até quatro candidatos, sendo no máximo dois nacionais do próprio país. O número de indicados não pode ser superior ao dobro do número de vagas a serem preenchidas. Recomenda-se, ainda, que a indicação seja precedida de consulta às mais altas instâncias judiciais e acadêmicas de cada país.

A escolha dos candidatos deve seguir alguns critérios para garantir diversidade e representatividade na composição da Corte. Além das qualificações individuais, a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança devem buscar a representação das “principais formas de civilização” e dos “principais sistemas legais” dos países-membros<sup>6</sup>.

4 “Artigo 92. A Corte Internacional de Justiça será o principal órgão judiciário das Nações Unidas. Funcionará de acordo com o Estatuto anexo, que é baseado no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e faz parte integrante da presente Carta.”.

5 A Corte Permanente de Arbitragem (Permanent Court of Arbitration), criada pela Convenção de Haia, de 1899, é uma organização internacional voltada para a solução pacífica dos conflitos internacionais. Atualmente, exerce funções administrativas, especialmente de registro, para fins de arbitragem internacional e outros procedimentos relacionados.

6 “Artigo 9. Em cada eleição, os eleitores devem ter presente não só que as pessoas a serem eleitas possuam individualmente as condições exigidas, mas também que, no conjunto desse órgão judiciário, seja assegurada a representação das mais altas formas da civilização e dos principais sistemas jurídicos do mundo.”.

Cada juiz deve, necessariamente, ser proveniente de um Estado diferente. Em casos de empate, ou de que duas pessoas com a mesma nacionalidade obtenham votos suficientes, apenas a mais velha será considerada eleita (arts. 10.3 e 12.4).

Os mandatos dos juizes da Corte são de nove anos. São permitidas a reeleição e a renúncia. Neste caso, será eleito um novo magistrado, que completará o mandato do seu predecessor. O magistrado renunciante, contudo, deverá continuar desempenhando suas funções, até que a sua vaga seja preenchida e, mesmo depois de substituído, deverá terminar o caso cujo estudo tenha iniciado (art. 13).

Nenhum magistrado pode exercer função política, administrativa, atuar como agente, consultor ou advogado, nem se dedicar a qualquer outra ocupação de natureza profissional. Também não pode participar da decisão de questões nas quais, anteriormente, tenha intervindo como agente, consultor, advogado, membro de outro tribunal nacional ou internacional, ou de uma comissão de inquérito (art. 16 e 17).

Os magistrados podem, apenas, participar de publicações acadêmicas, palestras e bancas examinadoras, bem como ocupar cargos em sociedades científicas, desde que não atuem, de forma regular, como professores.

Não há impedimento, *a priori*, para que os juizes atuem em casos que envolvam seus países de origem. Não podem, porém, exercer as funções presidenciais com relação ao caso.

Nenhum membro da Corte poderá ser demitido, a menos que, na opinião unânime dos outros membros, tenha deixado de preencher as condições exigidas. As atividades dos magistrados são remuneradas por meio de vencimentos anuais livres de impostos, que não podem ser diminuídos enquanto durarem os mandatos.

As regras para a concessão de pensões ou de aposentadorias são definidas pela própria Corte.

## 1.2. Tribunal Penal Internacional

O Tribunal Penal Internacional foi criado pelo Estatuto de Roma, em julho de 1998, como uma instituição permanente, complementar às jurisdições penais nacionais, “[...] com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade *com alcance internacional*” (art. 1º do Estatuto – grifos nossos).

A jurisdição do Tribunal Penal Internacional abrange o crime de genocídio (art. 6º), os crimes contra a humanidade (art. 7º) e os crimes de guerra (art. 8º), todos considerados imprescritíveis (art. 29).

As funções jurisdicionais do Tribunal são exercidas por dezoito juizes<sup>7</sup>, divididos em três Seções (Seção de Instrução, Seção de Julgamento e Seção de Recursos). Os magistrados são eleitos “[...] dentre pessoas de elevada idoneidade moral, imparcialidade e integridade, que reúnam os requisitos para o exercício das mais altas funções judiciais nos seus respectivos países”.

Os candidatos podem ser indicados por qualquer Estado-Parte no Estatuto. As eleições devem ser organizadas de modo a manter, pelo menos, nove juizes com reconhecida experiência em Direito Penal em seu Estado de origem e, ao menos, cinco juizes com qualificação similar em Direito Internacional. Dentre os membros do Tribunal deve haver, também, magistrados com especialidade no tema relacionado à violência contra mulheres e crianças.

Em assembleia, os Estados-Partes elegem os candidatos com o maior número de votos, para mandatos de nove anos, que devem ser exercidos com exclusividade. O Tribunal não pode ter mais de um juiz nacional do mesmo Estado-Parte e deve ter asseguradas em sua composição: i) A representação dos principais sistemas jurídicos do mundo; ii) A representação geográfica equitativa; iii) E a paridade de gênero entre os juizes<sup>8</sup>.

7 Há possibilidade de aumento do número de juizes, por proposta da Presidência do Tribunal (art. 36, § 2º, do Estatuto).

8 Nos termos do art. 36, § 8º, alínea “a”, inciso III, do Estatuto: “Uma representação justa de juizes do sexo feminino e do sexo masculino”.

Os mandatos dos juízes têm duração de nove anos, não sendo cabível a reeleição, sendo eleitos, via de regra, seis juízes a cada três anos. No caso de vacância durante o exercício de um mandato, a eleição ocorre pelo mesmo procedimento, devendo o juiz eleito concluir o mandato de seu antecessor, podendo se reeleger para um mandato completo, caso o período restante seja menor ou igual a três anos. Mesmo com o encerramento do mandato, os juízes permanecem na condução dos casos iniciados até a sua conclusão.

A atuação dos juízes em cada uma das Seções do Tribunal ocorre de modo a impedir a participação do mesmo juiz na fase instrutória, na decisória ou na fase recursal.

É vedado o exercício de qualquer outra ocupação profissional ou política pelos juízes, bem como o desenvolvimento de atividades que possam ser incompatíveis com as funções judiciais ou comprometer a confiança em sua independência. Os juízes também não podem atuar em casos em que sua imparcialidade seja colocada em dúvida, em especial caso tenham intervindo no “[...] caso submetido ao Tribunal ou em procedimento criminal conexo em nível nacional que envolva a pessoa” acusada<sup>9</sup>.

Aos juízes são garantidos os mesmos privilégios e imunidades dos chefes de missões diplomáticas, bem como a imunidade judicial relativamente às declarações e atos praticados no exercício da função, mesmo após o término de seus mandatos. Garante-se também a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados, no curso de seus mandatos.

As funções dos juízes cessam, além do encerramento do mandato, em razão de falta grave ou da impossibilidade de desempenhar essas funções. Em ambos os casos, a decisão deve ocorrer por maioria de dois terços dos Estados-Partes em assembleia, com base em recomendação adotada por maioria de dois terços dos demais juízes do Tribunal.

### 1.3. Corte Europeia de Direitos Humanos

A Corte Europeia de Direitos Humanos foi criada em 1950, com a assinatura da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no Conselho da Europa. É o primeiro tribunal internacional de jurisdição regional criado para a proteção dos direitos humanos. Sua jurisdição abrange todos os casos envolvendo a interpretação ou aplicação da Convenção e seus Protocolos.

Exerce, também, função consultiva, com relação à interpretação da Convenção e de seus Protocolos, embora não possa emitir pareceres a respeito de tema sobre o qual possa julgar, posteriormente, no exercício da sua competência jurisdicional.

A Corte é organizada em Juízos singulares, Comitês, Câmaras e a Grande Câmara, os quais possuem competência sucessivamente mais ampla. Os casos podem ser apresentados à Corte pelos Estados-Partes, por organizações não governamentais, indivíduos ou grupos de pessoas que afirmam ser vítimas de violações de direitos humanos.

A Corte Europeia de Direitos Humanos tem um número variável de juízes, que deve refletir o número dos Estados-Partes da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Atualmente, são quarenta e seis juízes.

A eleição dos juízes se dá a partir de uma lista de candidatos apresentados pelos Estados-Partes, que deve ser formada por pessoas de alto caráter moral e possuidoras das qualificações necessárias para a nomeação às mais altas cortes de seus Estados de origem, ou que sejam juristas de reconhecida competência.

Elege-se um juiz a partir de lista tríplice apresentada por cada Estado-Membro. Os mandatos são de nove anos, sem possibilidade de reeleição, devendo os juízes continuar a atuar em casos que estejam em andamento, até sua conclusão.

Os juízes não podem atuar de forma singular em casos que envolvam o Estado-Parte que os indicou. É, ainda, vedado aos juízes, durante seu mandato, o envolvimento em atividades políticas,

9 Art. 41, § 2º, alínea “a”, do Estatuto de Roma.

administrativas ou profissionais incompatíveis com a independência, a imparcialidade, ou a atuação judicial em tempo integral. Ex-juízes também não podem representar partes ou terceiros perante a Corte, podendo atuar nessa condição somente dois anos após o encerramento de seus mandatos.

No exercício de suas funções, os juízes gozam das imunidades e privilégios diplomáticos aplicáveis no âmbito do Conselho da Europa. A demissão de juízes só é possível por decisão de dois terços dos demais juízes da Corte, em caso de grave descumprimento das suas funções.

#### 1.4. Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), sediada em San José (Costa Rica), é o mais importante Tribunal Internacional das Américas, tendo sido criada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de novembro de 1969. Possui competência para o julgamento de controvérsias quanto à interpretação e aplicação das disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A CIDH, além da jurisdição contenciosa, possui atribuição consultiva, exercida mediante solicitação dos Estados-Membros ou dos outros órgãos indicados na Carta da Organização dos Estados Americanos, sobre a interpretação da Convenção ou de outros tratados protetivos de direitos humanos, bem como sobre a compatibilidade entre as leis de um Estado-Membro e a Convenção.

O direito à apresentação de denúncias à CIDH é restrito aos Estados-Partes e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. É permitido à Corte conhecer de denúncias de violação de direitos humanos feitas por indivíduos ou organizações, desde que essas sejam dirigidas, primeiramente, à Comissão, que posteriormente as apresenta à Corte. Essa hipótese só pode ocorrer, contudo, quando se demonstrar o esgotamento dos recursos da jurisdição interna do Estado-Parte, ou quando o acesso à prestação jurisdicional interna tenha sido obstado ou injustificadamente postergado.

Compõem a CIDH sete juízes,

[...] nacionais de Estados-Membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos<sup>10</sup>.

A eleição, que ocorre a cada três anos, dá-se pela maioria absoluta dos Estados-Partes na Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, a partir de uma lista a que cada Estado pode indicar até três candidatos, sendo que pelo menos um dos indicados deve ser nacional de Estado diverso do proponente. Todos os eleitos devem ser de nacionalidades diversas.

Os mandatos dos juízes têm duração de seis anos, sendo permitida uma reeleição, e em caso de eleição para preencher eventual vacância, o juiz eleito deve concluir o mandato de seu antecessor. Os juízes devem manter suas funções, no caso de que já tiver tomado conhecimento, independentemente do encerramento de seus mandatos.

Todos os juízes podem decidir casos que envolvam seu país de origem. A CIDH, aliás, permite aos Estados a possibilidade de indicar juízes *ad hoc* sempre que não houver um juiz de sua nacionalidade entre os magistrados competentes para analisar um caso em que seja parte.

O magistrado só não pode participar de um julgamento em que seu Estado seja acusado de violar a Convenção. De forma inversa, nos casos em que um Estado-Parte acuse a outro de violar

10 Art. 52, § 1º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme texto promulgado pelo Decreto nº 678/1992.

os direitos previstos na Convenção, os juízes nacionais de qualquer um deles não devem presidir o julgamento, embora possam dele participar.

Os juízes da Corte gozam das imunidades e privilégios diplomáticos durante seu mandato, bem como de imunidade plena por votos e opiniões emitidos no exercício jurisdicional. Recebem honorários “[...] fixados de acordo com as obrigações e incompatibilidades que lhes impõem os artigos 16 e 18, respectivamente, e levando em conta a importância e independência de suas funções”<sup>11</sup>. É garantido também o sigilo das deliberações da Corte, de modo a assegurar a liberdade de convencimento dos juízes.

O cargo é considerado incompatível, por força do art. 18 do Estatuto, com o exercício de atividades que possam afetar o desempenho das funções, a independência ou a imparcialidade dos juízes. Há, ainda, impedimento para que juízes atuem em casos em que eles ou seus parentes tenham interesse direto ou tenham atuado como agentes, conselheiros, advogados, membros de tribunais nacionais ou internacionais, e comissões investigadoras.

## 2. TRIBUNAIS INTERNACIONAIS E INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

Na maioria dos tribunais internacionais, os juízes são eleitos a partir de indicações dos Estados signatários. Essas indicações podem ser diretas, como na Corte Interamericana de Direitos Humanos (em que os nomes são apresentados diretamente pelos representantes de cada Estado), ou indiretas, como na Corte Internacional de Justiça (em que os nomes são apresentados pelos grupos nacionais da Corte Permanente de Arbitragem<sup>12</sup>).

Esse critério de seleção é objeto de preocupação da doutrina internacional, que vê nele uma brecha para a interferência política dos Estados-Membros<sup>13</sup>. Segundo a doutrina, a falta de critérios objetivos levaria os Estados-Membros a indicarem magistrados mais propensos a atender os seus interesses políticos e, sobretudo, defender a sua visão ideológica do Direito Internacional. Fatores externos e subjetivos, como, por exemplo, personalidade e orientação ideológica do magistrado, teriam forte influência na seleção dos candidatos.<sup>14</sup>

A preocupação com a “politização” dos tribunais internacionais possui fundamento empírico. K. Polonskaya analisou as indicações dos Estados Unidos da América para a Corte Internacional de Justiça e concluiu que os EUA tendem a indicar candidatos “pró-Occidente”, com formação educacional em faculdades de países ocidentais, ou de candidatos simpáticos aos interesses do Norte global, ainda que provenientes de países ao Sul, como se deu com o candidato brasileiro Sette Câmara<sup>15</sup>.

11 Art. 17 do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.estatuto.corte.htm>. Acesso em: 14 abr. 2023.

12 Cf. GOLDEN, Jeffrey. National Groups and the Nomination of Judges of the International Court of Justice: A Preliminary Report. In: *The International Lawyer*, v. 9, n. 2, p. 333-349, 1975.

13 Cf. DANNER, Allison; VOETEN, Erik. Who is running the international criminal justice system?. In: AVANT, Deborah D.; FINNEMORE, Martha; SELL, Susan K. (ed.). *Who Governs the Globe?*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 35-71; STEINBERG, Richard. Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional and Political Constraints. In: *The American Journal of International Law*, v. 98, n. 2, p. 247-275, abr. 2004; VOETEN, Erik. The Politics of International Judicial Appointments. In: *Journal of International Law*, v. 9, n. 2, p. 387-405, Chicago, 2009; WOOD, Michael. The Selection of Candidates for International Judicial Office: Recent Practice. In: NDIAYE, Tafsir Malick; WOLFRUM, Rüdiger. (ed.). *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 357-368.

14 Cf. POLONSKAYA, Ksenia, op. cit., p. 1.

15 Cf. Ksenia Polonskaya, “Interestingly, the nationality of the candidate did not preclude support or at least a favorable characterization from the Department of State. For instance, Abdullah El Erian, a candidate from Morocco, obtained a very positive review from the Department as an ‘outstanding’ candidate who had ‘consistently shown himself to be a wise and balanced counsellor, pro-Western and moderate in his political views, friendly to the United States’.”

A preferência pela indicação de candidatos alinhados aos interesses políticos do Estado-Membro, todavia, não surpreende. Na verdade, parece-nos uma consequência natural do método de eleição escolhido para as cortes. Demais, a influência dos fatores “políticos” nem sempre é perniciososa. Como observa K. J. Alter, a presença de diversos grupos de interesses limita, em boa medida, a influência que as preferências políticas de cada Estado podem ter sobre a configuração do Tribunal como um todo<sup>16</sup>.

É possível, no entanto, que a disputa política entre Estados na nomeação de juízes para os tribunais internacionais se agrave, a ponto de afetar, negativamente, a independência das cortes. Considerando a Corte Internacional de Justiça, Polonskaya afirma que os vieses políticos nas indicações dos magistrados podem tornar-se um problema quando colocam em risco o equilíbrio do Tribunal, com possibilidade de que as decisões sejam mais inclinadas a atender aos interesses específicos de determinados Estados<sup>17</sup>.

Um exemplo é o caso do magistrado Jose Gustavo Guerrero, de El Salvador, que tendo sido reeleito pela Assembleia Geral, foi barrado pelo Reino Unido no âmbito do Conselho de Segurança da ONU, porque teria proferido voto contrário aos interesses desse país na disputa Anglo-iraniã de 1952<sup>18</sup>. Outro exemplo diz respeito às disparidades de forças no âmbito da comunidade internacional, como a posição ocupada pelos cinco países que são membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU (que possuem o poder de veto), ou ainda a possibilidade de que os países ricos “comprem” votos dos países pobres (por meio de barganhas envolvendo a prestação de ajuda financeira ou empréstimos)<sup>19</sup>.

---

Department also emphasized that ‘El Erian is Harvard and Columbia educated, Liberal, pro-Western, moderate in his opinions, immoderate in his friendships and a man of exceptional courage who has demonstrated his readiness to stand up publicly to the radicals of the third world’. The emphasis on Western education is evident. Of course, it demonstrates that the candidacy is meritorious. However, the cables do not specifically reference any other education except Western education. Such reference is significant because education is a form of socialization into the profession and a ‘particular cultural position’, a way to embed a particular ‘system of thought’. [...] When the points on professional socialization read in conjunctions with Roberts’ findings on the educational backgrounds of the international judges (who exactly represent such elites), it becomes evident that emphasis on the Western education in the cables is not simply a way to emphasize merit. The candidates educated in the West may be perceived as ‘safe’ because they are embedded in the Western circles that promises in what kind of international law these candidates will invest in. Accordingly, this characteristic becomes another way to control and shape the discourse to determine what constitutes universal international law. [...] Notably, the review of a candidate’s ideological affiliation and pro-Western orientation were not limited to matters specific to international law and the pro-Western/pro-Communist divide, but also the North-South divide. For instance, in reviewing Sette Câmara, a Brazilian candidate, the US Department of State highlighted that Câmara ‘invariably renders a strong support of developing country causes... he can certainly understand interests of developed states but what weight he would give them in any case involving North-South differences may be open to question’. My reading of the cable is that the US Department of State was receptive to Câmara’s candidacy because Câmara demonstrated flexibility regarding the concerns of the developed states. The crucial aspect of Câmara’s candidacy was that he had anti-communist orientation and was ‘friendly’ to the United States” (POLONSKAYA, Ksenia, op. cit., p. 10).

16 ALTER, Karen J. International Courts Are Not Agents! The Perils of the Principal-Agent Approach to Thinking About the Independence of International Courts. In: *Proceedings of the Annual Meeting. (American Society of International Law)*, v. 99, mar./abr. 2005. Disponível em: JSTOR (<http://www.jstor.org/stable/25659991>). Acesso em: 3 mai. 2023.

17 Segundo Ksenia Polonskaya, “[...] politicization of the ICJ’s elections is inevitable, and is only problematic insofar as the processes are structurally tilted to give strategic lobbying advantage to some UN members over others, particularly in circumstances when structural safeguards are not sufficient to address the tilt. Thus, tilt is problematic because it effectively undermines a level playing field in the process of political bargaining and privileges some states over others in controlling the direction and production of the discourse. In these circumstances, extra-legal factors that matter to some states may supersede those that matter to others” (POLONSKAYA, Ksenia, op. cit., p. 3).

18 Idem, *ibidem*, p. 15.

19 Idem, *ibidem*, p. 16.

Tais problemas, no entanto, parecem-nos mais estruturais do que políticos.

A expectativa de reeleição pode fazer com que o magistrado guie a sua atuação jurisdicional não necessariamente por suas convicções e ideais de justiça, mas, em alguma medida, levando em consideração sua própria carreira e estabilidade profissional. O magistrado poderá, assim, decidir de forma incompatível com o ideal de imparcialidade, buscando assegurar, a todo momento, o apoio de um número suficiente de Estados para manter-se no cargo. Por isso, T. Meron, ex-presidente do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia, defende a criação de mandatos longos e não renováveis, de modo a reforçar a independência dos magistrados das cortes internacionais<sup>20</sup>. É similar a opinião de S. M. Schwebel, ex-presidente da Corte Internacional de Justiça<sup>21</sup>.

O posicionamento dos ex-magistrados reflete recomendações do Instituto de Direito Internacional<sup>22</sup>. Em 1954, o Instituto recomendou a alteração do art. 15 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, para que os mandatos dos juízes passassem a ser de 15 anos, não renováveis, com o estabelecimento de um limite máximo de idade para o desempenho das funções jurisdicionais. Em 2011, o Instituto reiterou o seu posicionamento, sugerindo que mandatos dos juízes dos tribunais internacionais fossem longos, entre nove e doze anos, não renováveis, e que os procedimentos de seleção estabelecessem requisitos de “[...] caráter moral, competência e experiência, sem nenhuma discriminação, em particular baseada em sexo, origem ou crenças.”<sup>23</sup>.

Da mesma forma, o desequilíbrio de forças no âmbito internacional estará sempre refletido nos processos de escolhas dos magistrados. Embora os órgãos internacionais recomendem a escolha dos magistrados com base, apenas, no seu preparo técnico e experiência profissional, a barganha política e a troca de votos entre os Estados-Membros é difícil de ser contornada<sup>24</sup>.

Para reduzir a politização perniciosa (aquela que abre espaços para pressões externas nas cortes e para a possibilidade de manipulação das decisões), há uma tendência voltada ao aumento das exigências relacionadas à transparência e à objetividade nos processos de seleção, embora haja resistência a mudanças efetivas nas principais cortes internacionais.

- 
- 20 “Estender os mandatos dos juízes contribuiria para o prospecto de independência. Mandatos longos e não renováveis oferecem a melhor proteção à independência, mas podem sacrificar *expertise* essencial. É necessário optar, e é questionável se as disposições atuais podem ser aperfeiçoadas. Eu tendo a acreditar que mandatos longos e não renováveis oferecem a solução mais satisfatória” (MERON, Theodor. *Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals*. In: *The American Journal of International Law*, v. 99, n. 2, p. 359-369, abr. 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1562502>. Acesso em: 21 abr. 2023). Tradução nossa.
- 21 SCHWEBEL, Stephen M. Remarks on The International Court of Justice. In: *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, v. 102, p. 282-285, abr. 2008. Disponível em: JSTOR (<http://www.jstor.org/stable/25660303>). Acesso em: 21 abr. 2023.
- 22 Etude des amendements à apporter au Statut de la Cour Internationale de Justice. Session d'Aix-en-Provence. Aix-en-Provence, Institut de Droit International, 1954. Disponível em: [https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/1954\\_aix\\_03\\_fr.pdf](https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/1954_aix_03_fr.pdf). Acesso em: 3 mai. 2023.
- 23 The Position of the International Judge. Session de Rhodes. Rhodes, Institut de Droit International, 2011. Disponível em: [https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/2011\\_rhodes\\_06\\_en.pdf](https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/2011_rhodes_06_en.pdf). Acesso em: 3 mai. 2023.
- 24 CREAMER, Cosette; GODZIMIRSKA, Zuzanna, op. cit., p. 1-20.

### 3. COMO PROMOVER A INDEPENDÊNCIA DOS MAGISTRADOS INTERNACIONAIS?

#### 3.1. Transparência

Um dos instrumentos mais importantes para trazer maior independência às cortes internacionais é a transparência do procedimento de escolha dos seus membros. Sem critérios objetivos e trâmites abertos, amplia-se o risco de politização das candidaturas, bem como de que a escolha recaia sobre pessoas que não tenham o preparo técnico necessário para o exercício do cargo<sup>25</sup>.

A transparência pode ser obtida, por exemplo, pela publicidade dos atos de votação dos candidatos<sup>26</sup>, pela realização de sabatina parlamentar prévia dos candidatos indicados pelos Estados, pela consulta a órgãos estatais e entidades civis, ou pelo estabelecimento de requisitos objetivos para a nomeação, com base na capacidade técnica exigida pelo cargo.

Um bom exemplo pode ser extraído da própria Corte Internacional de Justiça. Antes de nomear um candidato, o país deve consultar as mais altas instâncias judiciais e as universidades. Embora esse procedimento, por si só, não garanta maior independência, ao menos amplia o debate, trazendo luz à trajetória dos candidatos e aos interesses envolvidos.

Dessa forma, além de ampliar o número de potenciais candidatos (privilegiando a isonomia), o aumento da transparência permite o escrutínio público, ampliando as informações a respeito dos interessados.

Por outro lado, críticas vêm sendo feitas à forma de recrutamento de juízes da Corte Interamericana de Derechos Humanos. O modelo interamericano

[...] mantiene una Comisión y una Corte y el acceso directo de los individuos es limitado.  
[...] Cada uno de los gobiernos puede proponer hasta tres candidatos nacionales,

25 MACKENZIE, Ruth; SANDS QC, Philippe; MARTIN, Penny; MALLESON, Kate A., op. cit., p. 138; ALEMANNI, Alberto. How Transparent is Transparent Enough?: Balancing Access to Information Against Privacy in European Judicial Selections. In: BOBEK, Michael (coord.). *Selecting Europe's Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 202 e ss.

26 Cf. Michael Bobek: "The one reproach voiced in a number of chapters in this volume that stands out in the otherwise rather positive appraisals of the expert panels is the lack of transparency and absence of any control or review. The transparency-related reservations were voiced with respect to three distinct yet interrelated levels. First, there is the systemic, separation-of-powers-driven critique of confidentiality, challenging the de facto law-making powers exercised by these panels. It is concerned with the setting of criteria and standards that are later to be applied by such panels. It suggests that the 'playing field' of expert panels ought to be demarcated by other, democratically legitimized actors. It is contrary to democratic principles, including also the principle of transparency and representation, that the criteria are elaborated by the panels themselves, additionally in a secretive and confidential manner. The second, other transparency-related objections are also systemic, but more functional in their focus. By operating in a secretive way, without the outside world knowing why a certain candidate was rejected and another was approved, a confidential expert panel is unable to fulfil its key pedagogical function. It cannot provide any guidance to the general public as to who is a good European judge. How then could potential candidates, as well as the public, understand and predict the decisions of the panel if they have no idea as to their content and reasons? Third, there is the level of individual cases and the exclusion of arbitrary or unjust decisions therein. What differs here from the second type of objection is the focus on the individual candidates and fairness in their cases. The actors involved remain the same; their order just becomes reversed. The primary interest is that one of the individual candidate who wishes to know the reasons for a decision that concerns her. There is, however, also the right of the public to know what and why was decided, thereby exercising indirect control in individual cases. It is for the same reason that European legal systems would generally insist on any decision of the public power, but in particular judicial decisions, to be announced publicly and in full, unless there is a compelling and clearly stated reason for excluding the public in the particular case." (Epilogue: Searching for the European Hercules. In: BOBEK, Michael (coord.). *Selecting Europe's Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 294-295).

uno de los cuales deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente. [...] La Asamblea de la OEA invitó a los Estados a tener en cuenta los puntos de vista de las organizaciones de la sociedad civil a fin de contribuir a presentar las mejores candidaturas para ocupar los cargos en la CIDH y la Corte IDH. Y reiteró al momento de presentarse una candidatura, debían publicarse los *curricula vitae* de los integrantes de cada lista, a fin de que los Estados miembros y la sociedad civil en general estén adecuadamente informados sobre su perfil. [...] En la práctica sucede generalmente que los Estados no realizan un proceso de difusión sobre la recepción de postulantes, limitándose a proponer un solo candidato que cuenta solamente con el aval del poder ejecutivo. Es muy poco habitual que el Estado realice consultas con algunos actores de la sociedad civil. Una vez realizada la propuesta el Estado proponente busca el respaldo de otros Estados, por intermedio de consultas y reuniones bilaterales con las misiones permanentes de otros Estados ante la OEA. [...] El sistema de selección carece de transparencia, es marcadamente confidencial, no fomenta tomar decisiones en base al mérito y los antecedentes de los candidatos, además de carecer de un balance razonable entre la representatividad y otros criterios objetivos de apreciación de la capacidad del postulante.<sup>27</sup>

### 3.2. Nomeações independentes

Outro instrumento que teria o potencial de reforçar a independência das cortes internacionais é a delegação da tarefa de nomeação dos magistrados a órgãos ou comitês *desvinculados* dos Estados-Membros.

Um exemplo bem-sucedido é a experiência da Corte Caribenha de Justiça, que estabeleceu um sistema único entre os tribunais internacionais. Por se inserir em uma região marcada por conflitos armados, pela corrupção de agentes públicos e pela politização exacerbada do sistema Judiciário, a Corte Caribenha de Justiça buscou, desde a sua criação, desvincular-se, ao máximo, da influência política direta dos Estados signatários<sup>28</sup>.

27 OTEIZA, Eduardo, op. cit., p. 196-197.

28 Sobre as lições da CCJ quanto à independência judicial: MALLESON, Kate. Promoting Judicial Independence in the International Courts: Lessons from the Caribbean. In: *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 58, n. 3, p. 671-687, jul. 2009. Disponível em: JSTOR (<http://www.jstor.org/stable/25622231>). Confira-se, também, Ruth Mackenzie, Kate A. Malleson, Penny Martin e Philippe Sands QC: "The Regional Judicial and Legal Services Commission (Caribbean Court of Justice, RJLSC) of the CCJ is the only non-governmental international judicial selection body. The CCJ is a regional court that has original and appellate jurisdiction, and the Commission was established in response to concerns that the CCJ was intended to replace the Judicial Committee of the Privy Council as the court of final appeal for Commonwealth states in the region. It was felt that there would be doubts about the independence of Caribbean judges appointed by governments, and so an eleven-member Commission was established to make the appointments. It comprises the President of the Court (as Chair), academics, representatives from judicial and public services commissions of member states and representatives from civil society who were appointed by a range of non-governmental bodies. The RJLSC determines its own procedure for the appointment of judges to the court. In February 2004 it published advertisements in the regional and international media seeking applications for the first judicial posts. It then conducted interviews with shortlisted candidates, assessing them against the criteria set out in the agreement establishing the court. The first judges were appointed to the court on 19 November 2004. Controversially, the Commission did not appoint a judge from Jamaica, one of the largest member states of CARICOM. Although this attracted some criticism from the legal and political community in Jamaica, it was seen more generally as evidence of the independent nature of the process and the priority given by the Commission to selecting the best candidates irrespective of their origins. It is also worth noting a second unique feature of the CCJ in relation to its source of funding. The court is financed by a trust fund established originally from funds borrowed on the international money markets by the Caribbean Central

A Corte, ao contrário dos demais tribunais internacionais, não é diretamente financiada pelos Estados-Membros, mas por um fundo constituído exclusivamente para esse fim. Assim, reduz-se a possibilidade de que os Estados tentem influenciar as decisões dos juízes, por meio de ameaças relacionadas a cortes em suas contribuições financeiras.

Além disso, os juízes não são indicados pelos Estados. As vagas na Corte Caribenha de Justiça são amplamente divulgadas, abrindo-se a possibilidade de que qualquer interessado com as qualificações exigidas se candidate. Posteriormente, os candidatos são selecionados por uma comissão formada por representantes de governos dos Estados, advogados, corpos jurídicos, organizações da sociedade civil e cidadãos comuns, passando por análises de currículos e entrevistas, até que sejam escolhidos os sete juízes que compõe o Tribunal.

A Comissão também observa critérios de representatividade geográfica na definição dos membros da Corte Caribenha de Justiça. Não obstante, em razão de esta ser formada por menos juízes do que o número de países no bloco, não há paridade na representação nacional, ainda que haja rotatividade entre as nacionalidades para garantir a representatividade territorial na Corte.

### 3.3. Capacidade técnica e experiência

Procedimentos com foco na capacidade técnica e na experiência dos magistrados tendem a “filtrar” candidatos com maior independência e menor vinculação política-ideológica. O contrário também é verdadeiro. Procedimentos que não imponham critérios de aferição da capacidade técnica e da experiência dos candidatos tendem a escolher magistrados menos independentes e mais vinculados politicamente.

A maioria das cortes internacionais exige, em princípio, que a escolha dos magistrados recaia sobre os candidatos mais capacitados. A Corte Internacional de Justiça e o Tribunal Penal Internacional, por exemplo, exigem dos candidatos as mesmas condições previstas em seus respectivos países para o desempenho das mais altas funções judiciárias.

Muitos internacionalistas, todavia, entendem que os processos de seleção não consideram a competência técnica dos candidatos na medida devida, sendo a satisfação deste requisito frequentemente sobreposta por razões de ordem política e eleitoral<sup>29</sup>. Os próprios tribunais internacionais reconhecem essa falha, havendo iniciativas para: i) Aumentar a consistência e o rigor técnico dos processos de nomeação; ii) Impor a divulgação de informações detalhadas a respeito dos candidatos; iii) E para a criação de mecanismos de triagem e avaliação técnica dos candidatos<sup>30</sup>.

Há, porém, resistência dos Estados-Membros na adoção de mudanças efetivas nos critérios de seleção dos magistrados, especialmente aquelas tendentes a aumentar o rigor

---

Bank, to be repaid by the governments of the region. This means that neither the court nor the RJLSC is dependent on contributions from the member states, and this has contributed significantly to the perceived and actual independence of the court and its selection procedures. It is also interesting to consider the potential value of such a funding structure in election-based courts, as it might reduce pressure on states to elect judges from states that contribute significant amounts to the courts' costs (because of fears that the contributions might be withdrawn). In addition to the RJLSC, two committees have also recently been established that nominate judges for three specialized staff administrative tribunals: the European Union Civil Service Tribunal (CST), the United Nations Dispute Tribunal (UNDT), and the United Nations Appeals Tribunal (UNAT). These committees seek candidatures and compile a shortlist of candidates. Judges are then appointed or elected by political bodies" (MACKENZIE, Ruth; SANDS QC, Philippe; MARTIN, Penny; MALLESON, Kate A., op. cit., p. 147-149).

29 MACKENZIE, Ruth; SANDS QC, Philippe; MARTIN, Penny; MALLESON, Kate A., op. cit., p. 153.

30 Idem, *ibidem*.

técnico na avaliação dos candidatos. Por isso, a prática das principais cortes internacionais tem sido mais voltada ao aconselhamento dos Estados, reforçando a necessidade de indicações qualificadas, aliada à exigência de que mais informações sobre os candidatos sejam disponibilizadas aos eleitores.

### 3.4. Independência, diversidade e representação

Além da capacidade técnica dos candidatos, o procedimento de escolha dos magistrados deve levar em consideração elementos como diversidade e representatividade geográfica. Para que tenham legitimidade, as cortes internacionais devem ter composição plural.

A representatividade regional se refere à presença de juízes de diferentes regiões, grupos étnicos e tradições jurídicas na composição das cortes internacionais, o que garante diversidade de perspectivas e experiências (o que é especialmente importante em questões que afetam diferentes regiões do mundo, como direitos humanos, comércio internacional e meio ambiente). A presença de juízes de diferentes origens também contribui para a legitimidade das cortes, pois permite que as decisões sejam vistas como justas e imparciais, porque reflete melhor a diversidade cultural, política e econômica do mundo.

A Corte Internacional de Justiça, por exemplo, fixou um número definido de assentos, para que houvesse uma representatividade adequada dos 193 (cento e noventa e três) Estados-Membros da ONU, divididos de acordo com os 5 grupos regionais a que pertencem: Grupo Regional Africano (3 assentos); Grupo Regional Ásia-Pacífico (2 assentos); Grupo Regional Europa Oriental (1 assento); Grupo Regional América Latina e Caribe (2 assentos); Grupo Regional Europa Ocidental, em que estão incluídos também o Canadá, a Austrália e a Nova Zelândia (2 assentos). Os 5 assentos restantes são destinados aos membros permanentes do Conselho de Segurança (EUA, Reino Unido, França, Rússia e China). Independentemente do grupo a que pertencem, os votos dos membros possuem o mesmo peso.

Com o aumento no número de países do continente africano e do asiático, críticas foram lançadas, no sentido de que o Grupo Regional Africano e o Ásia-Pacífico estariam sub-representados, enquanto o Grupo Regional Europeu estaria hiper-representado<sup>31</sup>. Chegou-se, inclusive, a sugerir que o critério de distribuição de assentos da CIJ levasse em consideração a população representada pelos grupos regionais ou, ainda, que se aumentasse o número de assentos<sup>32</sup>.

Há estudos empíricos que apontam a existência de certo grau de predisposição dos juízes dos tribunais internacionais a julgarem favoravelmente aos Estados de que são nacionais, bem como a Estados que apresentam similaridades com o seu, em especial quanto ao grau de desenvolvimento econômico, democratização e regime político.

Nesse sentido, E. A. Posner e M.F. P. de Figueiredo observam que os juízes da Corte Internacional de Justiça adotam posicionamentos favoráveis a seu Estado de origem quando este é parte em aproximadamente 90% dos casos, bem como que as decisões nos casos que não envolvem diretamente o Estado de origem são influenciadas, ainda que de forma mais sutil, por similaridades com os Estados nacionais dos juízes<sup>33</sup>.

Surge, então, o questionamento se deveria haver proibições de que os juízes internacionais atuem em casos que envolvem diretamente seus Estados de origem. Os próprios E. A. Posner e

31 Cf. MACKENZIE, Ruth; SANDS QC, Philippe; MARTIN, Penny; MALLESON, Kate A., op. cit., p. 166.

32 Idem, ibidem, p. 167.

33 POSNER, Eric A.; FIGUEIREDO, Miguel F. P. de. Is the International Court of Justice Biased?. In: *The Journal of Legal Studies*, v. 34, n. 2, p. 599-630, jun. 2005. Disponível em: JSTOR (<https://doi.org/10.1086/430765>). Acesso em: 3 mai. 2023.

M. F. P. de Figueiredo afastam essa ideia. Como todos os Estados podem indicar juízes, há certo equilíbrio entre os vieses decisórios de cada magistrado, de modo a preservar, de forma geral, a independência e a imparcialidade das cortes. Ademais, conforme assinala S. M. Schwebel<sup>34</sup>, a presença de juízes indicados pelos Estados que figuram como partes no corpo decisório contribui para o aumento da confiança desses Estados no processo judicial internacional, fortalecendo a efetividade da jurisdição internacional.

Os critérios de seleção dos magistrados devem, portanto, ser constantemente aprimorados e atualizados, não apenas para o fim de se escolherem os indivíduos mais capacitados, mas também para manter o equilíbrio na representatividade das culturas e dos sistemas jurídicos dos Estados-Membros. Sem diversidade e representação adequada, a própria legitimidade das cortes internacionais é colocada em dúvida.

### 3.5. Paridade de gênero

Outro imperativo, que vem ganhando mais atenção recentemente, diz respeito à paridade de gênero na composição das cortes internacionais. Conforme observa N. Grossman, desde sua criação, nenhum dos principais tribunais internacionais teve, em média, mulheres como metade ou mais de seus integrantes<sup>35</sup>.

O problema chama atenção na medida em que a maioria dos países que se submete à jurisdição dos tribunais internacionais assumiu compromissos voltados à promoção da igualdade de gênero e à erradicação da discriminação<sup>36</sup>. Deve-se reconhecer, portanto, a obrigação dos Estados de buscar meios para a equalização da representação de gênero nos tribunais internacionais.

De forma semelhante ao problema anteriormente apresentado, a solução com relação ao aumento da representatividade feminina também parece passar pelo aumento na transparência e objetividade dos processos de seleção, bem como da efetividade dos dispositivos dos tratados que impõem a representação equilibrada, além da vontade política dos Estados em indicar candidatas<sup>37</sup>.

34 SCHWEBEL, Stephen M. National Judges and Judges Ad Hoc of the International Court of Justice. In: *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 48, n. 4, p. 889-900, out. 1999. Disponível em: JSTOR (<http://www.jstor.org/stable/761738>). Acesso em: 3 mai. 2023.

35 Cf. GROSSMAN, Nienke. Achieving Sex-Representative International Court Benches. In: *The American Journal of International Law*, v. 110, n. 1, p. 82-95, jan. 2016. Disponível em: JSTOR (<https://doi.org/10.5305/amerjintlaw.110.1.0082>). Acesso em: 3 mai. 2023.

36 Cf. Ruth Mackenzie, Kate A. Malleson, Penny Martin e Philippe Sands QC: “Despite growing awareness of the problems created by a lack of gender balance in the courts, the participation of women on ‘general’ international courts is still low and in some cases non-existent. For example, there have been no female ITLOS judges appointed and only one woman has ever been elected to the ICJ (apart from two ad hoc judges). The retirement of the President of the Court, Rosalyn Higgins, in 2009 left the court without a single female judge. If expressed in terms of female and male ‘court years’ over the period of the ICT history, there have been a mere fifteen female years compared to 945 male years. Women have been slightly better represented on regional courts, human rights courts and as ad litem judges in the ad hoc criminal tribunals. As at December 2008, there were 236 judges on the main international courts, of which 57 were female (24 per cent). Across the international court system, a raft of measures have been introduced to try to increase the number of women judges. These range from requirements in the court’s governing statute that the need for gender balance be considered to the more radical gender requirements of the ICC, which is the only court that currently has a minimum gender quota. More proactive and formal provisions, such as those of the ICC, tend, not surprisingly, to be found in the more recently created courts which generally have a better gender balance. It is notable, for example, that the ICC is the first international court in which there is now a majority of women on the bench. Similarly, the first twelve judges of the UNDT and the UNAT, elected in March 2009, were made up of seven men and five women.” (MACKENZIE, Ruth; SANDS QC, Philippe; MARTIN, Penny; MALLESON, Kate A., op. cit., p. 162).

37 “In the end, the achievement of a greater gender balance in the international courts – as in all institutions of power

Segundo Grossman, devido à falta de transparência dos processos, as pessoas responsáveis por indicar os candidatos de cada Estado “[...] têm pouco incentivo para ir além de suas redes de relacionamentos pessoais ou para absterem-se de agir em interesse próprio, indicando indivíduos que possam ajudá-las profissionalmente no futuro ou validar suas próprias qualificações”<sup>38</sup>.

De fato, os tribunais com maior índice de representação feminina são aqueles que possuem um órgão independente responsável pelas indicações dos candidatos, ou aqueles que exigem dos Estados a demonstração de que empregaram um processo seletivo transparente e objetivo na apresentação dos candidatos.

#### 4. CONCLUSÃO

A independência dos juízes internacionais adquire relevância, em razão da preocupação com a possibilidade de os tribunais internacionais servirem apenas para “referendar” as disparidades políticas e econômicas. Os tribunais internacionais devem ser independentes e equânimes na solução de disputas. E para garantir a independência das cortes, é importante que os juízes sejam selecionados, com base em um processo transparente e em critérios objetivos, e que tenham segurança em seus cargos para tomar decisões, sem medo de represálias.

As principais preocupações relacionadas à independência judicial dizem respeito: i) À politização indevida das cortes internacionais, sobretudo em razão da forte influência dos governos nacionais na indicação dos integrantes dos tribunais; e ii) À necessidade de garantir efetiva representatividade entre os juízes, seja com relação a critérios geopolíticos (como sistemas jurídicos e localização geográfica), seja em termos identitários (pertencimento étnico e paridade de gênero).

A tarefa não é fácil. Os tratados que dão origem às cortes internacionais são estabelecidos em um ambiente de discussões políticas entre os países membros, o que envolve avanços, retrocessos e concessões recíprocas. Nem sempre é possível estabelecer as melhores técnicas para a escolha de magistrados independentes. Na política, nem sempre se tem o melhor. Apenas o possível<sup>39</sup>.

Se, por um lado, não é possível, de antemão, estabelecer as melhores técnicas para a escolha de magistrados independentes, por outro lado, as experiências bem-sucedidas de tribunais internacionais devem tornar-se “pautas de conduta” a orientar processos de escolha e votações.

---

– is dependent on the presence of political will to seek out qualified female candidates and nominate them, and for voting states to prioritize gender in choosing between qualified candidates. Reasonable numbers of female judges currently sit on the Inter-American Court of Human Rights and as members of the WTO AB (three out of seven members in each case) even though there are no gender requirements for those courts. The reasons why female candidates are nominated and elected in particular circumstances are complex, but these examples demonstrate that gender balance can be achieved where states choose to nominate female candidates.” (MACKENZIE, Ruth; SANDS QC, Philippe; MARTIN, Penny; MALLESON, Kate A., op. cit., p. 165).

38 GROSSMAN, Nienke, op. cit., p. 90. Disponível em: JSTOR (<https://doi.org/10.5305/amerjintelaw.110.1.0082>). Acesso em: 3 mai. 2023.

39 E, dentro do possível, muitos bons resultados podem ser alcançados, como, por exemplo, o caso relatado e analisado por Aida Torres Pérez, em que a Court of Justice of the European Union, interpretando criativamente o trabalho da União Europeia [art. 19(1)], interveio na Polônia, em virtude de novas normas que diziam respeito à aposentadoria dos juizes na Suprema Corte Polonesa, que representavam uma ameaça à independência judicial (PÉREZ, Aida Torres. From Portugal to Poland: The Court of Justice of the European Union as Watchdog of Judicial Independence. In: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, v. 27, n. 1, 2020, p. 105-119).

## REFERÊNCIAS

- ALEMANN, Alberto. How Transparent is Transparent Enough?: Balancing Access to Information Against Privacy in European Judicial Selections. In: BOBEK, Michael (coord.). *Selecting Europe's Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- ALTER, Karen J. International Courts Are Not Agents! The Perils of the Principal-Agent Approach to Thinking About the Independence of International Courts. In: *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, v. 99, mar./abr. 2005. Disponível em: JSTOR (<http://www.jstor.org/stable/25659991>). Acesso em: 3 mai. 2023.
- BOBEK, Michael (coord.). *Selecting Europe's Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- CREAMER, Cosette; GODZIMIRSKA, Zuzanna. The Job Market for Justice: Screening and Selecting Candidates for the International Court of Justice. In: *Journal of International Law*. Leiden: Penn Carey Law – University of Pennsylvania, v. 30, n. 4, set. 2017.
- DANNER, Allison; VOETEN, Erik. Who is Running the International Criminal Justice System?. In: AVANT, Deborah D.; FINNEMORE, Martha; SELL, Susan K. (ed.). *Who Governs the Globe?*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- GOLDEN, Jeffrey. National Groups and the Nomination of Judges of the International Court of Justice: A Preliminary Report. In: *The International Lawyer*, v. 9, n. 2, 1975.
- GROSSMAN, Nienke. Achieving Sex-Representative International Court Benches. In: *The American Journal of International Law*, v. 110, n. 1, jan. 2016. Disponível em: JSTOR (<https://doi.org/10.5305/amerjintlaw.110.1.0082>). Acesso em: 3 mai. 2023.
- MACKENZIE, Ruth; SANDS QC, Philippe; MARTIN, Penny; MALLESON, Kate A. *Selecting International Judges: Principle, Process, and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- MALLESON, Kate. Promoting Judicial Independence in the International Courts: Lessons from the Caribbean. In: *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 58, n. 3, jul. 2009. Disponível em: JSTOR (<http://www.jstor.org/stable/25622231>).
- MERON, Theodor. Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals. In: *The American Journal of International Law*, v. 99, n. 2, abr. 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1562502>. Acesso em: 21 abr. 2023.
- OTEIZA, Eduardo. El deber de respetar la independencia judicial. Esfuerzos y ambigüedades de los estados en el plano internacional. In: NIEVA-FENOLL, Jordi; OTEIZA, Eduardo (coord.). *La independencia judicial: un constante asedio*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- PÉREZ, Aida Torres. From Portugal to Poland: The Court of Justice of the European Union as Watchdog of Judicial Independence. In: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, v. 27, n. 1, 2020.
- POLONSKAYA, Ksenia. Selecting Candidates to the Bench of the World Court: (Inevitable) Politicization and its Consequences. In: *Journal of International Law*. Leiden: Penn Carey Law – University of Pennsylvania, v. 33, n. 2, jun. 2020.
- POSNER, Eric A.; FIGUEIREDO, Miguel F. P. de. Is the International Court of Justice Biased?. In: *The Journal of Legal Studies*, v. 34, n. 2, jun. 2005. Disponível em: JSTOR (<https://doi.org/10.1086/430765>). Acesso em: 3 mai. 2023.
- SCHWEBEL, Stephen M. National Judges and Judges Ad Hoc of the International Court of Justice. In: *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 48, n. 4, out. 1999. Disponível em: JSTOR (<http://www.jstor.org/stable/761738>). Acesso em: 3 mai. 2023.
- \_\_\_\_\_. Remarks on The International Court of Justice. In: *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, v. 102, abr. 2008. Disponível em: JSTOR (<http://www.jstor.org/stable/25660303>). Acesso em: 21 abr. 2023.
- STEINBERG, Richard. Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional and Political Constraints. In: *The American Journal of International Law*, v. 98, n. 2, abr. 2004.
- VOETEN, Erik. The Politics of International Judicial Appointments. In: *Chicago Journal of International Law*, v. 9, n. 2, 2009.
- WOOD, Michael. The Selection of Candidates for International Judicial Office: Recent Practice. In: NDIAYE, Tafsir Malick; WOLFRUM, Rüdiger. (ed.). *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

# Instrumentos para mejorar la investigación de los delitos de corrupción y análisis de su eficacia en el modelo español

ADÁN CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL<sup>1</sup>

Resumen: Introducción. 1. Ministerio Fiscal en España y lucha contra la corrupción. 2. La acusación popular como elemento de control del Ministerio Fiscal en la lucha contra la corrupción. 3. La recuperación y la gestión de activos procedentes de la corrupción. 4. La cooperación procesal internacional como instrumento de política criminal en la lucha contra la corrupción. 5. Reflexiones finales.

## INTRODUCCIÓN

Desde hace años, tanto la corrupción como el fraude suelen situarse como uno de los principales problemas para los españoles, si bien es cierto que las situaciones de crisis, primero sanitaria y luego financiera han ido desplazando el interés hacia otros temas. Además, esta preocupación se suma a la creciente desafección por la clase política, que se sitúa también entre los principales problemas que preocupan a los españoles motivando sin duda que, desde diferentes ámbitos, pero sobre todo desde el político, se estén dando cada vez más pasos que para intentar mejorar la percepción de los ciudadanos de que se está luchando eficazmente contra la corrupción.

Y esto es así, porque a nadie se le escapa el hecho de que España, al igual que otros muchos Estados, y como también le sucede a Brasil, se encuentra sumida desde hace años en un preocupante escenario de corrupción, donde día sí y día también, asistimos a un generoso desfile de informaciones proporcionadas por los medios de comunicación, ávidos de mayores cuotas de audiencia, pero también conscientes del importante papel que les está reservado para denunciar este tipo de comportamientos, sobre todo cuando los protagonistas son miembros de la clase política, y es que la corrupción y la política, desgraciadamente y en no pocas ocasiones, suelen ir de la mano, condicionando la opinión de los ciudadanos sobre las interferencias del poder político en la investigación judicial de estos casos<sup>2</sup>.

De esta forma, y si atendemos a la evaluación de la calificación de España en el *Índice de Percepción de la Corrupción (IPC)*, que elabora anualmente Transparencia Internacional, nos damos cuenta como desde el año 2012 la posición de España ha ido bajando progresivamente, situándose en el año 2023 en el puesto 36 del ranking mundial. Esta situación, a nuestro juicio, evidencia que los esfuerzos para prevenir y frenar estas prácticas aún no están dando sus frutos, poniendo de manifiesto que la corrupción en España continúa siendo un problema de enorme gravedad que debe llamar a la acción de las autoridades y de la sociedad civil<sup>3</sup>.

1 Profesor de Derecho Procesal – Universidad de Salamanca (USAL). E-mail: adancgc@usal.es.

2 Así lo demuestra el Cuadro de indicadores de la Justicia en la Unión Europea 2023. Disponible en: [https://commission.europa.eu/document/db44e228-db4e-43f5-99ce-17ca3f2f2933\\_en](https://commission.europa.eu/document/db44e228-db4e-43f5-99ce-17ca3f2f2933_en). Fecha de última consulta: 21 de marzo de 2024.

3 Con esta calificación, España ocupa la posición 36 entre los 180 países estudiados en el IPC de este año, junto con San Vicente y las Granadinas y Letonia, un puesto por encima de Botsuana (39/180), dos por encima de Catar

Así, será preciso no solo abordar reformas legislativas, sino sobre todo implementar procedimientos y controles adecuados de integridad, transparencia y rendición de cuentas, en la línea de lo previsto por el ODS 16 de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas<sup>4</sup>, recuperando el buen funcionamiento de las instituciones y, en especial, del Consejo General del Poder Judicial, por lo que su independencia puede afectar a la calidad de la democracia, cuestionada en prestigiosos índices como el que anualmente realiza el semanario británico *The Economist* y donde España repite la puntuación obtenida el año anterior dentro de la categoría de democracias plenas, recuperando dicha calificación tras haberla perdida en 2021, gracias a la finalización de medidas que, a juicio de dicho semanario, habrían vulnerado las libertades de los ciudadanos durante ese año<sup>5</sup>.

Sobre el proceso de renovación del Consejo General del Poder Judicial, máximo órgano de gobierno de jueces y magistrados en España, que lleva en situación de bloqueo desde el año 2018, ya ha alertado el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa, que, en su último informe publicado, insiste en que una cuestión fundamental para prevenir la corrupción gira en torno al sistema de selección de este órgano y la percepción de su politización, advirtiendo que no se trata de una cuestión menor, dado que este órgano es el responsable de determinadas decisiones cruciales en la judicatura; lo que incluye el nombramiento de los puestos superiores, que se encuentran paralizados tras la introducción del artículo 470 bis de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* española, donde se establece el régimen jurídico aplicable al Consejo General del Poder Judicial mientras se encuentre en funciones, y que ha derivado en que, en el momento actual se encuentren vacantes, y sin posibilidad de ser cubiertas 25 de las 69 plazas de magistrados con las que cuenta el Tribunal Supremo español, con las inevitables nefastas consecuencias que para los ciudadanos, ha provocado dicha situación.

También advierte este informe de que, a pesar de las reformas llevadas a cabo en el *Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, sigue siendo preocupante la relación existente entre el Fiscal General del Estado y el poder ejecutivo en lo que respecta a su situación de dependencia, motivo por el cual la primera parte de nuestro trabajo versará sobre la desconfianza acerca de la actuación del Ministerio Fiscal en los casos de corrupción y la necesidad o no, relacionada con este tema, de mantener la institución de la acusación popular, para dedicarnos en la parte final del mismo a analizar las medidas adoptadas en materia de recuperación de activos y a la importancia de la cooperación procesal internacional para que la lucha contra la corrupción sea más eficaz, contribuyendo a mejorar la relación del ciudadano con la justicia y su percepción acerca de la lucha contra la corrupción.

## 1. Ministerio Fiscal en España y lucha contra la corrupción

El Ministerio Fiscal, tal y como señala, el artículo 124 de la Constitución Española de 1978, tiene como misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, velando por la independencia de los Tribunales y procurando ante éstos la satisfacción del interés social.

---

(40/180), y dos puestos por debajo de Lituania y Portugal (puesto 34/80 y puntuación 61/180). *Índice de Percepción de la Corrupción 2019. Transparencia Internacional España*. Disponible en <https://transparencia.org.es/actualidad/indice-de-percepcion-de-la-corrupcion-2023/>. Fecha de última consulta: 21 de marzo de 2024.

4 Resolución (A/70/L.1) de 25 de septiembre de 2015, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Disponible en: [https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1\\_es.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf). Fecha de última consulta: 14 de febrero de 2024.

5 *Democracy Index 2023* disponible en <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2023/>. Fecha de última consulta: 21 de marzo de 2024.

Pero el Ministerio Fiscal no es solo eso, sino que también está llamado a ser, como hemos dicho, el ejecutor de la política criminal del Gobierno de turno, motivo por el cual, y como también señala el citado artículo, la persona que se sitúa al frente del mismo, es decir: el Fiscal General del Estado, será nombrado por el Rey, pero a propuesta del Gobierno, de cuya confianza debe gozar, sin que el trámite de audiencia al Consejo General del Poder Judicial, sea demasiado significativo al carecer de efecto vinculante la opinión de dicho órgano<sup>6</sup>.

Y es esta clara dependencia del Poder Ejecutivo, la que provoca los recelos o la desconfianza de los ciudadanos, colocando al Ministerio Fiscal en una situación “bajo sospecha”, de la que se han hecho eco diferentes organismos, que en más de una ocasión han propuesto que se lleven a cabo una serie de medidas concretas para aumentar la transparencia en el Ministerio Fiscal, así como su nivel de independencia respecto al Poder ejecutivo, y especialmente respecto al Ministerio de Justicia<sup>7</sup>.

En este sentido, y para paliar esa desconfianza, sería necesario no solo aprobar y publicar un Código Ético para el Ministerio Fiscal, sino que a ese código ético se adhirieran también quienes puedan dar algún tipo de indicación o instrucción a los integrantes del Ministerio Fiscal, puesto que, como sabemos, estos ejercen sus funciones conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, lo que permite que, conforme a lo previsto en el artículo 26 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, el Fiscal General del Estado pueda llamar a su presencia a cualquier Fiscal para darle unas determinadas instrucciones e incluso designar a quien crea conveniente para que lleve un determinado asunto<sup>8</sup>.

Esta situación nos llevaría, necesariamente, a cuestionarnos la imparcialidad del Ministerio Fiscal ya que la mera afirmación de que la actuación de dicho órgano debe estar sometida a los principios de legalidad e imparcialidad, conforme a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, no es un dato que garantice por sí solo, una actuación plenamente independiente<sup>9</sup>.

Pero no solo nos encontramos con esta posibilidad de recibir indicaciones a través del sistema de visados y consultas a superiores, existente en el ejercicio de la actividad diaria del Ministerio Fiscal, sino que, además, el artículo 23 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, llega a imponer un sistema por el que se permite sustituir a aquellos miembros del Ministerio Fiscal que se nieguen a cumplir una determinada directriz, por otro más dóciles y dispuestos a acatar lo que desde arriba, se les indique. Sería la denominada *avocación*, que permite que un superior jerárquico pueda reclamar para sí el conocimiento del asunto o designar a otro fiscal para la conducción de la causa, tomando de esta forma decisiones absolutamente discrecionales que nos hacen cuestionarnos, una vez más, la imparcialidad de los miembros del

6 GÓMEZ COLOMER, J. L. (2018) señala que, tanto esto como el deber de someter su programa de actuación por 4 años al Congreso de los Diputados, que valora los méritos e idoneidad del candidato, lo dota de una cierta legitimación democrática, aunque ciertamente taimada.

7 Transparencia Internacional. Medidas urgentes en España contra la Corrupción. Disponible en: [https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/02/medidas\\_urgentes\\_spain.pdf](https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/02/medidas_urgentes_spain.pdf). Fecha de última consulta: 21 de marzo de 2024.

8 Sobre la necesidad de elaboración de este Código Ético para el Ministerio Fiscal se insistió en el Informe de Transparencia Internacional para el Examen Periódico Universal de España para el año 2020. Disponible en: <https://transparencia.org.es/informe-de-ti-e-para-el-examen-periodico-universal-de-espana-2020/>. Fecha de última consulta: 21 de marzo de 2024.

9 En este sentido se pronuncia ALAMO GONZÁLEZ (2018) al señalar que el principio de sometimiento a la legalidad no excluye las posibles diferencias de interpretación al aplicar la norma abstracta al caso concreto, pues aquellas “no son conceptos absolutamente cerrados y su interpretación y aplicación también quedan al albur de la hermenéutica jurídica”.

Ministerio Fiscal a la hora de actuar, al ver claramente limitadas su capacidad de autonomía y de discrepancia con un superior<sup>10</sup>.

La dependencia jerárquica tanto interna como externa se impondría, en la mayoría de los casos, a cualquier actuación que fuera guiada por los principios de ética, integridad y transparencia, algo muy lamentable si lo que realmente se desea es aumentar la credibilidad y la confianza que sienten los ciudadanos respecto de esta institución.

Otro aspecto que tampoco ayuda a generar ese clima de credibilidad y confianza es la falta de transparencia en los nombramientos de determinados cargos como el de los integrantes de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y el Crimen Organizado, cuyas entrevistas previas deberían ser públicas y grabadas, como ya se hace en numerosos países de nuestro entorno y, en España para los nombramientos, por ejemplo, de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, y que contribuiría, de forma decisiva a la transparencia de la institución.

Es precisamente en la Fiscalía Especial contra la Corrupción y el Crimen Organizado, creada en 1995 como Fiscalía Especial dentro de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, en la que de nuevo encontramos un ejemplo más de ese poder del Fiscal General del Estado a la hora de marcar la forma de actuación de la misma, ya que, tal y como advierten GONZÁLEZ LÓPEZ y NIETO MARTÍN (2016) si bien dicha Fiscalía Especial tiene competencia en un listado extenso de delitos, lo cierto es que para que pueda iniciar investigaciones se requiere que los hechos revistan una “especial trascendencia”, que, ¡oh, sorpresa! deberá ser apreciada por el Fiscal General del Estado, lo que una vez más, condicionaría la lucha contra la corrupción<sup>11</sup>.

Algo que, de alguna manera, podría hacernos recuperar la confianza en esta institución, sería dotar al Ministerio Fiscal de un presupuesto propio que le permitiera ejercer de forma independiente sus funciones, ya que si, como sucede hasta ahora, depende financiera y presupuestariamente del Poder Ejecutivo, es muy complicado que puedan elaborarse planes de actuación propios que no cuenten con el aval o el visto bueno del Ministro de Justicia de turno, por lo que, en nuestra opinión, el Ministerio Fiscal precisa disponer de un presupuesto propio para poder ejercer de forma independiente sus funciones, sin estar sometido a la dependencia financiera y presupuestaria del Ministerio de Justicia que, de alguna forma, pueda condicionar aún más su actuación.

Esta necesaria individualización, o autonomía presupuestaria del Ministerio Fiscal, ya se contempla en el Estatuto Orgánico que lo regula, pero su falta de cumplimiento efectivo ha sido denunciada en múltiples ocasiones en los Informes del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) del Consejo de Europa, si bien, se reconoce el cumplimiento parcial de esta recomendación, destacando la búsqueda de una mayor autonomía en la gestión de los medios del Ministerio Fiscal como mecanismo crucial para la confianza pública en que la incoación de una acción judicial sea, y parezca, imparcial, objetiva y exenta de toda influencia indebida, en especial de naturaleza política.

También se subraya en dicho Informe el cumplimiento parcial de la recomendación hecha sobre el método de selección y el mandato del Fiscal General del Estado, o el establecimiento de procedimientos transparentes de comunicación del Gobierno con éste, sin embargo, y en nuestra

10 Todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 27 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, donde se señala que el Fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo estime improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado, a su Fiscal Jefe y si el superior se ratificase en sus instrucciones lo hará por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento o bien encomendará a otro Fiscal el despacho del asunto a que se refiera.

11 Dicen los citados autores que, aunque actuara de manera imparcial y objetiva, esta elección de acuerdo con la “doctrina de la mujer del César”, pondría de nuevo en entredicho su imparcialidad, hecho que se puede ver agravado por la circunstancia de que la decisión de encomendar o no un caso a la Fiscalía Anticorrupción no es susceptible de recurso.

opinión, la mayor desconfianza del ciudadano hacia la institución viene motivada precisamente por el estatus jurídico actualmente vigente de quien ocupa la máxima responsabilidad al frente del Ministerio Fiscal, siendo necesario acometer una profunda reforma constitucional si queremos realmente limpiar esa imagen de politización de la que adolece la institución<sup>12</sup>.

Una alternativa, sugerida por algunos autores, podría ser la elección del Fiscal General del Estado por una mayoría cualificada del Congreso y del Senado, lo que, si bien no terminaría de sustraerlo a las idas y venidas de las luchas políticas, al menos sí que le otorgaría una mayor legitimidad democrática y una cierta estabilidad que podría traducirse en una mayor autonomía a la hora de tomar decisiones<sup>13</sup>.

Y si ya existe esta desconfianza, siendo el Ministerio Fiscal tan solo una parte procesal, no queremos ni pensar cual sería el nivel de esta, si pretendiéramos, como lleva proponiéndose desde hace décadas y parece ser la intención de los últimos titulares del Ministerio de Justicia, en consonancia con los sistemas procesales más modernos, otorgarle la instrucción de las causas penales, algo a lo que radicalmente se opone RODRIGUEZ LAINZ (2017).

Sin pretender avivar esta polémica, nuestra opinión es, a la vista de lo expuesto más arriba y con la actual configuración que existe de nuestro Ministerio Fiscal, que la instrucción debe seguir quedando en manos de los jueces y magistrados, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley, notas características que garantizan, desde nuestro punto de vista, el correcto ejercicio de la función judicial, sin que el hecho de en los demás países de la Unión Europea la actividad instructora la tenga atribuida el Ministerio Fiscal, o algún órgano equivalente, nos haga pensar que nuestro modelo haya quedado anticuado u obsoleto, por cuanto un mayor grado de respeto de las garantías procesales nunca puede ser calificado de tal forma<sup>14</sup>.

Así, consideramos que el cambio de modelo podría llegar a romper el equilibrio existente actualmente en la instrucción, creando un Ministerio Fiscal excesivamente poderoso y dando lugar a un proceso penal controlado por un órgano jerárquicamente sometido a una dirección elegida por el Gobierno, desequilibrio que se acentuaría y llegaría a ser mucho más preocupante, en aquellos casos que revistieran un cierto componente de carácter político, llegando algunos autores a plantearse si el verdadero problema de la justicia penal es el juez de instrucción o es su independencia lo que perjudica los intereses no confesados de ciertos sectores del orden político y financiero, que pretenden controlar el ejercicio de la acción penal<sup>15</sup>.

- 
- 12 En este sentido merece la pena destacar que el Barómetro sobre *La imagen de la Justicia en la sociedad española*, realizado para el Consejo General del Poder Judicial por Metroscopia, en julio de 2005, señala entre sus conclusiones que la opinión dominante en nuestra sociedad es que el Fiscal General del Estado se encuentra presionado a la hora de realizar sus funciones. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/stfls/ESTADISTICA%20JUDICIAL%20NUEVO/FICHEROS/9003%20Barometro%20CGPJ/A%3%B1os%20Anteriores/Barometro%202005.pdf>. Fecha de última consulta: 20 de febrero de 2023.
  - 13 En este sentido NIEVA FENOLL (2012:58) llama la atención sobre lo anómalo que resulta que el defensor de la legalidad sea un órgano dependiente del Poder Ejecutivo y no del Poder Legislativo, mostrándose favorable al cambio de ubicación de esta figura.
  - 14 De este parecer se muestra CARRETERO SANCHEZ (2017), para quien la tendencia mimética de traer a España lo que existe fuera, debe terminar, pues no es sinónimo, ni mayores garantías ni de mayor eficacia.
  - 15 De este parecer se muestra ALAMO GONZÁLEZ (2018), quien llega a plantearse si el verdadero problema de la justicia penal es el juez de instrucción o es su independencia lo que perjudica los intereses no confesados de ciertos sectores del orden político y financiero, que pretenden controlar el ejercicio de la acción penal. Por su parte NIEVA FENOLL (2012) señala que el papel del Ministerio Fiscal como director de la instrucción, oscurecería la esencia inicial de la figura, que no sería otra que “[...] la supervisión de la actuación judicial como expresión de un buen gobierno, utilizando la palabra *gobierno* en sentido impropio, naturalmente”.

## 2. LA ACUSACIÓN POPULAR COMO ELEMENTO DE CONTROL DEL MINISTERIO FISCAL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

En primer lugar, conviene destacar que, en virtud del artículo 125 de la Constitución española, cualquier ciudadano español podría ejercitar, en los procesos por delito público, la acusación popular, aun no siendo el ofendido o perjudicado por el delito, para quien se reserva el ejercicio de la acusación particular.

Igualmente, poco ayudan las tendencias doctrinales o las iniciativas normativas que abogan por limitar el ámbito de ejercicio de la acción popular o incluso su supresión en materias como la corrupción o la delincuencia económica; toda vez que, como ya dijimos, es la única que puede ofrecer un contrapeso a la casi unánime aceptación del efecto vinculante, para los Tribunales, de la retirada de la acusación por parte del Ministerio Fiscal<sup>16</sup>.

Y es que, como acertadamente señala PEREZ-CRUZ MARTÍN (2018:119), la acusación popular se ha convertido en uno de los más eficaces instrumentos de respuesta en los casos de corrupción económica y política, convirtiéndose en la única parte acusadora que mantuvo la acusación en juicios de gran repercusión social, valiendo como ejemplo por todos ellos, el a nuestro juicio, bochornoso papel desempeñado por el Ministerio Fiscal en el *Caso Noos*, en relación con la apertura del juicio oral contra D<sup>a</sup> Cristina de Borbón y Grecia, por presuntos delitos contra la Hacienda Pública, a título de cooperadora necesaria, solicitada tan solo por el Sindicato Colectivo de Funcionarios “Manos Limpias”, frente al sobreseimiento de la causa instado por el Ministerio Fiscal y por la Abogacía del Estado.

Es muy posible, como afirma GONZÁLEZ NAVARRO (2019), que desde el punto de vista meramente estadístico, el número de casos en los que la actuación del Ministerio Fiscal no parezca haberse ajustado a la persecución general, no sea demasiado significativo, pero el riesgo de que éste pueda recibir instrucciones del Fiscal General del Estado, cuando tiene lugar el enjuiciamiento de personas de relevancia política, social o económica, generalmente en casos de corrupción, aconseja el mantenimiento de la acción popular para no obligar al Tribunal a tener que dictar sobreseimientos o sentencias absolutorias, ante la retirada de la acusación por parte del Ministerio Fiscal.

Casos como los antes descritos, han situado a la acción popular en el punto de mira de nuestro legislador, sucediéndose no pocas iniciativas, tanto legislativas como jurisprudenciales, que han tratado de limitarla o incluso suprimirla, como las llevadas a cabo, tanto en el *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 2011, como en el *Borrador de Código Procesal Penal* de 2013, cuya exposición de motivos señalaba que se mantenía la institución constitucionalmente prevista, si bien se procedía a su redefinición legal para evitar abusos: estableciéndose que solo podría utilizarse para la persecución y enjuiciamiento de los delitos en relación con los cuales se entendía justificada la asunción de la función pública de acusar por quien, no siendo ofendido ni perjudicado, solicitaba la condena y que serían los cometidos por funcionarios públicos, delitos de corrupción en el sector público, delitos contra intereses difusos y delitos electorales, señalándose al mismo tiempo importantes restricciones subjetivas para su ejercicio, como la contenida en su artículo 70.2, por la que se prohibía el ejercicio de la acción popular a los partidos políticos, los sindicatos y a cualquier otra persona jurídica pública o privada, con la excepción de las constituidas para la defensa de las víctimas de terrorismo, en los procesos por delitos de terrorismo<sup>17</sup>.

16 Sobre este riesgo ya alerta GONZÁLEZ NAVARRO, A. (2019), La retirada de la acusación y la posible desaparición de la acusación popular: un binomio fatal en las causas por corrupción y delincuencia económica, en *La Ley Penal*, núm. 137, marzo-abril de 2019, o NIEVA FENOLL (2012:57).

17 Para una visión crítica de la regulación que pretendía imponerse para el ejercicio de la acción popular, sobre todo en cuanto a las restricciones subjetivas para poder ejercitarla, puede consultarse RANGEL GARCÍA-ZARCO (2013),

Debemos alegrarnos de que tales iniciativas no hayan llegado a buen puerto, puesto que, pese a las distorsiones que en muchas ocasiones pueda provocar su ejercicio poco altruista y que harían aconsejable una regulación más detallada de la misma<sup>18</sup>, coincidimos con RODRIGUEZ-GARCÍA (2018:214), en que se trata de una institución que sirve para tamizar la desconfianza en los operadores que actúan en la Administración de Justicia, y en particular del Ministerio Fiscal<sup>19</sup>.

### 3. LA RECUPERACIÓN Y LA GESTIÓN DE ACTIVOS PROCEDENTES DE LA CORRUPCIÓN

Se trata de una de las medidas que evidencian la necesidad que se ha marcado el Estado de dirigir sus esfuerzos no sólo al castigo de los responsables de este tipo de delitos, una vez declarada su participación en los hechos delictivos, sino también a lograr la recuperación de los activos procedentes del mismo, porque tan importante es para los ciudadanos, el cumplimiento certero de la pena como la recuperación de esos activos que hagan que no compense el delinquir, es decir, que no merezca la pena pasar, en el peor de los casos unos años privado de libertad, sabiendo que a la salida te espera el disfrute de esos activos, ya sean bienes o dinero, que no llegó a ser recuperado.

Uno de esos pasos ha sido, precisamente, la puesta en marcha de la denominada Oficina para la Recuperación y Gestión de Activos que, mediante su regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se configura como un órgano de la Administración General del Estado y auxiliar de la Administración de Justicia, al que corresponden las competencias de localización, recuperación, conservación, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal y de cualesquiera otras que se le atribuyan en la ley.

Si bien la redacción de dicho artículo procede de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, lo cierto es que dicha institución se introdujo mucho antes, concretamente cinco años antes, a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, también de modificación del Código Penal, que en su disposición final primera ya contemplaba la creación de una Oficina de Recuperación de Activos, a la que la nueva regulación atribuye, no solo la función de localizar y recuperar los bienes, sino también la función de administrarlos y gestionarlos, motivo por el cual se modifica su nombre, pasando a llamarse Oficina para la Recuperación y Gestión de Activos.

Aunque durante cinco años esa previsión, que establecía la Ley Orgánica 5/2010, no llegó a ser desarrollada reglamentariamente, lo cierto es que el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado, dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, con el apoyo operativo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, vino desempeñando funciones de localización de activos procedentes de delitos, lo que nos da una idea de la importancia de la actuación policial en el éxito de la nueva Oficina.

No obstante, y pese a la excelente labor realizada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al no existir órganos especializados en su gestión, una vez decomisados, esos activos quedaban a

---

quien considera que si bien entiende “[...] que la limitación ha ido encaminada a evitar la utilización de la acusación popular por partidos políticos y sindicatos, de forma torticera y con arreglo a la consecución de sus propios fines, la exclusión del resto de personas jurídicas nos parece inadecuada”. Comparte su opinión respecto de la exclusión de los partidos políticos, GIMENO SENDRA (2011), pero no así respecto de las entidades sindicales, las cuales “[...] deberían estar legitimadas para el ejercicio, al menos, de la acción penal en los delitos contra los derechos de los trabajadores”.

18 Sobre este tema, pueden consultarse las propuestas de MARTIN SAGRADO (2016), con algunas de las cuales no nos mostramos de acuerdo, por su carácter excesivamente restrictivo de la utilización de la acción popular.

19 Acusación pública a la que, en palabras de ALMAGRO NOSETE (1989:228), “[...] vigila, complementa y suple, de forma que en cuanto vigila, no actúa, simplemente observa; en cuanto complementa se muestra coincidente con los intereses que representa el Ministerio Fiscal; y en cuanto suple, actúa como sustituta de aquellos intereses”.

disposición de los órganos jurisdiccionales, que, por lo general, ordenaban su realización al final del procedimiento, mediante los sistemas tradicionales de venta por persona especializada o subasta pública, mecanismo que se reveló ineficaz en los procedimientos de mayor complejidad, en la medida en que las necesidades de la gestión de bienes exceden, por lo general, de las posibilidades materiales de los órganos judiciales.

Todas estas circunstancias condujeron a reafirmar la necesidad de poner en funcionamiento un órgano que no solo sirviera para localizar y recuperar los bienes sino que además los administrara y los gestionara, aprobándose así el Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, quedando afectados esos bienes, entre otros fines: al abono de las indemnizaciones de las víctimas, a la realización de proyectos sociales o al impulso de la cooperación internacional en la lucha contra las formas graves de criminalidad, haciendo de la creación de esta oficina, una relevante medida de regeneración democrática y justicia social<sup>20</sup>.

Que uno de los objetivos prioritarios a los que la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos aplicará el producto de la gestión y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias del delito sea, conforme al apartado e) del artículo 2 del Real Decreto 948/2015, sea la cooperación internacional en la lucha contra las formas graves de criminalidad, no es una casualidad, por cuanto cada vez es mayor el número de hechos delictivos relacionados con la delincuencia económica, con especial preocupación por los delitos de corrupción, con claras implicaciones en el contexto del crimen organizado y transfronterizo.

Se hace necesario, por tanto, impulsar los medios necesarios que nos permitan llevar a cabo una lucha eficaz contra el crimen organizado y la corrupción relacionada con el mismo; un fenómeno que, debido a la globalización existente en la sociedad actual y, sobre todo, a la cada vez más frecuente internacionalización de las relaciones comerciales hace absolutamente necesario contar con instrumentos normativos que, desde el punto de vista de la cooperación jurídica internacional, propicien un mayor éxito de las actuaciones que, en el marco del derecho procesal penal, se llevan a cabo, entre ellas la investigación patrimonial que llevarán a cabo los funcionarios de policía<sup>21</sup>.

De esta situación son plenamente conscientes los departamentos ministeriales afectados por la misión que se ha encomendado a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, que cumpliendo lo preceptuado en el Real Decreto regulador de la misma, han llevado a cabo, a través de la Secretaría de Estado de Seguridad y la Secretaría de Estado de Justicia, la firma de un convenio de colaboración para coordinar la localización de activos y la gestión de bienes embargados y decomisados que hayan sido encomendados a la misma, fijando el apoyo que el personal dependiente del Ministerio del Interior prestará a la Oficina.

Además, se establece que ambos organismos intercambiarán las informaciones pertinentes para incrementar la eficacia en la lucha frente al crimen organizado, con la finalidad de privar a las organizaciones criminales del producto obtenido de sus actividades delictivas, estableciéndose las pautas para una actuación coordinada entre ambos departamentos ministeriales, que permita, por ejemplo, la posible adjudicación provisional de los bienes embargados, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, o la gestión de aquellos bienes custodiados por el Ministerio del Interior y que, por su naturaleza, sufran una importante depreciación, como es el caso de los vehículos incautados y embargados.

20 Los fines, estructura y funcionamiento de la ORGA los encontramos regulados en el Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. *Boletín Oficial del Estado* núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

21 En este sentido compartimos la opinión ya apuntada por RODRÍGUEZ GARCÍA (2008).

Por último, y en lo que más afecta a nuestro trabajo, en virtud de este convenio: la cooperación internacional para la localización de bienes de investigados o condenados, la realizará el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado en el ámbito policial, mientras que el intercambio de información judicial internacional será responsabilidad de la propia Oficina<sup>22</sup>.

En este sentido, el principal objetivo de nuestro trabajo será analizar las normas que el Legislador español ha adoptado sobre dicha materia, centrándonos, por cuanto es la que más desarrollada está, en el desarrollo normativo que ha provocado el cumplimiento de los compromisos derivados de la asistencia judicial penal existente dentro de la Unión Europea, que bien podría servir como paradigma para, vencidos los problemas que iremos analizando, ser incorporados a través de los correspondientes instrumentos normativos, al espacio judicial iberoamericano que, desde hace años, se está construyendo en el marco de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos.

#### 4. LA COOPERACIÓN PROCESAL INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Como es sabido, la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos, en adelante COMJIB, con sede en Madrid, es una organización internacional que agrupa a los Ministerios de Justicia e instituciones homólogas de los 21 países de la Comunidad Iberoamericana, y que tiene por objeto el estudio y promoción de formas de cooperación jurídica entre los Estados miembros.

Aunque la COMJIB remonta sus orígenes a la denominada “*Acta de Madrid*”, en el año 1970, durante la celebración de una reunión de Ministros de Justicia de la región, no adquiriría personalidad jurídica propia hasta la firma del Tratado Constitutivo de la misma, celebrado en 1992 en Madrid<sup>23</sup>.

El hecho de que la COMJIB sea una organización internacional, de la que forman parte los Ministros de Justicia o autoridades homólogas de los países de la Comunidad Iberoamericana, supone un valor añadido, al garantizarse la viabilidad de las acciones, ya que son los propios Ministerios los que deciden sus propios avances y desarrollos, lo que la ha convertido en una organización de referencia para la promoción de políticas públicas en materia de justicia, además de acoger la celebración de las reuniones plenarias de Ministros de Justicia, que se celebran cada dos años<sup>24</sup>.

En estas reuniones plenarias son en las que se definen y establecen las líneas de trabajo relativas a procesos para la reforma de la Justicia y el acceso a la misma. En este sentido han sido recurrentes los grupos de trabajo relativos a violencia de género, delincuencia organizada transnacional y cooperación jurídica internacional, así como aquellos que han ido encaminados a fortalecer los derechos de los ciudadanos en el proceso, la calidad y transparencia de éste, la reforma de los sistemas penitenciarios, y las políticas de lucha contra la impunidad.

Especialmente relevante para nuestro trabajo resultó la XVIII Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos, celebrada en Viña del Mar (Chile) en abril de 2013, donde aparte de adoptarse importantes acuerdos y aprobarse recomendaciones y documentos de trabajo, con el fin de promover y mejorar las políticas públicas de justicia en el ámbito iberoamericano, se

22 Acuerdo de colaboración a efecto de regular la interrelación del personal del Ministerio del Interior con la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos y de coordinación y apoyo para el desarrollo de sus funciones, de 20 de junio de 2016, firmado entre la Secretaría de Estado de Seguridad y la Secretaría de Estado de Justicia.

23 No obstante, la entrada en vigor del mismo no se produjo hasta el 1 de septiembre de 1998, habiendo sido ratificado, hasta la fecha por 12 de los 21 países de la región.

24 La Conferencia persigue como objetivo general la mejora de la Justicia en la región iberoamericana, promoviendo para ello la creación de políticas públicas aplicables por los Estados miembros y la conformación de alianzas regionales y subregionales, como herramienta para la construcción de un espacio jurídico más cohesionado.

estableció la lucha contra la corrupción como uno de los principales desafíos para muchos de los gobiernos de la región, considerándose que los delitos de corrupción producían un impacto que resultaba muy nocivo para la calidad de las democracias de la región, fundamentalmente porque era generador de desafección ciudadana respecto a estos sistemas<sup>25</sup>.

El evidente componente transnacional de la corrupción, provocada por su íntima relación con la delincuencia organizada, hacía necesaria la aprobación de instrumentos comunes y coordinados, promoviéndose, tanto el intercambio de experiencias entre países, como la coordinación interinstitucional entre los mismos, aprobándose una línea de trabajo relativa a la cooperación judicial internacional que se inició con la aprobación de importantes acuerdos, como el Convenio Iberoamericano de Equipos Conjuntos de Investigación<sup>26</sup>, que firmaron 8 países, en materia de lucha contra la delincuencia organizada transnacional, o las Recomendaciones relativas a la Corrupción en el Comercio Internacional<sup>27</sup> y a la Corrupción de Funcionarios Públicos<sup>28</sup>.

No obstante, este interés por el intercambio de experiencias y la cooperación ya se había manifestado con anterioridad, durante la reunión celebrada en Ciudad de México en 2010, donde se propuso crear el *Observatorio Iberoamericano de la Justicia*, nutriendo con datos estadísticos y con buenas prácticas el estado de la justicia en la región, o mucho antes, con la creación de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional, la denominada *IberRed*, constituida el 30 de octubre de 2004 en Cartagena de Indias (Colombia), herramienta imprescindible dentro del espacio judicial iberoamericano, y que tiene como objetivos optimizar la cooperación jurídica en materia penal y civil entre los Países Iberoamericanos y establecer y mantener actualizado un sistema de información sobre los diferentes sistemas legales de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, trabajando de forma coordinada con COMJIB colaborando en la identificación y análisis de acciones para mejorar el ámbito de justicia iberoamericano<sup>29</sup>.

Como vemos: lucha contra la corrupción y cooperación internacional en el ámbito procesal son elementos que necesariamente deben ir de la mano si queremos alcanzar ese desarrollo efectivo de los países del que hablábamos al comienzo de nuestro trabajo, y para eso, nuestra propuesta de trabajo pasa por analizar como se desarrolla esta cooperación en el marco de la Unión Europea, siendo conscientes de las importantes diferencias políticas que existen con el ámbito de actuación de la COMJIB pero siendo conscientes, igualmente, de que podría ser un espejo útil en el que podría mirarse la cooperación regional iberoamericana para alcanzar una mayor y más efectiva lucha contra la corrupción.

- 
- 25 Estrategia 2013-2014 aprobada en la XVIII Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), celebrada en Viña del Mar (Chile) en abril de 2013. Disponible en: <http://www.comjib.org/sites/default/files/ESTRATEGIA%202013-2014v2.pdf>. Fecha de última consulta: 20 de marzo de 2024.
  - 26 Convenio de cooperación entre los Estados miembros de la COMJIB, en materia de equipos conjuntos de investigación. Disponible en: [http://www.comjib.org/sites/default/files/Convenio\\_Cooperacion\\_ECI\\_Firmado.pdf](http://www.comjib.org/sites/default/files/Convenio_Cooperacion_ECI_Firmado.pdf). Fecha de última consulta: 20 de marzo de 2024.
  - 27 Recomendaciones de la COMJIB relativas a las normas mínimas y comunes para la sanción penal de la corrupción en el comercio internacional. Disponible en: [http://www.comjib.org/sites/default/files/Recomendaciones\\_Comercio\\_Internacional\\_2.pdf](http://www.comjib.org/sites/default/files/Recomendaciones_Comercio_Internacional_2.pdf). Fecha de última consulta: 20 de marzo de 2024.
  - 28 Recomendaciones de la COMJIB relativas a las normas mínimas y comunes para la armonización de la legislación penal, en materia de corrupción de funcionarios públicos. Disponible en: [http://www.comjib.org/sites/default/files/Recomendaciones%20Funcionarios\\_Publicos\\_2.pdf](http://www.comjib.org/sites/default/files/Recomendaciones%20Funcionarios_Publicos_2.pdf). Fecha de última consulta: 20 de marzo de 2024.
  - 29 IberRed está a disposición de los operadores jurídicos de 22 países iberoamericanos y del Tribunal Supremo de Puerto Rico, estimándose que, en la actualidad, beneficia a más de 500 millones de ciudadanos. Para más información puede consultarse el sitio web de la Red en <https://www.iberred.org/>. Igualmente, sobre IberRed, puede leerse el trabajo de CARRASCOSA LÓPEZ y JAUME BENNASAR (2012:115-133), donde se destaca que constituye un sistema de comunicación seguro del que se puede destacar su fácil uso y accesibilidad, así como la seguridad y confidencialidad exigible en este ámbito de cooperación transfronteriza, gracias a su sistema de autenticación.

Es imposible entender la cooperación procesal en la Unión Europea sin conectarla con la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que las diferencias entre los sistemas jurídicos y administrativos de los Estados miembros no impida a los ciudadanos ejercer sus derechos; un espacio en el que el ciudadano tenga la certeza de que sus derechos van a obtener igual protección cualquiera que sea el tribunal ante el que se aleguen sin que puedan existir márgenes de impunidad<sup>30</sup>.

El Consejo Europeo de Tampere, en su intento de impulsar definitivamente la creación de este espacio, hizo suyo el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones y sentencias judiciales, convirtiéndolo en la piedra angular de la cooperación judicial, no solo civil, sino también penal, en la Unión Europea, permitiendo adoptar una serie de orientaciones y recomendaciones que deberían hacer realidad este espacio en un plazo relativamente breve de tiempo<sup>31</sup>.

Sin embargo, aunque el principio de reconocimiento mutuo ya había sido utilizado, con anterioridad, en diversos instrumentos de cooperación judicial adoptados en el marco del Consejo de Europa o de las Comunidades Europeas, sin embargo, la formulación que se hace, en el Consejo Europeo de Tampere, parece ser algo distinta a la que hasta ese momento se había tenido: va más allá, pretendiendo que la resolución no tenga ni siquiera que ser ejecutada por la autoridad judicial del Estado requerido, sino que por sí misma, y por haber sido emitida por una autoridad judicial de otro Estado miembro, tenga fuerza ejecutiva<sup>32</sup>.

Dicho principio tiene su fundamento en dos elementos: por un lado, la idea de equivalencia, que implicaría que el Estado que recibe la resolución judicial entenderá que los resultados de la decisión del Estado emisor son equivalentes a los de la que, en su caso, podrían haber adoptado sus propios órganos jurisdiccionales, a pesar de que la misma no sea exactamente igual a la que podrían haber dictado sus tribunales; y, por otro lado, la idea de la confianza, según la cual cada Estado miembro debe confiar en el sistema judicial de los demás Estados miembros de la Unión Europea, ya que todos tienen un mismo fundamento común<sup>33</sup>, basado en los principios del Estado de Derecho y de la democracia, al haber ratificado todos ellos el Convenio Europeo de Derechos Humanos del año 1950 y verse vinculados en toda la materia relacionada con los derechos, libertades y garantías fundamentales procesales por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>34</sup>.

30 En este sentido DUEÑAS JIMÉNEZ (1997:199).

31 A estos efectos el Consejo insta a la Comisión para que presente un marco adecuado que permita la revisión de los avances realizados en la ejecución de las medidas necesarias y el cumplimiento de los plazos establecidos en el Tratado de Ámsterdam, el Plan de Acción de Viena y en las presentes Conclusiones. Esto supone, en opinión de DIAZ BARRADO (2000:75), que en las Conclusiones de Tampere late la voluntad y decisión política necesaria para que los instrumentos y actos que se acuerden a partir de este momento puedan ser realmente eficaces, algo que hasta ese momento no parecía haberse producido. Para un análisis detallado de todas estas cuestiones, ver VALLE GARAGORRI (2000:147-154).

32 Con cierta temeridad, IRURZUN MONTORO, F. (2002:121) ensayó una definición de este principio al afirmar que las resoluciones dictadas por la autoridad judicial de un Estado miembro serán válidas conforme a lo previsto en su legislación nacional y serán eficaces y ejecutables en todos los Estados miembros sin control o con un control restringido de las autoridades judiciales del Estado en que se ejecutan. Esto en opinión de GALGO PECO (2000:453), “[...] revolucionaría la idea misma de la cooperación judicial, ya que la cooperación se necesita cuando la ejecución de una decisión de una autoridad extranjera no es posible mientras que, si ésta es posible, por razón de la índole de la resolución, no hay lugar para hablar más de cooperación judicial sino simplemente de ejecución o aplicación directa”. De la misma opinión se muestra PEITEADO MARISCAL (2006) y BUJOSA VADELL (2004:459), para quien “[...] el principio de reconocimiento mutuo significa, una vez adoptada una resolución por un juez en el ejercicio de sus facultades oficiales en un Estado miembro, en la medida en que tenga implicaciones extranacionales, será automáticamente aceptada en todos los demás Estados miembros, y surtirá allí los mismos efectos o, al menos, efectos similares”.

33 En este sentido DELGADO MARTÍN (2003:294). Sobre la construcción dogmática de este principio en la actualidad, puede consultarse también FAGGIANI (2016).

34 Sobre la eficacia de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España, tema de gran

Esta referencia a la confianza mutua es el que, desde nuestro punto de vista, podría representar el principal escollo para que este principio de reconocimiento mutuo pudiera ser de aplicación en el espacio judicial iberoamericano, ya que, los cimientos sobre los que se construye el espacio de libertad, seguridad y justicia son, como acabamos de ver, muy diferentes de los que sustentan el espacio regional en el que opera la COMJIB, donde esa confianza mutua, base del proceso de integración europea, se ve frecuentemente cuestionada por los vaivenes políticos a los que los gobernantes de turno someten a sus diferentes países.

Por este motivo, pensar que el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones, piedra angular del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, puede resultar una quimera, pero tal vez, atenuado de alguna forma, mucho en algunos casos, podría ser la simiente para una cooperación más eficiente entre los diferentes países.

Cuando en Europa se estudió la forma a través de la cual se podría llegar a la ejecución automática de las resoluciones, se plantearon dos posibles alternativas: la primera de ellas, que en nuestra opinión hubiera sido la más deseable, sería la creación de un verdadero título ejecutivo europeo homologado en todo el territorio de la Unión Europea y que sería el que directamente deberían emitir las autoridades judiciales de los Estados miembros, y por otro lado, la segunda fórmula, que consistiría en remitir la sentencia acompañada de un certificado, que sería el que la dotaría de fuerza ejecutiva en el otro Estado.

Por las razones que hemos señalado, debemos descartar para el espacio judicial iberoamericano la primera de las formulas propuestas, aquella en la que el reconocimiento fuese puro y automático a través de la expedición de un título ejecutivo europeo (iberoamericano, en el caso que nos ocupa), en materia penal, cuya existencia y vigencia sería lo único que debería comprobar el órgano jurisdiccional del Estado de ejecución. Decimos que deberíamos descartarla por cuanto, incluso en el ámbito de la Unión Europea, dicha idea fue desechada debido a las evidentes dificultades que la creación de este título ejecutivo europeo podría generar, principalmente por el recelo (idéntico al que decimos que se produciría en el espacio judicial iberoamericano) que la coexistencia de diferentes sistemas procesales de muy diferente perfil garantista provocaba entre algunos de los Estados con una mayor tradición democrática<sup>35</sup>.

Por esta razón, la Unión Europea optó por la segunda fórmula a la hora de regular el primero de los instrumentos de reconocimiento mutuo que abordó y que fue la orden de detención europea, estableciendo una serie de condiciones para proceder al reconocimiento mutuo y fijando, al mismo tiempo, causas de denegación de la misma, algunas de carácter obligatorio y otras de carácter facultativo, que el Juez del Estado de ejecución debería valorar y aplicar, cumpliendo con esa función de garante de los derechos de los afectados por el reconocimiento mutuo de ese instrumento<sup>36</sup>.

No obstante, incluso esta concepción más restringida del principio de reconocimiento mutuo despertó críticas y reticencias en algunos Estados, especialmente Alemania, que manifestaron, en relación con la implementación de la Decisión Marco sobre orden europea de detención, cierta

---

actualidad tras las recientes excarcelaciones producidas por la anulación de la denominada *Doctrina Parot*, ver la completa monografía de BUJOSA VADELL (1997).

35 Ver la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, COM (2000)495, de 26 de julio de 2000, sobre "Reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal", p. 18, donde se alude a las dificultades relativas a la lengua, a las diversidades de legislación, de procesos, de procedimientos, de autoridades judiciales y su número, a la regulación enfrentada del juicio en ausencia, a los criterios distintos de jurisdicción y competencia, e incluso el diverso nivel de protección y garantía de los derechos y libertades fundamentales en el proceso penal, que harían prácticamente inviable la creación de ese título.

36 Sobre la transposición a los diferentes Estados miembros de las causas de denegación de la orden europea previstas en la Decisión Marco sobre la orden de detención europea, puede consultarse CEDEÑO HERNÁN (2010).

desconfianza hacia lo que consideraban una disminución del grado de protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos y que culminaron con diversos pronunciamientos acerca de la inconstitucionalidad de la norma por sus Tribunales Constitucionales<sup>37</sup>.

Estos pronunciamientos sirvieron para reforzar la idea de que la supresión del principio de doble incriminación para determinados delitos, entre ellos los de corrupción, debería ir acompañado, de una necesaria armonización de la normativa comunitaria sobre los mismos, armonización que no se ha producido salvo en algunos casos, ya que, de lo contrario, estaríamos declarando la vigencia de un principio de máxima punibilidad, difícilmente conjugable con un sistema de mínima cautela que sería el que resultaría de una aplicación más generosa del reconocimiento mutuo, que obligaría a llegar a acuerdos de mínimos sobre las garantías procesales exigibles para proceder a dicho reconocimiento, que iría en detrimento de aquellos Estados con un sistema procesal más garantista<sup>38</sup>.

Y tras esta introducción al espacio judicial europeo y al principio que le sirve de piedra angular, como paradigma de lo eficaz que puede llegar a ser la cooperación judicial internacional en el espacio judicial iberoamericano que abarca la COMJIB, finalizaríamos el análisis de los que, desde nuestro punto de vista, son los principales instrumentos que, desde un punto de vista político criminal, han sido incorporados por el legislador español a nuestro ordenamiento procesal penal.

## REFLEXIONES FINALES

A partir del análisis llevado a cabo en nuestro trabajo, podríamos llegar a una serie de conclusiones, siendo quizás, la principal de todas ellas, la necesaria puesta en marcha de instrumentos de política criminal que reconcilien a la sociedad con el Estado, a la hora de percibir que se está llevando a cabo una eficaz lucha contra la corrupción.

En este sentido, y en relación con la actuación del Ministerio Fiscal, como principal ejecutor de la política criminal del Gobierno en la lucha contra la corrupción, consideramos que pueden existir motivos para sospechar que el órgano al que nuestra Constitución otorga la función de defender la legalidad, quizás no actúa siempre de manera plenamente imparcial, sino que, en ocasiones, parece obedecer otro tipo de intereses de carácter político o económico.

Desde luego que esto no sucede en todos los casos, quizás tan solo en algunos, quizás en tan solo unos pocos, pero precisamente son estos, con un importante componente mediático, los que hacen que esa desconfianza vaya en aumento, motivada, sobre todo, por la dependencia del Ministerio Fiscal con respecto al Poder Ejecutivo. Esta dependencia es la que, al menos de momento, desaconseja atribuir a dicho órgano la dirección de la instrucción, tal y como parece ser la intención

---

37 En este sentido el Tribunal Federal Constitucional alemán, llega a afirmar, en Sentencia de 18 de julio de 2015, que, pese a la presunción genérica de que todos los Estados miembros de la Unión Europea son respetuosos con los derechos y libertades fundamentales y los principios reconocidos, con base en ese fundamento común al que antes hicimos referencia, sin embargo, el Legislador alemán tiene la obligación de comprobar, en cada caso concreto, que tales principios están siendo observados por la autoridad que pretende ejercer su poder punitivo sobre uno de sus nacionales en un exceso de celo que, prácticamente, cuestionaba la propia viabilidad del espacio de libertad, seguridad y justicia. Sobre este aspecto, puede consultarse ORMAZABAL SÁNCHEZ (2006). Sobre los cuestionamientos de la constitucionalidad de las leyes de implementación en Alemania y en otros países, también puede verse MARTÍN MARTÍNEZ (2006:179-200).

38 En este sentido, aunque la propia Decisión Marco de la orden europea señalaba que su aprobación no impediría a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales, relativas al derecho a un proceso equitativo, vía a través de la cual Alemania recogió como causa de denegación "[...] la violación o vulneración de derechos fundamentales constitucionales de carácter nacional", lo cierto es que dicha cláusula, aunque legítima, la Comisión considera que debería limitarse a casos muy concretos y excepcionales, ya que no se trata de comparar sistemas procesales sino tan solo de comprobar si se reúnen los requisitos exigibles y exigidos para el reconocimiento.

del titular del Ministerio de Justicia, siendo de momento preferible, por las razones expresadas a lo largo de nuestro trabajo, mantener esta opción, como hasta ahora, en suspenso, en tanto en cuanto no se lleve a cabo una profunda reforma de dicha institución que refuerce su autonomía, algo para lo que, de momento, no existe el consenso necesario.

Del mismo modo, nos mostramos favorables al mantenimiento de la posibilidad de ejercicio de la acción popular, sin más restricciones que las necesarias para evitar un uso torticero de la misma, pues consideramos que su existencia sirve de control a la actuación del Ministerio Fiscal, algo bastante evidente, a la par que necesario, a la vista de algunos procesos penales a los que hemos asistido en los últimos años.

Del mismo modo entendemos que la lucha contra la corrupción y la cooperación internacional en el ámbito procesal son elementos que necesariamente deben ir de la mano sobre todo a la hora de que la Oficina de Gestión y Recuperación de Activos pueda desarrollar su labor de una forma más eficiente, para lo que hemos estudiado la experiencia desarrollada en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, valorando la aplicabilidad de ese sistema al ámbito territorial de la COMJIB.

No obstante, y pese a ser conscientes de las importantes diferencias políticas que existen entre ambas instituciones, sobre todo, en la ausencia de esa confianza recíproca entre los diferentes Estados, que supone el principal impedimento para la adopción del principio de reconocimiento mutuo en el espacio judicial iberoamericano, pensamos que la cooperación procesal europea podría ser un espejo útil en el que podría mirarse la cooperación regional iberoamericana, para alcanzar una mayor y más efectiva lucha contra la corrupción.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, M. (2012) "El exhorto europeo de investigación: la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas", *Boletín del Ministerio de Justicia*, número 2145.
- AGUILERA MORALES, M. (2019) "La implementación de la orden europea de investigación: El dolor de la lucidez", en BUENO DE MATA, F. (dir.) *La cooperación procesal internacional en la sociedad del conocimiento*. Atelier, Barcelona.
- ARANGÜENA FANEGO, C. (2003) "La orden europea de detención y entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la 'euroorden'", *Revista de Derecho Penal*, número 10, Editorial Lex Nova.
- ARANGÜENA FANEGO, C. (2017) "Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 58.
- ALAMO GONZÁLEZ, D. P. (2018) "La instrucción del proceso penal por jueces instructores: una garantía del Estado de derecho en el sistema penal español", *Diario La Ley*, número 9185, Sección Doctrina, 25 de abril de 2018.
- ALMAGRO NOSETE, J. (1989) "Acción popular". In: CALVO SÁNCHEZ, M. C. (dir.): *La reforma del proceso penal II. Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- BACHMAIER WINTER, L. (2012) "La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación", *Diario La Ley*, número 7992.
- BLANCO CORDERO, I. (2005) "El principio *ne bis in idem* en la Unión Europea", *Diario La Ley*, número 6285.
- BUJOSA VADELL, L. M. (1997) *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Tecnos, Madrid.
- BUJOSA VADELL, L. M. (2004) "Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales penales: estado de la cuestión en la Unión Europea", en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Centro de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- BUJOSA VADELL, L. M. (2010) "El principio de especialidad y la orden europea de detención y entrega", *Revista General de Derecho Europeo*.
- CARRASCOSA LÓPEZ, V. y JAUME BENNASAR, A. (2012) "Las Redes de Cooperación Judicial en Iberoamérica y Europa", en *Estudios sobre Derecho y Nuevas Tecnologías*, Andavira Editora, Santiago de Compostela.
- CARRETERO SÁNCHEZ, A. (2017) "El pretendido fin del juez de instrucción", *Diario La Ley*, N° 9063, Sección Tribuna, 18 de octubre de 2017.
- CARRILLO DEL TESO, A. E. (2018) "Ministerio Fiscal y medios de comunicación", en RODRIGUEZ-GARCIA, N., CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A. y LETURIA INFANTE, F. J., *Justicia penal pública y medios de comunicación*. Valencia: Tirant lo Blanc, 101-117.

- CARRILLO SALCEDO, J. A. (2003) *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid.
- CARRIZO GONZALEZ-CASTELL (2015) "La Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea", *Revista General de Derecho Europeo*, 36, mayo de 2015.
- CEDEÑO HERNÁN, M. (2010) *La orden de detención y entrega europea: los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega*, Editorial Thomson-Civitas, Cizur Menor.
- CONSEJO DE EUROPA (2018) *Informe del GRECO (Grupo de Estados contra la Corrupción)*. Disponible en [https://www.eldiario.es/politica/Consejo-Europa-Espana-recomendaciones-corrupcion\\_0\\_913758791.html#informe](https://www.eldiario.es/politica/Consejo-Europa-Espana-recomendaciones-corrupcion_0_913758791.html#informe). Fecha de última consulta: 20 de junio de 2020.
- DE HOYOS SANCHO, M. (2005) "Eficacia transnacional del *non bis in idem* y denegación de la euroorden", *Diario La Ley*, número 6330.
- DE MIGUEL ZARAGOZA, J. (2003) "Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición", *Actualidad Penal*, número 4.
- DELGADO MARTÍN, J. (2003) "La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea", en *Derecho Penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, número 13.
- DIAZ BARRADO, C. M. (2000) "La cooperación policial y judicial en materia penal en el seno de la Unión Europea", en *Noticias de la Unión Europea*, número 186.
- DIAZ PITA, M. P. (2015) "La orden europea de investigación en materia penal (OEI) y la lucha contra la criminalidad organizada transnacional en la Unión Europea", *Observatorio de Criminalidad Organizada Transnacional*, 12 de Mayo de 2015. Disponible en: <http://crimtrans.usal.es/?q=node/138>.
- DUEÑAS JIMÉNEZ, V. (1997) "La cooperación judicial penal". In: *El Tercer Pilar de la Unión Europea. La cooperación en asuntos de justicia e interior*, Secretaría General Técnica, Ministerio del Interior, Madrid.
- FAGGIANI, V. (2016) "El principio de reconocimiento mutuo en el espacio europeo de justicia penal: Elementos para una construcción dogmática", *Revista General de Derecho Europeo*, número 38.
- FERNÁNDEZ DE MARCOS Y MORALES, M. (1993) "Los derechos humanos y el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número XI.
- FONSECA MORILLO, F. J. (2003) "La orden de detención y entrega europea", *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, número 14.
- GALGO PECO, A. (2000) "La Red Judicial Europea". In: *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial, 28-2000, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- GIMENO SENDRA, V. (2011) "El régimen de intervención de las partes privadas en el Anteproyecto de LECrim de 2011", *Diario La Ley*, número 7738, Sección Doctrina, de 17 de noviembre de 2011.
- GÓMEZ COLOMER, J. L. (2018) "La Fiscalía española ¿Debe ser una institución independiente?". In: *Teoría y realidad constitucional*, número 41, 2018.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, J. J. y NIETO MARTÍN, A. (2016) "La investigación de los delitos económicos en España: intentando poner orden en el camarote de los Hermanos Marx", *Diario La Ley*, número 8768, Sección Doctrina, 24 de mayo de 2016.
- GONZÁLEZ NAVARRO, A. (2019) "La retirada de la acusación y la posible desaparición de la acusación popular: un binomio fatal en las causas por corrupción y delincuencia económica", en *La Ley Penal*, número 137, marzo-abril de 2019.
- HERNAIZ, C. E, PHELAN, M., y CAMACHO, J. (2014) "Sobre las mediciones de corrupción y su relación con el desarrollo y el bienestar en América Latina", *Paradigmas*, 6.
- IRURZUN MONTORO, F. (2002) "Últimos avances y propuestas de la Unión Europea en la cooperación judicial penal", en *Revista del Ministerio Fiscal*, número 10.
- JIMENO BULNES, M. (2004) "La orden europea de detención y entrega: aspectos procesales", *La Ley*, número 5979.
- LÓPEZ ORTEGA, J. J. (2003) "El futuro de la extradición en Europa", Apéndice en CEZÓN GONZÁLEZ, C., *Derecho Extradicional*, Colección de Estudios Penales 6, Dykinson, Madrid.
- LÓPEZ ORTEGA, J. J. (2002) "La orden de detención europea", en *Jueces para la Democracia*, número 45.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (1995) "El Convenio Europeo de Derechos Humanos y las políticas de justicia e interior en la Unión Europea", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número XXIII.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (2003) "El anteproyecto de ley sobre la orden europea de detención y entrega", en *Actualidad Penal*, número 1.
- MARTÍN DIZ, F. (2003) "Garantías procesales básicas en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación Rei Alfonso Henríquez, Zamora.
- MARTÍN DIZ, F. (2005) "Los equipos conjuntos de investigación como técnica de cooperación procesal en la Unión Europea", *Poder Judicial*, número 78.
- MARTIN GARCÍA, A. L. y BUJOSA VADELL, L.M. (2016) *La obtención de prueba en materia penal en la Unión Europea*. Barcelona: Atelier.
- MARTÍN MARTÍNEZ, M. (2006) *Revista de Derecho de la Unión Europea*, número 10.

- MARTÍN SAGRADO, O. (2016) "El uso patológico de la acusación popular. Su inaplazable reforma", *Diario La Ley*, número 8743, Sección Tribuna, 18 de abril de 2016.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E. (2016) *La orden europea de investigación*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORÁN MARTÍNEZ, R. A. (2004) "El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso: las decisiones marco", en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Centro de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- NIEVA FENOLL, J. (2012) *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Edisofer.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G. (2006) *Espacio penal europeo y mutuo reconocimiento. Perspectivas alemana y española*, Editorial Marcial Pons, Madrid.
- PEITEADO MARISCAL, P. (2006) *El reconocimiento mutuo de resoluciones penales definitivas en la Unión Europea*, Colex, Madrid.
- PEREZ-CRUZ MARTÍN, A. (2018) "Constitución y acción penal pública", en RORIGUEZ-GARCIA, N., CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A. y LETURIA INFANTE, F. J. (dirs.) *Justicia penal pública y medios de comunicación*. Valencia: Tirant lo Blanc (119-202).
- PODER JUDICIAL (2005) *La imagen de la Justicia en la sociedad española*. Disponible en : <http://www.poderjudicial.es/stfls/ESTADISTICA%20JUDICIAL%20NUEVO/FICHEROS/9003%20Barometro%20CGPJ/A/C3%B1os%20Anteriores/Barometro%202005.pdf>. Fecha de última consulta: 20 de mayo de 2020.
- RANGEL GARCÍA-ZARCO, R. (2013) "Novedades en materia de partes en el borrador de Código Procesal Penal". In: *Diario La Ley*, número 8174, Sección: Tribuna, de 21 de octubre de 2013.
- RODRÍGUEZ LAÍNZ, J. L. (2017) "Manifiesto por el mantenimiento de la figura del juez de instrucción", *Diario La Ley*, número 9059, Sección Doctrina, 11 de octubre de 2017.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2008) "Asistencia judicial penal para luchar contra la corrupción, el blanqueo de capitales y la delincuencia organizada: algunos apuntes sobre el Convenio Europeo de 2000", Corrupción y delincuencia económica, Ediciones Gustavo Ibáñez, Bogotá.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2008) "Cooperación judicial penal en la Unión Europea: algunas experiencias orgánicas para hacer frente a la delincuencia grave con dimensión transfronteriza", Hacia un verdadero espacio judicial europeo (BUJOSA VADELL, L., coord.), Comares, Granada.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2018) "Recelo mediático a la pervivencia de la acción popular en el sistema penal español", en RODRÍGUEZ-GARCIA, N., CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A. y LETURIA INFANTE, F. J. (dirs.) *Justicia penal pública y medios de comunicación*. Valencia: Tirant lo Blanc (203-277).
- SALCEDO VELASCO, A. (1993) "Mecanismos procesales de cooperación judicial", en AA.VV. *Política común de justicia e interior en Europa*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- SANZ HERMIDA, A. (2002) *El nuevo proceso penal del menor*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca.
- SANZ MULAS, N. (2017) *Política criminal*. Salamanca: Ratio Legis.
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL (2018) Medidas urgentes en España contra la Corrupción. Disponible en [https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/02/medidas\\_urgentes\\_spain.pdf](https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/02/medidas_urgentes_spain.pdf). Fecha de última consulta: 20 de junio de 2020.
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL (2019) Informe de Transparencia Internacional para el Examen Periódico Universal de España para el año 2020. Disponible en <https://transparencia.org.es/informe-de-ti-e-para-el-examen-periodico-universal-de-espana-2020/>. Fecha de última consulta: 20 de junio de 2020.
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL (2020) Informe sobre el índice de percepción de la corrupción 2019. Disponible en <https://transparencia.org.es/ipc-2019/>. Fecha de última consulta: 20 de mayo de 2020.
- VALLE GARAGORRI, R. (2000) "La cumbre europea extraordinaria de Tampere", en *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*, Secretaría General Técnica, Ministerio del Interior, Madrid, 2000.
- VERCHER NOGUERA, A. (2014) "España", en FABIAN CAPARRÓS, E., ONTIVEROS ALONSO, M., RODRIGUEZ-GARCÍA, N., ORSI, O. G. (coords.) *El Ministerio Fiscal en el combate a la corrupción: experiencias y perspectivas desde los sistemas penales de Iberoamérica*. México DF: UBUJUS, págs. 319-339.
- VILLODRE LÓPEZ, J. (2018 a) "La Orden Europea de investigación penal: transposición de la Directiva 2014/41 del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 (I)", *Diario La Ley*, de 24 de mayo de 2018.
- VILLODRE LÓPEZ, J. (2018 b) "La Orden Europea de investigación penal: transposición de la Directiva 2014/41 del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 (II)", *Diario La Ley*, de 5 de octubre de 2018.
- VV. AA., (2015) *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea* (ARANGÜENA FANEGO, C., DE HOYOS SANCHO, M., RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., coordinadoras), Editorial THOMSON REUTERS-ARANZADI, Cizur Menor.
- VV. AA. (2019) *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, GONZÁLEZ CANO, M. I. (coord.) 2019.

# A declaração de vontade na perspectiva do Direito Civil alemão

LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI<sup>1</sup>

Sumário: Introdução. 1. Origem histórica da noção de declaração de vontade. 2. A noção de declaração de vontade. 3. A declaração de vontade e a segurança das relações jurídicas. 4. Os elementos constitutivos da declaração de vontade. 4.1. O elemento subjetivo. 4.2. O elemento objetivo. 5. A eficácia da declaração de vontade. 5.1. A distinção entre declaração de vontade receptícia e não receptícia. 5.2. A emissão da declaração de vontade. 5.3. A rejeição das teorias da emissão. 5.4. O sistema de recepção do § 130 do BGB. 5.5. A repercussão da revogação da declaração de vontade. 6. A vontade declarada por meio de representação. 6.1. Generalidades sobre a teoria da representação. 6.2. A representação legal e a representação voluntária. 6.3. Atos praticados por terceiro sem poder de representação. 7. Os vícios da declaração de vontade. 7.1. O campo de atuação da teoria dos vícios de consentimento. 7.2. A divergência consciente entre a vontade e a declaração. 7.3. A divergência inconsciente entre a vontade e a declaração. 7.4. A sanção em caso de divergência entre a vontade e a declaração. 7.5. A reparação do interesse negativo em caso de anulação unilateral. Considerações finais.

## INTRODUÇÃO

A declaração de vontade constitui uma noção central do Direito Privado alemão. Em face das disposições constantes do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB), a declaração de vontade forma um conceito transversal que permeia todo o Direito Privado.

Isso significa que na conclusão de um contrato, na regulação de uma sucessão testamentária ou na realização da transmissão de uma propriedade, o regime geral das declarações de vontade (*Recht der Willenserklärungen*) se aplica sistematicamente para apreciar a validade do negócio jurídico ou para cuidar de eventuais vícios da vontade do declarante. Ainda, vale notar que um negócio jurídico, seja qual for o seu tipo, não pode ser concebido sem que haja pelo menos uma declaração de vontade, de maneira que é correto afirmar que o negócio jurídico está alicerçado na declaração de vontade.

Após a compreensão da noção e da importância da declaração de vontade, passa-se à análise dos seus elementos constitutivos. Especial destaque é dado à vontade declarada por meio de representação, cujo sistema autônomo é um dos traços característicos do Direito alemão. O texto também estuda o tratamento dado pelo sistema alemão às declarações patológicas de vontade, isto é, afetadas por defeitos. Por fim, o estudo panorâmico da matéria busca instigar o leitor a melhor compreender a importância da declaração de vontade e a procurar soluções no Direito alemão para problemas existentes no Brasil.

Assim sendo, em face da importância da temática, que inclusive influenciou na elaboração das codificações civis brasileiras (1916 e 2002), o presente artigo propõe um estudo abrangente da declaração de vontade no Direito alemão. Eventuais aproximações e diferenças existentes

1 Livre-Docente e Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutor em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-Doutor em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP). Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal na Seção Judiciária de São Paulo.

entre o Direito alemão e o brasileiro serão apontadas, o que certamente permitirá uma melhor compreensão do papel socioeconômico da declaração de vontade. Por fim, trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente em revisão bibliográfica e na investigação da legislação.

## 1. ORIGEM HISTÓRICA DA NOÇÃO DE DECLARAÇÃO DE VONTADE

O conceito de declaração de vontade tem suas origens no século XVII, nas teorias desenvolvidas pela Escola de Direito Natural. Com base na análise da *promissio* do Direito Canônico, Grotius considerou que uma vontade deveria ser declarada para produzir efeitos jurídicos, e que uma declaração errônea, por parte do declarante, deveria ensejar a reparação do dano resultante. As ideias de Grotius foram recebidas de forma diferente pelas doutrinas francesa e alemã. Enquanto Pothier não adotou a exigência de uma exteriorização da vontade no momento da formação do contrato, os autores alemães a aprofundaram para construir as bases da atual concepção de consentimento do Direito alemão<sup>2</sup>.

O termo “declaração de vontade” já era usado pela Lei Geral da Prússia (*Allgemeines Landrecht für Preußischen Staten* – ALR), tendo adquirido importância central no século XIX, o que também ocorreu com o termo “negócio jurídico” (*Rechtsgeschäft*)<sup>3</sup>.

Na mesma linha, o BGB, mais tarde, igualmente deu grande importância à declaração de vontade, que foi considerada como instrumento fundamental para a realização da autonomia privada.

## 2. A NOÇÃO DE DECLARAÇÃO DE VONTADE

A codificação civil alemã não apresenta uma definição de declaração de vontade (*Willenserklärung*) e também não especifica os seus elementos constitutivos (§§ 116 a 144 do BGB), mas consagra inúmeras disposições à temática. No âmbito doutrinário, a declaração de vontade geralmente é conceituada como uma manifestação de vontade de uma pessoa que é realizada, com vistas a uma consequência jurídica<sup>4</sup>.

A declaração de vontade existe então somente quando a manifestação tem como objetivo consequências jurídicas. Se uma pessoa, por exemplo, diz que quer ir com outra ao cinema, nesse caso não há nenhuma declaração de vontade no sentido jurídico, uma vez que a declaração não tem implicações jurídicas.

Embora o Código Civil alemão não faça uma distinção rigorosa entre declaração de vontade e negócio jurídico, é certo que tais termos não são idênticos. A declaração de vontade constitui o núcleo do negócio jurídico, sendo então um elemento necessário do negócio jurídico, que deve ser composto por, pelo menos, uma declaração de vontade<sup>5</sup>. O contrato, por sua vez, é um negócio jurídico bilateral composto por duas declarações de vontade<sup>6</sup>. Há ainda negócios jurídicos que são compostos por várias declarações de vontade, como é o caso da constituição de uma sociedade<sup>7</sup>.

2 GROTIVS, Hugo; POTHIER, Robert apud FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 73.

3 Cf. LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 11. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022, p. 114.

4 Cf. KÖHLER, Helmut. *BGB AT*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2014, p. 5.

5 Cf. BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 75.

6 Cf. DECKENBROCK, Christian; HÖPFNER, Clemens. *Bürgerliches Vermögensrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 49.

7 Cf. SCHACK, Haimo. *BGB – Allgemeiner Teil*. 14. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2013, p. 54.

Nessa senda, na conclusão de um negócio jurídico devem estar presentes as declarações de vontades de todas as partes. Faltando a declaração de vontade, o negócio jurídico não se realiza<sup>8</sup>.

Portanto, os atos jurídicos, independentemente de sua natureza (atos criadores de obrigação, atos translativos de propriedade, contrato de casamento, testamento, resolução de uma assembleia geral de uma sociedade por ações, etc.), são, portanto, dotados de regras comuns<sup>9</sup>.

### 3. A DECLARAÇÃO DE VONTADE E A SEGURANÇA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

Classicamente, o Direito alemão é apresentado como um sistema jurídico que, a fim de preservar a segurança das relações jurídicas, atribui grande importância à declaração de vontade, que é entendida como um fato social e não como a única manifestação exterior de uma vontade pertencente ao foro interno do indivíduo.

Considerou-se perigoso o dogma da vontade (*Willensdogma*) para a segurança das transações, pois permitiria a anulação, em nome de uma vontade secreta, de uma declaração de vontade que seu destinatário acreditava ser válida. Assim sendo, a força jurídica dada pela lei a uma declaração de vontade não resultaria propriamente da vontade, mas sim da declaração da vontade, tal qual qualquer homem honesto e esclarecido a teria entendido<sup>10</sup>.

Por isso, diz-se que os autores do BGB se inspiraram na teoria da declaração (*Erklärungstheorie*)<sup>11</sup>, enquanto o Direito francês teria sido construído com base na teoria da vontade (*Willenstheorie*), que dá prevalência justamente à vontade. Contudo, por trás das aparências do Código Civil francês e do BGB alemão escondem-se soluções mais ou menos similares. De fato, pode-se dizer que ao longo dos anos as diferenças entre os dois sistemas diminuíram, de modo que atualmente o Direito Civil alemão e o francês alcançaram um equilíbrio sutil entre o respeito à vontade interna do declarante e a proteção do terceiro, o qual deve poder confiar na declaração que recebeu<sup>12</sup>.

### 4. OS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA DECLARAÇÃO DE VONTADE

O BGB não regulou expressamente os elementos que devem necessariamente compor uma declaração de vontade. Entretanto, na doutrina e na jurisprudência se afirma que, para que uma manifestação individual possa ser qualificada como uma declaração de vontade, é necessária a presença de dois elementos constitutivos<sup>13</sup>.

Há um elemento que é subjetivo (*subjektiver Tatbestand*), isto é, a vontade (*Wille*), e outro elemento que é objetivo (*objektiver Tatbestand*), ou seja, a declaração (*Erklärung*), a qual pode ser feita de forma expressa ou tácita. Em todo caso, é importante lembrar que a vontade e a declaração não necessariamente coincidem<sup>14</sup>.

8 Cf. SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2016, p. 210.

9 Cf. WITZ, Claude. *Le droit allemand*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2018, p. 117.

10 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 74.

11 Conforme ensina Francisco Amaral, é mais acertado dizer que o sistema do Código Civil brasileiro de 2002, “[...] tomando como ponto de partida a declaração de vontade (na qual a intenção se consubstancia) e como critério de interpretação a boa-fé e os usos do lugar (art. 113), optou pela concepção objetiva e, conseqüentemente, pela teoria da declaração” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 477).

12 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 74.

13 Cf. EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 19-20.

14 Cf. DECKENBROCK, Christian; HÖPFNER, Clemens, op. cit., p. 49.

#### 4.1. O elemento subjetivo

Com base nos conhecimentos de psicologia da época em que o BGB foi elaborado, ainda hoje a doutrina alemã divide o elemento subjetivo (ou interno) em três componentes: a) A vontade de agir (*Handlungswille*); b) A consciência de fazer uma declaração (*Erklärungsbewusstsein*); e c) A vontade de realizar um determinado negócio jurídico (*Geschäftswille*)<sup>15</sup>.

Na prática, porém, a distinção somente vai apresentar relevância diante de casos patológicos, quando falta um dos três componentes e este defeito pode levar à invalidação da declaração e, conseqüentemente, do negócio jurídico. Em todo caso, não existe consenso na literatura jurídica acerca de quais elementos são necessários para que exista a declaração de vontade<sup>16</sup>. Há quem entenda, por exemplo, que é suficiente a presença apenas da vontade de agir e da consciência de fazer uma declaração<sup>17</sup>.

##### a) A vontade de agir

A vontade de agir (*Handlungswille*) implica, por parte do autor da declaração, uma consciência de agir. A existência da vontade de agir é condição para a existência de uma declaração de vontade. No caso de comportamento inconsciente ou de coerção física direta (*vis absoluta*), não há vontade de agir e, portanto, inexistente declaração de vontade<sup>18</sup>. Os raros exemplos de ausência de vontade de agir aparecem como hipóteses teóricas, como é o caso de palavras ditas durante o sono ou sob o efeito de hipnose, ou ainda palavras escritas quando a mão do signatário é guiada à força por um terceiro<sup>19</sup>.

##### b) A consciência de fazer uma declaração

O segundo componente do elemento subjetivo é a consciência de fazer uma declaração (*Erklärungsbewusstsein*), que existirá quando a pessoa que emite uma declaração está ciente de que ela apresentará algum tipo de efeito jurídico. A pessoa deve então saber que está declarando algo legalmente relevante e que, por isso, está se vinculando juridicamente<sup>20</sup>.

Entretanto, pode ocorrer que uma pessoa emita uma declaração sem ter conhecimento de sua dimensão jurídica. O exemplo mais difundido nos manuais de Direito é o do leilão de vinhos na cidade de Tréveris (*Trierer Weinversteigerung*). Nesse caso, uma pessoa, durante um leilão, levanta o braço para cumprimentar um amigo que acabou de chegar, mas com o gesto acaba arrematando o objeto que estava sendo leiloado (*Vertragsschluss bei Versteigerung* – § 156 do BGB)<sup>21</sup>. A doutrina há muito está dividida sobre esse ponto. Parte dos estudiosos entende que na situação existiu a vontade de agir, mas faltou a consciência de fazer uma declaração<sup>22</sup>. Desse modo, o contrato não se formou devido à falta de uma oferta da pessoa que levantou seu braço, mas esta última pode ser obrigada a pagar uma indenização ao leiloeiro, em virtude da aplicação, por analogia, do § 122 do BGB. Segundo outra corrente doutrinária, a oferta foi realizada, entendimento que se baseia no princípio da confiança<sup>23</sup>.

15 Cf. KÖHLER, Helmut, op. cit., p. 6.

16 Cf. EISENHARDT, Ulrich, op. cit., p. 21.

17 Cf. RÜTHERS, Bernd; STADLER, Astrid. *Allgemeiner Teil des BGB*. 20. ed. München: C. H. Beck, 2020, p. 134.

18 Idem, ibidem.

19 Cf. SINGER, Reinhard. Vorbemerkung zu § 116 ff. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Allgemeiner Teil: § 90-124; 130-133. Berlin: Sellier, 2012, p. 456-457.

20 Cf. ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*. 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 143.

21 Cf. SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin, op. cit., p. 211.

22 Cf. JAENSCH, Michael. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 4. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2018, p. 25.

23 Cf. WITZ, Claude, op. cit., p. 118.

Em todo caso, longe de ser uma situação hipotética, a omissão da consciência em emitir uma declaração é notadamente alegada nos casos em que um gesto pode ser interpretado como uma ratificação implícita ou uma renúncia. Igualmente, é questionável a validade, no âmbito do comércio eletrônico, de uma declaração feita em ignorância de seu valor jurídico<sup>24</sup>.

Acerca da temática, o Tribunal de Justiça Federal (*Bundesgerichtshof* – BGH) adotou uma posição intermediária, considerando válida a declaração de vontade feita sem que seu autor tivesse consciência de sua emissão, desde que o seu destinatário pudesse interpretá-la como uma declaração de vontade, segundo a boa-fé e os usos. Protege-se, assim, a legítima confiança do destinatário na existência de uma declaração de vontade<sup>25</sup>.

Para chegar à mencionada solução, o Tribunal de Justiça Federal (BGH) analisou um caso no qual um banco enviou uma carta a um dos seus clientes declarando que “assumiria a garantia”, ao mesmo tempo em que solicitava o valor atual das dívidas garantidas. Após descobrir que o cliente não tinha subscrito e nem pedido uma garantia, o banco usou a seu favor a falta de consciência de emitir uma declaração<sup>26</sup>.

A solução, criticada por parte da doutrina, constitui atualmente posicionamento reiterado pelos tribunais, fazendo prevalecer os interesses do destinatário da declaração e, portanto, está mais relacionada à teoria da declaração<sup>27</sup>.

#### c) A vontade de realizar um determinado negócio jurídico

O terceiro componente é a vontade de realizar um determinado tipo de negócio jurídico (*Geschäftswille*), isto é, de provocar uma consequência jurídica concreta. Fala-se também em vontade de desencadear um efeito jurídico determinado (*Rechtsfolgenwille*)<sup>28</sup>. No entanto, a necessidade da presença do terceiro componente para a existência da declaração de vontade é posição defendida por corrente minoritária da doutrina<sup>29</sup>.

## 4.2. O elemento objetivo

O elemento objetivo (ou externo) diz respeito à questão de se saber se o comportamento do declarante dá a impressão de uma declaração de vontade. Isso significa que a parte declarante deve fazer sua vontade conhecida<sup>30</sup>, o que pode ser realizado, em princípio, por todos os meios de comunicação que estiverem à disposição<sup>31</sup>.

#### a) A liberdade de escolher a forma da declaração

A vontade deve ser exteriorizada para que o Direito possa lhe conceder importância jurídica, não bastando a existência de uma vontade interna. Ainda, é necessário que a vontade do declarante possa ser compreendida<sup>32</sup>.

Como regra, se a legislação ou as partes não prescreverem diversamente (§ 125 do BGB), o autor da declaração de vontade é livre para escolher a forma adequada para expressar a sua

24 Cf. LEIPOLD, Dieter, op. cit., p. 122.

25 Cf. SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin, op. cit., p. 211.

26 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 76.

27 Cf. JAENSCH, Michael, op. cit., p. 25.

28 Cf. FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*. München: Franz Vahlen, 2018, p. 45.

29 Cf. SAKOWSKI, Klaus. *Grundlagen des Bürgerlichen Rechts*. 3. ed. Berlin: Springer, 2014, p. 45.

30 Cf. RÜTHERS, Bernd; STADLER, Astrid, op. cit., p. 132.

31 Cf. KALLWASS, Wolfgang; ABELS, Peter. *Privatrecht*. 23. ed. München: Franz Vahlen, 2018, p. 48.

32 Cf. EISENHARDT, Ulrich, op. cit., p. 20.

vontade (*Formfreiheit*)<sup>33</sup>. Nessa linha, qualquer comportamento que permita concluir pela existência de uma vontade é dotado de valor declarativo (*Erklärungswert*), podendo assim constituir o fundamento de uma declaração de vontade. Em todo caso, não obstante toda a revolução que tem sido promovida pelos desenvolvimentos tecnológicos, os meios de declaração mais importantes ainda são a palavra escrita e a palavra dita<sup>34</sup>.

#### b) A declaração de vontade expressa ou tácita

A legislação e parte da doutrina fazem distinção entre a declaração de vontade expressa (*ausdrückliche Willenserklärung*) e a declaração de vontade tácita (*stillschweigende Willenserklärung*)<sup>35</sup>.

O declarante emite uma declaração expressa quando a vontade é deduzida direta e imediatamente da declaração. A vontade é então expressa de tal forma que sua compreensão não necessita ser inferida das circunstâncias<sup>36</sup>. Isso se dá quando são utilizadas palavras inequívocas, desprovidas de ambiguidade, cujo significado é fixado pelo costume, pela lei ou mesmo por um acordo entre as partes.

Por outro lado, é tácita uma declaração que deve ser deduzida de indícios extrínsecos, como o comportamento de seu autor ou as circunstâncias em que ela foi feita, o que se passa, por exemplo, quando alguém embarca em um transporte público pago ou coloca uma moeda em uma máquina automática de bebidas. Fala-se, em tais situações, em declaração de vontade por comportamento concludente (*konkludentes Verhalten*)<sup>37</sup>.

Em geral, o BGB não faz distinção entre as declarações expressas e tácitas, sendo ambas admitidas. Contudo, há casos em que o BGB exige que uma declaração seja feita de forma expressa para ser válida, não sendo suficiente a declaração tácita, o que ocorre, por exemplo, no contrato de depósito irregular (§ 700, 2 do BGB – *Unregelmäßiger Verwahrungsvertrag*)<sup>38</sup>.

#### c) O significado jurídico do silêncio

O sentido da expressão silêncio (*Schweigen*), no âmbito jurídico, é diferente do que se encontra na linguagem coloquial. O silêncio não significa apenas não falar, mas sim conscientemente não se manifestar<sup>39</sup>.

O BGB parte do princípio de que o silêncio não tem significado jurídico. Por isso, o silêncio não pode, como regra, equivaler a uma declaração de vontade. Assim, o silêncio em relação a uma oferta de contrato não significa aceitação e nem rejeição, ainda que o ofertante anuncie que o silêncio será considerado como aceitação<sup>40</sup>.

De fato, apenas em algumas situações o silêncio pode indicar que foi feita uma declaração de vontade. Isso ocorre excepcionalmente nos casos em que as partes concordaram em dar valor declaratório ao comportamento puramente passivo (não por disposição unilateral)<sup>41</sup>, bem como

33 Cf. JESGARZEWSKI, Tim. *Wirtschaftsprivatrecht: Grundlagen und Praxis des Bürgerlichen Rechts*. 3. ed. Wiesbaden: Springer, 2016, p. 15.

34 Cf. FÖRSCHLER, Peter, op. cit., p. 45-46.

35 Cf. KALLWASS, Wolfgang; ABELS, Peter, op. cit., p. 48.

36 Cf. DECKENBROCK, Christian; HÖPFNER, Clemens, op. cit., p. 49-50.

37 Cf. MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 10. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2010, p. 138.

38 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 77.

39 Cf. WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: C. H. Beck, 2016, p. 343-344.

40 Cf. KALLWASS, Wolfgang; ABELS, Peter, op. cit., p. 49.

41 Cf. SAKOWSKI, Klaus, op. cit., p. 44.

nas hipóteses em que as disposições expressas do BGB atribuem ao silêncio o valor da aceitação tácita (*normiertes Schweigen*)<sup>42</sup>. Ainda, o silêncio só pode ser qualificado como uma declaração de vontade em função das circunstâncias que o envolvem e de acordo com o princípio da boa-fé objetiva (*nach Maßgabe von Treu und Glauben*)<sup>43</sup>.

Ademais, vale ainda mencionar uma importante exceção costumeira em matéria comercial, a carta de confirmação (*kaufmännisches Bestätigungsschreiben*)<sup>44</sup>. Para tal fim, é necessário supor que negociações foram entabuladas e que um dos participantes enviou uma carta a seu parceiro comercial na qual o estipulante, acreditando correta ou erroneamente que um acordo foi alcançado no final das negociações, reconhece a existência e os termos do contrato. Desde que o conteúdo da carta não exceda o que geralmente é previsto em tais missivas, o seu destinatário deve responder se não concordar com os seus termos, o que geralmente deve ser feito dentro de um prazo de três dias. Em caso de silêncio, considera-se que o contrato foi concluído em conformidade com as condições previstas pela carta de confirmação<sup>45</sup>.

## 5. A EFICÁCIA DA DECLARAÇÃO DE VONTADE

### 5.1. A distinção entre declaração de vontade receptícia e não receptícia

O momento de aperfeiçoamento da declaração depende de sua natureza jurídica e, mais precisamente, de sua qualificação quanto à distinção entre as declarações sujeitas a recepção (*empfangsbedürftige Willenserklärungen*) e as que não dependem de recepção (*nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen*)<sup>46</sup>. Tal distinção não corresponde necessariamente à natureza unilateral ou bilateral da declaração, pois a notificação rescisória (*die schriftliche Kündigung*), feita por um locador, é efetivamente um ato unilateral que, no entanto, exige a recepção, por parte de seu locatário<sup>47</sup>.

A declaração de vontade não receptícia torna-se eficaz desde o momento de sua emissão, sendo irrelevante o conhecimento de seu conteúdo por parte de outras pessoas. O testamento vale como exemplo, pois a sucessão pretendida pelo testador não depende do conhecimento por parte do herdeiro nomeado no testamento<sup>48</sup>.

A declaração de vontade receptícia, por sua vez, está sujeita à recepção por parte de outra pessoa<sup>49</sup>. Isso porque as relações jurídicas ocorrem entre determinadas pessoas, de maneira que a declaração de vontade terá normalmente um destinatário, ou seja, uma pessoa a quem é dirigida (*Erklärungsgegner*). Assim sendo, somente após o seu recebimento é que a declaração de vontade se torna eficaz<sup>50</sup>.

A jurisprudência alemã, com o objetivo de garantir maior segurança jurídica, sustenta o princípio da natureza receptícia das declarações de vontade. Por isso, considera-se que o Direito admite a natureza não receptícia, com eficácia no exato momento da manifestação de vontade, somente excepcionalmente, nas situações em que: a) O declarante pretenda regular os seus próprios negócios;

42 Cf. BÄHR, Peter, op. cit., p. 77.

43 Cf. RÜTHERS, Bernd; STADLER, Astrid, op. cit., p. 150-151.

44 Cf. KÖHLER, Helmut, op. cit., p. 7.

45 Cf. WITZ, Claude, op. cit., p. 120.

46 Cf. SCHACK, Haimo, op. cit., p. 58.

47 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 78.

48 Cf. SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin, op. cit., p. 222.

49 Cf. RÜTHERS, Bernd; STADLER, Astrid, op. cit., p. 162.

50 Cf. SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin, op. cit., p. 223.

b) Nenhum terceiro for diretamente afetado pela declaração<sup>51</sup>. Esse é o caso do testamento (§ 1937 do BGB) e da promessa de recompensa (*Auslobung* – § 657 do BGB)<sup>52</sup>.

## 5.2. A emissão da declaração de vontade

A natureza receptícia ou não receptícia da declaração de vontade é que determina as regras aplicáveis à sua emissão.

No que diz respeito à declaração de vontade qualificada como não receptícia, a sua eficácia é adquirida quando o processo de declaração é concluído e a vontade sai do foro íntimo do seu autor. Por outro lado, a emissão de uma declaração de vontade receptícia somente é válida se tiver sido feita de maneira que a recepção pelo seu destinatário possa ocorrer de acordo com o curso normal das coisas<sup>53</sup>.

Problema interessante em relação à declaração de vontade receptícia surge quando, sem o conhecimento do declarante, ocorre o seu envio ao destinatário. Nestes casos, o Tribunal de Justiça Federal (BGH) concluiu pela ineficácia da declaração e, portanto, pela nulidade do negócio jurídico. O destinatário que ignorava as condições nas quais a declaração chegou até ele, e que acreditava legitimamente na validade do ato, pode, no entanto, exigir o pagamento de indenização na medida do necessário para restituí-lo ao estado em que ele estaria se a declaração controversa nunca tivesse ocorrido<sup>54</sup>.

## 5.3. A rejeição das teorias da emissão

A declaração de vontade sujeita à recepção não se torna eficaz pelo simples fato de sua emissão. E tal afirmação ganha significado quando o declarante deseja retirar sua declaração após a sua emissão. Com efeito, o § 130, 1, do BGB, prevê que a declaração de vontade, se feita entre pessoas ausentes, “[...] não produz efeitos quando a revogação chega à outra pessoa anteriormente ou ao mesmo tempo”<sup>55</sup>.

Isso significa que, de acordo com o objetivo de garantir a segurança das transações jurídicas, a eficácia de uma declaração receptícia nunca é alcançada antes de sua recepção, ao contrário do que preconizam os defensores das teorias da declaração (*Erklärungstheorie*) ou da expedição (*Entäußerungstheorie*). Aliás, a adoção dessas teorias seria prejudicial para o destinatário, o qual poderia ficar involuntariamente obrigado.

## 5.4. O sistema de recepção do § 130 do BGB

A emissão de uma declaração de vontade ainda não significa que ela também tenha chegado ao destinatário e que ele tenha tomado conhecimento dela. Ocorre que o Código Civil alemão regulou apenas de forma incompleta a temática das condições e do momento em que uma declaração de vontade receptícia se torna eficaz<sup>56</sup>.

De fato, o sistema do § 130 do BGB trata apenas da hipótese da declaração realizada entre pessoas ausentes, ou seja, da declaração emitida na ausência do destinatário. Nesse caso,

51 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 78-79.

52 Cf. LEIPOLD, Dieter, op. cit., p. 172.

53 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 79.

54 Cf. SINGER, Reinhard, op. cit., p. 466.

55 § 130, 1 do BGB (Wirksamwerden der Willenserklärung gegenüber Abwesenden): “Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihm zugeht. Sie wird nicht wirksam, wenn dem anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht”.

56 Cf. SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin, op. cit., p. 225.

determina que a declaração de vontade se torna eficaz quando é recebida pelo seu destinatário, consagrando a teoria da recepção. Isso porque os autores do BGB não consideraram útil a regulação das declarações entre presentes, cuja recepção apenas dá origem a dificuldades marginais<sup>57</sup>.

Nesse contexto, o § 130 do BGB estabelece que a recepção pelo destinatário corresponde ao fato dele se encontrar em situação de se apropriar da declaração que a ele foi dirigida. O sistema foi projetado para garantir que se tome conhecimento da declaração (*Kenntnisnahme*). Assim, cabe ao declarante suportar os riscos da transmissão da declaração, pois o destinatário não tem nenhum poder sobre ela durante tal período. Entretanto, assim que a declaração chega à esfera de atribuição (*Machtbereich*) do destinatário, o risco passa a ser dele<sup>58</sup>.

Na ausência de regulamentação legal, o Tribunal de Justiça Federal (BGH) considerou que a recepção de uma declaração feita a uma pessoa ausente não ocorre quando ela chega ao destinatário, mas no momento em que se pode legitimamente esperar que o destinatário tenha tomado conhecimento da mesma<sup>59</sup>. Nessa linha, o depósito de uma carta numa caixa de correio ou a chegada de um *e-mail* não resulta na recepção imediata e, portanto, na eficácia instantânea da declaração. Com efeito, a entrega do correio deve chegar ao destinatário em dias e horas úteis, o que pode adiar a data da recepção em um ou mais dias, conforme determina o § 130 do BGB. Entretanto, se o destinatário tomou conhecimento de uma declaração antes daquela data, a doutrina majoritária admite que a eficácia da declaração pode ser invocada contra ele desde o referido momento<sup>60</sup>.

Por conseguinte, de acordo com a filosofia geral adotada pelo § 130 do BGB, os obstáculos à recepção devem ser tratados de forma diferente, dependendo se são ou não imputáveis ao destinatário. No primeiro caso, a jurisprudência não admite que o destinatário possa invocar a recepção tardia ou a falta de recepção para considerar a declaração como tendo chegado ao seu destino no momento em que, segundo os usos e a experiência, se poderia esperar o seu conhecimento. Além disso, presume-se que uma carta enviada por correio registrado tenha sido recebida pelo seu destinatário poucos dias após a sua notificação, independentemente de o destinatário ter ou não retirado a correspondência na agência dos correios. No segundo caso, pelo contrário, o destinatário pode invocar validamente os meios de defesa relativos à recepção tardia ou à falta de recepção da declaração<sup>61</sup>.

## 5.5. A repercussão da revogação da declaração de vontade

Depois de recebida pelo seu destinatário, a declaração de vontade é, em princípio, irrevogável, uma vez que é retirada da esfera de disposição do seu autor. Nessa senda, o § 130 do BGB prevê que a declaração só é ineficaz se a “[...] revogação chegar à outra pessoa antes ou ao mesmo tempo em que a recepção”<sup>62</sup>.

Outrossim, a eficácia de uma declaração de vontade não é afetada pela morte ulterior ou pela incapacidade posterior do declarante (§ 130, 2 do BGB)<sup>63</sup>. E, no que toca ao período de validade da declaração, a temática só foi regulada em relação à oferta contratual (*Angebot*), conforme dispõem os §§ 147 e 148 do BGB<sup>64</sup>.

57 Cf. BÄHR, Peter, op. cit., p. 77.

58 Cf. LEIPOLD, Dieter, op. cit., p. 174.

59 Cf. SCHACK, Haimo, op. cit., p. 59.

60 Cf. MEDICUS, Dieter, op. cit., p. 116.

61 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 81.

62 Cf. SCHACK, Haimo, op. cit., p. 58.

63 Cf. WITZ, Claude, op. cit., p. 118.

64 Tradução livre dos §§ 147 e 148 do BGB: § 147 do BGB (Período para aceitação): “(1) Uma oferta feita a uma pessoa

## 6. A VONTADE DECLARADA POR MEIO DE REPRESENTAÇÃO

### 6.1. Generalidades sobre a teoria da representação

A declaração de vontade pode ser realizada pelo próprio interessado ou por meio de um representante (*Stellvertretung*). O BGB contém um sistema autônomo de representação, que distingue claramente entre o poder de representação e o negócio jurídico que lhe serve de base, o que constitui um dos traços característicos da Parte Geral da codificação alemã (§§ 164 a 181 do BGB).

Tal sistema se baseia no princípio de que a declaração de vontade emitida por um representante vincula validamente o representado (§ 164, 1 do BGB). A codificação alemã distingue o representante do simples mensageiro ou núncio (*Bote*), que simplesmente transmite a declaração de vontade de outra pessoa<sup>65</sup>. Ainda, reconhece-se a existência da representação direta ou imediata (*direkter Stellvertretung*), quando o representante age em nome de outrem e no interesse de outrem, e da representação oculta ou indireta (*verdeckte oder indirekte Stellvertretung*), hipótese em que o representante atua no interesse de outrem, mas em nome próprio<sup>66</sup>.

### 6.2. A representação legal e a representação voluntária

A representação no Direito alemão, da mesma forma que no Direito brasileiro, pode ter origem legal ou voluntária.

A representação legal é aquela que se baseia na lei ou em uma nomeação prevista num texto de lei, como é o caso dos pais, que são os representantes legais dos seus filhos menores (§ 1629 do BGB), ou do tutor, que representa o seu tutelado. Igualmente, os dirigentes de uma associação ou de uma sociedade são equiparados a representantes, conforme dispõem os §§ 164 e seguintes do BGB, embora as regras de representação não esgotem, por si sós, os efeitos jurídicos das relações entre um grupo e os seus órgãos<sup>67</sup>.

A representação voluntária (*gewillkürte Vertretung*), por sua vez, está prevista nos §§ 165 e seguintes do BGB. Ela se baseia em um negócio jurídico unilateral da pessoa representada. Existe então uma distinção muito clara entre o poder de representação, conferido ao representante (*Vollmacht*), e a relação jurídica base que está em sua origem (*Grundverhältnis*)<sup>68</sup>.

Ao conceder uma procuração (*Vollmacht*), o representado atribui ao representante o poder de agir em seu nome em relação a terceiros. O objetivo deste primeiro ato é, portanto, regular as relações externas (*Außenverhältnis*). A declaração de vontade pela qual é conferido o poder de representação pode ser dirigida ao próprio representante, fala-se então de procuração interna (*Innenvollmacht*), ou pode ser dirigida ao terceiro interessado, quando se está diante da procuração externa (*Außenvollmacht*)<sup>69</sup>.

---

presente só pode ser aceita imediatamente. Isso também se aplica a uma oferta feita por uma pessoa a outra por telefone ou outra instalação técnica. (2) Uma oferta feita a uma pessoa ausente só poderá ser aceita até o momento em que o ofertante possa esperar receber a resposta em circunstâncias normais". § 148 do BGB (Fixação de um período de aceitação): "Se o ofertante tiver determinado um prazo para a aceitação de uma oferta, a aceitação só poderá ocorrer dentro desse prazo".

65 TUHR, Andreas von. *Bürgerliches Rechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer, 1923, p. 54.

66 Cf. KLUNZINGER, Eugen. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 16. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 204.

67 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 82.

68 Cf. LEIPOLD, Dieter, op. cit., p. 394.

69 Cf. SCHIEMANN, Gottfried. *Das Rechtsgeschäft*. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Eckpfeiler des Zivilrechts. 6. ed. Berlin: Sellier, 2018, p. 204.

Em se tratando de procuração interna, o representado tem a possibilidade de notificar o terceiro interessado, que poderá considerar que o representante designado tem poder de representação, desde que não seja notificado em contrário. Em todo caso, o representado é livre para revogar a procuração a qualquer momento (*Widerruf*)<sup>70</sup>, declarando sua extinção ao terceiro ou ao representante, independentemente de sua natureza interna ou externa<sup>71</sup>.

O segundo ato, também chamado de ato inicial ou causal, é normalmente um contrato. Frequentemente se trata de um contrato de mandato, de um contrato de prestação de serviços ou um de contrato de empreitada, o qual rege exclusivamente as relações entre o representado e o representante, ou seja, suas relações internas (*Innenverhältnis*)<sup>72</sup>. Assim, considerando que a outorga de poderes de representação (*Bevollmächtigung*) é um ato independente, eventual nulidade do contrato base não conduz automaticamente ao desaparecimento da procuração. Da mesma forma, as limitações do mandato acordadas entre o representante e o representado não são necessariamente vinculantes nas relações com terceiros<sup>73</sup>.

Tal separação entre as relações internas e as relações externas tem como objetivo garantir a segurança jurídica do terceiro. No entanto, isso não impede que certos eventos que afetem o contrato base afetem a validade da procuração. Esse é o caso da extinção da relação base, que põe um fim ao poder de representação, salvo estipulação em sentido contrário (§ 168, 1 do BGB)<sup>74</sup>.

Ademais, embora o BGB não preveja expressamente, a jurisprudência aceita que o poder de representação possa resultar de um simples comportamento do representado, o que objetiva proteger o terceiro que acreditou legitimamente na existência de representação devido à aparência (*Rechtsschein*) de uma procuração. Isso se dá quando a pessoa interessada tolerou que outra pessoa agisse como seu representante (*Duldungsvollmacht*) ou, ainda, quando deveria saber que outra pessoa estava agindo como seu representante e, em tal situação, deveria ter dado conhecimento de sua oposição (*Anscheinsvollmacht*)<sup>75</sup>.

### 6.3. Atos praticados por terceiro sem poder de representação

Os negócios jurídicos realizados por uma pessoa desprovida de poder de representação (*Vertreter ohne Vertretungsmacht*) normalmente são nulos e aos mesmos apenas podem ser aplicadas as regras relativas à gestão de negócios. No entanto, tal nulidade só se aplica a negócios jurídicos unilaterais (§ 180 do BGB)<sup>76</sup>.

Para contratos a sanção é menos rigorosa, pois eles ficam provisoriamente privados de sua eficácia, dispondo a pessoa em cujo nome foi contratado da faculdade de ratificação (§ 177 do BGB)<sup>77</sup>. A fim de evitar um longo período de incerteza, o terceiro que celebrou o contrato pode notificar

70 Conforme dispõe o § 168, 2, do BGB, a procuração pode ser irrevogável quando a relação jurídica de base a qualifique como tal. Esse é particularmente o caso quando a procuração foi outorgada no interesse do representante (Cf. BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*. 46. ed. München: Vahlen, 2022, p. 261).

71 Se o representante, apesar da revogação, continua a fazer declarações em nome do representado, ele age sem poder de representação e é responsável por suas ações, conforme dispõe o § 179 do BGB.

72 Cf. KLUNZINGER, Eugen, op. cit., p. 203.

73 Em caso de abuso no exercício da procuração, por exemplo, quando são ultrapassados os seus limites internos, o terceiro se beneficia da proteção pelo princípio da abstração, apenas se não tiver atuado de má-fé. A jurisprudência traça os limites do poder de representação nas restrições acordadas na relação base, as quais eram conhecidas ou deviam ser conhecidas pelo terceiro (Cf. BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich, op. cit., p. 273).

74 KLUNZINGER, Eugen, op. cit., p. 213.

75 SCHIEMANN, Gottfried, op. cit., p. 206-207.

76 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 84.

77 Cf. SCHACK, Haimo, op. cit., p. 144.

a pessoa supostamente representada para dar ou não seu consentimento, devendo a ratificação ser realizada dentro de duas semanas, a contar do recebimento da notificação<sup>78</sup>. O terceiro de boa-fé que ignorava a ausência de poder de representação pode, enquanto a ratificação ainda não tiver sido realizada, retirar o seu consentimento. Da mesma forma, pode exigir que o representante, que sabia de sua falta de poder, execute ele mesmo o ato ou repare os prejuízos sofridos<sup>79</sup>.

Por conseguinte, de maneira geral, a distinção entre o poder de representação e seu fundamento jurídico, que é peculiar ao Direito alemão, faz pesar sobre a pessoa do representado o risco de o representante exceder os seus poderes.

## 7. OS VÍCIOS DA DECLARAÇÃO DE VONTADE

### 7.1. O campo de atuação da teoria dos vícios de consentimento

A declaração de vontade normalmente corresponde à verdadeira vontade do declarante. Pode ocorrer, entretanto, que a declaração de vontade e a verdadeira vontade não coincidam. Em tal situação, a declaração de vontade pode ser questionada por ter sido afetada por algum defeito (*Willensmängel*)<sup>80</sup>.

No Direito alemão, a definição e as consequências dos vícios de consentimento (§§ 114 a 124 do BGB) são tratadas no âmbito das declarações de vontade. O campo de aplicação vai além da vontade contratual e abrange, de forma mais ampla, todas as declarações de vontade e as ações similares (carta de notificação, fixação de um prazo adicional, etc.)<sup>81</sup>.

Reservando um espaço importante para a declaração, mesmo divergente da vontade real, o Direito alemão se caracteriza por uma regulamentação de vícios da declaração de vontade que prevê, conforme a categoria de vício, dois tipos de sanção. Nesse contexto, as soluções são diferentes, conforme a divergência entre a declaração e a vontade é desejada ou suportada. Assim sendo, no que toca aos defeitos de vontade, o Direito alemão claramente distingue as discrepâncias conscientes e as inconscientes entre a vontade e a declaração<sup>82</sup>.

Ademais, afirma-se que o BGB, no que toca aos vícios da declaração de vontade, “[...] adotou uma solução de compromisso entre a teoria da vontade e a teoria da declaração”<sup>83</sup>.

### 7.2. A divergência consciente entre a vontade e a declaração

O Direito Civil alemão prevê três casos de divergência consciente entre a vontade e a declaração (*bewusste Willensmängel*). Nessas situações, reguladas pelos §§ 116 a 118 do BGB, o declarante conscientemente expressa algo diferente do que ele realmente quer. A legislação distingue aqui entre a reserva mental (§ 116 do BGB), a simulação (§ 117 do BGB) e a declaração feita em tom de brincadeira (§ 118 do BGB).

#### a) A reserva mental

Na hipótese de reserva mental (*geheimer Vorbehalt* ou *Mentalreservation*), a declaração de vontade somente é nula se o destinatário tiver tido conhecimento dela (§ 116 do BGB). Tal restrição é de

78 A lei previu praticamente o mesmo mecanismo para os contratos celebrados por menores de 7 a 18 anos, dispondo os pais do mesmo prazo para ratificar ou não o contrato celebrado pelo filho (§§ 108 e 109 do BGB).

79 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 84.

80 Cf. RÜTHERS, Bernd; STADLER, Astrid, op. cit., p. 331.

81 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 84.

82 Cf. ZERRES, Thomas. *Bürgerliches Recht*. 10. ed. Berlin: Springer, 2022, p. 79.

83 Cf. AMARAL, Francisco, op. cit., p. 595.

fácil compreensão, pois aquele que declara sem querer deve aceitar que terceiros de boa-fé possam invocar contra ele a referida declaração. Além disso, na prática, a nulidade só sanciona os casos excepcionais em que a outra parte tomou conhecimento, por uma terceira pessoa, quanto à qual o declarante quis se reservar o direito de não assumir as consequências jurídicas da sua declaração<sup>84</sup>.

#### b) A declaração feita em tom de brincadeira (*Scherzerklärung*)

O efeito de uma piada é também privar de toda a força o compromisso assumido em tal estado de espírito (*Mangel der Ernstlichkeit*). É nula a declaração de vontade que não foi feita com seriedade (§ 118 do BGB). Assim, se alguém coloca à venda a Muralha da China, resta evidente que tal oferta é nula<sup>85</sup>. Mas o destinatário que, sem negligência, levou a declaração a sério, pode exigir uma compensação pelos danos causados por sua confiança na declaração (§ 122 do BGB)<sup>86</sup>.

#### c) A simulação (*Scheingeschäft* ou *simuliertes Geschäft*)

Os casos de simulação são muito mais frequentes na prática do que os dois anteriores. A existência de um negócio simulado implica, em primeiro lugar, um acordo das partes sobre o carácter fictício de uma das declarações. Esse primeiro acordo é geralmente acompanhado por outro, que se destina a dar efeito a um negócio dissimulado (oculto)<sup>87</sup>.

Nesses casos, o negócio dissimulado (*dissimuliertes Geschäft*), atendidos todos os requisitos legais, é válido, ou seja, o que vale é o que realmente se pretendia, não o que aparentemente se pretendia (§ 117 do BGB)<sup>88</sup>. Em outras palavras, o ato simulado é nulo e devem ser aplicadas as disposições relativas ao ato dissimulado, salvo se o ato dissimulado violar uma proibição legal (§ 134 do BGB)<sup>89</sup>, os bons costumes (§ 138 do BGB) ou as condições formais previstas pela lei (§ 125 do BGB)<sup>90</sup>.

A nulidade do ato simulado é oponível até mesmo contra terceiros de boa-fé, tendo os redatores do BGB se pronunciado expressamente contra uma regra de proteção específica para eles. O adquirente de um bem que tenha sido objeto de venda fictícia somente poderá invocar as regras gerais de proteção que beneficiam os adquirentes de boa-fé (§§ 892 e 932 do BGB). De forma mais ampla, o terceiro de boa-fé pode ajuizar ação para obter o reconhecimento da responsabilidade delitual e a consequente indenização pelo dano causado intencionalmente contra os bons costumes (§ 826 do BGB)<sup>91</sup>.

84 Cf. KLUNZINGER, Eugen, op. cit., p. 169.

85 Cf. SAKOWSKI, Klaus, op. cit., p. 47.

86 Cf. ROBBERS, Gerhard, op. cit., p. 145.

87 Cf. BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich, op. cit., p. 188.

88 JACOBY, Florian; HINDEN, Michael von. *Bürgerliches Gesetzbuch: Studienkommentar*. 17. ed. München: C. H. Beck, 2020, p. 35.

89 O § 134 do BGB determina que “[...] um negócio jurídico que contrarie uma proibição legal é nulo, a menos que o contrário resulte da lei”. Transcrição do original: “§ 134 do BGB (*Gesetzliches Verbot*): Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt”.

90 Se, por exemplo, com o objetivo de reduzir o imposto de aquisição fundiária (*Grunderwerbssteuer*), a venda de um imóvel é feita por um preço superior ao indicado no contrato de compra e venda (*Schwarzkauf*), o negócio simulado é nulo e sem efeito, o mesmo ocorrendo com o negócio dissimulado (§ 311b, 1, do BGB) (ZERRES, Thomas, op. cit., p. 80).

91 Na literatura comparada, tem sido criticada a ausência de regra de proteção específica à simulação no Direito alemão. Argumenta-se que os interesses de terceiros seriam sacrificados em função do dogma clássico da autonomia da vontade. Seja como for, não se pode deixar de notar a surpreendente rigidez do sistema alemão em relação à simulação (Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 86).

### 7.3. A divergência inconsciente entre a vontade e a declaração

#### a) A noção geral de erro (*Irrtum*)

Os §§ 119 e seguintes do BGB permitem ao declarante anular, em determinadas condições, uma declaração de vontade que teria por fundamento o erro. Na situação, existe a emissão de uma declaração de vontade eficaz, mas que foi influenciada por um defeito de vontade. Há uma divergência inconsciente entre o elemento objetivo da declaração e o elemento subjetivo da vontade. Nos casos de erro, a não coincidência entre a vontade e a declaração pode levar à anulação da declaração com efeitos retroativos (*ex nunc*)<sup>92</sup>.

A codificação alemã apenas permite a anulação das formas de erro enumeradas nos §§ 119 e seguintes do BGB, de maneira que é imprescindível a existência de um motivo específico para a anulação de uma declaração. Casos em que ocorra erro, mas não previstos pela legislação, são definitivamente considerados válidos<sup>93</sup>. A concepção inclui o que os juristas alemães chamam de “erro de expressão” (*Erklärungsirrtum*), “erro de conteúdo” (*Inhaltsirrtum*), bem como “erro nas qualidades” da pessoa ou da coisa (*Eigenschaftsirrtum*)<sup>94</sup>. Por outro lado, em princípio não tem relevância para a codificação alemã o erro quanto ao motivo (*Motivirrtum*). Somente em situações excepcionais o erro quanto ao motivo pode atuar no âmbito da validade (§§ 119, II, e 313 do BGB).

Outrossim, a concepção alemã considera que no erro o declarante quer algo diferente daquilo que ele declarou. Nessa linha, o erro é cometido por uma única pessoa, uma vez que é definido no âmbito das regras aplicáveis à declaração de vontade. Se um negócio jurídico é baseado em um erro comum às duas partes, não pode ser questionado, pois a jurisprudência dá uma interpretação corretiva baseada no princípio da boa-fé<sup>95</sup>.

Ademais, o lugar da teoria do erro, na Parte Geral do BGB, permite aplicar o conceito de erro a todas as declarações de vontade, dispensando a necessidade de textos específicos<sup>96</sup>.

#### b) Erro de expressão ou de conteúdo

A primeira categoria de erros está prevista nos §§ 119, 1, e 120, do BGB.

Nesse contexto, se o autor da declaração se equivoca sobre o significado da declaração feita, isto é, ele sabe o que está dizendo, mas não sabe o que diz com isso, então se está diante de um erro quanto ao conteúdo da declaração (*Inhaltsirrtum*). Desse modo, no erro quanto ao conteúdo o declarante declara o que quer declarar, mas se engana quanto ao sentido e ao alcance da sua declaração<sup>97</sup>. Por outro lado, ocorre um erro quanto à expressão da declaração (*Erklärungsirrtum*) quando o declarante não quer o que diz. As duas situações podem fundamentar a anulação da declaração (§ 119, 1, do BGB)<sup>98</sup>.

92 Cf. JAENSCH, Michael, op. cit., p. 94.

93 Cf. SCHIEMANN, Gottfried, op. cit., p. 195.

94 Cf. ZERRES, Thomas, op. cit., p. 81.

95 Diz-se que a interpretação de uma declaração de vontade deve sempre prevalecer sobre a sua anulação (*Auslegung geht vor Anfechtung*). Assim, uma declaração errônea não pode ser questionada se tiver sido compreendida, em um determinado sentido, tanto pelo declarante quanto pela outra parte, independentemente de se tal compreensão se desviar do verdadeiro sentido da declaração (*falsa demonstratio non nocet*) (Cf. KLUNZINGER, Eugen, op. cit., p. 172).

96 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 87.

97 Cf. JACOBY, Florian; HINDEN, Michael von, op. cit., p. 37.

98 Cf. ZERRES, Thomas, op. cit., p. 81-82.

### c) Erro quanto às qualidades essenciais da pessoa e das coisas

A segunda categoria de erro, isto é, o erro quanto às qualidades essenciais, foi adicionada na última fase de elaboração do BGB, ao mesmo tempo em que foi abandonada qualquer referência à causa (§ 119, 2, do BGB)<sup>99</sup>.

Apenas as qualidades consideradas essenciais nas relações comerciais são levadas em consideração (*die im Verkehr als wesentlich angesehen werden*). Essa referência ao uso levou os tribunais alemães a considerarem exclusivamente dados objetivos. Além disso, para que uma qualidade seja considerada essencial, basta que seja de natureza a exercer influência sobre o valor e a utilidade da coisa ou, mais geralmente, a determinar o interesse econômico do ato. O preço de mercado e o valor de uma coisa não são levados em consideração, pois não constituem, segundo a jurisprudência, fatores determinantes do valor do objeto (*wertbildende Faktoren*). Ademais, em matéria contratual, as regras sobre o vício da coisa vendida ou alugada são suscetíveis de afastar a aplicação das regras sobre o erro<sup>100</sup>.

### d) Engano doloso e ameaça ilícita

Na terminologia do BGB, esses dois vícios são chamados respectivamente de engano doloso (*arglistige Täuschung*) e ameaça ilícita (*widerrechtliche Drohung*). Tais vícios são regidos por disposições comuns (§§ 123 e 124 BGB), que procuram proteger a liberdade de formação da própria vontade, estabelecendo um direito de impugnação, dentro de certos limites, na hipótese de prejuízo do processo de formação da vontade por influências externas de outras pessoas<sup>101</sup>.

Por engano doloso, a jurisprudência alemã entende o fato de provocar ou agravar um erro ou manter uma pessoa em sua opinião errônea, seja por manobras ou mentiras, ou mantendo o silêncio, não obstante a existência de uma obrigação de informação (*Aufklärungspflicht*)<sup>102</sup>. No engano doloso, existe um comportamento que pode ser cometido por ação ou por omissão, no último caso desde que haja o dever de declarar<sup>103</sup>.

No que se refere ao engano doloso, deve-se notar que o § 123, 2, do BGB, admite expressamente o dolo de terceiro (o dolo de um intermediário, como, por exemplo, de um agente imobiliário), desde que o autor da declaração de vontade tivesse conhecimento ou devesse ter conhecimento do ocorrido<sup>104</sup>.

Em relação à ameaça ilícita, caracteriza-se pela perspectiva de um mal grave, cuja realização depende da vontade do autor da ameaça, e que seja passível de colocar o declarante em estado de constrangimento psíquico (*psychische Zwangslage*)<sup>105</sup>.

No que diz respeito à ameaça ilícita, uma pessoa pode, conforme a jurisprudência alemã, ameaçar a outra com ações judiciais para fazer valer seus direitos ou denunciar um ilícito que tenha sido cometido. Por outro lado, são inquestionavelmente ilícitas as ameaças de utilização de um meio contrário ao direito, como agredir uma pessoa ou tirar uma coisa à força<sup>106</sup>.

99 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 87.

100 Cf. BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich, op. cit., p. 196.

101 Cf. BOEMKE, Burkhard; ULRICI, Bernhard. *BGB Allgemeiner Teil*. 2. ed. Heidelberg: Springer, 2014, p. 267.

102 Cf. BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich, op. cit., p. 212.

103 Cf. SCHIEMANN, Gottfried, op. cit., p. 199.

104 Cf. KLUNZINGER, Eugen, op. cit., p. 180.

105 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 88.

106 Cf. ZERRES, Thomas, op. cit., p. 88.

#### 7.4. A sanção em caso de divergência entre a vontade e a declaração

Segundo o BGB, as sanções para os vícios da declaração de vontade que não sejam considerados indiferentes são de duas espécies: a) Vícios que são sancionados pela pura e simples nulidade da declaração (*Nichtigkeit*); b) Vícios que permitem ao ofendido anular a sua declaração e, conseqüentemente, o negócio jurídico que dela resulta (*Anfechtung*). Na prática, os últimos são os mais frequentes<sup>107</sup>.

##### a) A nulidade da declaração

Há vícios que o legislador alemão considera tão graves que as declarações de vontade afetadas por eles não devem produzir nenhum efeito jurídico. A nulidade (*Nichtigkeit*) tem efeitos radicais, pois opera automaticamente sem intervenção judicial e não está sujeita a confirmação.

O BGB prevê, em sua Parte Geral, diversas causas de nulidade: por exemplo, se uma pessoa pretende fazer uma declaração de vontade cuja natureza fictícia era conhecida do destinatário (§ 117, 1 do BGB); se uma declaração de vontade for feita em tom de brincadeira (§ 118 do BGB), ou ainda se a declaração de vontade for acompanhada de uma reserva conhecida do seu destinatário (§ 116 do BGB). Nessas hipóteses, a declaração de vontade é nula desde o início. E, se for o caso, o destinatário e o terceiro de boa-fé podem pedir uma indenização pelos danos que sofreram, em virtude de sua confiança na validade da declaração (§§ 122 ou 826 do BGB)<sup>108</sup>.

##### b) A faculdade de anulação por declaração unilateral (*Anfechtbarkeit*)

Conforme a legislação alemã, os casos de erro, engano doloso e ameaça ilícita são passíveis de anulação (*Anfechtung*), isto é, são considerados válidos, mas podem ser anulados com efeitos retroativos (§ 142, I do BGB)<sup>109</sup>.

Existem diferenças em relação ao sistema brasileiro, pois o BGB, na prática, permite que a declaração de vontade viciada seja retirada e, se necessário, o negócio jurídico pode ser unilateralmente anulado sem a necessidade de se recorrer ao Judiciário (§ 143 do BGB)<sup>110</sup>. Contudo, em caso de litígio, o mérito da questão pode ser levado ao Judiciário.

A faculdade de anulação reconhecida pelo BGB, por sua natureza, cria incerteza quanto à validade da declaração de vontade afetada pelo vício. Buscando proteger os interesses da outra parte, o Direito alemão exige que o autor de uma declaração passível de anulação tome as providências necessárias o mais rápido possível<sup>111</sup>.

O prazo concedido ao declarante varia de acordo com o tipo de vício. Em caso de erro, deve ocorrer “sem demora culposa” (*ohne schuldhaftes Zögern*), ou seja, o mais rápido possível, a contar da descoberta do erro, até um limite de 10 anos, a contar da emissão da declaração de vontade (§ 121, 1 e 2, do BGB). Para o engano doloso e a ameaça ilícita, o prazo é de um ano, a partir do momento da descoberta do engano ou da cessação da ameaça (§ 124 do BGB)<sup>112</sup>.

107 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 88.

108 A nulidade (*Nichtigkeit*) no Direito alemão é uma sanção automática, que se aplica de pleno direito em situações graves, de maneira que não se pode atribuir nenhum efeito jurídico ao negócio jurídico nulo.

109 De acordo com o § 142, 1, do BGB, “[...] quando um ato jurídico anulável é anulado [por declaração unilateral], deve ser considerado nulo desde o início [...]”, o que implica, portanto, a natureza retroativa da nulidade (*ex tunc*) (Cf. BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich, op. cit., p. 183).

110 Cf. BOEMKE, Burkhard; ULRICI, Bernhard, op. cit., p. 286.

111 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 89.

112 Cf. BOEMKE, Burkhard; ULRICI, Bernhard, op. cit., p. 288-289.

Por conseguinte, apesar de a anulação por declaração unilateral (sem controle do juiz) poder parecer atentatória à segurança jurídica, é certo que tal incerteza cessa rapidamente, pois o exercício do direito de anulação deve, em princípio, ocorrer imediatamente. Ademais, a segurança jurídica ainda fica resguardada porque o Direito alemão confere à outra parte o direito a uma indenização sistemática, independentemente da prova de culpa do autor da anulação por declaração unilateral.

### 7.5. A reparação do interesse negativo em caso de anulação unilateral

O BGB previu um caso específico de responsabilidade em seu § 122. Aquele que cometeu um erro e por este motivo tiver anulada a sua declaração está obrigado a pagar ao destinatário uma indenização pelo prejuízo resultante da confiança rompida (*Vertrauensschaden*)<sup>113</sup>.

O autor da anulação unilateral deve, assim, restabelecer a situação na qual a outra parte se encontraria, se nunca tivesse ocorrido a declaração. A reparação de tal “interesse negativo” (*negatives Interesse*) cobre essencialmente as despesas decorrentes da celebração de um contrato. Quando isto excede o ganho que a outra parte poderia ter obtido com o contrato, isto é, seu interesse positivo (*positives Interesse*), o § 122, 1 *in fine*, do BGB, limita a reparação, a fim de evitar que a parte lesada seja melhor tratada do que se o ato não tivesse sido contestado<sup>114</sup>.

A responsabilidade assim instituída não se baseia na culpa do autor da declaração anulada. Trata-se de responsabilidade fundada na confiança (*Vertrauenshaftung*) que o destinatário podia legitimamente depositar na declaração. Portanto, a obrigação de reparar não existe quando uma das partes sabia que a outra parte estava cometendo um erro, ou que não estava ciente disso devido à negligência (§ 122, 2 do BGB)<sup>115</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A declaração de vontade constitui uma das características estruturais fundamentais do BGB, a qual expressa o seu estilo liberal. A construção teórica alemã considera que não cabe ao Direito a análise da atividade volitiva em si mesma, visto que ela se restringe à esfera íntima dos indivíduos.

O Direito alemão considera então que a vontade deve ser exteriorizada, para que possa ter importância jurídica, não bastando a existência de uma vontade interna. Nesse contexto, é certo que a vontade é conhecida pela respectiva declaração, de tal sorte que a vontade fica inteiramente absorvida pela declaração.

Ao lado da declaração de vontade, também é um traço característico da codificação alemã o sistema autônomo de representação, que foi desenvolvido a partir dos princípios da separação e da abstração. De fato, o sistema do BGB distingue claramente entre o poder de representação e o seu fundamento jurídico, ou seja, o contrato que lhe serve de base. Assim, ao adotar a chamada doutrina clássica da representação, a codificação alemã permite que uma declaração de vontade, emitida em nome do representado, produza efeitos a favor e contra o representado (§ 164 do BGB).

No caso de a vontade exteriorizada ser diversa da vontade real, surge o problema dos vícios da declaração de vontade, que são sancionados pela pura e simples nulidade da declaração ou pela permissão de anulação da declaração de vontade. E, nesse ponto, o Direito alemão trata a matéria de forma que destoa do Direito brasileiro. Reconhece a nulidade da simulação, da reserva mental e da declaração feita em tom de brincadeira, bem como a anulabilidade do erro, do engano doloso e da ameaça ilícita. Vale ainda lembrar que as concepções de nulidade e anulabilidade também não

113 Cf. SCHAPP, Jan. *Introdução ao Direito Civil*. Porto Alegre: Fabris, 2006, p. 267.

114 Brox e Walker assinalam que, sem esta limitação, o exercício do direito de anulação não serviria para o *errans* quando os interesses negativos superassem os interesses positivos (Cf. BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich, op. cit., p. 208).

115 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 90.

são equivalentes àquelas adotadas pelo Direito brasileiro, particularmente pelo fato de que a declaração de vontade pode ser unilateralmente anulada sem a necessidade de se recorrer ao Judiciário.

Por conseguinte, sem negar a forte influência alemã, no âmbito do Código Civil brasileiro, que encampou muitas teorias desenvolvidas por juristas alemães, é certo que a matéria apresenta pontos de divergência bastante relevantes entre os dois países. Assim sendo, o presente trabalho procurou traçar um panorama geral da declaração de vontade na Alemanha e, ao mesmo tempo, de modo singelo, evidenciar algumas dessas importantes diferenças.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013.
- BOEMKE, Burkhard; ULRICI, Bernhard. *BGB Allgemeiner Teil*. 2. ed. Heidelberg: Springer, 2014.
- BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*. 46. ed. München: Vahlen, 2022.
- DECKENBROCK, Christian; HÖPFNER, Clemens. *Bürgerliches Vermögensrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018.
- FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*. München: Franz Vahlen, 2018.
- FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017.
- JACOBY, Florian; HINDEN, Michael von. *Bürgerliches Gesetzbuch: Studienkommentar*. 17. ed. München: C. H. Beck, 2020.
- JAENSCH, Michael. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 4. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2018.
- JESGARZEWSKI, Tim. *Wirtschaftsprivatrecht: Grundlagen und Praxis des Bürgerlichen Rechts*. 3. ed. Wiesbaden: Springer, 2016.
- KALLWASS, Wolfgang; ABELS, Peter. *Privatrecht*. 23. ed. München: Franz Vahlen, 2018.
- KLUNZINGER, Eugen. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 16. ed. München: Franz Vahlen, 2013.
- KÖHLER, Helmut. *BGB AT*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2014.
- LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 11. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022.
- MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 10. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2010.
- ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*. 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- RÜTHERS, Bernd; STADLER, Astrid. *Allgemeiner Teil des BGB*. 20. ed. München: C. H. Beck, 2020.
- SAKOWSKI, Klaus. *Grundlagen des Bürgerlichen Rechts*. 3. ed. Berlin: Springer, 2014.
- SCHACK, Haimo. *BGB - Allgemeiner Teil*. 14. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2013.
- SCHAPP, Jan. *Introdução ao Direito Civil*. Trad. Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Fabris, 2006.
- SCHIEMANN, Gottfried. Das Rechtsgeschäft. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Eckpfeiler des Zivilrechts. 6. ed. Berlin: Sellier, 2018, p. 135-214.
- SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2016.
- SINGER, Reinhard. Vorbemerkung zu § 116 ff. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Allgemeiner Teil: § 90-124; 130-133. Berlin: Sellier, 2012.
- TUHR, Andreas von. *Bürgerliches Rechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer, 1923.
- WITZ, Claude. *Le droit allemand*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2018.
- WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: C. H. Beck, 2016.
- ZERRES, Thomas. *Bürgerliches Recht*. 10. ed. Berlin: Springer, 2022.
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.

# Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos: O papel do CEJUSC como Tribunal Multiportas

WANDERLEI JOSÉ DOS REIS<sup>1</sup>

Sumário: 1. Considerações iniciais 2. Análise do tema. 2.1. A mudança de perfil do magistrado atual. 2.2. A pacificação social como mote da atuação do Judiciário. 2.3. CEJUSC: A mais nova unidade jurisdicional do país e o Tribunal Multiportas. 2.4. A experiência exitosa do Estado de Mato Grosso com os CEJUSCs. 2.5. Os pilares de atribuições do CEJUSC: Cidadania pré-processual e processual. 2.6. Visão gerencial do CEJUSC: Algumas considerações necessárias. 3. Considerações finais.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade (art. 1º, da Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça), consagra, de forma revolucionária e paradigmática no Brasil, uma política pública instituída pelo Poder Judiciário nacional, na busca por uma profícua expansão dos serviços prestados, de maneira a conter a crescente escala de conflitos na sociedade atual, disseminando a cultura da pacificação social – em contraposição à cultura do litígio –, a boa qualidade dos serviços, através de mecanismos adequados que não se resumem ao processo judicial, sendo o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) a mais nova unidade jurisdicional de primeiro grau do país, criada em 2010, e o principal protagonista do atendimento aos ditames constitucionais de acesso à Justiça, da razoável duração do processo, da dignidade da pessoa humana e da supremacia do interesse público, por representar, como Tribunal Multiportas, a porta de entrada ao sistema autocompositivo nacional, em especial na fase pré-processual, mediante um contato direto com o jurisdicionado.

## 2. ANÁLISE DO TEMA

### 2.1. A mudança de perfil do magistrado atual

A Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça, editada em 29 de novembro de 2010, consolidou uma série de experiências de vários Estados e tribunais brasileiros, ao longo dos anos, mais tarde instituindo o que Ada Pellegrini Grinover já denominava de “Minissistema dos Métodos Consensuais de Solução de Conflitos”<sup>2</sup>, constituído pela Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil), pela Lei n. 13.140/2015 (Lei de Mediação) e pela Resolução CNJ n. 125/2010 – que foi

1 Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina (UniME, Itália). Doutor em Direito pela Universidad Católica de Santa Fé (UCSF, Argentina). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa (UL, Portugal). MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-Rio). Autor de diversas obras e artigos jurídicos publicados em revistas especializadas no Brasil e na Europa. Membro da Academia Mato-Grossense de Magistrados (AMA). Juiz de Direito e Juiz Eleitoral do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso (TJMT). Juiz Coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) de Rondonópolis (MT).

2 Cf. LAGASTRA, Valeria Fenoli. A gestão do CEJUSC como Tribunal Multiportas: Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses (Resolução CNJ n. 125/2010) e o excesso de judicialização. In: Unidade I. ENFAM, 2021, p. 18.

perfeitamente recepcionada pelo Código de Processo Civil e pela Lei de Mediação –, e representando uma significativa e importante ampliação do acesso à Justiça aos cidadãos, como um divisor de águas na história do Judiciário brasileiro.

Trata-se de um novo momento e de enormes transformações que não se resumem a inovações legislativas (salutares), mas, sobretudo, a uma mudança de paradigma em paralelo com a antiga ordem processual de 1973, haja vista que o perfil do magistrado do século XX estava ligado intimamente ao modelo de Estado, que mais parecia trazer um choque entre os interesses do cidadão e o que o Estado era capaz de executar<sup>3</sup>.

Naquela época, podemos verificar facilmente que o juiz não estava vinculado aos fenômenos sociais, econômicos e políticos, sendo-lhe quase imposta uma conduta obrigatória de cumprimento de prazos, por exemplo, inserido num modelo de sistema de organização social piramidal defendido por Kelsen<sup>4</sup>.

O juiz do século XXI, doutro lado, adepto do Direito pós-moderno, busca solucionar o retardamento da entrega jurisdicional, dedicando-se cada vez mais ao conhecimento multidisciplinar, justamente para melhor resolver os conflitos sociais, obtendo conhecimento diversificado do saber jurídico tradicional<sup>5</sup>.

O magistrado atual deve adequar o direito às novas e constantes mudanças da realidade social e buscar soluções justas para os conflitos, sempre observando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da razoabilidade<sup>6</sup>.

Um exemplo recente a evidenciar isso é a Resolução n. 423/2021 do Conselho Nacional de Justiça, que reconheceu a crescente interdisciplinaridade exigida dos magistrados na atuação jurisdicional, alterando a Resolução n. 75/2009-CNJ, diante das transformações tecnológicas do Poder Judiciário, bem como das diretrizes curriculares nacionais da graduação em Direito, contendo, em especial, as formas consensuais de solução de conflitos, que buscam aproximar o jurisdicionado e fazer com que o processo chegue ao seu fim colimado, indo além do ingresso formal aos órgãos judiciários, implicando o acesso à ordem jurídica justa.

A verdade é que hodiernamente o juiz passou a ser um gestor que, de forma engajada e com uma visão gerencial, administra sua unidade judiciária com seus processos e gere uma política totalmente diversa de sua formação outrora tradicional, deixando a cultura da guerra, tendo agora que abordar ou se valer de métodos não adversariais da cultura da paz, com um poder-dever de buscar a autocomposição (conciliação ou mediação) entre as partes em todas as fases do processo (art. 3º, § 3º, art. 139, inciso V, e art. 359, CPC).

Com isso, hoje a prática tem mostrado que o magistrado atua de forma ética quando o faz atendendo aos objetivos do Estado brasileiro (art. 3º, CF) e, em especial, garantindo os direitos fundamentais dos envolvidos, como o do pleno acesso à ordem jurídica justa, à razoável duração do processo e à segurança jurídica, exigindo-se dele muito mais do que a preocupação com a prolação de uma sentença – que põe termo ao processo –, natural dos mecanismos adjudicatórios, mas um perene compromisso pessoal com a efetivação da paz social, através de métodos autocompositivos.

3 Cf. DELGADO, José Augusto. A revitalização da magistratura: O juiz do século XX, p. 35. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/informativo/article/view/322/285>. Acesso em: 17 mai. 2022.

4 Idem, *ibidem*, p. 41.

5 Idem, *ibidem*, p. 42.

6 Cf. PISKE, Oriana. A função social da magistratura na contemporaneidade. In: *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIV, n. 49, p. 42-50.

## 2.2 A pacificação social como mote da atuação do Judiciário

Proporcionar resposta rápida aos anseios dos cidadãos e aos seus direitos, atualmente prejudicados pelo excesso de judicialização – e, por consequência, de processos, a gerar morosidade judicial –, impõe ao magistrado a adoção das melhores soluções que atendam aos interesses dos envolvidos, bem como a pacificação social e o favorecimento das transformações pessoais e sociais.

A comunicação não violenta demonstra que muitas portas podem ser mais adequadas do que a tradicional porta do julgamento pelo Poder Judiciário, e que, ainda no sistema judiciário, é possível perceber novos métodos consensuais, não adversariais, com resultados mais satisfatórios para as partes. A mediação, a conciliação, as práticas restaurativas, entre outras formas de abordagem, podem auxiliar o próprio sistema judiciário a encontrar a estabilidade, a efetividade tão perseguida por várias gerações<sup>7</sup>.

A pacificação social, nesse contexto, é atingida quando se reúnem todos os métodos de solução de conflitos, exigindo do magistrado contemporâneo, ético e humano, um verdadeiro diagnóstico do conflito de interesses instaurado entre as partes, para que possa eleger o método adequado de tratamento, incluindo a resolução autocompositiva, a exemplo da conciliação e da mediação, instrumentos aptos a atingirem controvérsia social e, portanto, capazes de solucionar o conflito<sup>8</sup> – repita-se, solucionar o conflito, não apenas pôr fim ao processo.

Mas além de garantir que as pessoas ingressem no Judiciário, com a observância do amplo acesso jurisdicional previsto na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXV, CF), é necessário permitir que elas consigam sair o mais rápido possível com a questão pacificada (duração razoável do processo, direito fundamental previsto no art. 5º, inciso LXXVIII, CF), ou, melhor ainda, se fosse possível, que nem ingressassem, por conseguirem solucionar suas controvérsias através dos métodos consensuais de solução de conflitos, como se verifica em muitos países.

Aliás, a ampliação do conceito de acesso à Justiça indica que o Judiciário não é a única instituição responsável por tratar conflitos, existindo outros órgãos extrajudiciais de solução de controvérsias, como as câmaras de arbitragem, além das câmaras privadas de conciliação e mediação, estas cadastradas e fiscalizadas pelos Tribunais de Justiça dos Estados.

Há até mesmo quem defenda que a mediação deve ser incentivada e aplicada em outras instituições públicas, como forma de extrair o conflito da arena judicial. A propósito, no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios já existe iniciativa para a capacitação de conselheiros tutelares (e de todos os atores encarregados pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente) sobre as técnicas de mediação, tudo como forma de apaziguar os conflitos fora do tribunal<sup>9</sup>, escancarando ainda mais o conceito do Tribunal Multiportas.

Nota-se, assim, que, em todos os âmbitos, estamos numa fase de transição da “cultura da sentença” para a “cultura da pacificação”, conforme a dicção de Kazuo Watanabe<sup>10</sup>.

Deveras, vê-se claramente que estamos lidando com duas vertentes distintas que, porém, se comunicam: tratamento do conflito de interesses antes e depois de ser levado ao conhecimento da autoridade judiciária, este, é claro, por intermédio de um processo judicial.

7 Cf. BACELLAR, Roberto Portugal. Políticas de mediação e conciliação: O magistrado na cultura da paz: Quem sou eu? Qual o meu papel? In: Unidade IV. ENFAM, 2021, p. 16-17.

8 Cf. LAGASTRA, Valéria Fenoli, op. cit., p. 9.

9 TJDF promove *workshop* de mediação a conselheiros tutelares do DF (notícia veiculada no portal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/infancia-e-juventude/noticias-e-destaques/2017/maio/tjdft-promove-workshop-de-mediacao-a-conselheiros-tutelares-do-df>. Acesso em: 17 mai. 2022).

10 Cf. LAGASTRA, Valéria Feriol, op. cit., 2021, p. 10.

Entretanto, o que se lamenta – e que precisa ser superado – é que a política da solução amigável dos conflitos (métodos autocompositivos) é ainda pouco acolhida no Brasil, porque não é conhecida suficientemente no meio acadêmico e até pelos operadores do Direito e porque enfrenta algumas resistências culturais.

Desse modo, chama atenção que essa situação ainda persiste desde as faculdades de Direito, que ainda pouco enfatizam os métodos consensuais de solução de conflitos, a despeito da existência da Portaria n. 1.351/2018 do MEC, que instituiu nova diretriz curricular nacional do curso de graduação em Direito e passou a obrigar a exploração desses meios e o desenvolvimento da cultura do diálogo.

Com isso, foi preciso que o catálogo processual pátrio fosse modificado, para que uma “pincelada” no tema fosse dada no plano normativo. Embora, é bem verdade que ainda existem poucas doutrinas a respeito da temática, porquanto, para alguns, ela se revelaria pouco atraente no plano financeiro, dado ao fato de um (pré)conceito de que, pelo “pouco retorno financeiro” que proporcionaria, não valeria a pena sua exploração, difusão ou, até mesmo, defesa.

Já no âmbito da advocacia – com algumas exceções, é claro –, muitas vezes, a rjeza aos métodos consensuais nos parece vaga, na medida em que o próprio Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/1994) prevê que o acordo feito pelo cliente do advogado e a parte contrária, salvo aquiescência do profissional, não lhe prejudica os honorários, quer os convenionados, quer os concedidos por sentença (art. 24, § 4º).

Percebe-se, da mesma maneira, que, no âmbito dos tribunais, essa política não tem encontrado ainda a guarida apropriada. Isso muito se deve ao excesso de serviço e ao número insuficiente de magistrados e servidores no aparato judiciário, de modo que a designação e a realização de audiências de mediação e conciliação, na visão de alguns, se revelaria tarefa excessivamente dispendiosa e pouco produtora, se contrapondo aos princípios da eficiência e celeridade – panos de fundo da atuação de qualquer Juízo –, pela expedição de atos que seriam inócuos. Por isso, na prática, alguns magistrados estariam deixando de designar audiências no momento processual determinado pela legislação processual – apesar do caráter cogente do enunciado normativo do art. 334 do Código de Processo Civil –, optando por buscar a conciliação e a mediação em outro momento oportuno, desde que ficasse demonstrada a manifestação de vontade das partes nesse sentido.

Igualmente, há que se ter em mente a premente necessidade de diálogo e cooperação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário entre si, bem como entre estes e entidades como Defensoria, Ministério Público, Procuradorias, Procons e também com empresas e entidades privadas, obviamente, porque a ampliação do conceito de acesso à Justiça indica que o Judiciário não é a única instituição responsável por tratar conflitos e controvérsias.

Com efeito, a autocomposição, se manejada adequadamente, é capaz de proporcionar maiores ganhos, satisfazendo interesses individuais e sociais ao mesmo tempo, combatendo o excesso de judicialização e potencializando a celeridade e a eficiência processuais.

Ora, não se pode olvidar que a sentença adjudicatória, em substituição à vontade das partes, por vezes, é vista com maior prestígio pelos advogados e partes do que as sentenças homologatórias, pois esses atores do processo são naturalmente movidos pelo espírito de competição – e não o de cooperação – ainda enraizado no seio da nossa sociedade, que cultiva a ideia de que os mais qualificados ganham mais, em detrimento dos mecanismos de autocomposição.

Não obstante, cada sentença homologatória obtida em procedimento pré-processual ou mesmo numa ação já em curso representa um processo a menos no Poder Judiciário e um conflito de interesses pacificado no seio social, já que as partes construíram a própria solução para a querela. Daí Kazuo Watanabe defender que “[...] a pacificação social apenas é atingida quando

se utilizam os métodos consensuais de solução de conflitos, como a conciliação e a mediação, pois estes atingem a controvérsia social e, portanto, são capazes de solucionar o conflito de forma definitiva”<sup>11</sup>.

Nesse sentido, se o juiz do processo vislumbrar a possibilidade de composição, deve estimulá-la, lançando mão dos programas e técnicas desenvolvidos a auxiliar a autocomposição, gerindo eficazmente o sistema de Justiça.

É inegável, assim, que a eticidade da atuação do magistrado e os métodos consensuais de solução de conflitos estão – e devem estar – intimamente entrelaçados, pois o respeito aos princípios fundamentais alhures mencionados pressupõe a busca incessante pela pacificação dos conflitos com o emprego de todas as ferramentas disponíveis, incluída a autocomposição.

Obviamente que, acaso não seja possível o envio do feito para as vias da solução autocompositiva – seja pela sua natureza ou pela manifesta beligerância das partes –, compete ao magistrado promover uma solução adjudicatória, de natureza coercitiva, cumprindo o seu mister de pacificação social dizendo o Direito no caso concreto, diante do conflito de interesses instaurado, tudo como forma de proteção dos direitos fundamentais, em especial o acesso à Justiça e a razoável duração do processo, observando os ditames da Constituição e da legislação processual civil.

Dito isso, não se pode perder de vista que os métodos consensuais de resolução de conflitos são responsáveis por uma considerável parcela de processos judiciais solucionados ou evitados, sendo que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social.

Prova dessa eficiência está refletida no relatório Justiça em Números, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça. Os indicativos demonstram que, em 2020, 2.426.027 (dois milhões quatrocentos e vinte e seis mil e vinte e sete) sentenças homologatórias de acordos foram proferidas pelos juízes e juízas no Brasil, ou seja, 9,9% (nove vírgula nove por cento) dos casos solucionados por meio da conciliação. Considerando apenas a fase de conhecimento, a taxa sobe para 15,8% (quinze vírgula oito por cento)<sup>12</sup>.

O relatório do CNJ, revelando ainda mais a importância dos métodos autocompositivos, apontou que, em média, o tempo de tramitação dos processos de conhecimento, no âmbito dos Tribunais Estaduais, no primeiro grau de jurisdição, é de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses, enquanto que o processo de execução demora 7 (sete) anos e 2 (dois) meses, lembrando que esse tempo de tramitação dos processos é apresentado com base em três indicadores: o tempo médio entre a data do início do processo até a sentença; o tempo médio entre a data do início do processo até o primeiro movimento de baixa, e a duração média dos processos que ainda estavam pendentes em 31 de dezembro de 2020<sup>13</sup>.

Outro dado de relevo que se extrai do Justiça em Números do CNJ, confirmando a tendência de ascendência dos Tribunais Multiportas dos últimos anos, é que a Justiça Estadual encerrou o ano de 2020 com 1.382 Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) instalados em todo o país. Em 2019, eram 1.284 unidades<sup>14</sup>.

11 Idem, ibidem, p. 9.

12 CNJ. Justiça em Números. Relatório do Poder Judiciário em números – 2021 (Sumário Executivo). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/justica-em-numeros-sumario-executivo.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2022.

13 CNJ. Justiça em Números. Relatório do Poder Judiciário em números – 2021 (relatório integral). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2022.

14 CNJ. Justiça em Números. Relatório do Poder Judiciário em números – 2021 (Sumário Executivo). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/justica-em-numeros-sumario-executivo.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2022.

Essa disseminação da mediação e da conciliação, através da instalação de novos Centros, promove o reforço da cultura de paz, por meio do estímulo ao diálogo e à solução consensual das disputas – fatores extremamente benéficos para a pacificação social –, como um todo, em suas diversas vertentes.

Nota-se, da mesma forma, que o processo autocompositivo tem forte compromisso com o interesse público, na medida em que toda a sociedade é beneficiada com o desafogamento do Poder Judiciário.

Ademais, “[...] a cultura de paz é integrada por valores, atitudes e comportamentos que refletem e inspiram a interação social e a partilha baseada nos princípios de liberdade, justiça, democracia, direitos humanos, tolerância e solidariedade”<sup>15</sup>, ou seja,

[...] a substituição gradual da mentalidade contenciosa por olhares que contemplam meios extrajudiciais passa, decididamente, pela vivência de experiências proveitosas. Oportunidades existem: diversas iniciativas vêm sendo engendradas no país para que desenlaces produtivos tenham lugar a partir da construção de consensos<sup>16</sup>.

Das ferramentas eleitas pela Resolução n. 125/2010 do CNJ, como forma eficaz e especial para o tratamento dos conflitos, estão a mediação e a conciliação. Com efeito, permitir que o jurisdicionado participe e tente resolver a querela de modo cooperativo com o adversário é o que exatamente se espera de todo mecanismo da Justiça, em observância aos princípios da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, CF) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF), fundamentando toda boa atuação ética do magistrado no exercício da jurisdição.

Nesse sentido, aliás, a Resolução n. 60/2008 do CNJ, que instituiu o Código de Ética da Magistratura Nacional, vaticina, em seus artigos 2º e 3º, respectivamente, que ao magistrado se impõe primar pelo respeito à Constituição da República e às leis do país, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos, bem como que a atividade judicial deve se desenvolver de modo a garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, objetivando assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as pessoas.

Portanto, a mediação é um processo capaz de levar os interessados a construir suas próprias decisões, a partir do reconhecimento de seus reais interesses e sentimentos, por meio de técnicas usadas por um mediador, para que o desfecho também alcance a preservação dos relacionamentos. A conciliação, por sua vez, é uma técnica de resolução de conflitos na qual uma terceira pessoa, denominada conciliador, auxilia as partes na busca por um acordo de vontades – já que as suas são opostas ou entram em colisão –, sendo a ele permitido manifestar sua opinião sobre qual seria a solução mais justa, observando, é claro, os princípios de imparcialidade e da decisão informada.

### 2.3. CEJUSC: A mais nova unidade jurisdicional do país e o Tribunal Multiportas

A história dos métodos autocompositivos e do próprio CEJUSC precedem a atual ordem, já que, segundo a Bíblia Sagrada, muito antes mesmo da primeira vinda de Jesus Cristo, Abraão fez um acordo com o sacerdote Abimeleque, consoante ao livro de Gênesis, capítulo 21<sup>17</sup>.

15 Cf. TARTUCE, Fernanda. Mediação de conflitos: Proposta de emenda constitucional e tentativas consensuais prévias à jurisdição. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, ed. 82, fev. 2018, p. 5-21. Disponível em: <http://www.femandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2019/06/Mediacao-CF-e-tentativas-previas-jurisdicao-Fernanda-Tartuce.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2022.

16 Idem, *ibidem*.

17 BÍBLIA. *Bíblia de Referência Thompson*: Com versículos em cadeia temática. Antigo e Novo Testamentos. Compilado

Após se fazer carne, Jesus Cristo, conforme relata o evangelho de Mateus, no capítulo 5, versículo 25, pregava: “Entre em acordo depressa com seu adversário, enquanto estás com ele a caminho do tribunal, para que o adversário não te entregue ao juiz, e o juiz ao guarda, e te levem à prisão.”<sup>18</sup>

Da mesma maneira, há também fontes, como nas Ordenações Filipinas (Livro III, Título XX, § 1º)<sup>19</sup>, determinando que o juiz, no começo da demanda, deveria aconselhar as partes a fazerem autocomposição.

Com isso, ao longo da história contemporânea, é possível perceber diversos movimentos, nos quais as técnicas de mediação e conciliação são utilizadas como meio de pacificar os conflitos, dando ênfase principalmente ao Direito norte-americano, no surgimento do movimento de acesso à Justiça, na França, e, no Brasil, com o nascimento da Carta Imperial de 1824<sup>20</sup>.

Ainda, em meados da década de 1970, nos Estados Unidos, surgiu o movimento de acesso à Justiça, e, durante esse período, a população clamava por mudanças no sistema. Tal movimento culminou e influenciou de forma mais significativa a mediação como meio de solução das disputas, de maneira que tais técnicas auxiliassem no progresso das relações sociais entrelaçadas, facilitando o acesso à Justiça, tornando mais fácil para o próprio cidadão jurisdicionado<sup>21</sup>. Era a famosa *Alternative Dispute Resolution* (ADR) considerada uma alternativa confiável para a solução de conflitos, de aderência rápida, denominada “justiça de segunda classe”<sup>22</sup>.

A iniciativa norte-americana se mostrou tão vantajosa que os índices de conciliação nos Estados Unidos (EUA) alcançam até 95% (noventa e cinco por cento), de acordo com Bacellar<sup>23</sup>.

No Brasil, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) – chamados de Centrais de Conciliação na esfera da Justiça Federal – originaram-se de algumas experiências anteriores, dentre elas a Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei n. 7.244/1984), posteriormente aprimorada pela Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/1995). Essas práticas, além de trazerem a mediação para o processo, permitiram a utilização, tanto desse método quanto o da conciliação, já arraigada entre nós, em fase anterior à propositura da ação (fase pré-processual), evitando a judicialização de conflitos<sup>24</sup>.

Com efeito, o CEJUSC, Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, previsto na Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010 – que instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses –, é a mais nova unidade judiciária de primeiro grau, ou, como também preferimos dizer, o CEJUSC é o filho mais novo da família judiciária brasileira.

---

e redigido por Frank Charles Thompson. Trad. João Ferreira de Almeida. São Paulo: Editora Vida, 2010.

18 Idem, ibidem.

19 Ordenações Filipinas. Livro III – Título – XX – Da ordem do Juízo nos Feitos Cíveis. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/208975-livro-iii-ordenacoes-filipinas-titulo-xx-da-ordem-do-juizo-nos-feitos-civeis.html>. Acesso em: 11 mai. 2022.

20 Cf. WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa*: Conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 103.

21 Cf. PERPETUO, Rafael Silva; MIRANDA, Vanessa Diniz Mendonça; NABHAN, Francine A. Rodante Ferrari; ARAÚJO, Jakeline Nogueira Pinto de. Os métodos adequados de solução de conflitos: Mediação e conciliação. In: *Informativo de periódicos do Ministério Público do Estado de São Paulo*. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-FD-SBC\\_v.24\\_n.2.01.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-FD-SBC_v.24_n.2.01.pdf). Acesso em: 1 abr. 2022.

22 Cf. FIORENTINO, Dirceu. *Mediação, conciliação e arbitragem para solução de conflitos sem intervenção do Poder Judiciário*. Leme (SP): Rumo Jurídico Editora de Livros, 2020, p. 19.

23 Cf. TJMT. Poder Judiciário debate importância da política adequada da solução de conflitos (matéria veiculada no portal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Disponível em: [http://www.tjmt.jus.br/Noticias/65895#.Ylq\\_jujMLIU](http://www.tjmt.jus.br/Noticias/65895#.Ylq_jujMLIU). Acesso em: 16 abr. 2022).

24 Cf. CNJ. *Manual de mediação judicial*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f-5ce60df2774c59d6e2ddbfec54.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2022.

Os parâmetros utilizados para a criação dos CEJUSCs foram o gerenciamento dos processos e o Fórum de Múltiplas Portas ou Tribunal Multiportas do Direito norte-americano, que sugerem várias opções para a solução dos conflitos, além da solução adjudicada através da sentença.

Assim, os tribunais brasileiros, a partir de 2010, passaram a instalar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs). Desse modo, eles representam a materialização do Tribunal Multiportas, cuja grande virtude é reconhecer que cada caso é um caso, e que não há de se falar em utilizar o mesmo método de solução de conflitos para todos os casos. Não há soluções mágicas. Cada caso deve ser visto a partir de suas peculiaridades, adotando-se o método mais adequado a ele.

Com o sistema multiportas, materializado no CEJUSC, e valendo-se dos métodos autocompositivos ofertados por esta unidade, vislumbra-se a possibilidade de solução dos conflitos por outras vias que não apenas a sentença (sistema heterocompositivo), ou seja, várias opções se descortinam para a resolução dos conflitos de interesses, além da solução adjudicada através da sentença.

A adoção do sistema multiportas se relaciona com o próprio acesso à Justiça, que, segundo Lagrasta, faz parte das três ondas renovatórias de acesso à Justiça, isto é, possíveis soluções, surgidas nos países do mundo ocidental, através do movimento chamado “Projeto Florença de Acesso à Justiça”, para ultrapassar as barreiras que impedem um acesso efetivo à Justiça<sup>25</sup>.

De acordo com a doutrina, a primeira “onda” renovatória apontada seria a assistência judiciária, com a implementação da gratuidade e da própria Defensoria Pública, por exemplo. Já a segunda onda se relaciona com a tutela de interesses coletivos *lato sensu*, com um microsistema de tutela coletiva, com regras próprias. Por fim, a terceira onda é a que contempla os novos métodos de resolução de conflitos<sup>26</sup>.

Ora, consabido é que a Constituição Federal consagra o acesso à Justiça no princípio da inafastabilidade da jurisdição ou universalidade da ação (art. 5º, inciso XXXV, CF). Sendo assim, esse importante princípio constitucional, que revela o direito fundamental do acesso à Justiça, ao enfrentar óbices de aplicação, estes devem ser afastados pelo magistrado na prática. Com isso, proporcionar o acesso a outros métodos para resolução de conflitos é, portanto, proporcionar o próprio acesso à Justiça, ou à “ordem jurídica justa” – tal qual referido por Watanabe<sup>27</sup> –, concretizando-se o comando constitucional do art. 5º, inciso XXXV.

Assim sendo, percebe-se que o Tribunal Multiportas prestigia o princípio da adaptabilidade e, segundo Dinamarco<sup>28</sup>, potencializa a celeridade e eficiência do curso processual, seja pelo método adversarial<sup>29</sup> ou consensual<sup>30</sup>.

25 Cf. LAGRASTA, Valéria Ferioli, op. cit., p. 16.

26 Idem, *ibidem*.

27 WATANABE, Kazuo, op. cit., *passim*.

28 Cf. LAGRASTA, Valéria Ferioli, op. cit., p. 14.

29 Os métodos adversariais são aqueles em que, a partir de uma demanda, de uma disputa, um terceiro imparcial (juiz ou árbitro) colhe as informações sobre a lide, viabiliza a produção das provas, analisa os argumentos apresentados (de parte a parte) e, como resultado, produz um veredicto, que adjudica o ganho da causa para uma das partes (solução ganha/perde). Eles (os métodos adversariais) permitem a apresentação de posições e, como tal, polarizadas (partes), o que faz com que o acolhimento de uma implique a rejeição da outra. (Cf. BACELLAR, Roberto Portugal, op. cit., p. 9).

30 Os métodos consensuais (ou métodos não adversariais), como ressaltamos no nosso estudo sobre administração judiciária (Cf. BACELLAR, Roberto Portugal. *Administração judiciária: com justiça*. Curitiba: InterSaberes, 2016), se definem pelo feito voluntário no qual um terceiro imparcial colhe informações sobre o conflito, relaciona de forma ampla todas as questões apresentadas pelos interessados, investiga (por meio de perguntas) as necessidades, os sentimentos, as posições e os interesses, estimulando-os a encontrar, como resultado, por eles mesmos, as soluções desejadas (solução ganha/ganha). (BACELLAR, Roberto Portugal, op. cit., p. 10).

Feito esse preâmbulo necessário, tem-se que o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, fruto da Resolução n. 125/2010-CNJ, como unidade judiciária de primeiro grau, conta com uma estrutura física e humana própria, possuindo um juiz coordenador responsável e servidores qualificados, além de um espaço físico adequado.

A missão dos CEJUSCs é a realização e gestão de audiências de conciliação e sessões de mediação, sem prejuízo de outros métodos de solução de conflitos, além de prestar o atendimento e orientação aos cidadãos que o procuram, como bem dispõe expressamente o art. 8º da Resolução n. 125/2010-CNJ.

Diga-se, ainda, que o enquadramento expresso do CEJUSC no conceito de unidade judiciária de primeiro grau foi dado com a edição da Resolução n. 282/2019, do Conselho Nacional de Justiça, modificando a Resolução n. 219/2016 do próprio CNJ, tornando obrigatório o cálculo da lotação paradigma em tais unidades, ou, em outras palavras, exigiu que a definição do quantitativo dos cargos entre um CEJUSC e outro leve em consideração o quantitativo de casos recebidos e remetidos, bem como o de audiências de conciliação ou de mediação designadas e realizadas, de acordos homologados, de pessoas atendidas pelo setor de cidadania ou outros parâmetros objetivos fixados pelo respectivo tribunal.

## 2.4. A experiência exitosa do Estado de Mato Grosso com os CEJUSCs

Um dos estados brasileiros que mais tem se destacado com numerosas iniciativas de fomento e prestígio à Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, preconizada no art. 1º, da Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, é Mato Grosso. Tanto é assim, que, no âmbito do Poder Judiciário, existem, hoje, quarenta e quatro CEJUSCs instalados e em pleno funcionamento, distribuídos pelas diversas comarcas, além do CEJUSC virtual – de competência em todo o Estado – e dos CEJUSCs temáticos.

Em Mato Grosso, um estado continental – terceiro maior da federação em extensão territorial –, que possui setenta e nove comarcas instaladas, os CEJUSCs, que já são vistos pela população e operadores do Direito como um canal eficaz de pacificação social, tiveram origem na Resolução n. 12/2011 do Tribunal Pleno, que criou o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), precedendo a Resolução n. 9/2012/TP, que, por sua vez, disciplinou a instalação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, com competência (art. 2º da Resolução n. 9/2012/TP) para realizar sessões de conciliação e mediação relativas a direitos disponíveis em matéria cível, de família, previdenciária e da competência dos Juizados Especiais, em procedimentos processuais e pré-processuais, conforme explicitado na Resolução n. 125/2010 do CNJ.

A aludida resolução do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso ainda previu que os CEJUSCs são coordenados por um Juiz de Direito, pelo período de 2 (dois) anos, podendo ser reconduzido, que pode ou não cumular suas funções com a de outra unidade judiciária, a depender do volume de trabalho (art. 1º da Resolução n. 9/2012/TP). Cumpre ao juiz coordenador promover o adequado funcionamento do Centro, determinando o que for necessário e orientando sua equipe, além de analisar e homologar por sentença os acordos realizados, que constituirão títulos executivos judiciais.

Além disso, a Resolução n. 9/2012/TP, do TJMT, dispõe que os CEJUSCs contarão com servidores capacitados em métodos consensuais de solução de conflitos, sendo que um deles – denominado pela Lei Estadual n. 9.853/2012 de gestor judiciário – também deverá ser capacitado para triagem e encaminhamento adequado dos casos (art. 5º).

Ainda em termos de pessoal, os conciliadores que atuarão nessa unidade judiciária de primeiro grau serão selecionados por meio de certame organizado pelo próprio Tribunal de Justiça, observando as normas do Provimento n. 30/2021, do Conselho da Magistratura do TJMT<sup>31</sup>, sendo que os cursos de

31 Provimento n. 30/2021 do Conselho da Magistratura. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Disponível em:

capacitação estarão a cargo do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), de acordo com a Ordem de Serviço n. 01/2020 – PRES/NUPEMEC<sup>32</sup>, com carga horária de 80 (oitenta) horas, sendo de 40 (quarenta) horas a parte teórica e, no mínimo, 40 (quarenta) horas o estágio supervisionado, e serão ministrados por instrutores certificados ou em formação.

Os mediadores que atuarão nos CEJUSCs, por sua vez, poderão ser servidores efetivos, magistrados, parceiros e/ou voluntários, que preencherem os requisitos exigidos no art. 16 do Regulamento do CNJ (art. 4.º da Ordem de Serviço n. 01/2020 – PRES/NUPEMEC). Os cursos de formação de mediadores judiciais terão carga horária de 100 (cem) horas, sendo de 40 (quarenta) horas a parte teórica e, no mínimo, 60 (sessenta) horas o estágio supervisionado, e serão ministrados por instrutores certificados ou em formação, devidamente cadastrados no ConciliaJud<sup>33</sup> e indicados pelo NUPEMEC-TJMT (art. 2.º da Ordem de Serviço n. 01/2020 – PRES/NUPEMEC).

As normas de funcionamento dos CEJUSCs, no contexto do Estado de Mato Grosso, de modo geral, são dispostas pela Ordem de Serviço n. 01/2012 do NUPEMEC, complementada por outras fontes legais e infralegais de alcance nacional. Dentre elas, o Código de Processo Civil e os enunciados do FONAMEC – Fórum Nacional de Mediação e Conciliação, que é composto pelos magistrados presidentes e coordenadores dos NUPEMECs dos estados e do Distrito Federal, e pelos magistrados coordenadores dos CEJUSCs, buscando fomentar a cultura da paz, com a apresentação e discussão de propostas, inclusive para criação e alteração de leis, regulamentos e procedimentos atinentes a essa temática.

Há que se mencionar, igualmente, que, na área de competência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, foi criado o chamado CEJUSC Virtual Estadual, com atuação em todo o território de Mato Grosso, especialmente nos locais em que ainda não há uma unidade de CEJUSC instalada, o que possibilita ao jurisdicionado o amplo acesso ao sistema multiportas, como corolário do acesso à ordem jurídica justa. Sua criação se deu por força do Provimento n. 57/2020 do Conselho da Magistratura do TJMT<sup>34</sup>.

Ainda existem em Mato Grosso os chamados CEJUSCs temáticos, como os recém-instalados CEJUSC Virtual Empresarial e o CEJUSC da Saúde, ambos com competência para atuarem em demandas de todo o Estado. O primeiro, instalado pelo Provimento n. 56/2020, do Conselho da Magistratura – TJMT<sup>35</sup>, atua de forma 100% virtual, no atendimento ao público, prestando orientações e informações (cidadania), e também na solução de conflitos pré-processuais e processuais, exclusivamente em demandas empresariais; enquanto que o segundo atua em assuntos que tratam sobre o direito à saúde pública, e cuja criação se deu pela Portaria n. 001/2021, do NUPEMEC<sup>36</sup>.

---

[http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Conselho%20da%20Magistratura/Provimentos/Provimento\\_TJMT\\_CM\\_n\\_30-2021-CM\\_-\\_Disp%C3%B5e\\_sobre\\_o\\_processo\\_de\\_credenciamento\\_dos\\_conciliadores\\_no\\_Estado\\_de\\_MT.pdf](http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Conselho%20da%20Magistratura/Provimentos/Provimento_TJMT_CM_n_30-2021-CM_-_Disp%C3%B5e_sobre_o_processo_de_credenciamento_dos_conciliadores_no_Estado_de_MT.pdf). Acesso em: 11 mai. 2022.

- 32 Ordem de Serviço n. 01/2020 da Presidência do Núcleo Permanente de Métodos de Solução de Conflitos: normas de funcionamento das centrais e centros judiciários. Disponível em: [http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/98/814/file/Normas%20Legais%20e%20Administrativas/OS%20n\\_%2001-2012\\_Normas%20de%20funcionamento%20da%20Central%20e%20dos%20Centros%20Judici%C3%A1rios\\_pub%20DJE.pdf](http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/98/814/file/Normas%20Legais%20e%20Administrativas/OS%20n_%2001-2012_Normas%20de%20funcionamento%20da%20Central%20e%20dos%20Centros%20Judici%C3%A1rios_pub%20DJE.pdf). Acesso em: 11 mai. 2022.
- 33 Sistema informatizado do NUPEMEC para acompanhamento da formação e manutenção das certificações de mediadores, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.
- 34 Provimento n. 57/2020 do Conselho da Magistratura. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Disponível em: [http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/98/814/file/Normas%20Legais%20e%20Administrativas/Provimento%20n\\_%20057-2020-CM%20-%2003-12-2020%20-%20Instala%C3%A7%C3%A3o%20do%20CEJUSC%20VIRTUAL%20Estadual.pdf](http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/98/814/file/Normas%20Legais%20e%20Administrativas/Provimento%20n_%20057-2020-CM%20-%2003-12-2020%20-%20Instala%C3%A7%C3%A3o%20do%20CEJUSC%20VIRTUAL%20Estadual.pdf). Acesso em: 11 mai. 2022.
- 35 Provimento n. 56/2020 do Conselho da Magistratura. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Disponível em: [http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/98/814/file/Normas%20Legais%20e%20Administrativas/Provimento%20n\\_%20056-2020-CM%20-%2003-12-2020%20-%20Instala%C3%A7%C3%A3o%20do%20CEJUSC%20VIRTUAL%20Empresarial.pdf](http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/98/814/file/Normas%20Legais%20e%20Administrativas/Provimento%20n_%20056-2020-CM%20-%2003-12-2020%20-%20Instala%C3%A7%C3%A3o%20do%20CEJUSC%20VIRTUAL%20Empresarial.pdf). Acesso em: 11 mai. 2022.
- 36 Portaria n. 001/2021 do Núcleo Permanente de Métodos de Solução de Conflitos. Tribunal de Justiça do Estado de Mato

No campo das iniciativas práticas de autocomposição e de fomento à pacificação social do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, desencadeadas nos diversos CEJUSCs do Estado – ainda no seu pilar de atuação cidadania –, há que se mencionar as oficinas de parentalidade e divórcio (ou oficinas de pais e filhos) que visam harmonizar o convívio entre os familiares, estimulando a reflexão dos pais em relação a seu comportamento com os filhos, a partir do divórcio, abordando alguns tópicos, como a experiência do divórcio para os adultos, a classificação de famílias, os sentimentos que podem surgir com o divórcio, a experiência do divórcio para os filhos, o que pode ser feito para ajudá-los, possíveis direitos violados e questões emocionais envolvidas.

Da mesma forma, não há que se olvidar ainda dos círculos de construção de paz e de resolução de conflitos, no âmbito dos CEJUSCs de Mato Grosso, que são um bom exemplo de que a pacificação social não está adstrita ao processo judicial, àquela sequência de atos concatenados para se chegar a um fim esperado perante um Juízo competente. Em sua grande maioria, os círculos são realizados no ambiente escolar, onde se veem, muitas vezes, denúncias de *bullying* e desrespeito a professores e colegas, o que dificulta o convívio escolar e prejudica o processo de ensino-aprendizagem, além do bom relacionamento entre as pessoas. Assim, os círculos de construção de paz na escola permitem conhecer um pouco mais da vida e da realidade de cada um dos colegas, visando o melhoramento da consciência individual e social dos alunos e profissionais da instituição e a humanização das relações, restituindo a eles a capacidade de compreensão, comunicação e de resolução de problemas relacionados àquele ambiente, por propiciar um lugar de fala e escuta a todos os participantes, podendo, inclusive, fazer parte do plano pedagógico.

Outrossim, há que se registrar que os círculos de construção de paz e de resolução de conflitos, no âmbito de Mato Grosso, com vistas à mediação de conflitos escolares, têm frutificado bastante em função das iniciativas dos CEJUSCs, com o apoio do NUGJUR, e também de parcerias firmadas entre o Poder Judiciário do Estado, através do NUGJUR e NUPEMEC, e outras instituições e órgãos, como o Ministério Público e a Secretaria de Estado de Educação.

Assim, a capilaridade das quarenta e quatro unidades de CEJUSC, espalhadas nas diversas comarcas, acrescidas ao CEJUSC Virtual e aos CEJUSCs temáticos, dão efetividade à Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses em Mato Grosso. Desse modo, com muitos bons serviços prestados à população, a trajetória dos CEJUSCs no Estado é plenamente exitosa, e se consolida mais a cada dia, galgando elogios dos usuários pela celeridade imprimida, com o aumento pela procura de seus serviços e uma constante preocupação e zelo do Tribunal de Justiça com essa nova vertente da prestação jurisdicional, que ajuda a disseminar a cultura de pacificação social, visando tornar realmente efetivo o princípio constitucional do acesso à ordem jurídica justa.

Nesse contexto, é preciso destacar, ainda, que o sucesso e a consolidação da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses em Mato Grosso decorrem da salutar preocupação institucional com a divulgação dos métodos autocompositivos e da priorização que tem sido dada pela Alta Administração do Tribunal de Justiça, nas presidências que se sucedem a cada dois anos, à instalação e estruturação dos CEJUSCs, em atenção às gestões do NUPEMEC<sup>37</sup> do Estado.

---

Grosso. Disponível em: [https://portalnupemec-mc.tjmt.jus.br/nupemec-arquivos-prod/cms/Portaria\\_n\\_001\\_2021\\_NUPEMEC\\_Instalacao\\_do\\_Cejusc\\_da\\_Saude\\_Publica\\_9918602058.pdf](https://portalnupemec-mc.tjmt.jus.br/nupemec-arquivos-prod/cms/Portaria_n_001_2021_NUPEMEC_Instalacao_do_Cejusc_da_Saude_Publica_9918602058.pdf). Acesso em: 11 mai. 2022.

37 Aqui, por dever de justiça, há que se destacar o papel zeloso da Desembargadora Clarice Claudino da Silva, uma expoente nacional nessa temática e uma verdadeira guerreira na defesa da consolidação dos métodos autocompositivos em Mato Grosso, que, na presidência do NUPEMEC/MT por vários anos, não mediu esforços para a instalação, estruturação e consolidação dos CEJUSCs no Estado. Da mesma forma, dando continuidade a esse trabalho, há que se destacar o papel do Desembargador Mário Roberto Kono de Oliveira, atual Presidente do NUPEMEC/MT, jurista igualmente engajado e identificado com essa temática, e que atuou por vários anos como juiz dos Juizados Especiais Criminais em projetos da Justiça Restaurativa em Cuiabá/MT.

## 2.5. Os pilares de atribuições do CEJUSC: Cidadania pré-processual e processual

O CEJUSC pode ser dividido por setores ou pilares de atuação (atribuições). O primeiro deles a ser mencionado é o setor da cidadania, em que são prestadas informações à população sobre as atribuições e os serviços executados por essa unidade, bem como onde é feito o direcionamento da pessoa atendida à solução que melhor satisfaça suas necessidades, através de meios que garantam a celeridade, simplicidade e integridade (sistemas informatizados, *e-mail* ou por WhatsApp), todas, obviamente, regulamentadas pelo respectivo tribunal, com observância da Resolução n. 125/2010 do CNJ.

Registre-se que o colaborador do CEJUSC, apesar de deter conhecimento jurídico, não presta orientações jurídicas ao cidadão, ressalvados os casos de termos de cooperação técnica com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Defensorias Públicas ou Núcleos de Prática Jurídica<sup>38</sup>.

Calha apontar, ainda, que o setor da cidadania é responsável pelo direcionamento do cidadão aos serviços indispensáveis ao exercício de seus direitos, tais como a programas de cunho educacional e interdisciplinar, objetivando auxiliar os pais na fase do divórcio, protegendo a relação com os filhos e familiares.

Nesse sentido, na alçada do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, um tribunal de médio porte, é concebida a oficina de pais e filhos, que visa principalmente harmonizar o convívio entre os familiares, conscientizando-os a respeito de assuntos como alienação parental, guarda, pensão alimentícia e direito de visitas.

O CEJUSC também é responsável pelos seguintes serviços prestados ou disponibilizados ao cidadão e à cidadã:

- a. Orientação e direcionamento do cidadão para a regularização de sua situação pessoal, envolvendo assuntos relacionados ao nome e alteração de nome e filiação, auxiliando na obtenção da documentação necessária para isso, como certidões negativas cíveis e criminais;
- b. Direcionamento do cidadão à Defensoria Pública nos casos em que a questão não pode ser resolvida pelos métodos consensuais de resolução de conflitos;
- c. Encaminhamento do cidadão ao PROCON, nos casos em que a demanda pode ser resolvida por aquele órgão, a exemplo dos casos envolvendo concessionárias de serviço de telefonia em geral, ou reclamações de interesse dos demais consumidores;
- d. Fornecimento ao cidadão de cópia dos procedimentos que tramitam ou tramitaram perante a própria unidade, seja para efeito de conhecimento do próprio solicitante, seja para que ele promova eventual ação judicial, em caso, por exemplo, de descumprimento de um acordo homologado, realizado numa sessão de mediação ou conciliação;
- e. O CEJUSC promove a entrega de certidões de casamento ou nascimento averbadas em cartórios extrajudiciais e enviadas a ele, decorrentes de procedimentos pré-processuais;
- f. O CEJUSC procede à entrega de termos de guarda compartilhada ou definitiva aos respectivos guardiões;
- g. O CEJUSC faz o direcionamento à diretoria do foro local dos interessados em realizar o reconhecimento oficioso de paternidade (Lei n. 8.560/1992);
- h. O CEJUSC auxilia o cidadão, reconhecidamente pobre, a confeccionar declaração particular para pedido isenção de emolumentos, nos moldes da Lei n. 6.015/1973.
- i. O CEJUSC orienta o cidadão sobre como fazer a retirada de documentos nos cartórios extrajudiciais (certidões de casamento e matrículas de imóveis), sejam eles da comarca ou não;
- j. O CEJUSC presta orientação e auxílio para a reunião de documentos indispensáveis para a

38 Cf. Manual de Rotinas do CEJUSC. Núcleo Permanente de Métodos de Solução de Conflitos. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Disponível em: <https://online.pubhtml5.com/hwlf/hlav/#p=134>. Acesso em: 11 mai. 2022.

propositura de reclamação pré-processual (RPP), a exemplo de declarações de testemunhas, nos casos de pedido de reconhecimento de união estável;

- k. O CEJUSC fornece cópias autenticadas de documentos extraídos em procedimentos pré-processuais, entre outros.

Já o setor pré-processual do CEJUSC traduz a facilidade de aproximação entre a sociedade e a Justiça. De acordo com Fiorentino, ele cumpre um papel preventivo, dirimindo o conflito em seu nascedouro, sendo um espaço que acolhe as diferenças e revela a possibilidade da coexistência de iguais liberdades individuais<sup>39</sup>.

Em síntese, o setor pré-processual do CEJUSC constitui ou materializa o momento antecedente ao ajuizamento regular de uma ação processual. Nele são apresentadas as reclamações pré-processuais (RPPs) feitas por advogados ou pessoalmente pelos solicitantes, que se dirigem ao fórum e são recepcionados e atendidos no balcão do CEJUSC para tratar de conflitos diversos, nas matérias elencadas na Ordem de Serviço n. 01/2012, do NUPEMEC/MT, relativas a direitos disponíveis em matéria cível, de família, previdenciária e da competência dos Juizados Especiais, a exemplo de pensão e exoneração de alimentos, guarda e direito de visitas, divórcio com partilha de bens, reconhecimento e dissolução de união estável com partilha de bens (seja ou não precedida de escritura pública), reconhecimento consensual de paternidade, partilha de bens posterior ao divórcio, questões de Direito do Consumidor, acidentes de trânsito, conflitos de vizinhança, recebimento de dívidas, negociação com concessionárias de serviço público, repactuação de débitos, cobranças indevidas e contratos não cumpridos, entre outras.

Ressalte-se, entretanto, que há determinados temas que, por suas peculiaridades de ordem material e/ou procedimental – por exemplo, necessidade de produção de provas –, não podem tramitar no CEJUSC na forma de reclamação pré-processual, tais como as ações de inventário; cumprimento de testamento e outras relativas ao Direito de Sucessão; mudança de nome; alteração de regime de bens do casamento; interdição e curatela; ações envolvendo crimes (ações criminais) e atos infracionais de qualquer natureza (Juízo da Infância e Juventude); execuções contra as fazendas públicas da União, dos Estados e dos Municípios; e ações que legalmente não admitem transação, como a adoção ou em razão do estado das pessoas como nacionalidade, ou aquelas em razão de interesse público, previstas em lei.

A reclamação pré-processual (RPP) não depende de formalidades legais, como ocorre nos processos judiciais. Tanto é assim que o enunciado n. 19 do FONAMEC prevê que não há pagamento de custas, nem de limite ao valor da causa. Há que se mencionar, no entanto, que, no âmbito do Estado de Mato Grosso, são devidas custas nos procedimentos pré-processuais, desde o ano de 2020, de acordo com a Lei Estadual n. 11.077/2020<sup>40</sup>, que são calculadas tendo como parâmetro o valor do acordo – e não sobre o valor atribuído à causa –, conforme dispõe a própria Lei Estadual, regulamentada pelo Provimento n. 004/2021, da Corregedoria-Geral da Justiça<sup>41</sup>.

39 FIORENTINO, Dirceu. *Mediação, conciliação e arbitragem para solução de conflitos sem intervenção do Poder Judiciário*. Leme (SP): Rumo Jurídico Editora de Livros, 2020, p. 76-78.

40 Lei que altera a Lei Estadual n. 7.603, de 27 de dezembro de 2001, que fixa o valor das custas, despesas e emolumentos relativos aos atos praticados no Foro Judicial, institui o selo de autenticação e dá outras providências, para aprovar a nova Tabela de Custas e Despesas. Disponível em: [http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/downloads/Corregedoria/Custas%20do%20Judici%C3%A1rio/LEI\\_N\\_110772020.pdf](http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/downloads/Corregedoria/Custas%20do%20Judici%C3%A1rio/LEI_N_110772020.pdf). Acesso em: 11 mai. 2022.

41 Provimento n. 004/2021 da Corregedoria-Geral da Justiça: Regulamenta a cobrança de Custas Judiciais nos Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs e Centrais de Conciliação e Mediação, bem como estabelece outras providências. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/98/814/file/Normas%20Legais%20e%20Administrativas/Provimento%20n%20004-2021-CGJ%20de%2012-02-21%20-%20custas%20nos%20CEJUSCs.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2022.

Assim, em suma, numa RPP, uma vez feita a triagem do caso pelo gestor judiciário e confirmado tratar-se de matéria de atribuição do CEJUSC, é agendada uma sessão de conciliação ou mediação, caso o procedimento não reclame imediata conclusão ao juiz coordenador do CEJUSC, para análise dos pressupostos de constituição e validade, e de eventuais pedidos de gratuidade de custas formulados.

Se o caso não demandar análise prévia pelo magistrado, ou sendo ela feita, o servidor responsável procederá à expedição das respectivas cartas-convite (ou convites), por todos os meios idôneos permitidos, como cartas, *e-mails*, WhatsApp, etc<sup>42</sup>.

Nesse ponto, é importante registrar que a pandemia de Covid-19 nos impôs uma nova realidade, requerendo uma evolução e uma resposta rápida e imediata do Poder Judiciário, que teve que se reinventar para que o cidadão não fosse tolhido em seus direitos, mesmo diante de um quadro gravíssimo como o da pandemia. Com esse cenário, a realização de sessões de mediação e de conciliação por videoconferência, algo que parecia distante da realidade judiciária, passou a fazer parte da rotina do CEJUSC (e das Varas Judiciais), expandindo sobremaneira o alcance dos métodos de solução consensual dos conflitos, e permitindo a realização de audiências virtuais e a solução de conflitos de pessoas que estão até mesmo em países e continentes distintos<sup>43</sup>, inclusive.

Na sessão de conciliação, o conciliador, auxiliar da Justiça e imparcial, pode propor às partes soluções para porem fim ao conflito, respeitando suas vontades e lhes informando acerca dos benefícios da conciliação, sendo que o próprio legislador, no art. 165, § 2º, do CPC, fixou o seu mote de atuação, ao prescrever que o conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. De outro lado, na mediação, o profissional mediador, auxiliar da Justiça e igualmente imparcial, através de técnicas específicas, auxilia os envolvidos a enxergarem quais são seus reais interesses e sentimentos, buscando restabelecer o diálogo entre eles, e fazendo-os chegar a uma solução para o impasse de forma harmoniosa, tendo aqui o legislador, também no art. 165, § 3º, do CPC, fixado o mote de atuação do mediador, ao prescrever que ele atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliando aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Há cooperação sem produção de provas ou necessidade de que os interessados convençam o terceiro (conciliador ou mediador) de que estão com a razão, pois a solução será construída por eles a partir de suas próprias razões, sem quaisquer imposições: o resultado é o de que, pelo método consensual, na forma autocompositiva, todos ganham<sup>44</sup>.

Importante destacar que não há necessidade da presença de advogados nas sessões pré-processuais do CEJUSC, conforme dicção do art. 11 da Resolução n. 125/2010-CNJ e interpretação do próprio Conselho Nacional de Justiça<sup>45</sup>. Agregue-se, ademais, a faculdade

42 Cf. Manual de Rotinas do CEJUSC, op. cit.

43 No CEJUSC de Rondonópolis, em 2021, em uma RPP, realizou-se um divórcio consensual em que uma das partes estava residindo no Japão, e de lá participou da sessão de conciliação, concordando com o pleito inaugural. O caso foi resolvido rapidamente, mesmo as partes estando distantes a milhares de quilômetros.

44 Cf. BACELLAR, Roberto Portugal, op. cit., p. 10.

45 O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil questionou o referido dispositivo no CNJ, alegando ofensa ao art. 133 da Constituição Federal, que afirma ser o advogado indispensável à administração da Justiça. Assim, requereu

da participação de advogados nas mediações, por expressa previsão da Lei de Mediação (art. 10 da Lei n. 13.140/2015).

Se por qualquer das ferramentas (conciliação ou mediação) o acordo é realizado, é encaminhado para a homologação pelo juiz coordenador do CEJUSC, respeitando-se os casos de intervenção obrigatória do Ministério Público. Em caso negativo, o procedimento é arquivado. Portanto, o principal objetivo dos procedimentos pré-processuais no CEJUSC é a pacificação dos conflitos, sendo que a obtenção do acordo entre as partes é mero fruto da atividade estatal.

Em arremate, há que se destacar que, de maneira geral, os procedimentos pré-processuais do CEJUSC são muito rápidos, e diversos são os elogios da população e advogados a sua informalidade e agilidade<sup>46</sup>.

Por fim, como terceira frente de atuação, no setor processual do CEJUSC são recebidos processos já distribuídos e despachados pelos magistrados das outras unidades judiciárias da comarca, para a designação de sessões de conciliação (art. 334 do CPC) ou de mediação.

## 2.6. Visão gerencial do CEJUSC: Algumas considerações necessárias

No âmbito de gestão do CEJUSC, por ser uma unidade judiciária de primeiro grau relativamente nova, faz-se necessária, cada vez mais, a consolidação de seus princípios, regras e metodologias, tal como se dá, por exemplo, com a Lei n. 9.099/1995, bem como a instituição de controles informatizados de produtividade, próprios e efetivos, tornando palpável a estruturação e o diagnóstico dos serviços postos à disposição da sociedade, também permitindo identificar suas deficiências e, por consequência, refletir em melhorias no serviço.

Evidente que o reconhecimento do CEJUSC pela sociedade reclama divulgação, ampliação e serviços de qualidade prestados aos jurisdicionados. Por isso deve haver uma constante fiscalização do trabalho da equipe e do desempenho dos conciliadores e mediadores pelo juiz coordenador. Com isso, é possível combater as falhas e ajustar o que for necessário.

Da mesma forma, é imperioso que as capacitações sejam constantemente realizadas, mormente pelas inovações normativas e pela rotatividade de colaboradores, tudo para que o atendimento às demandas seja eficiente e de qualidade<sup>47</sup>.

A capacitação específica de juízes e serventuários da Justiça para atuarem no CEJUSC é indispensável, pois o sucesso depende da correta explicação, em relação aos métodos de solução de conflitos disponíveis (judicial e extrajudicial: conciliação e mediação), o que possibilitará a escolha do mais adequado pelas partes. Para tanto, a pessoa responsável pela triagem das reclamações deve conhecer profundamente todos os métodos de solução de conflitos disponíveis e seus respectivos procedimentos, pois apenas assim poderá passar as informações necessárias para o devido esclarecimento das partes, que devem fazer uma opção consciente<sup>48</sup>.

Soma-se a isso a necessidade de implementação de parcerias com entidades públicas e privadas, tais como ocorre com os PROCONs – na homologação judicial de acordos firmados

---

a alteração do dispositivo, para que passasse a prever a obrigatoriedade da presença do advogado nos CEJUSCs (Recurso Administrativo em Pedido de Providências n. 0004837-35.2017.2.00.0000). Porém, o próprio CNJ entendeu pela manutenção do art. 11 da Resolução CNJ n. 125/2010, por não ser incompatível com o ordenamento jurídico vigente, e por propiciar o acesso à ordem jurídica justa.

46 Como se deu, por exemplo, no CEJUSC de Rondonópolis/MT, em 2021, no caso de um divórcio consensual resolvido em apenas quinze dias, contados da distribuição do procedimento no PJe, e com a sentença já averbada no Registro Civil, o que lhe rendeu na ocasião vários elogios nas redes sociais.

47 Cf. Manual de Rotinas do CEJUSC, op. cit.

48 Cf. SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. A gestão do CEJUSC como tribunal multiportas: Estrutura do CEJUSC como unidade judiciária: Convênios, parcerias, estrutura física e de pessoal. Unidade III: ENFAM, 2021, p. 12-13.

administrativamente –, bem como com universidades, possibilitando que os acadêmicos e futuros operadores do Direito tenham contato com as técnicas de conciliação e mediação, e com os procedimentos realizados no CEJUSC.

No que toca às parcerias, diga-se, a ampliação dos círculos de construção de paz e de resolução de conflitos junto às escolas, sociedades beneficentes e demais instituições, é fundamental como ferramenta preventiva e eficaz de pacificação de conflitos desde a sua origem, além de ser uma forma de divulgação dos métodos autocompositivos junto à sociedade.

Além disso, a manutenção e ampliação das comunicações por meio tecnológico, com o uso de aplicativos de mensagens nos CEJUSCs – o que deve igualmente, a nosso ver, ser estendido às Varas Judiciais – é fator determinante para estabelecer uma comunicação e um diálogo mais efetivos e céleres com o jurisdicionado, obviamente por se tratar de uma tecnologia mais próxima, acessível e dentro da realidade da população em geral, aproximando-se da ideia de acesso à ordem jurídica justa, atendendo ao cidadão de forma mais abrangente.

Os métodos consensuais também investem na comunicação profissional com os operadores do Direito, como advogados, defensores, promotores de Justiça, procuradores, enfim. Há uma melhor forma de comunicação que pode ser estabelecida com técnicas destinadas ao alcance dos melhores resultados, não fazendo qualquer sentido que, enquanto as partes esperam uma solução, ocorram divergências profissionais estéreis entre advogado e juiz, juiz e promotor, promotor e procurador, procurador e juiz, promotor e advogado, e assim por diante<sup>49</sup>.

Com seus processos de produção próprios, no CEJUSC, como em qualquer sistema, será sempre imperioso fazer diagnósticos, planejar, analisar o cenário gerencial como um todo e atuar corretivamente, já que nisso se reflete a gestão em seus diversos aspectos aplicados a qualquer entidade ou instituição, com a observância do ciclo PDCA<sup>50</sup>, permitindo que os serviços dos CEJUSCs sejam constantemente melhorados para serem reconhecidos e valorizados.

Logo, toda essa estruturação do CEJUSC, como Tribunal Multiportas, permitirá que os procedimentos pré-processuais e os meios alternativos de soluções consensuais dos conflitos obtenham melhores resultados e maior visibilidade, em detrimento dos meios heterocompositivos tradicionais, tal como ocorre em outros países, como nos Estados Unidos, conforme mencionado anteriormente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode olvidar que a cultura do litígio e o excesso de judicialização estão instalados ou enraizados no país, e que a mudança dessa cultura demanda tempo. Mas a boa notícia é que o primeiro passo já foi dado pelo legislador com a edição do Código de Processo Civil (2015) e com a Lei de Mediação (2015) e pelo Judiciário com a edição de uma política pública própria na Resolução n. 125 do CNJ, de 2010 – que foi perfeitamente recepcionada por esses dois diplomas mencionados.

Cada sentença homologatória em um procedimento pré-processual perante um CEJUSC do Brasil afora representa um (potencial) processo a menos no Poder Judiciário e, o mais importante, um conflito de interesses pacificado no seio social. Essa ideia subjacente é deveras significativa.

Assim, uma reforma da Justiça começa, não apenas por uma humanização dos tribunais e da legislação, mas também por uma humanização da figura do magistrado e de todos os envolvidos no processo jurisdicional.

49 Cf. BACELLAR, Roberto Portugal, op. cit., p. 16-17.

50 O Ciclo PDCA compõe o conjunto de ações em sequência dada pela ordem estabelecida pelas letras que compõem a sigla: P (*Plan*: Planejar), D (*Do*: Fazer, Executar), C (*Check*: Verificar, Controlar) e o A (*Act*: agir, atuar corretivamente).

Com efeito, o Judiciário se reinventou para assegurar o pleno exercício da cidadania, e caminhou na direção da eficiência, e de uma Justiça mais humanizada no cumprimento de sua missão constitucional.

A Resolução n. 125 do CNJ, de 2010, instituída pelo próprio Poder Judiciário, ao prever a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses – inédita até então –, inaugurou uma nova página na história do Judiciário brasileiro, um verdadeiro divisor de águas, com a previsão dos métodos autocompositivos, ao lado dos heterocompositivos já previstos na legislação, como instrumentos hábeis à solução dos conflitos, trazendo uma nova forma de prestação do serviço judiciário ao cidadão antes mesmo de o processo judicial nascer.

Com isso, todos os operadores do Direito vivem hoje um momento histórico no país – coexistência de duas formas de resolver conflitos, por meio de uma sentença adjudicatória ou por métodos autocompositivos –, de modo que o desafio do julgador contemporâneo está em encontrar a perfeita intercessão entre os dois modelos, para dar a melhor solução para os casos que lhe são apresentados diariamente, em função da singularidade de cada um.

Nesse sentido, dados estatísticos já demonstraram que os métodos autocompositivos estão em ascensão no país. Os CEJUSCs já apresentam bons resultados em nível nacional, tratando-se de uma obra em construção, que requer ajustes, tal qual um barco navegando em alto-mar.

Tem-se que a política da solução amigável é ainda pouco acolhida no país porque não é conhecida o suficiente, porém é capaz de proporcionar maiores ganhos, satisfazendo interesses individuais e sociais ao mesmo tempo, combatendo o excesso de judicialização e o alto custo do processo. Para isso, a sociedade precisa enxergar ou ter acesso a essa nova ferramenta ou unidade judiciária (CEJUSC), e ser conduzida a uma mudança de paradigma, abandonando a cultura da guerra e praticando a paz.

Por isso, todos os envolvidos no processo precisam se engajar na Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, além de divulgar aos quatro cantos a existência e vantagens dos CEJUSCs, juntamente com os métodos autocompositivos.

Portanto, é preciso propalar essa nova realidade do Judiciário diretamente à população, para ela também ser conduzida a uma mudança de paradigma da cultura do litígio para a cultura da paz, que merece ser igualmente cultivada, desde os bancos das faculdades, e integrar todos os órgãos de Justiça, em todas as instâncias, por meio de pautas afirmativas, para que, então, toda a sociedade passe a enxergar essa realidade da Justiça nacional como uma nova proposta de se pacificar conflitos no seio social.

## REFERÊNCIAS

- BACELLAR, Roberto Portugal. *Administração judiciária: com justiça*. Curitiba: InterSaberes, 2016.
- \_\_\_\_\_. Políticas de mediação e conciliação: O magistrado na cultura da paz: Quem sou eu? Qual o meu papel? In: Unidade IV. ENFAM, 2021.
- BÍBLIA. *Bíblia de Referência Thompson*: Com versículos em cadeia temática. Antigo e Novo Testamentos. Compilado e redigido por Frank Charles Thompson. Trad. João Ferreira de Almeida. São Paulo: Editora Vida, 2010.
- CNJ. Justiça em Números. Relatório do Poder Judiciário em números – 2021 (Sumário Executivo). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/justica-em-numeros-sumario-executivo.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2022.
- CNJ. Justiça em Números. Relatório do Poder Judiciário em números – 2021 (relatório integral). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2022.
- CNJ. *Manual de mediação judicial*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60d-f2774c59d6e2ddd6fec54.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2022.
- DELGADO, José Augusto. A revitalização da magistratura: O juiz do século XX. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informativo/article/view/322/285>. Acesso em: 17 mai. 2022.
- FIORENTINO, Dirceu. *Mediação, conciliação e arbitragem para solução de conflitos sem intervenção do Poder Judiciário*. Leme (SP): Rumo Jurídico Editora de Livros, 2020.

LAGRASTA, Valéria Ferioli. A gestão do CEJUSC como Tribunal Multiportas: Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses (Resolução CNJ n. 125/2010) e o excesso de judicialização. In: Unidade I. ENFAM, 2021.

Lei Estadual n. 11.077/2020. Lei que altera a Lei Estadual n. 7.603, de 27 de dezembro de 2001, que fixa o valor das custas, despesas e emolumentos relativos aos atos praticados no Foro Judicial, institui o selo de autenticação e dá outras providências, para aprovar a nova Tabela de Custas e Despesas. Disponível em: [http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/downloads/Corregedoria/Custas%20do%20Judici%C3%A1rio/LEI\\_N\\_110772020.pdf](http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/downloads/Corregedoria/Custas%20do%20Judici%C3%A1rio/LEI_N_110772020.pdf). Acesso em: 11 mai. 2022.

Manual de Rotinas do CEJUSC. Núcleo Permanente de Métodos de Solução de Conflitos. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Disponível em: <https://online.pubhtml5.com/hwlf/hiaiv/#p=134>. Acesso em: 11 mai. 2022.

ORDEM DE SERVIÇO N. 01/2020 da Presidência do Núcleo Permanente de Métodos de Solução de Conflitos: normas de funcionamento das centrais e centros judiciários. Disponível em: [http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/98/814/file/Normas%20Legais%20e%20Administrativas/OS%20n\\_%2001-2012\\_Normas%20de%20funcionamento%20da%20Central%20e%20dos%20Centros%20Judici%C3%A1rios\\_pub%20DJE.pdf](http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/98/814/file/Normas%20Legais%20e%20Administrativas/OS%20n_%2001-2012_Normas%20de%20funcionamento%20da%20Central%20e%20dos%20Centros%20Judici%C3%A1rios_pub%20DJE.pdf). Acesso em: 11 mai. 2022.

Ordenações Filipinas. Livro III – Título – XX – Da ordem do Juízo nos Feitos Cíveis. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/208975-livro-iii-ordenacoes-filipinas-titulo-xx-da-ordem-do-juizo-nos-feitos-civeis.html>. Acesso em: 11 mai. 2022.

PERPETUO, Rafael Silva; MIRANDA, Vanessa Diniz Mendonça; NABHAN, Francine A. Rodante Ferrari; ARAÚJO, Jakeline Nogueira Pinto de. Os métodos adequados de solução de conflitos: Mediação e conciliação. In: *Informativo de periódicos do Ministério Público do Estado de São Paulo*. Disponível em: [http://www.mppsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-FD-SBC\\_v.24\\_n.2.01.pdf](http://www.mppsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-FD-SBC_v.24_n.2.01.pdf). Acesso em: 1 abr. 2022.

PISKE, Oriana. A função social da magistratura na contemporaneidade. In: *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIV, n. 49.

Portaria n. 001/2021 do Núcleo Permanente de Métodos de Solução de Conflitos. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Disponível em: [https://portalnupemec-mc.tjmt.jus.br/nupemec-arquivos-prod/cms/Portaria\\_n\\_001\\_2021\\_NUPEMEC\\_Instalacao\\_do\\_CEUJSC\\_DA\\_SAUDE\\_PUBLICA\\_9918602058.pdf](https://portalnupemec-mc.tjmt.jus.br/nupemec-arquivos-prod/cms/Portaria_n_001_2021_NUPEMEC_Instalacao_do_CEUJSC_DA_SAUDE_PUBLICA_9918602058.pdf). Acesso em: 11 mai. 2022.

Provimento n. 004/2021 da Corregedoria-Geral da Justiça: Regulamenta a cobrança de Custas Judiciais nos Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs e Centrais de Conciliação e Mediação, bem como estabelece outras providências. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Disponível em: [http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/98/814/file/Normas%20Legais%20e%20Administrativas/Provimento%20n\\_%20004-2021-CGJ%20de%2012-02-21%20-%20custas%20nos%20CEJUSCs.pdf](http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/98/814/file/Normas%20Legais%20e%20Administrativas/Provimento%20n_%20004-2021-CGJ%20de%2012-02-21%20-%20custas%20nos%20CEJUSCs.pdf). Acesso em: 11 mai. 2022.

Provimento N. 30/2021 do Conselho da Magistratura. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Disponível em: [http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Conselho%20da%20Magistratura/Provimentos/Provimento\\_TJMT\\_CM\\_n\\_30-2021-CM\\_-\\_Disp%C3%B5e\\_sobre\\_o\\_processo\\_de\\_credenciamento\\_dos\\_conciliadores\\_no\\_Estado\\_de\\_MT.pdf](http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Conselho%20da%20Magistratura/Provimentos/Provimento_TJMT_CM_n_30-2021-CM_-_Disp%C3%B5e_sobre_o_processo_de_credenciamento_dos_conciliadores_no_Estado_de_MT.pdf). Acesso em: 11 mai. 2022.

Provimento n. 57/2020 do Conselho da Magistratura. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Disponível em: [http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/98/814/file/Normas%20Legais%20e%20Administrativas/Provimento%20n\\_%200057-2020-CM%20-%20003-12-2020%20-%20Instala%C3%A7%C3%A3o%20do%20CEJUSC%20VIRTUAL%20Estadual.pdf](http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/98/814/file/Normas%20Legais%20e%20Administrativas/Provimento%20n_%200057-2020-CM%20-%20003-12-2020%20-%20Instala%C3%A7%C3%A3o%20do%20CEJUSC%20VIRTUAL%20Estadual.pdf). Acesso em: 11 mai. 2022.

SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. A gestão do CEJUSC como tribunal multiportas: Estrutura do CEJUSC como unidade judiciária: Convênios, parcerias, estrutura física e de pessoal. In: Unidade III: ENFAM, 2021.

TARTUCE, Fernanda. Mediação de conflitos: Proposta de emenda constitucional e tentativas consensuais prévias à jurisdição. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, ed. 82, fev. 2018, pp. 5-21. Disponível em: <http://www.fernandartatuce.com.br/wp-content/uploads/2019/06/Mediacao-CF-e-tentativas-previas-jurisdiacao-Fernanda-Tartuce.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2022.

TJDF. TJDF promove *workshop* de mediação a conselheiros tutelares do DF (notícia veiculada no portal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <https://www.tjdf.jus.br/informacoes/infancia-e-juventude/noticias-e-destaques/2017/maio/tjdf-promove-workshop-de-mediacao-a-conselheiros-tutelares-do-df>. Acesso em: 17 mai. 2022).

TJMT. Poder Judiciário debate importância da política adequada da solução de conflitos (matéria veiculada no portal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Disponível em: [http://www.tjmt.jus.br/Noticias/65895#.Ylq\\_jujMLIU](http://www.tjmt.jus.br/Noticias/65895#.Ylq_jujMLIU). Acesso em: 16 abr. 2022).

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa*: Conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

# A atipicidade dos contratos com *influencers* e o Código Civil de 2002

VIVIAN BUONALUMI TÁCITO YUGAR<sup>1</sup>

Sumário: Introdução. 1. A teoria das relações contratuais fáticas. 2. A evolução das relações contratuais com escopo publicitário. 3. A relação contratual entre *influencer* e agência. 4. Atipicidade contratual. 5. Elementos típicos de contrato de agência entre *influencer* e agência. 6. Os elementos próprios aos contratos publicitários. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

Presente trabalho tem como escopo a análise das relações contratuais com *influencers*, como instrumento negocial atípico. Estabelece-se como premissa que os *influencers* são sujeitos com *perfis em redes sociais*, consistentes em endereços eletrônicos atualizados com frequência por meio de artigos (*posts*) – integrados por textos, imagens ou *links* – organizados, de modo que as publicações mais recentes se encontram no topo da página. Em cada *post*, os leitores podem deixar comentários acerca do conteúdo publicado, gerando uma troca interativa – e pública.

Precipuamente gratuito e de cunho pessoal, os perfis em redes sociais constituem espaço interativo de cunho opinativo, em que o seu dono (*influencer*) trata de temas de seu interesse e experiência, tais como: política, negócios, moda, saúde, viagens, restaurantes etc.

Observou-se que o produto ou serviço mencionado poderia ser introduzido e aceito, gradual e positivamente, no mercado, a partir desta estratégia (de baixo custo), transformando esse leitor em potencial contratante. Assim, com o interesse em anunciar em perfis de redes sociais, a empresa ou a agência de publicidade que o representa passou a procurar o *influencer* que atendesse ao seu perfil.

Este artigo enunciará a variedade de relações e sujeitos que comumente contratam o *influencer*. Para fins metodológicos, este trabalho cuidou de delimitar o objeto de estudo à análise da relação contratual entre *influencer* e agência de publicidade, cuja atipicidade encontra espaço ainda maior com o Código Civil (CC) de 2002. Inclusive, as relações que a agência de publicidade e *influencer* podem vir a ter são de tal modo sutil, que a delimitação do que é de fato cortesia ou verdadeira relação contratual é de sutil constatação. Algumas relações entre *influencer* e agência de publicidade reincidem, porém, de tal forma, que, em análise mais acurada, serão consideradas como relações contratuais de conteúdo preestabelecido. Outras, porém, aliadas à reincidência, vieram a instrumentalizar-se em contratos onerosos. Este último caso foi o objeto central de análise deste trabalho: as relações entre agência de publicidade e *influencer* que têm como fundamento um contrato *instrumentalizado* entre as partes: o surgimento da relação contratual entre empresa e *influencer* intermediada por agência de publicidade.

A contratação de um determinado *influencer* para se veicular anúncio em seu *perfil* integra a estratégia de *marketing* do anunciante, conforme o público-alvo e a forma com que se pretende

1 Juíza de Direito Substituta do Tribunal de Justiça do Estado do Acre (TJAC). Graduada pela Universidade de São Paulo (USP), com extensão pela Universidade de Gênova (UNIGE, Itália).

atingi-lo. No caso de empresas de médio e grande porte, em regra, a empresa contrata uma agência publicitária, a quem incumbirá criar, produzir e executar a publicidade de certo produto ou serviço da empresa respectiva.

Uma vez aprovado pela contratante o planejamento estratégico traçado pela agência publicitária, para veiculação de produto ou serviço em um determinado *perfil*, a agência contactará o *influencervisado*.

Com a intermediação de tais agências, *influencer* e anunciante são, então, introduzidos. Ainda que indiretamente, tem-se, de um lado, a figura do contratante apresentando o produto ou serviço que pretende divulgar e, de outro, a figura do *influencer* como sujeito e proprietário de uma plataforma para divulgação.

Quando do início da utilização de *perfis* como plataforma negocial (e, ainda hoje, nos casos de divulgação em *perfis* de menor visibilidade), a relação que se estabelecia entre agência de publicidade e *influencer* normalmente se desenvolvia de modo sutil. Firmava-se uma relação de caráter verbal, por meio da qual a agência de publicidade punha à disposição do *influencer* (ou mesmo lhe fornecia) o uso de produtos ou serviços da contratante – como se cortesia fosse.

Em contrapartida, o *influencer*, com o argumento de tê-lo experimentado e aprovado, sob a forma de discurso aparentemente neutro e desinteressado, divulgava-o em seu *perfil*. Conforme o impacto e o retorno das vendas do produto ou serviço, a partir desse primeiro anúncio, naturalmente tendia-se a reiterar o estabelecimento de tais relações.

Em outras palavras, as relações travadas com o *influencer* não são homogêneas, tampouco necessariamente onerosas. Apresentam diversidade de grau. Podem consistir em mera cortesia (atraindo a *ratio* do art. 736, CC), como podem também consistir em relação contratual originada a partir de cortesia.

Do ponto de vista jurídico, a problemática dessas relações, de fato, ganha relevo por poderem ser consideradas estabelecidas, sem que fosse *manifestada* uma declaração de vontade negocial, para que configurassem propriamente relações contratuais. A questão, porém, é mais comum do que se imagina, já que integra o contexto empresarial moderno, em que as mercadorias circulam em massa.

Assim, como forma de tentar adequar ao sistema jurídico a incidência de tais relações, já no início do século XX deu-se início ao desenvolvimento da teoria das relações contratuais fáticas, tendo-se como maiores expoentes Günter Haupt e Karl Larenz.

## 1. A TEORIA DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS FÁTICAS

Em 1941, o jurista alemão Günter Haupt contesta as formas clássicas de contratação e concebe a doutrina das relações contratuais de fato. A razão de ser da teoria das relações contratuais fáticas tem origem no surgimento de uma economia massificada, no final do século XIX e início do século XX. Seus principais precursores foram E. Ehrlich (apud HIRATA, 2011, p. 12-13)<sup>2</sup> e A. Von Tuhr (apud HIRATA,

2 Assim como G. Haupt, a teoria de E. Ehrlich entende que a declaração de vontade negocial não é a única forma capaz de criar relações contratuais ou contrair obrigações. Para E. Ehrlich, a *real aceitação* de prestações oferecidas também constitui fonte de efeitos jurídicos de natureza contratual. Entretanto, a *real aceitação* não se confunde com uma declaração de vontade, seja expressa ou tácita. Tem-se a geração de efeitos, por meio de um elemento fático, em detrimento da formação de um negócio jurídico (EHRlich, Eugen. *Die stillschweigende Willenserklärung*, Berlin, 1983, apud HIRATA, Alessandro. *Relações contratuais fáticas*. 2011, 153 f. Tese (Concurso para Professor Titular, junto ao Departamento de Direito Civil, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 12. Para Ehrlich, então, “[...] a declaração de vontade com caráter de negócio jurídico é irrelevante, uma vez que basta uma vontade demonstrada faticamente, que compreenda conhecimento e consciência de que o ofertante espera uma contraprestação àquela por ele oferecida [...]. Vale lembrar, entretanto, que a teoria do autor não alcança os mesmos resultados de G. Haupt, que, como será posteriormente explicitado, liberta-se de qualquer elemento do negócio jurídico. Para E. Ehrlich, é sempre necessária a presença de uma oferta de negócio jurídico, que será aceita de modo fático” (apud HIRATA, idem, *ibidem*, p. 12-13).

2011, p. 14-15)<sup>3</sup>, os quais defenderam a concepção de relações contratuais fáticas baseadas na *real aceitação* e na categoria dos *quase contratos*, respectivamente.

Para G. Haupt, com a circulação de bens em massa, a concepção de contrato centrada na declaração de vontade seria insuficiente para abranger a totalidade do fenômeno contratual. Na economia moderna seria uma necessidade que tais prestações fossem transformadas em operações mecânicas. Enuncia, assim, três tipos de relações contratuais fáticas:

- a. Relações contratuais fáticas por meio de contato social;
- b. Relações contratuais fáticas por meio da inserção em uma relação comunitária; e
- c. Relações contratuais fáticas por meio da obrigação de prestação social.

Relações contratuais tradicionais e relações de fato pertenceriam ambas à categoria dos contratos, diferenciando-se, porém, quanto a sua forma de conclusão. Aquela pela declaração de vontade negocial; esta, pela efetivação de elementos fáticos.

Em outras palavras, uma relação contratual poderia ser originada por um negócio jurídico ou não. A ambas as categorias seriam aplicadas as normas jurídicas contratuais; contudo, no caso das relações contratuais fáticas, conforme avaliação concreta do caso concreto<sup>4</sup>.

A teoria de G. Haupt concebe a formação da relação contratual de fato, mediante a simples efetivação de elementos fáticos, dispensando-se a troca de declarações de vontade. Com isso, tencionava modificar dois elementos balizadores da teoria contratual clássica: 1) A necessidade de declaração de vontade negocial, para a conclusão do contrato, o que consubstancia os princípios da liberdade de contratar e da autonomia privada; e 2) A inclusão de nova fonte de obrigações: o elemento fático.

A partir disso, evidencia-se uma das problemáticas desta doutrina, que foi alvo de muitas críticas: a teoria das relações fáticas de Haupt distancia-se da liberdade contratual e a autonomia privada, como fatores geradores do contrato, circunstâncias que o legislador do Código Civil de 2002 não dispensou (art. 421).

Por fim, pode-se dizer que Haupt defende um direito contratual afastado do formalismo e do legalismo, dando lugar à finalidade da situação de fato, à sua adequação e à justiça.

Karl Larenz (apud HIRATA, 2011, p. 47), por sua vez, desenvolve a mais importante teoria complementar sobre as relações contratuais fáticas, introduzindo a noção de “comportamento social típico”. O surgimento de relações contratuais fáticas dever-se-ia, não ao elemento fático propriamente (e, assim, concludente ou não), senão à reação social típica à oferta (tipicidade social), “[...] tomando-se, assim, uma fonte de obrigação”.

Para tanto, desenvolve seu posicionamento a partir da hipótese de transporte em bondes: um homem entra em um bonde bastante cheio, e o cobrador só se dá conta de sua presença quando o passageiro irá descer do bonde:

3 A. Von Tuhr também “[...] não segue a tradicional concepção de conclusão do contrato’. Para o autor, a aceitação fática da prestação oferecida é o elemento que gera a ocorrência de efeitos jurídicos de direito contratual. Por outro lado, percebe-se que A. Von Tuhr utiliza a mesma classificação do direito das obrigações dos pandectistas do século XIX. Uma relação que gera efeitos contratuais a partir de um elemento fático deve ser vista como um quase contrato, uma vez que, ausente o consenso, há o acordo de vontades de um negócio jurídico. [...] A mesma importância do elemento fático para A. V. Tuhr mostra a relativização do conceito de contrato, no tocante a sua conclusão, na mesma direção da posterior teoria das relações contratuais de fato”. (TUHR, Andreas Von. *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*: II. 1, München-Leipzig, 1914, apud HIRATA, Alessandro, idem, ibidem, p. 14-15).

4 Cf. HIRATA, Alessandro, idem, ibidem, p. 33.

Somente quando, chegando a seu destino, deseja deixar o veículo, é que o cobrador lhe exige o pagamento do valor da passagem. O homem replica: ele não concluiu nenhum contrato de transporte até agora, e, no momento, não pensa mais em celebrar contrato nenhum, já que deseja descer do bonde (LARENZ, 2006, p. 51).

Desse modo, o comportamento social típico do agente é que gera a aplicação das regras jurídicas válidas à relação contratual correspondente, independentemente de declaração de vontade, por meio do recebimento de fato da prestação, obrigando-o à contraprestação.

Diferentemente de G. Haupt, K. Larenz sustenta que o reconhecimento das relações obrigacionais oriundas de comportamento social típico “[...] exige uma ampliação de nosso sistema, mas não contradiz os princípios fundamentais da autonomia da vontade”<sup>5</sup>. A teoria de K. Larenz é aprimorada em 1967, ao enfrentar a questão de se a oferta da prestação era feita por uma declaração de vontade ou não. Entende, nesse sentido, que tratar-se-ia de uma conclusão contratual diferenciada, por meio de um comportamento social típico<sup>6</sup>.

No âmbito da doutrina brasileira, o desenvolvimento do tema das relações contratuais fáticas é ainda incipiente, não havendo unanimidade a respeito, ainda que o legislador de 2002 tenha aderido à funcionalização do Direito, no art. 422, CC.

Pontes de Miranda tratava do tema a partir do próprio conceito de manifestação de vontade. Para o autor, o comportamento social típico seria verdadeira manifestação de vontade, do mesmo modo que o Direito conhece as manifestações expressas e tácitas. Estar-se-ia diante de uma manifestação de vontade como tantas outras.

Para Pontes de Miranda,

[...] a afirmação de o moderno tráfico em massa implicar que se assumam deveres e obrigações, sem que se tenha querido manifestar vontade, é falsa. O sistema jurídico, além de conhecer as manifestações de vontade, conhece as manifestações pelo silêncio e as que resultam de atos alheios, se para esses atos concorreu a ação ou omissão de alguém (2012, p. 103).

A peculiaridade reside no fato de que o conteúdo da manifestação de vontade foi preestabelecido, contendo, logo, a mesma eficácia de negócio jurídico típico<sup>7</sup>.

5 LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Trad. Alessandro Hirata. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 1, jan.-jun. 2006.

6 Assim como G. Haupt, “[...] a teoria de K. Larenz também enfrentou resistência pela doutrina alemã, não se transformando em doutrina dominante, apesar de sua maior aceitação. Na verdade, o próprio autor rejeita a sua própria teoria, abandonando a partir da 7. edição, de 1989, de seu tratado de direito civil, a teoria das relações contratuais fáticas por meio de comportamento social típico” (apud HIRATA, Alessandro, op. cit., p. 53).

7 “Não basta frisar-se que se precisa de atenuar a ortodoxia do princípio da manifestação da vontade [...] nem discorrer sobre a necessidade de se adaptar o direito à realidade [...]. [Porém], não se pode dizer que o ato de entrar no ônibus, ou no bonde, ou de se ter de pagar o preço seja manifestação de vontade. O que se passa é que quase todo o conteúdo da manifestação de vontade *já estava preestabelecido*, e não se pode deixar de ver na vinculação ou no direito a ser transportado eficácia de negócio jurídico típico. A manifestação de vontade supõe autonomia da vontade, autorregramento, mas o que se considera autonomia não é sempre o mesmo. Além das exigências de forma, há as exigências de conteúdo e, às vezes, a predeterminação de quase todo o conteúdo” (MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 102-103).

Clóvis V. do Couto e Silva (2006, p. 78) trata o tema das relações contratuais fáticas, concebendo-as como resultado do dinamismo social. De um lado, tem-se o sistema jurídico sujeito a extenso processo legislativo, e, de outro, a realidade social que continuamente se modifica.

Desse modo, para Couto e Silva, é natural que, em uma economia de massa, as concepções da teoria contratual clássica, pautadas na declaração de vontade, passem, a partir de certo momento, a ser insuficientes para fundamentar o nascimento de obrigações. É dentro desse contexto que ganha relevo a abertura para a atipicidade contratual do art. 425, CC.

Diversamente do modo mecânico com que G. Haupt defende a entrada das relações fáticas para o mundo jurídico como contrato, pela constatação de elementos de fato, faz-se mais adequado, inclusive pelas premissas de justiça defendidas pelo próprio G. Haupt, a concepção da relação contratual, tal como defendida por Pontes de Miranda, isto é, sem afastar-se do princípio da liberdade contratual.

A manifestação da vontade de contratar, bem como a autonomia privada, continuam preservadas em tais tipos de relações, ainda que se trate de modo implícito de exteriorização para efeitos jurídicos. Nesse sentido, é a teoria italiana da autorresponsabilidade, segundo a qual a declaração cria expectativa para os que a recebem, inclusive sobre terceiros (FERRARA, 2011, p. 75).

Ao se transpor a temática das relações contratuais fáticas para os perfis em redes sociais, observam-se circunstâncias semelhantes às de que cuidou a doutrina, conforme se vê da hipótese de partida proposta por K. Larenz.

Tem-se, de um lado, a oferta de prestação pela agência publicitária, consubstanciada em colocar à disposição do *influencer* o uso do produto ou serviço do anunciante, com fins eminentemente empresariais. De outro, tem-se o comportamento do *influencer* como se tivesse se manifestado positivamente à oferta, ao divulgá-lo em seu *perfil*. Ainda que se anuncie o produto ou serviço, sob o argumento de tê-lo experimentado e aprovado, trata-se de manifestação de vontade implícita e com conteúdo preestabelecido, qual seja, o comportamento de divulgar.

Por fim, ao tratar do tema, Adalberto Pasqualotto ressalta a necessidade de se proteger o consentimento dos consumidores da contratação, na fase pré-negocial. Para este jurista,

[...] a publicidade tomou-se ato típico da sociedade massificada, conduzindo o consumidor ao momento culminante da contratação. O direito não pode tratá-la ingenuamente, condicionando a sua eficácia a requisitos formais ou tomando-a em consideração apenas quando consumada a sua finalidade. Os efeitos obrigacionais para o anunciante devem decorrer objetivamente do fato do anúncio, independentemente do seu resultado efetivo, porque a mensagem negocial visa justamente persuadir o público-alvo, muitas vezes em detrimento dos seus legítimos interesses (PASQUALOTTO, 1997, p. 58).

## 2. A EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS COM ESCOPO PUBLICITÁRIO

Apesar de tais relações se iniciarem sutilmente, conforme o retorno nas vendas, agência de publicidade e *influencer* decidem por instrumentalizar a relação contratual com escopo publicitário, sob a forma de contratos escritos e onerosos, cujo conteúdo, diferentemente de outrora, é negociado cláusula a cláusula.

Atualmente, existem *perfis* que atingiram tamanha visibilidade e impacto no mercado, que o anúncio de um produto ou serviço em suas plataformas dá-se apenas diretamente na forma de contratos escritos e onerosos. E, assim como sucede nas relações contratuais tradicionais, à relação entre a agência de publicidade e o *influencer* precede intensa fase pré-contratual.

As tratativas iniciais consistem na apresentação da visibilidade e do histórico de atuação do *perfil da rede social* no mercado, consubstanciado no chamado “mídia-kit”. A partir da valoração da agência de publicidade a respeito do potencial publicitário de determinado *perfil*, seguem-se as tratativas a respeito das estratégias de anúncio do produto ou serviço naquela plataforma.

A despeito de haver diferentes circunstâncias que levam à instrumentalização do contrato com escopo publicitário, isto é, quer seja como consequência de evolução das relações contratuais de conteúdo preestabelecido, quer seja por se tratar de *perfil* consolidado no mercado, tais contratos sujeitam-se ao mesmo regime jurídico do art. 425, CC. A seguir, então, serão analisadas as peculiaridades dessa relação contratual.

### 3. A RELAÇÃO CONTRATUAL ENTRE INFLUENCER E AGÊNCIA

Embora o Direito brasileiro admita a contratação sob a modalidade verbal (art. 107, CC), a instrumentalização das relações contratuais, sob a forma escrita, entre *influencer* e agência, proporciona maior certeza e segurança jurídica acerca dos direitos e deveres de cada uma das partes.

O objeto contratual de tais relações consiste na divulgação, em um determinado *perfil* de rede social, de produto ou serviço fornecido ou colocado à disposição de uso do *influencer*. Para tanto, a agência de publicidade contratada pelo anunciante subcontrata o *influencer*, de acordo com a estratégia de *marketing* traçada. Concluídas as negociações, de um lado, ao *influencer* incumbe a prestação de publicar o produto ou serviço do anunciante em seu *perfil* (v.g. Instagram e Facebook), conforme o quanto acordado. De outro, à agência publicitária incumbe o pagamento de contraprestação pela divulgação realizada – sob a forma pecuniária e/ou de dação em pagamento.

Uma análise superficial sobre o tema poderia levar à subsunção automática da relação entre *influencer* e agência de publicidade à categoria de contratos publicitários de caráter empresarial. Entretanto, análise mais detida sobre o tema permite concluir a existência, ainda, de elementos atinentes a outro tipo contratual, configurando-se, em realidade, modalidade de contrato atípico. À vista disso, passar-se-á ao estudo dos elementos peculiares a tais relações, para então identificar-lhes os regimes jurídicos aplicáveis.

### 4. ATIPICIDADE CONTRATUAL

Apesar de a divulgação do produto ou serviço, condicionada à contraprestação, consistir em espécie difundida de contratação (contratos publicitários), os contratos entre *influencer* e agência de publicidade contêm a peculiaridade de introduzir elementos novos e outros típicos, quais sejam, aqueles atinentes aos contratos de agência e comissão (art. 693 e ss., CC).

O *influencer* não apenas promove a divulgação de produtos ou serviços. Além disso (e nisto consistem os elementos inovadores), sua publicação e seu discurso aproximam consumidor e empresa, intermediando a celebração de contratos de compra e venda, razão esta que justifica o pagamento de uma segunda remuneração (além daquela oriunda da divulgação no *perfil*).

A confiança depositada sobre a figura do *influencer* e o seu potencial de fixação do produto ou serviço, na memória do consumidor, confere caráter personalíssimo à sua contratação. Para fins contratuais, é dizer que a escolha do *influencer* que promoverá o produto ou serviço influencia diretamente no impacto do investimento publicitário, no mercado consumidor, bem como no resultado de suas vendas.

Esta característica de associação do produto ou serviço à imagem de quem o divulga não é inédita. Principalmente a partir da metade do século XX, ao lado da função informativa, a publicidade passa a ter como finalidade “[...] despertar o interesse pela coisa anunciada, criar prestígio ao nome ou à marca do anunciante ou, ainda, difundir certo estilo de vida” (DIAS, 2013, p. 18), sendo

hipótese mais eloquente a publicidade veiculada por celebridades. Estas, porém, diferentemente dos *influencers*, recebem remuneração, tão só em razão da divulgação do produto ou serviço, e não, também, a partir do retorno das vendas pelo anúncio (recebimento de comissão).

Com os *perfis* de redes sociais, a finalidade de difusão de certo estilo de vida é (re)inventada. Os sujeitos em questão são pessoas comuns, com quem o consumidor cria laços (aparentes) de intimidade e proximidade, por meio de suas plataformas digitais. Em outras palavras, a associação de um produto ou serviço ao *influencer* que o anuncia tem impactos contratuais relevantes, visto que, além de apresentar um determinado estilo de vida, ao conteúdo veiculado em perfis, são atribuídas credibilidade e confiança pelo próprio público leitor.

Em termos jurídicos, esta forma de contato social não se subsume integralmente em nenhum dos tipos contratuais positivados, de modo que consistem em contratações atípicas. A liberdade de estipulação de contratos atípicos é consagrada no art. 425, CC, o qual prescreve ser lícito às partes estipularem contratos atípicos, observadas as normas gerais do Código Civil/2002, e advém do princípio clássico da liberdade contratual.

Ao tratar do art. 1.322, C. 2, do Código Civil Italiano, Enzo Roppo afirma que

[...] os sujeitos de direito não estão obrigados a revestir as operações econômicas que efetuam, apenas com os tipos contratuais previstos e disciplinados expressamente pelo legislador, sendo, ao invés, livres de utilizar para a sua realização, esquemas contratuais não correspondentes aos tipos definidos e qualificados, em sede legislativa (chamados por esta razão contratos atípicos, ou inominados). Por sua vez, estes podem corresponder a uma praxe social largamente difundida e experimentada (tipos sociais), ou podem também apresentar características de absoluta novidade ou originalidade<sup>8</sup> (2009, p. 136).

Nesta última hipótese, reside o caso dos contratos entre *influencer* e agência de publicidade.

Da leitura das características do contrato de agência e de comissão, observar-se-á não haver identidade total entre o contrato de agência ou comissão típicos, e o elemento ora analisado da relação com o *influencer*. A aproximação justifica-se, porém, pois, como lembra Caio Mário da Silva Pereira, “[...] nas soluções de controvérsias que surgirem [envolvendo contratos atípicos], o julgador ou intérprete terá de invocar em suprimento do conteúdo das cláusulas próprias os princípios legais relativos ao contrato típico mais próximo” (2011).

À vista disso, proceder-se-á à análise dos elementos referentes ao contrato de agência, regulado pelos art. 710 e seguintes do Código Civil, bem como pela Lei n. 4.886/1965, e do contrato de comissão, regulado pelos art. 693 e seguintes do mesmo Código, para fins comparativos.

Por fim, serão estudados os elementos próprios de contratos publicitários na relação entre *influencer* e agência de publicidade, para então se refletir sobre de que forma os deveres jurídicos atinentes à veiculação de publicidade, tradicionalmente impostos à empresa, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, imputam-se ao *influencer*.

8 Art. 1.322, C. 2, do Código Civil Italiano. “Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico”. Ressalte-se, assim, à diferença do Direito Contratual brasileiro, que, no caso dos contratos atípicos, “só são admitidos ao reconhecimento e à tutela jurídica, se o juiz reconhecer, caso a caso, em concreto, que são ‘aptos a realizar interesses merecedores de tutela’ segundo o ordenamento jurídico” (ROPPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 136).

## 5. ELEMENTOS TÍPICOS DE CONTRATO DE AGÊNCIA ENTRE *INFLUENCER* E AGÊNCIA

Ao divulgar um produto ou serviço, o *influencer* realiza função *análoga* à do agente, em um contrato de agência (art. 710 e ss., CC). Não buscar-se-á subsumir a nova forma de relação contratual estudada, neste trabalho, a este tipo legal, senão apenas indicar os traços de contrato típico que possam ter, para fins de interpretação.

O agente (tradicionalmente chamado de “representante comercial autônomo”) presta serviço tendente a promover a compra e venda, que será concluída pelo preponente.

A este respeito, dispõe o art. 710, CC:

[...] pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.

Da leitura desse dispositivo infere-se, conforme dito acima, não haver identidade total entre o contrato de agência *típico* e o papel intermediador do *influencer*.

Primeiramente, o contrato de agência pressupõe a relação entre empresários. No caso de contratações com *influencers*, os *perfis* consagraram-se como nova plataforma negocial e, também, nova modalidade de atividade empresarial.

Dispõe o art. 966, CC, ser empresário “[...] quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. O caráter de habitualidade da pactuação e execução de contratos publicitários torna profissional a atuação do *influencer* e constitui atividade econômica organizada, com vistas ao lucro.

Ainda que o *influencer* (subcontratado) atue em atendimento aos interesses da agência publicitária (subcontratante) e, indiretamente, da empresa, não existe vínculo hierárquico entre o *influencer* e a agência de publicidade, ou mesmo uma empresa. O *influencer* age com autonomia na organização de seu negócio. E embora tenha de cumprir as instruções dadas pela agência de publicidade (art. 712, CC), conduz a intermediação dos negócios do preponente. Em outras palavras, tem autonomia para a elaboração dos discursos publicitários a serem publicados.

O vínculo não eventual reside no fato de que o contrato não tem como finalidade uma prática habitual. O *influencer* assume o dever de promover os negócios da empresa (em última análise) e, com isso, aproximá-los do comprador. A esta intermediação corresponde o dever de remuneração (art. 714, CC), a qual configura apenas uma das partes do preço devido ao *influencer*.

O pagamento do preço pelo anúncio em *perfis* divide-se em duas partes: estipula-se a prestação quanto à publicação do anúncio de *per se*. E, além desta primeira remuneração, conforme os índices de retorno de vendas ou mesmo de audiência recebida pela publicação, estipula-se uma comissão pré-determinada, aferida em momento posterior. Em outras palavras, a contratação do *influencer* é de meio e, com isso, estipula-se, de um lado, a prestação referente à tão só publicação do anúncio na plataforma digital. De outro, além desta primeira remuneração, conforme os índices de retorno de vendas ou mesmo de audiência recebida pela publicação, paga-se uma pré-determinada comissão, mas aferida em momento posterior.

Em razão da própria natureza da internet, não é possível circunscrever determinada zona de atividade do *influencer*, diferentemente do que ocorre com os contratos de agência. Não existem fronteiras geográficas para o alcance e o impacto das publicações em perfis de redes sociais.

## 6. OS ELEMENTOS PRÓPRIOS AOS CONTRATOS PUBLICITÁRIOS

Os elementos da relação entre *influencer* e agência de publicidade (subcontratante), atinentes aos contratos publicitários, dizem respeito à divulgação de *per se* de produto ou serviço da empresa (contratante) ao leitor, condicionada ao pagamento de contraprestação.

Em outras palavras, uma das partes do preço da contraprestação ao *influencer* consubstancia-se na apresentação do produto ou serviço ao mercado consumidor, por meio de sua plataforma digital. Em um segundo momento, quando então publicado e apresentado, é que o *influencer aproxima* empresa e leitor para realizarem negócios, assemelhando-se a um contrato de agência.

Contratos publicitários constituem modalidade atípica de negócio, de modo que não apresentam regramento legal específico. Apesar disso, ao lado da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, IX; 170, *caput*, e IV; e 220 e ss.), o Código de Defesa do Consumidor reserva o Capítulo V, intitulado “Das Práticas Comerciais”, para tratar do tema.

À vista disso, *a priori*, ao *influencer* (ou mesmo ao veículo *perfil*) não seriam imputados ou exigidos o cumprimento dos deveres jurídicos relativos à publicidade, os quais ficariam a cargo da contratante. Contudo, a todas as relações contratuais na sociedade moderna (incluídas, portanto, as relações contratuais de consumo), vigora atualmente o mandamento da boa-fé objetiva, do qual decorrem deveres anexos aos deveres de prestação, tais como os de cuidado, informação e cooperação (art. 422, CC).

Atender ao princípio da boa-fé objetiva dos contratos significa, conforme Cláudia Lima Marques, realizar “uma atuação ‘refletida’ [...] cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes” (2002).

Nos negócios em estudo, o cumprimento dos contratos implica, de fato, atingir-se a finalidade de promover produtos ou serviços, por meio da publicidade (obrigação principal).

Porém, não é o suficiente para o pleno cumprimento da obrigação, sob pena de cumprimento insatisfatório. A respeito do tema, observa Clóvis do Couto e Silva que

[...] a prestação principal do negócio jurídico é determinada pela vontade. Para que a finalidade do negócio seja atingida, é necessário que o devedor realize certos atos preparatórios, destinados a satisfazer a pretensão do credor (2006, p. 38).

Ressalte-se, assim, o papel híbrido realizado pelo *influencer* em tais relações contratuais. De um lado, atua profissionalmente como intermediário *ativo* entre empresa e leitor, e, de outro, cria laços de proximidade e de confiança com este, por meio de suas publicações. Portanto, o leitor desavisado (potencial consumidor) pode ser enganado e levado a erro (inclusive comprometendo sua saúde), em decorrência da não percepção do caráter publicitário do discurso com que se depara.

À vista disso, para o bom cumprimento dos contratos entre *influencer* e agência de publicidade, surge o dever (anexo) de identificação da mensagem negocial, nos termos do art. 422, CC, sob pena de incorrer-se, internamente, em conduta desleal e, externamente, em publicidade *ilícita*.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho cuidou de tratar da função persuasiva da publicidade e a forma como esta atividade buscou se reinventar em tempos de contatos cada vez mais efêmeros.

Com o interesse em anunciar em *perfis*, a empresa ou a agência de publicidade que a representa passou a procurar o *influencer* que atendesse ao seu perfil. Em razão da diversidade de relações e sujeitos que podiam contratar o *influencer*, este trabalho cuidou de delimitar o objeto de estudo à análise da relação entre *influencer* e agência de publicidade.

Inicialmente, agência de publicidade e *influencer* tinham entre si relações sutis, cuja delimitação do que era de fato cortesia ou verdadeira relação contratual, era de difícil constatação. Algumas

relações entre *influencer* e empresa (ou agência de publicidade) reincidentem, porém, de tal forma que, em análise mais acurada, foi possível considerá-las como relações contratuais de conteúdo presteado. Outras, porém, aliadas à reincidentência, vieram a instrumentalizar-se em contratos onerosos. Este último caso é que foi objeto central de análise deste trabalho: aquelas relações entre agência de publicidade e *influencer* que têm como fundamento um contrato *instrumentalizado* entre as partes.

E, conclui-se que, a despeito de se tratar de modalidade contratual atípica, sujeita-se igualmente aos princípios regentes do sistema do Código Civil de 2002, pautada na eticidade, operabilidade e socialidade.

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Alzira Alves de; PAULA, Christiane Jalles de (org.). *Dicionário histórico-biográfico da propaganda no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.
- BISCALCHIN, Ana Carolina Silva. *Blogs de entretenimento: Um estudo exploratório da circulação e legitimação da informação na internet brasileira*. 2012, 134 f. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação). Escola de Comunicação e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- BITTAR, Carlos Alberto. O controle da publicidade no Código de Defesa do Consumidor. In: *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 33, dez. 1991.
- CHAVES, Aline Saggi. *Gêneros do discurso e memória: O dialogismo intergenérico no discurso publicitário*. 2010, 366 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Crêditos para avaliação da ilicitude na publicidade*. Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Publicidade e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FERRARA, Luigi Carioti. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: A. Morano Editore, 2011.
- FRANÇA, Fábio. *Públicos – como identificá-los em uma nova visão estratégica*. São Caetano do Sul: Yendis Editora, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- HIRATA, Alessandro. *Relações contratuais fáticas*. 2011, 153 f. Tese (Concurso para Professor Titular, junto ao Departamento de Direito Civil, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Trad. Alessandro Hirata. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 1, jan.-jun. 2006.
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MELLO, Marcos Bemardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas e anotadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 3. São Paulo, set.-dez. 1992.
- \_\_\_\_\_. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: *Coleção Doutrinas Essenciais – Direito do Consumidor*. MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2011.
- PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 24. ed., v. 3. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.
- R7 (site). ILOVATTE, Nathalia. R7. 2014. Gabriela Pugliesi se envolve em polêmica na web. Dá para confiar na dica das blogueiras? Propaganda velada e falta de orientação médica são questionadas nas redes sociais. Disponível em: <http://entretenimento.r7.com/mulher/moda-e-beleza/gabriela-pugliesi-se-envolve-em-polemica-na-web-da-para-confiar-nas-dicas-das-perfiluieras-02042014>. Acesso em: 26 nov. 2023.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- UOL (site). IKEDA, Inel. Após polêmica, Gabriela Pugliesi diz que reforçará sinalização de *post* pago. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2014/02/14/gabriela-pugliesi-diz-que-reforcara-a-sinalizacao-de-publi-posts-em-sites.htm#:~:text=Jamais%20me%20passou%20pela%20cabe%3%A7a,n%3%A3o%20consumo%20ou%20n%C3%A3o%20recomendo>. Acesso em: 26 nov. 2023.

# As “sanções premiais” e a sua aplicabilidade ao processo estrutural

GUSTAVO OSNA<sup>1</sup> | MARCELO MAZZOLA<sup>2</sup>

Sumário: Introdução. 1. “Sanções premiais” – Aproximações iniciais. 1.1 Conceito e possibilidade: As “sanções premiais”. 1.2 “Sanções premiais” e fixação convencional. 1.3 “Sanções premiais” e fixação judicial. 2. Os processos estruturais e as sanções premiais. 2.1 Processos estruturais: Breves aproximações. 2.2 Processos estruturais, criatividade e abertura. 2.3 Processos estruturais e “sanções premiais”: Contribuição e possibilidades. Considerações finais.

## INTRODUÇÃO

A observação do processo civil brasileiro, especialmente de suas alterações ao longo das últimas décadas, parece autorizar duas breves constatações. A primeira é no sentido de que o Direito Processual vem utilizando a *sanção* como técnica destinada à ampliação da sua efetividade. A segunda é a de que há uma tendência em explorar apenas o viés punitivo da sanção, e não seu aspecto premial.<sup>3</sup>

Vale registrar que a sanção tanto pode ter uma feição negativa (punir os transgressores) como uma conotação positiva (premiar comportamentos). Ou seja, punir é apenas uma forma de disciplinar, mas não a única.

Especificamente no campo do processo civil, as sanções punitivas sempre tiveram um papel de destaque. De tempos em tempos, multas são intensificadas, novas penalidades são criadas, mas pouco se desenvolve em termos de prêmios.

Ainda que o Código de Processo Civil de 2015 estabeleça dispositivos orientados por uma lógica premial (isenção ou redução de honorários advocatícios, isenção de custas, entre outros) para estimular determinado comportamento (pagamento do débito, reconhecimento do pedido, entre outros), parece haver uma subutilização das sanções premiais pelos sujeitos processuais. A percepção, inclusive, é a de que as sanções premiais estão em uma zona de penumbra na processualística civil.

O presente artigo procura avançar na compreensão dessa matéria, explorando suas virtudes no debate do processo. Mais que isso, busca-se demonstrar seu acoplamento e sua harmonia com uma seara particular da atual atividade jurisdicional: os processos estruturais. Se esse campo exige releituras criativas e dúcteis da disciplina processual, como será visto, as sanções premiais podem se mostrar uma peça importante no arranjo do seu tabuleiro.

1 Professor Adjunto dos Programas de Graduação e de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito das Relações Sociais e Bacharel em Direito pela UFPR. Advogado e Parecerista. [gustavo@mosadvocacia.com.br](mailto:gustavo@mosadvocacia.com.br)

2 Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado. [mmazzola@dannemann.com.br](mailto:mmazzola@dannemann.com.br).

3 O presente artigo foi publicado originalmente na *Revista de Processo* n. 325, mar. 2022.

Para cumprir esse propósito, apresenta-se, primeiramente, a própria ideia inerente às sanções premiais – esmiuçando seu conceito e possíveis vias para o seu uso. Após, os olhares são deslocados para a compreensão do usualmente denominado “processo estrutural” – procurando expor algumas das suas características e peculiaridades. Após, busca-se unir as pontas, constataando como uma leitura premiativa do processo pode cumprir um significativo papel nessa área.

## 1. “SANÇÕES PREMIAIS” – APROXIMAÇÕES INICIAIS

### 1.1. Conceito e possibilidade: As “sanções premiais”

Tradicionalmente, quando se fala em “sanção” na seara do processo, advém intuitivamente à mente a ideia de punição imposta a algum dos litigantes.

No entanto, como destaca Álvaro Melo Filho<sup>4</sup>, no decorrer do tempo, a “técnica punitiva revelou-se muito simplista e inadequada, impondo um recurso cada vez mais frequente à técnica promocional”, sendo o prêmio, portanto, um método excepcional para induzir os homens a se comportarem de acordo com aquilo que as normas jurídicas buscam encorajar.

É nesse percurso que se forma o discurso que leva à valorização das sanções premiais, como tentativa de estimular beneficentemente os litigantes, para que atuem em um sentido rente aos propósitos do processo.

De maneira conceitual, é possível compreender essa forma de sanção como a consequência jurídica positiva para estimular determinado comportamento indicado na norma (legal ou convencional), independentemente de sua natureza (dever, direito potestativo, ônus, faculdade etc.). Em termos simples, é um “prêmio” – e não a valorização de uma conduta pelo juiz, com base em critérios legais<sup>5</sup> – para estimular o destinatário a praticar o comportamento apontado pela norma, cuja inobservância, porém, não gera qualquer penalidade ou prejuízo<sup>6</sup>.

Na prática, as sanções premiais ajudam a formar um sistema de incentivos<sup>7</sup> voltado à

- 
- 4 MELO FILHO, Álvaro. *Introdução ao Direito Premial*. Tese submetida como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Rio de Janeiro, 1975, p. 172-174.
- 5 O que acontece, por exemplo, quando o magistrado, após analisar a atuação do advogado, especialmente o trabalho desenvolvido, seu grau de zelo e comprometimento, e o tempo dedicado ao assunto (todos critérios legais), fixa os honorários sucumbenciais acima do mínimo legal, prestigiando a atuação do causídico. Da mesma forma, na execução, rejeitados os embargos ou não sendo estes opostos, o juiz *pode* majorar os honorários até vinte por cento, levando em consideração o trabalho do advogado do exequente (art. 827, § 2º, do CPC). Em ambas as situações, não há efetivamente um estímulo para induzir determinado comportamento, e sim a valorização *ex post* de um modo de agir.
- 6 Cf. Daniela Vilela, “[...] a sanção premial traz a ideia de opção entre o poder fazer ou o não fazer. O não fazer não gera (em regra) um prejuízo, se fizer, ao contrário, a prática daquela conduta resultará em uma vantagem” (VILELA, Daniela Rodrigues Machado. *O direito premial trabalhista como perspectiva para o futuro do trabalho*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho, 2016, p. 86). De fato, o não exercício da sanção premial não configura descumprimento de um dever, pois se trata de um ato de liberdade. Como destaca Daniel Brantes Ferreira, não haveria sequer pretensão contra o agente, pois a lei não obriga ninguém a exercer uma liberdade (FERREIRA, Daniel Brantes. Wesley Newcomb Hohfeld e os conceitos fundamentais do direito. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, n. 31, jul.-dez. 2007, p. 33-57).
- 7 Na visão de Gisane Tourinho Dantas, em referência a Norberto Bobbio, “[...] com o aumento das normas de organização, característico do Estado contemporâneo, torna-se cada vez mais usual a técnica do encorajamento de uma conduta, de modo a abandonar a tradicional imagem do direito como ordenamento protetor-repressivo, dando-se destaque ao ordenamento jurídico como função promocional” (DANTAS, Gisane Tourinho. *Função promocional do direito e sanção premial na perspectiva metodológica de Durkheim*. In: *Revista de Direito UNIFACS – Debate Virtual*. Salvador: Universidade Salvador (UNIFACS), n. 149, nov. 2012, p. 13).

promoção de comportamentos socialmente desejáveis, recompensando ou premiando condutas virtuosas<sup>8</sup>, cujos efeitos se irradiam para o futuro<sup>9</sup>, funcionando como catalisadores de condutas benéficas.

Como pontuam Heloisa Carpena e Renata Ortenblad<sup>10</sup>, independentemente dos argumentos dogmáticos e da defesa retórica, “[...] é preciso atentar para dados da realidade e resgatar a função da ordem jurídica, que é a de aperfeiçoar o convívio social, estimulando comportamentos desejáveis e reprimindo os indesejados”.

Nesse compasso, as sanções premiaias propiciam a criação de um círculo retroalimentante de positividade<sup>11</sup>, funcionando como indutores de comportamentos<sup>12</sup>, o que favorece, inclusive, o cumprimento antecipado de metas e obrigações<sup>13</sup>.

Basta pensar, por exemplo, na obrigação anual dos contribuintes de pagarem o IPTU, com a possibilidade de se valerem de um desconto percentual, caso o pagamento seja feito antes do vencimento<sup>14</sup>. A sistemática estimula o contribuinte a antecipar o pagamento (conduta socialmente esperada) em troca de um benefício individual (desconto percentual – a sanção premial)<sup>15</sup>.

- 
- 8 Cf. Eduardo Russo: “Pensar o Direito como um conjunto de normas é simplificar demasiadamente a coisa. Concebê-lo, em contrapartida, como o conjunto de pautas de comportamento social, é ampliar muito o campo denotativo. Talvez, provisoriamente, se possa considerar como um conjunto de regras de convivência, cuja força obrigatória se encontra reforçada por muitos meios punitivos ou *gratificantes*” (RUSSO, Eduardo. *Temas para uma Filosofia Jurídica*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1974, p. 64). Em sentido semelhante: “[...] a sanção não é sempre e necessariamente um castigo. É mera consequência jurídica que se desencadeia (incide) no caso de ser desobedecido o mandamento principal da norma. É um preconceito que precisa ser dissipado – por flagrantemente anticientífico –, a afirmação vulgar infelizmente repetida por alguns juristas, no sentido de que a sanção é castigo. Pode ser, algumas vezes. Não o é muitas vezes” (ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 38).
- 9 De acordo com Antônio Álvares da Silva, “[...] a sanção premial olha para o futuro a fim de evitar que a violação ocorra. A sanção punitiva olha para o passado e pune quem a violou” (SILVA, Antônio Álvares da. *Sanção e Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: RTM, 2014, p. 16).
- 10 CARPENA, Heloisa; ORTENBLAD, Renata. Ganha mas não leva. Por que o vencido nas ações civis públicas não paga honorários sucumbenciais ao Ministério Público?. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 280, jun. 2018, p. 347.
- 11 Cf. Gustavo Binenbojm: “Alterações na estrutura de incentivos – ensejadas por mudanças nas normas jurídicas ou decorrentes de outras razões – poderão levá-las a adotar outra conduta, como resultado de um reajuste de escolha” (BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação e regulação*. Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 147).
- 12 Cf. Frederick Schauer: “Law makes us do things we do not want to do. It has other functions as well, but perhaps the most visible aspect of law is its frequent insistence that we act in accordance with its wishes [...]” (SCHAUER, Frederick. *The Force of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 1).
- 13 Cf. Leonor A. Cordovil: “A vantagem da sanção premial é que se presta a auxiliar o alcance das metas objetivadas pela política econômica adotada, seja pela promoção de estímulos, seja incentivando atos positivos. Aspectos positivos da sanção premial podem ser citados, como o fato de ser socialmente benéfica, resultando em segurança e aumento da popularidade da medida” (CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. A sanção premial no direito econômico. In: *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena – Faculdade de Direito da UFMG*, n. 1, 2004, p. 158).
- 14 Vale registrar que, durante a pandemia de COVID-19, em 2020, foi publicado o Decreto Municipal nº 47.421/2020 (que regulamentou a Lei nº 6.740/20), em que a Prefeitura do Rio de Janeiro concedeu benefícios para o pagamento do IPTU e da Taxa de Coleta Domiciliar de Lixo (TCL), com cotas vencidas ou a vencer, oferecendo, por exemplo, o desconto de 20%, em caso de pagamento à vista dos valores devidos (art. 1º). O saldo de Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU e/ou de Taxa de Coleta Domiciliar de Lixo – TCL relativos ao exercício de 2020, com cotas vencidas ou a vencer, ainda em aberto na data de publicação desta Lei, poderá ser pago sem acréscimos moratórios e com vinte por cento de desconto, mediante pagamento único e integral até 5 de junho de 2020.
- 15 Cf. Kristian Pscheidt: “O ser humano tende a valorizar a reciprocidade, estando mais disposto a atender a uma solici-

A lógica premial também se verifica nos contratos de aluguel (abono ou bônus pontualidade)<sup>16</sup>; nos descontos concedidos por instituições de ensino aos alunos que antecipam o pagamento (desconto pontualidade)<sup>17</sup>; nos descontos para pagamento de multas de trânsito<sup>18</sup>; na sistemática do cadastro positivo (quanto mais o consumidor paga em dia suas contas, recebe pontos e, ao final, sua pontuação lhe concede alguns benefícios)<sup>19</sup>, entre outras situações.

Ou seja, a sanção premial busca induzir e encorajar a prática de um ato<sup>20</sup>, possuindo verdadeira função pedagógica, pois cria uma cultura no sentido de incentivar a observância da norma.

Importante frisar que o comportamento especificado na norma (fato gerador do prêmio) pode ser realizado ou não pelo indivíduo (facultatividade), sem que isso acarrete eventual punição. Mais que isso, o que importa, aqui, é a previsão do prêmio para estimular um comportamento, e não propriamente a sua concretização no plano fático. Partindo desse pano de fundo, a técnica em questão pode ser devidamente emoldurada.

## 1.2. “Sanções premiais” e fixação convencional

Compreendidos o sentido e o conteúdo próprios à noção aqui atribuída às sanções premiais, torna-se possível investigar de que modo é viável sua concretização. Em outras palavras, cabe verificar de que maneira essa técnica pode se materializar no âmbito do processo – contribuindo para a efetividade da disciplina.

Iniciando essa análise, uma primeira via compatível – sem considerar, obviamente, os exemplos legalmente previstos – é aquela oferecida pelas convenções processuais. Como se

---

tação quando algo lhes foi dado em primeiro lugar” (PSCHEIDT, Kristian Rodrigo. *Sistema Tributário Nacional, justiça fiscal e a economia comportamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 234).

- 16 Em demanda locatícia, por exemplo, o STJ já reconheceu que “[...] o desconto para pagamento pontual do aluguel – abono ou bônus pontualidade – é, em princípio, liberalidade do locador, em obediência ao princípio da livre contratação, representando um incentivo concedido ao locatário para pagamento do aluguel em data convenionada, precedente à do vencimento normal da obrigação. Referido bônus tem, portanto, o objetivo de induzir o locatário a cumprir corretamente seu encargo de maneira pontual e até antecipada” (REsp n. 832.293/PR, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 28.10.2015).
- 17 Cf. LEITE, Roberta. Aulas suspensas, alunos em casa. Tenho que pagar a escola?. In: JOTA (*site*). Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/aulas-suspensas-alunos-em-casa-tenho-que-pagar-a-escola-31032020>. Acesso em: 10 ago. 2023.
- 18 A Lei n.º 14.071/2020 (que alterou a Lei n.º 9.503/1997 – Código de Trânsito Nacional) prevê a possibilidade de o infrator pagar a multa com 40% (quarenta por cento) de desconto, caso opte pelo sistema de notificação eletrônica, não ofereça defesa ou recurso, reconheça a infração e efetue o pagamento até o vencimento da multa (art. 284, § 1º).
- 19 A Lei Complementar n.º 166/2019 alterou a Lei n.º 12.414/2011, para dispor sobre os cadastros positivos de crédito. Sobre o chamado *credit scoring*, este é “[...] uma pontuação para sinalizar o escore do consumidor relativamente às suas obrigações financeiras e respectiva ‘pontualidade de pagamentos’ [...]. O bom e pontual pagador autoriza a divulgação entre as instituições financeiras, do histórico da pontualidade de suas obrigações, gerando uma NOTA. Esse histórico permite uma visão global ao longo do tempo do comportamento de pagamentos do consumidor, que servirá de base para a análise de crédito. Um empréstimo pessoal, o limite para o cheque especial e o cartão de crédito poderão ser avaliados com muito mais segurança pelas instituições financeiras a partir dessa ‘nota de pontualidade’, em condições mais vantajosas para o consumidor, especialmente no tocante à taxa de juros” (HOMEM DE MELLO, Luiz Ignácio. A importância do cadastro positivo. In: MIGALHAS (*site*). Disponível em: <https://m.migalhas.com.br/depeso/300770/a-importancia-do-cadastro-positivo>. Acesso em: 10 ago. 2023). No mesmo sentido, BESSA, Leonardo Roscoe. *Nova Lei do Cadastro Positivo*: Comentários à Lei 12.414, com as alterações da Lei Complementar 166/2019 e de acordo com a LGPD. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 34-37.
- 20 Cf. Carlos Esposito: “A esperança de obtenção de um prêmio traz maior impulso e motivação ao acatamento da norma do que a intimidação produzida pela ameaça de um mal” (ESPOSITO, Carlos. *Lineamenti di una dottrina del diritto*. Fabriano: T. E. S. A., 1930, p. 26).

sabe, por meio delas, é viável se estabelecer algum benefício direto ou indireto às partes. Por exemplo, quando as partes escolhem o perito e ajustam os seus honorários, têm, de um lado, a segurança de que o profissional escolhido reúne os predicados necessários para a função, e, de outro, a possibilidade de controle dos custos da prova técnica.

O mesmo acontece quando as partes pactuam o adiamento de uma audiência (na prática, ganham mais prazo para se preparar ou alinhar as bases de eventual acordo) ou, ainda, quando ajustam contratualmente o foro de eleição (indicando, por exemplo, um foro de interesse mútuo).

Da mesma forma, as convenções processuais permitem que as partes façam ajustes no procedimento, para adequá-lo às especificidades da causa (permitindo redução de tempo e de custos), bem como convençionem sobre seus ônus, deveres, poderes e faculdades (o que pode repercutir em benefícios, inclusive mútuos). Tais acordos obrigam e vinculam as partes, sendo certo que a respectiva "autovinculação"<sup>21</sup> decorre da própria autonomia da vontade.

Para os propósitos do presente artigo, contudo, o principal ponto a ser notado é a possibilidade de celebração de convenções processuais que contemplem prêmios (sanções premiais convencionais)<sup>22</sup> para *estimular* determinado comportamento (não obrigatório).<sup>23</sup> Em outras palavras, convenções processuais que estipulem consequências jurídicas positivas para incentivar determinada conduta, cuja inobservância, porém, não gera qualquer penalidade.

Imagine-se que, ao final da audiência de mediação/conciliação do art. 334 do CPC e, por força dos debates preliminares, as partes estabeleçam que, se o autor desistir da ação em até 5 (cinco) dias antes da contestação (faculdade processual – art. 485, § 4º, do CPC<sup>24</sup>), não precisará pagar honorários sucumbenciais ao advogado do réu (que também concorda com esse arranjo premial)<sup>25</sup>.

21 Cf. REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 171.

22 Cf. PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire: "As possibilidades de convenções processuais vão desde a fixação de obrigações e sanções até a ampliação de prazos de qualquer natureza, dispensa do efeito suspensivo, de assistentes técnicos e de execução provisória, dentre outras possibilidades" (PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: As influências da autonomia privada no paradigma publicista do Direito Processual Civil. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 16, jul.-dez. 2015, p. 311).

23 Concordamos com Fredie Didier Jr., Júlia Lipiani e Leandro Santos Aragão, quando afirmam que as convenções processuais são "[...] um ativo importante no momento da negociação (por exemplo, para se pleitear um negócio material mais vantajoso, em troca de concessões nos negócios jurídicos processuais e vice-versa)" (DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 279, maio 2018, p. 41-42).

24 "A parte que desiste da ação engendra faculdade processual, deixando incólume o direito material, tanto que descompromete o Judiciário de se manifestar sobre a pretensão de direito material" (STJ, REsp 901.497/AM, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 12.05.2008).

25 Na hipótese de desistência, o STJ entende que os honorários sucumbenciais são devidos desde a citação do réu, independentemente da apresentação da contestação. Vide, por exemplo: "Processual civil. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Honorários advocatícios. Desistência após citação. Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência desta Corte. Súmula n° 83. Decisão mantida. [...] 2. O entendimento do Tribunal a quo está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual *é cabível a condenação em honorários advocatícios na hipótese de o pedido de desistência da ação ter sido protocolado após a ocorrência da citação da ré, ainda que em data anterior à apresentação da contestação*. 3. Agravo interno a que se nega provimento." (AgInt no AREsp 1449328/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 22.08.2019). O STJ também já reconheceu que são devidos honorários advocatícios pela parte desistente, mesmo quando o pedido de desistência ocorreu antes da citação (que veio a ser efetivada, com a apresentação de contestação). (REsp 548.559/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 03.05.2004).

Muitas vezes uma convenção processual dessa natureza contempla vantagens recíprocas<sup>26</sup>, sobretudo quando o desfecho da causa é incerto. No caso do autor, evita-se eventual sucumbência futura, enquanto para o réu elimina-se o risco de condenação e a respectiva sucumbência. Já em relação ao advogado do réu, podem existir motivos que justifiquem sua concordância, inclusive o interesse de fidelizar seu cliente e eventuais honorários contratuais de êxito. Tudo isso sem falar nos aspectos de eficiência processual e de duração razoável do processo, caso a conduta estimulada seja praticada, além dos próprios benefícios ao Estado, em razão das despesas com a atividade jurisdicional (salários de servidores, juízes, insumos, materiais etc.).

Em tal exemplo, o prêmio – não pagamento dos honorários sucumbenciais – foi convenicionado a partir de uma faculdade processual do autor (desistir da ação até a contestação).

Nesse tipo de convenção processual, o prêmio é condicionado à prática do ato, que pode ou não ser realizado pela parte (facultatividade), sem que isso gere punição. Ou seja, as partes não estabelecem um dever ou uma obrigação, ou eventual rito diferenciado a ser seguido, mas apenas preveem uma vantagem ou um benefício para estimular a conduta especificada. E parece claro que esse caminho não é apenas possível, mas desejável.

A estipulação de convenções processuais dessa natureza pode contribuir para aproximar as partes<sup>27</sup>, fomentar “trocas voluntárias entre os sujeitos”<sup>28</sup> e criar novas dinâmicas<sup>29</sup> de escolha, inclusive com benefícios recíprocos. Mais do que isso, as sanções premiais embutidas em convenções processuais podem ajudar a criar um círculo virtuoso de positividade, capaz de valorizar a eficiência processual, a duração razoável do processo, o acesso à Justiça, entre outras garantias processuais.

Enfim, se é certo que há diferentes debates ligados aos limites e a eventuais parâmetros a nortearem as convenções processuais<sup>30</sup>, considera-se que reside aí, no campo das sanções premiais, uma importante via a ser utilizada para a exploração da matéria, seja por meio de convenções prévias, seja em momento subsequente à própria instauração do litígio. Em qualquer dos casos, a fixação de consequências positivas aos litigantes, condicionadas à prática de determinada conduta (facultativa), pode representar um ganho para o processo.

## 1.2. “Sanções premiais” e fixação judicial

Ainda que a fixação convencional seja uma interessante porta para a exploração das sanções premiais na seara do processo, ela não é a única. Em verdade, diante da própria compreensão contemporânea da função jurisdicional, acredita-se que é plenamente possível (e também desejável) que sanções premiais sejam estipuladas pelo próprio órgão jurisdicional (art. 139, IV, sob o prisma das medidas indutivas).

26 Em muitos casos, o encerramento do processo pode ser interessante para ambos os litigantes, não apenas em razão dos custos, mas também por questões estratégicas (por exemplo, empresas que estejam em processo de avaliação para futura abertura de capital, que pretendam participar de licitações específicas etc.).

27 Cf. Daniela Rodrigues Machado Vilela, op. cit., p. 105.

28 Cf. RETES, Tiago A. Leite. Recursos e convenções processuais: Entre efetividade e garantias processuais. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral); CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Coleção Grandes Temas do CPC. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 429.

29 Cf. João Paulo Tavares: “Nunca antes a legislação processual civil concebera a possibilidade tão ampla de celebração de negócios jurídicos atípicos, que desafiam a criatividade humana. Apenas a título de exemplo, é possível imaginar [...] supressão de instâncias por convenção, repartição atípica de custas, supressão da execução provisória, condicionamentos à execução etc.” (TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: Aspectos teóricos e práticos. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 254, abr. 2016, p. 92).

30 Aprofundando a questão, cf. OSNA, Gustavo. Contratualizando o processo: Três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). In: *Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ*, Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, n. 2, p. 163-185, mai.-ago. 2020a).

Assim, ao lado das sanções punitivas<sup>31</sup>, as sanções premiais atípicas podem incrementar o cardápio de medidas à disposição do julgador.

É claro que as sanções premiais atípicas não irão resolver os efeitos da crise da Justiça<sup>32</sup> e a proclamada ineficiência da execução<sup>33</sup> – um problema de décadas para o qual não existe fórmula mágica<sup>34</sup> –, mas, sem dúvida, podem contribuir para racionalizar e otimizar a prestação jurisdicional. E isto porque, no comando premial, o juiz estipula um prêmio (escalonamento decrescente de multa, soma de prazos etc.) para estimular um determinado comportamento. Com isso, cria um elo entre a conduta desejada e a respectiva consequência jurídica positiva.

Alguns exemplos ilustrativos podem ajudar a compreensão.

- 31 Que não são garantia do adimplemento da obrigação. Nesse ponto, a doutrina assinala: “A escolha do legislador processual pelas penalidades pecuniárias encontrou guarida no fato de que, durante muito tempo, prevaleceu a ideia de que as multas processuais, utilizadas como medidas coercitivas para o cumprimento da obrigação ou como sanções às práticas abusivas, por atuarem diretamente no ‘bolso’ do devedor, tinham o poder de levá-lo ao cumprimento de suas obrigações e, ainda, de conscientizá-lo sobre a necessidade da preservação da boa prática processual. Entretanto, atualmente, o que se verifica na prática é uma despreocupação dos devedores com a imposição das multas e indenizações, pois os efeitos das mesmas ficam encapsulados no processo e não transbordam para o mundo fático, ou seja, não mudam nem a realidade, muito menos a mentalidade dos fraudadores e chicaneiros. Os valores e percentuais fixados nos processos, a título de multas pecuniárias e indenizações por práticas fraudulentas e abusivas, tornam-se ‘mais uma dívida’. [...] Em outras palavras, o esperado efeito pedagógico das sanções é apenas uma ilusão ou uma utopia, que não se implementará tão brevemente, apesar do empenho de vários atores, especialmente dos magistrados que conduzem os processos” (LIGERO, Gilberto Notário. *Sanções processuais por improbidade na execução civil*. Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito. PUC-SP, São Paulo, 2014, p. 164-165).
- 32 Não há uma fórmula mágica para resolver tal problema. Como vaticinava Barbosa Moreira, “[...] temos de combinar estratégias e táticas, pondo de lado o receio de parecermos incoerentes se, para enfermidades de diferentes diagnósticos, experimentarmos remédios também diferenciados” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual: Oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 7).
- 33 Cf. Alexandre Freitas Câmara: “O fenômeno de que aqui se trata agora, da ineficiência da execução, não é regional ou nacional. Trata-se, lamentavelmente, de um fenômeno mundial, verdadeiramente globalizado. Prova disso é que, nos últimos anos, vários ordenamentos processuais foram reformados para que se modificasse o sistema de execução civil. Alguns exemplos podem ser mencionados: Espanha em 2000; Rússia em 2002; Portugal em 2003; Itália em 2005; Honduras em 2007, dentre muitos outros. Também o Brasil promoveu uma profunda reforma da execução civil, entre os anos de 2005 e 2006. É impossível determinar com exatidão todos os motivos pelos quais a execução tem sido, historicamente, tão ineficiente. Uma razão há, porém, que não pode deixar de ser registrada: a tendência à superproteção do devedor” (CÂMARA, Alexandre Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. In: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica Bonetti (org.). *Execução civil e temas afins do CPC/1973 ao novo CPC – Estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 14-15).
- 34 Cf. Flávio Yarshell: “Não se conhece fórmula apta a superar – não ao menos de maneira cabal – os problemas que impedem seja nossa execução civil verdadeiramente eficiente. Assim ocorre porque certamente essa fórmula ainda não foi encontrada. Como ocorre com os óbices à distribuição da Justiça em geral, na execução eles são de diversas ordens e alguns escapam à área estritamente jurídica. Sem dúvida que essa assertiva tem sabor de lugar-comum. Contudo, a busca de soluções adequadas começa por um diagnóstico correto. Assim, reconhecer que o problema é complexo e que não está vinculado a apenas um fator é dar o primeiro passo” (YARSELL, Flávio Luiz. *Ampliação da responsabilidade patrimonial: caminho para solução da falta de efetividade da execução civil brasileira?*. In: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica Bonetti (org.). *Execução civil e temas afins do CPC/1973 ao novo CPC – Estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 391). No mesmo sentido, MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Projeto de novo CPC e a ação probatória não cautelar*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 233, jul. 2014, p. 85; SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista. *Teoria Geral da Execução e o CPC de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). *Coleção novo CPC – Doutrina selecionada – Execução*. V. 5. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 30.

Suponha-se que, em uma ação de obrigação de fazer (no caso, duas providências distintas), o juiz fixe na decisão dois prazos: 10 (dez) dias para a primeira, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), e 30 (trinta) dias para a segunda, sob pena de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Instaurada a fase de cumprimento de sentença, o juiz pode estabelecer que, se a primeira obrigação for cumprida antes do prazo de 10 (dez) dias, o “saldo” dos dias poderá ser somado ao prazo anteriormente fixado para a segunda obrigação (ou seja, se a primeira obrigação for cumprida em 5 dias, a parte terá 35 dias para cumprir a segunda obrigação).

Com isso, o executado pode melhor gerenciar suas obrigações, antecipando algo que, para ele, é mais fácil, e ganhando prazo adicional para cumprir a obrigação mais “complexa”<sup>35</sup>.

Para incrementar a referida decisão, o juiz ainda poderia estabelecer que, no caso de cumprimento antecipado da primeira obrigação, haveria a redução da multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para R\$ 1.000,00 (mil reais) na etapa seguinte, estimulando a cooperação do executado.

Percebe-se, assim, que as sanções premiais atípicas podem ajudar a otimizar a “atividade satisfativa” (art. 4º do CPC) e densificar as normas fundamentais do processo civil. A questão não pode ser aqui aprofundada, mas é exatamente partindo desse ângulo que se torna justificável a fixação de *standards* voltados a conformar o emprego desse mecanismo<sup>36</sup>. Entre eles, estão a impossibilidade de o juiz afetar direito alheio, a proibição de transferir externalidades ao Judiciário e a necessidade de fundamentar adequadamente o comando premial.

Sob essa ótica, minimizados os riscos de arbitrariedades, a iniciativa do juiz revela uma atuação pragmática<sup>37</sup>, isto é, marcada “[...] pelos resultados práticos que são capazes de produzir”<sup>38</sup>, pois busca reforçar os direitos e as garantias fundamentais, valorizando a essência do processo (instrumento de garantia) e as possibilidades normativas. Prestigia-se, assim, um agir prático, objetivo e eficaz<sup>39</sup>, reforçando a potencialidade do sistema normativo.

35 A mesma lógica, com as devidas adaptações, pode ser aplicada ao cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de entregar coisa e de fazer/não fazer.

36 Sobre o tema, ver MAZZOLA, Marcelo. *Sanções premiais no Processo Civil: Previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial*. São Paulo: JusPodivm, 2022.

37 Cf. Thomas Webb et al.: “Um juiz pragmático olhará primordialmente para as consequências da decisão. Se a consequência de uma particular decisão for boa no sentido de que incentiva um comportamento benéfico no futuro ou evita uma crise, o juiz decidirá naquele sentido” (WEBB, Thomas et al. *The New Zealand Legal System*. 5. ed. Wellington: Lexis Nexis, 2010, p. 22-23). Para Richard Posner, o principal pilar do pragmatismo residiria em um “[...] instrumentalismo orientado ao futuro que procura utilizar o pensamento como uma arma para a concretização de ações mais efetivas”. No original: “the brand of pragmatism that I like emphasizes the scientific virtues (open minded, no-nonsense inquiry), elevates the process of inquiry over the results of inquiry, prefers ferment to stasis, dislikes distinctions that make no practical difference – in other words, dislikes ‘metaphysics’ – is doubtful of finding ‘objective truth’ in any area of inquiry, is uninterested in creating an adequate philosophical foundation for its thought and action, likes experimentation, likes to kick sacred cows, and – within the bounds of prudence – prefers shaping the future to maintaining continuity with the past. So I am speaking of an attitude rather than a dogma; an attitude whose ‘common denominator’ is ‘a future-oriented instrumentalism that tries to deploy thought as a weapon to enable more effective action” (POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990, 512 p.).

38 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 15.

39 Cf. Gustavo Rabay Guerra et al.: “Não existe nada que traduza melhor o pensamento do homem moderno que o adágio basilar adotado pelos Pragmatistas: uma ideia (da mesma forma que uma ferramenta) só ‘presta’ se seus efeitos práticos forem bons e bom é aquilo que é útil. Neste diapasão, o Pragmatismo Filosófico contamina o pensamento jurídico e o imbuí com seus ideais de tornar-se uma ciência do prático, do objetivo e do eficaz. Hoje, pode-se afirmar que uma das vertentes mais influentes do pensamento jurídico contemporâneo é o Pragmatismo Jurídico” (GUERRA, Gustavo Rabay; ALMEIDA NETO, Luiz Mesquita de; MARCOS, Henrique Jerônimo Bezerra. *O Processo Civil pragmático*

## 2. OS PROCESSOS ESTRUTURAIS E AS SANÇÕES PREMIAIS

### 2.1. Processos estruturais: Breves aproximações

Se os tópicos anteriores buscaram estabelecer parâmetros gerais para a compreensão da temática das sanções premiais (delineando seu conteúdo e indicando vias para o seu potencial uso), neste item destacar-se-á uma área em que os benefícios trazidos pelo mecanismo em questão podem ser pujantes: os *processos estruturais*. Com efeito, observando essa seara em perspectiva, acredita-se haver espaço frutífero para o emprego das sanções premiais como percurso de otimização do processo.

Uma vez mais aqui, porém, a construção do raciocínio proposto exige alguns esclarecimentos preliminares. Afinal, o que caracteriza, essencialmente, essa forma *estrutural* de atuação do processo? Qual o traço mais marcante dessa atividade processual?

As indagações são relevantes, tendo em vista que, embora nossa doutrina contemporânea se valha usualmente de noções como “processos estruturais”, “decisões estruturantes” ou “provimentos estruturantes”, não parece haver uma real consolidação quanto ao conteúdo dessas ideias<sup>40</sup>. Em cada um desses casos, o vocábulo é utilizado para estabelecer alguma forma de afinidade entre a atividade jurisdicional e um modelo ou um campo de atuação que não se confunde com aquele mais rente à sua formação histórica. A similitude, porém, acaba por aí.

Emoldurando esse problema e seus possíveis desdobramentos, costuma-se atribuir a Owen Fiss as primeiras análises teóricas ligadas ao referido “processo estrutural”. Indo além, ao afirmar que em diferentes momentos a jurisdição viria atuando em um sentido de *structural reform*, o acadêmico parece ter sido o responsável pelo próprio desenvolvimento dessa terminologia<sup>41</sup>.

---

e o constitucionalismo dialógico: Pressupostos para uma discussão sobre ativismo judicial. In: *Revista Estudos Institucionais*, v. 3, 1, 2017, p. 653.

40 Como exemplo, veja-se que, ao se preocupar com a delimitação conceitual de ideias providas de afinidade (como “litígio estrutural” e “processo estrutural”), Vitorelli afirma que “[...] processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural. Essencialmente, o processo estrutural tem como desafios: 1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos; 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável; 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado; 4) a avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura; 5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e 6) a implementação do plano revisto, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua indefinidamente, até que o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado social desejado, que é a reorganização da estrutura” (VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 284, out. 2018). Por sua vez, colocando ênfase na *decisão* exarada no âmbito de uma medida estrutural, Didier, Zaneti e Oliveira sustentam que “[...] a decisão estrutural (*structural injunction*) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: *Civil Procedure Review*, v. 8., 2017). Ainda, expondo diferentes manifestações doutrinárias ligadas ao problema e aos seus desdobramentos, cita-se ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2019.

41 Cf. FISS, Owen M. The Forms of Justice. In: *Harvard Law Review*, n. 93. New Haven: Harvard University Press, 1979.

Articulando essa visão, Fiss adotou como base de seu raciocínio o fato de o processo civil estadunidense, tradicionalmente, ter se desenhado com o propósito exclusivo de resolver conflitos lineares; seria essa a função por excelência da *adjudication*<sup>42</sup>. Nada obstante, identificando decisões ligadas a temáticas como as condições do sistema prisional ou a segregação racial em sede escolar, o autor notou que estaria em curso uma atividade provida de objetivos e de impactos muito mais amplos. Nesse tipo de medida, mais do que estabelecer uma singela *dispute resolution*, a jurisdição acabaria atuando com foco em uma reforma estrutural. Afinal, somente assim o seu papel de concretização de valores públicos poderia ser satisfatoriamente concretizado<sup>43</sup>.

Esse recorte, atribuído ao tema por Fiss, é bem descrito por Myriam Gilles, identificando sua importância contextual e sua harmonia a disputas afetas à seara pública<sup>44</sup>. Nesse ponto, entende-se ainda o porquê de Rendleman chegar a conceber essa espécie de atuação como *constitutional injunctions*<sup>45</sup>.

De qualquer modo, pensamos que o espaço a ser ocupado pela atuação estrutural do processo é ainda mais amplo. E é aqui que a tentativa de definição conceitual pode se mostrar problemática e, talvez, prejudicial à sua efetividade. Embora a reforma estrutural, nos seus moldes originais, tenda a exigir procedimentos e provimentos diferenciados, não acreditamos que o conceito a ela atribuído possa limitar o uso desse tipo de mecanismos.

Por mais que ela seja um importante campo para a atividade criativa da jurisdição, não se trata do único. Em essência, o campo nos parece ser menos apego a *conceitualismo* e mais compatível com uma visão *pragmática*.

Sob esse prisma, falar em “processo estrutural” parece ser, antes de tudo, fazer referência à atividade desenvolvida pelo processo em campos marcados por aspectos como o policentrismo, a complexidade e a necessidade de estabelecimento de uma reforma institucional

---

Também, FISS, Owen M. *The Law as it could be*. New York: New York University Press, 2003, p. 48 e ss. Ainda, *passim*, FISS, Owen M. *The Civil Rights Injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

- 42 “This model [...] is associated with a story of two people in the state of nature who each claim a single piece of property. They discuss the problem, reach an impasse, and then turn to a third party, the stranger, to resolve their dispute. Courts are viewed as the institutionalization of this stranger, and adjudication the process through which judicial power is exercised”. FISS, Owen. *The Law as it could be*, p. 51.
- 43 De fato, os panos de fundo que caracterizam essa espécie de debate revelam que, em todos eles, a consolidação de determinada garantia exigiria um rearranjo do próprio aparato que vinha inibindo sua proteção. É assim que, nas palavras de Fiss, a jurisdição seria “[...] o processo por meio do qual os valores contidos em um texto legislativo, como a Constituição, receberiam significado e expressões concretas”. Contudo, “[...] na era dos direitos civis, uma nova forma de atividade jurisdicional se manifestou”, sendo essencialmente marcada por duas características: a primeira, a percepção de que a “[...] ameaça aos valores constitucionais não é posta por indivíduos, mas pela atuação de organizações de larga escala”; a segunda, o reconhecimento de que, sem a “reestruturação” dessas organizações, suas “[...] ameaças a valores constitucionais não podem ser e não serão eliminadas”. Incumbiria, então, ao Judiciário, quando confrontado com essas celeumas, promover a aludida “reforma estrutural” (idem, *ibidem*, p. 49).
- 44 Cf. Myriam Gilles: “In 1978, Owen Fiss wrote that the structural reform injunction ‘represents the most visible and perhaps the most ambitious exercise of judicial power – at times it tries to reconstruct the world: Professor Fiss was writing of a legal revolution that began in the 1950s, when federal courts began to hear cases challenging the deprivation of rights to large groups of people by state and local institutions, such as schools and prisons. In response to findings of constitutional deprivations, courts were asked to restructure these public institutions in accordance with the commands of the Constitution. The plaintiffs in these cases sought remedies that went well beyond traditional damages. Arguing that the violations of their rights could not be cured with mere monetary penalties, these plaintiffs sought judicial decrees mandating the reformation of various institutions to bring them into conformity with constitutional requirements” (GILLES, Myriam. *An Autopsy of the Structural Reform Injunction*: Oops... It’s Still Moving!. In: *University of Miami Law Review*, v. 58. Miami: University of Miami, 2003, p. 143).
- 45 Assim, RENDLEMAN, Doug. Brown II’s “All Deliberate Speed” at Fifty: A Golden Anniversary or A Mid-Life Crisis for the Constitutional Injunction as a School Desegregation Remedy?. In: *San Diego Law Review*, v. 41. San Diego: University of San Diego, 2004.

e prospectiva<sup>46</sup>. É que, nesses casos, não há como conferir adequação ou suficiência às respostas tradicionais da disciplina processual – marcadas por um acentuado formalismo e por respostas preestabelecidas (o “tudo” ou o “nada”)<sup>47</sup>. Urge a adoção de um enfoque mais criativo, desenhando um cenário em que o entrelace com a técnica de sanções premiais pode se mostrar benéfico e desejável.

## 2.2 Processos estruturais, criatividade e abertura

Há, ainda, outro lembrete que parece pertinente e necessário. É que, em termos gerais, a maioria dos casos usualmente identificados em nossa academia como premissas para a compreensão dos processos estruturais *não se propuseram* a assumir essa condição<sup>48</sup>. Neles, de modo original, ousado e pioneiro, foram estabelecidos pelo próprio Judiciário provimentos *condicionados, sucessivos* ou *cascadeados* que poderiam desafiar qualquer racionalidade ortodoxa. Perceba-se, porém, que essa inclinação não nos parece ter ocorrido como modo de *repensar amplamente* o processo, ou os seus parâmetros e modos de atuação. O que se quis foi, essencialmente, atingir a melhor resposta possível, diante das circunstâncias que caracterizavam o caso.

De fato, há diferentes estudos que costumam relacionar a origem dos “*processos estruturais*” à atividade desempenhada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em *Brown v. Board of Education* (notadamente, no segundo pronunciamento relacionado à disputa)<sup>49</sup>. Da mesma forma, é comum que se reconheça a reiteração desse movimento em casos voltados à efetivação de mudanças no sistema prisional (como *Holt v. Sarver*), destacando a postura ali adotada. E, nos dois casos, o raciocínio aqui posto pode ser confirmado.

Realmente, se em *Brown* questionou-se a legalidade da política de segregação racial então existente no sistema educacional estadunidense, lastreada na lógica de *separate but equal*, o principal ponto a ser aqui extraído do debate consistiu na *forma* de efetivação da decisão. É que, embora em um primeiro momento a Suprema Corte tenha reconhecido a inaceitabilidade da segregação escolar, as barreiras da realidade levaram o órgão a dinamizar a efetivação desse aspecto. Para tanto, ao reapreciar a matéria, o Tribunal manteve seu entendimento, mas *criou um caminho dúctil para sua concretização*. Ao invés de uma ordem *imediate* e *vertical*, procurou estabelecer uma diretriz em certa medida *condicional* e *negociada* ligada ao tema<sup>50</sup>.

46 Esmiuçando essa questão, Cf. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de Processo Estrutural*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

47 Sobre o tema, OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: O “praticismo” e os “processos estruturais”. In: *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 251-278, maio-ago. 2020b.

48 Também percebendo que a atuação da doutrina nessa seara costuma ocorrer de modo *a posteriori*, MARÇAL, Felipe Barreto. Processos estruturantes (multipolares, policêntricos ou multifocais): Gerenciamento processual e modificação da estrutura judiciária. In: *Revista de Processo*, v. 248. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

49 Assim, por exemplo, afirma Marco Félix Jobim que “[...] um litígio estruturante inicial ocorreu em 1954, com o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, no qual a Suprema Corte norte-americana entendeu que era inconstitucional a admissão de estudantes em escolas públicas americanas com base num sistema de segregação racial. Ao determinar a aceitação da matrícula de estudantes negros numa escola pública, até então dedicada à educação de pessoas brancas, a Suprema Corte deu início a um processo amplo de mudança do sistema público de educação naquele país, fazendo surgir o que se chamou de ‘*structural reform*’” (JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 93).

50 Cf. Michael Klarman: “The Court invalidated school segregation on May 17, 1954, but it ordered no immediate remedy and deferred reargument on that issue until the following term. The remedial issue posed several questions for the justices. First, should they order immediate desegregation or allow a gradual transition, and should they impose any deadlines for beginning or completing desegregation? Second, how detailed should the remedial decree be? The Court

Perceba-se que, nessa ocasião, a instituição seguiu rechaçando a legalidade da política sectária. Contudo, estipulou uma rota *continuada e descentralizada* para dar vida ao comando judicial<sup>51</sup>.

A mesma forma de racionalidade também nos parece presente em *Holt v. Sarver*. Ali, conforme identificado em nossa doutrina por Jordão Violin, essa problemática ampla foi colocada na mesa – aferindo-se sua adequação diante das garantias mínimas decorrentes do arcabouço constitucional<sup>52</sup>. Aqui, um dos principais aspectos suscitados em Juízo costumou ser a viabilidade material de que as medidas voltadas a sanar as ilicitudes fossem imediatamente adotadas<sup>53</sup>.

Como consequência, seria possível que o processo civil atingisse um ponto cego, no qual qualquer uma das respostas decorrentes da moldura tradicional seria inservível: de um lado, ao reconhecer-se que a insuficiência financeira ou orçamentária seria o suficiente para permitir a lesão de garantias individuais dos presos, estar-se-ia retirando, tacitamente, a autoridade de cada uma delas; de outro, ao determinar-se a imediata alteração do *status quo*, mesmo sem que houvesse viabilidade orçamentária para tanto, seria cancelada uma decisão potencialmente ineficaz<sup>54</sup>. Foi por força disso que, procurando aprimorar o sistema de tutela de direitos, o Judiciário se viu instado a fixar um *caminho aberto e dialógico* voltado

---

could dictate specifics about the desegregation process, remand to district courts to formulate decrees, or appoint a special master to take evidence and propose orders. Third, should the justices treat the lawsuits as class actions or limit relief to the named plaintiffs? In *Brown II*, decided on May 31, 1955, the justices resolved in favor of vagueness and “gradualism” (KLARMAN, Michael J. *Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 79).

- 51 De forma resumida, estabeleceu-se a seguinte lógica: “(a) School authorities have the primary responsibility for elucidating, assessing and solving the varied local school problems which may require solution in fully implementing the governing constitutional principles; (b) Courts will have to consider whether the action of school authorities constitutes good faith implementation of the governing constitutional principles; (c) Because of their proximity to local conditions and the possible need for further hearings, the courts which originally heard these cases can best perform this judicial appraisal; (d) In fashioning and effectuating the decrees, the courts will be guided by equitable principles – characterized by a practical flexibility in shaping remedies and a facility for adjusting and reconciling public and private needs; (e) At stake is the personal interest of the plaintiffs in admission to public schools as soon as practicable on a nondiscriminatory basis; (f) Courts of equity may properly take into account the public interest in the elimination in a systematic and effective manner of a variety of obstacles in making the transition to school systems operated in accordance with the constitutional principles enunciated in 347 U. S. 347 U.S. 483, 347 U. S. 497; but the vitality of these constitutional principles cannot be allowed to yield simply because of disagreement with them; (g) While giving weight to these public and private considerations, the courts will require that the defendants make a prompt and reasonable start toward full compliance with the ruling of this Court; (h) Once such a start has been made, the courts may find that additional time is necessary to carry out the ruling in an effective manner; (i) The burden rests on the defendants to establish that additional time is necessary in the public interest and is consistent with good faith compliance at the earliest practicable date; (j) The courts may consider problems related to administration, arising from the physical condition of the school plant, the school transportation system, personnel, revision of school districts and attendance areas into compact units to achieve a system of determining admission to the public schools on a nonracial basis, and revision of local laws and regulations which may be necessary in solving the foregoing problems; (k) The courts will also consider the adequacy of any plans the defendants may propose to meet these problems and to effectuate a transition to a racially nondiscriminatory school system; (l) During the period of transition, the courts will retain jurisdiction of these cases” (United States. Congress. Senate. Select Committee on Equal Educational Opportunity. *Selected Court Decisions: Relating to Equal Educational Opportunity*. Washington: U. S. Government Printing Office, 1972, 663 p.).
- 52 VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 303-352.
- 53 A respeito das medidas ligadas ao sistema prisional, ver, *passim*, DICK, Rebecca P. *Prison Reform in the Federal Courts*. In: *Buffalo Law Review*, v. 27. Buffalo: University at Buffalo School of Law, 1977.
- 54 Cf. OSNA, Gustavo, op. cit, 2020b.

a esse fim<sup>55</sup>. Mais uma vez, agiu-se assim de maneira prospectiva e criativa, no sentido que se tem concebido como “*estrutural*”.

Essa mesma dinâmica também pode ser vista em diferentes circunstâncias, próprias à realidade brasileira, não raramente indicadas como hipóteses de atuação “*estrutural*” do Judiciário. De maneira emblemática, cabe aqui referência à notória medida coletiva, proposta junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, tendo como pano de fundo a situação de servidores não concursados do Hospital de Clínicas do Paraná. A disputa é detidamente descrita por Sérgio Cruz Arenhart, desvelando o ponto cego inerente ao seu potencial acertamento: ainda que a antijuridicidade das contratações fosse reconhecida, o imediato desligamento dos servidores não concursados poderia colocar em risco a própria continuidade das atividades do nosocômio<sup>56</sup>. Como consequência, ao mesmo tempo em que não seria razoável ignorar a necessidade de concurso público, seria globalmente desastroso extrair imediatamente desse pilar sua consequência mais óbvia. E foi por esse motivo que, também aqui, se fez necessária uma atividade mais flexível – criando uma porta maleável para dar conta do problema<sup>57</sup>.

Enfim, para os atuais propósitos, parece relevante notar que, em todas essas medidas, o Judiciário não buscou *teorizar*, mas apenas exercer sua função institucional da melhor forma possível. E aquilo que hoje se costuma conceber como “processo estrutural” conformou essa via. Com uma acentuada dose de pragmatismo (ou de praticalismo), lança-se mão da distinção, identificada por

55 Descrevendo a medida, Eisenberg e Yeazell assim pontuaram: “Holt v. Sarver, a relatively early prison case that spans many years, is representative. In the first phase of litigation, Holt I, inmates challenged conditions at the Cummins Farm Unit of the Arkansas State Penitentiary alleging cruel and unusual punishment in violation of the eight amendment. The court found that the prison authorities had failed to insure minimal physical safety for the inmates of Cummins. No detailed institutional changes were orders, however. Eight months later, in Holt II, the court focuses on the trusty system under which preferred inmates served as guards. The court held that conditions at Cummins and at Tucker Reformatory, another institution whose inmates had joined the suit, were still unconstitutional. The court in Holt II expressed respect for Arkansas’ prerogatives and [...] was reluctant to establish a comprehensive remedial program. It simply ordered Arkansas officials’ to make a prompt and reasonable start toward eliminating’ the unconstitutional conditions in Arkansas’ prisons” (EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation. In: *Harvard Law Review*, v. 93. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 470-471). Ver ainda, analisando as diferentes manifestações judiciais ligadas à questão com minúcia, VIOLIN, Jordão, op. cit.

56 Como posto pelo autor, “[...] tratava-se de ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, em que se buscava a extinção dos contratos de pessoal terceirizado que trabalhava junto ao Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná. No entender da Procuradoria do Trabalho, a terceirização dos serviços (de enfermagem e de farmácia) ofendia as regras trabalhistas, de modo que tais contratos deveriam ser rescindidos. Segundo a Universidade Federal do Paraná, porém, a extinção imediata de tais contratos inviabilizariam as atividades do hospital universitário – que também é o principal responsável pelo atendimento ao SUS no Paraná – porque aquele pessoal representava, aproximadamente, a metade dos trabalhadores das áreas de enfermagem e farmácia disponíveis. Obviamente, uma solução que se limitasse a aplicar a legislação trabalhista e extinguisse os contratos de terceirização poderia ser correta do ponto de vista formal, mas certamente traria consequências nefastas para a gestão da saúde pública (especialmente em favor das pessoas mais pobres) no Paraná, já que tais vagas não seriam repostas de imediato por servidores públicos concursados. De outro lado, uma sentença que se negasse a extinguir tais contratos poderia ser vista como incorreta, do ponto de vista da legislação laboral. A solução adotada, então, pelo Juiz do Trabalho responsável pela demanda, Dr. Leonardo Wandelli, foi compor um acordo de longo prazo entre as partes, estipulando metas de ‘substituição’ dos terceirizados por servidores públicos. Nos termos da conciliação, a Universidade demitiria os terceirizados, à medida que conseguisse vagas para concursos públicos (para os mesmos postos); ademais, a cada dois anos, as partes deveriam reunir-se em Juízo para avaliar a progressão dessa ‘substituição’” (ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro. In: *Revista de Processo*, v. 225. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013).

57 Nesse sentido, como mostra Arenhart, estabeleceu-se uma decisão escalonada e cascadeada, impondo-se à autoridade pública a substituição gradual e sucessiva dos empregados não concursados por servidores concursados, de modo a não comprometer o funcionamento do hospital. Idem, *ibidem*.

Chayes, entre *right* e *remedy*: ainda que o Judiciário reconheça a existência do *direito*, verifica a necessidade de progressividade e de ductibilidade nos *provements* voltados à sua efetivação<sup>58</sup>.

Ora, sendo assim, percebe-se com clareza que o campo exige novos olhares e ferramentas adequadas para fazer frente à sua realidade. Em outros termos, a pedra angular da disciplina parece ser, exatamente, a fuga de variáveis estanques ou dicotômicas no curso do processo. Em última análise, diante de um problema complexo ou multipolar<sup>59</sup>, incumbirá ao Judiciário responder um par de indagações: como conferir legitimidade à condução procedimental? De que modo viabilizar a proteção do direito, sem perder de vista as especificidades do debate?

### 2.3. Processos estruturais e “sanções premiais”: Contribuição e possibilidades

O enfrentamento das ponderações trazidas no último tópico não é singelo. Pelo contrário, impõe um repensar constante da atividade do processo. Particularmente em relação à ponderação afeta à efetivação da tutela do bem jurídico, aquela que aqui mais interessa, ganha corpo e pertinência a adoção de vias negociadas e progressivas de proteção. Por conta disso, afigura-se necessária “uma estratégia procedimental diferenciada”<sup>60</sup>, admitindo-se uma dinâmica aberta a respeito do percurso a ser traçado para alcançar a máxima efetividade<sup>61</sup>.

De fato, é perceptível que nesse caso a decisão adjudicada nem sempre será a melhor resposta possível<sup>62</sup>. Pelo contrário, torna-se extremamente recomendado que haja atenção às circunstâncias progressivas e fluídas da realidade<sup>63</sup> – abrindo espaço para a sua constante aferição. Eis, aqui, a pedra angular para que sua condição prospectiva possa ser apreendida e materializada.

É precisamente, a partir desse raciocínio que, atando as pontas do presente ensaio, considera-se que a seara dos processos estruturais pode representar um terreno fértil para a estipulação de sanções premiais atípicas. Em síntese, há uma confluência de propósitos e de perspectivas que torna esse diálogo prolífico e recomendável – podendo contribuir para o incremento da atividade processual.

Suponha-se, nesse sentido, que o Município do Rio de Janeiro, após amplos debates com os envolvidos na esfera judicial, se comprometa a criar 200.000 (duzentas mil) novas vagas em creches e pré-escolas para crianças de até 5 (cinco) anos de idade, nos próximos 3 (três) anos. No plano apresentado, consta a obrigação do ente público de criar 40% (quarenta por cento) das vagas, nos primeiros 12 (doze) meses, e as restantes, nos próximos 24 (vinte e quatro) meses, tudo sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), cabendo, ainda, ao Município, apresentar,

58 Cf. CHAYES, Abram. Foreword: Public Law Litigation and the Burger Court. In: *Harvard Law Review*, v. 96. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

59 Cf. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix, op. cit.

60 Cf. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Acordos nos Processos Estruturais. In: REICHEL, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix (org.). *Coletivização e unidade do direito*. Londrina: Thoth, 2019, p. 573-588.

61 Cf. OSNA, Gustavo, op. cit., 2020b.

62 Cf. Hermes Zaneti Jr.: “[...] também é fundamental encontrar as alternativas comuns de consenso sem a concessão do interesse público tutelado, permitindo a efetividade do ponto de vista pragmático sem a redução da qualidade da decisão, evitando recursos e a necessidade de execução” (ZANETI JR., Hermes. *Ativismo da lei e da constituição na tutela coletiva brasileira: Processos estruturais, processos complexos e litígios de difusão irradiada*. In: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici (org.). *Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Fi, 2019, p. 409).

63 Cf. Edilson Vitorelli: “Também é importante que a execução estrutural seja dividida em fases, de modo a viabilizar o gradual cumprimento das determinações judiciais e avaliações de seus efeitos, não apenas da perspectiva do juiz e das partes, mas dos demais sujeitos impactados. A reavaliação dos resultados das etapas cumpridas permite o planejamento mais adequados das subseqüentes, evitando custos desnecessários e efeitos colaterais indesejáveis” (VITORELLI, Edilson, op. cit., p. 345-352).

bimestralmente, relatórios completos sobre as medidas tomadas, bem como publicar avisos em jornais de grande circulação, a cada 6 (seis) meses, acerca da disponibilidade de vagas.

Nesse exemplo, seria perfeitamente possível o juiz sugerir um acréscimo ao plano (ou, eventualmente, proferir comando judicial específico<sup>64</sup>), no sentido de que, se a meta dos 40% for atingida em 10 (dez) meses, antes, portanto, do prazo fixado de 12 (doze) meses, a obrigatoriedade, quanto ao fornecimento dos relatórios, passaria a ser anual (e não mais bimestral), e a multa diária da próxima etapa (para a hipótese de descumprimento) seria reduzida para R\$ 500,00 (quinhentos reais), dispensando-se, ainda, a publicação de novos avisos em jornais de grande circulação.

É claro que o município pode simplesmente optar por seguir o “plano” inicial e não se antecipar a nada. Porém, ao fazer uma ponderação de custo-benefício, pode ser que as vantagens inseridas no plano ou mesmo fixadas diretamente pelo juiz (as sanções premiais atípicas) influenciem o ente a acelerar o cumprimento da obrigação.

A mesma lógica poderia ser aplicada em situações de degradação ambiental, como a poluição do solo por uma indústria (lançamento de resíduos contaminados). Os envolvidos podem acordar – ou o próprio juiz sugerir/determinar diretamente – que, se o nível de descontaminação indicado na primeira fase do plano for atingido antes do prazo ajustado, a indústria terá mais tempo (escalonamento proporcional) para cumprir as próximas fases do plano, prevendo-se, ainda, que, se os parâmetros de recuperação ambiental forem alcançados antes das metas, a infratora poderá retomar sua condição operacional, antes do prazo inicialmente especificado.

Enfim, é fácil notar que, pela própria natureza cascadeada que costuma particularizar a efetivação da proteção perseguida nos processos estruturais, a técnica da sanção premial pode ser um importante instrumento. Ainda no campo exemplificativo, esse raciocínio pode ser empregado para as circunstâncias já mencionadas neste ensaio, que, por vezes, são indicadas como casos de atuação estrutural do Poder Judiciário.

De fato, ilustrando o que se expõe, lembremos a situação ligada ao funcionamento do Hospital de Clínicas do Paraná. Como mencionado, o ponto-chave a revelar a existência de estado de desconformidade, ali, residiria na terceirização aparentemente irregular de serviços. Dada a impossibilidade fática de pronta recomposição do cenário, esse percurso foi buscado de modo gradual. Nas palavras de Sérgio Cruz Arenhart, foram estipuladas

[...] metas de “substituição” dos terceirizados por servidores públicos. Nos termos da conciliação, a Universidade demitiria os terceirizados, à medida que conseguisse vagas para concursos públicos (para os mesmos postos); ademais, a cada dois anos, as partes deveriam reunir-se em Juízo para avaliar a progressão dessa “substituição” (ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., 2013).

É certo que, na hipótese posta, haveria um fator externo (a existência de vagas) que poderia se colocar como condicionante à consolidação da tutela. De todo modo, é viável notar como a sanção premial poderia contribuir, por diferentes pontas, nessa frente.

Por meio dela, algumas portas poderiam ser abertas: a substituição mais célere em determinado cargo, visto como mais emergencial, poderia ser acompanhada por uma ampliação do

64 Embora o Projeto de Lei nº 8.058/2014 (que institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências) ainda não tenha sido aprovado, vale mencionar o art. 20, que autoriza o juiz a alterar, de ofício, a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, inclusive na hipótese de o ente público promover políticas públicas que se afigurem mais adequadas do que as determinadas na decisão.

prazo para a substituição em outro posto; o avanço geral, no período de dois anos, superior àquele previamente almejado, poderia fazer com que o ciclo de avaliação posterior fosse dilatado; enfim, a concretização mais acurada ou acelerada do bem jurídico protegido poderia, por diferentes vias, levar a benefícios à parte demandada.

Ainda nessa linha, é interessante perceber que o próprio Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) pode também se mostrar um importante mecanismo para a exploração desse campo – contribuindo para a fluência aqui defendida e corroborando a possibilidade de fixação negocial de sanções premiais. Com isso, reforça-se a aceitabilidade da autocomposição e da correlata contratualização processual na tutela coletiva<sup>65</sup>.

Realmente, a viabilidade de que o TAC se preste à estipulação de negócios processuais já foi percebida por autores como Thereza Alvim e Igor Martins da Cunha<sup>66</sup>. Essa conclusão também pode ser retirada da previsão constante no art. 17, da Resolução n° 118/2014, do CNMP, o qual dispõe que

[...] as convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta.

Mais que isso, essa tendência foi encampada, expressamente, pelo Ministério Público – conforme é possível observar do teor do art. 16 da mesma Resolução, o qual dispõe que “[...] segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais”. Sendo esse o caso, pode residir aí importante via para que, na seara dos processos estruturais, explore-se o uso de técnicas premiativas como aquelas aqui propostas.

Nesses termos, se o campo do processo estrutural deve se valer de técnicas inéditas e criativas para fazer frente às suas necessidades, fugindo do discurso processual mais ortodoxo, o uso de sanções premiais parece se inserir de maneira pertinente nesse jogo. Trata-se de uma peça a ser devidamente entendida e materializada, podendo ocupar importante papel nesse tabuleiro e apresentar contribuição decisiva para a matéria.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o termo sanção não pode mais ser entendido como sinônimo de punição. Existe também uma feição premial (as sanções premiais) que, a rigor, vem sendo subutilizada pelos sujeitos processuais.

Por meio das sanções premiais, procura-se estimular determinada conduta, por meio da oferta de um benefício ao seu destinatário; ao invés de puni-lo pelo descumprimento, almeja-se fomentar, de maneira positiva, a adoção da conduta desejada.

No presente artigo, defendeu-se a legitimidade da técnica e a potencialidade do instituto, para a otimização da prestação jurisdicional, destacando-se a sua aplicação nos processos estruturais.

Mais do que uma conclusão, almeja-se deixar uma porta aberta ao diálogo, como forma de incrementar o debate e aprimorar essa simbiose entre sanções premiais e processos estruturais.

65 Cf. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo, op. cit., p. 268 e ss.

66 ALVIM, Thereza; CUNHA, Igor Martins da. Termo de ajustamento de conduta, mediação e conciliação: Uma breve reflexão a respeito do negócio jurídico que previne ou resolve conflito que envolve direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. In: *Revista de Processo*, v. 304. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 384.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Thereza; CUNHA, Igor Martins da. Termo de ajustamento de conduta, mediação e conciliação: Uma breve reflexão a respeito do negócio jurídico que previne ou resolve conflito que envolve direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. In: *Revista de Processo*, v. 304. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro. In: *Revista de Processo*, v. 225. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- \_\_\_\_\_.; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2019.
- \_\_\_\_\_.; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de Processo Estrutural*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.
- \_\_\_\_\_.; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual: Oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Rio de Janeiro: História Real, 2020.
- BESSA, Leonardo Roscoe. *Nova Lei do Cadastro Positivo: Comentários à Lei 12.414, com as alterações da Lei Complementar 166/2019 e de acordo com a LGPD*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação e regulação*. Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Acordos nos Processos Estruturais. In: REICHEL, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix (org.). *Coletivização e unidade do direito*. Londrina: Thoth, 2019.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. In: ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de; ARRUDA ALVIM, Eduardo; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica Bonetti (org.). *Execução civil e temas afins do CPC/1973 ao novo CPC - Estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- CARPENA, Heloisa; ORTENBLAD, Renata. Ganha mas não leva. Por que o vencido nas ações civis públicas não paga honorários sucumbenciais ao Ministério Público?. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 280, jun. 2018.
- CHAYES, Abram. Foreword: Public Law Litigation and the Burger Court. In: *Harvard Law Review*, v. 96. Cambridge: Harvard University Press, 1982.
- CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. A sanção premial no direito econômico. In: *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena - Faculdade de Direito da UFMG*, n. 1, 2004.
- DANTAS, Gisane Tourinho. Função promocional do direito e sanção premial na perspectiva metodológica de Durkheim. In: *Revista de Direito UNIFACS - Debate Virtual*, n. 149, nov. 2012.
- DICK, Rebecca P. Prison Reform in the Federal Courts. In: *Buffalo Law Review*, v. 27. Buffalo: University at Buffalo School of Law, 1977.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: *Civil Procedure Review*, v. 8, 2017.
- \_\_\_\_\_.; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 279, maio 2018.
- EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation. In: *Harvard Law Review*, v. 93. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- ESPOSITO, Carlos. *Lineamenti di una dottrina del diritto*. Fabriano: T.E.S.A., 1930.
- FERREIRA, Daniel Brantes. Wesley Newcomb Hohfeld e os conceitos fundamentais do direito. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC/RJ, n. 31, jul.-dez. 2007.
- FISS, Owen M. *The Civil Rights Injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978.
- \_\_\_\_\_. The Forms of Justice. In: *Harvard Law Review*, n. 93. New Haven: Harvard University Press, 1979.
- \_\_\_\_\_. *The Law as it could be*. New York: New York University Press, 2003.
- GILLES, Myriam. An Autopsy of the Structural Reform Injunction: Oops...It's Still Moving!. In: *University of Miami Law Review*, v. 58. Miami: University of Miami, 2003.
- GUERRA, Gustavo Rabay; ALMEIDA NETO, Luiz Mesquita de; MARCOS, Henrique Jerônimo Bezerra. O Processo Civil pragmático e o constitucionalismo dialógico: Pressupostos para uma discussão sobre ativismo judicial. In: *Revista Estudos Institucionais*, v. 3, n. 1, 2017.
- HOMEM DE MELLO, Luiz Ignácio. A importância do cadastro positivo. In: MIGALHAS (site). Disponível em: <https://m.migalhas.com.br/depeso/300770/a-importancia-do-cadastro-positivo>. Acesso em: 10 ago. 2023.
- JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- KLARMAN, Michael J. *Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement*. New York: Oxford University Press, 2007.
- LEITE, Roberta. Aulas suspensas, alunos em casa. Tenho que pagar a escola?. In: JOTA (site). Disponível em: <https://>

- www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/aulas-suspensas-alunos-em-casa-tenho-que-pagar-a-escola-31032020. Acesso em: 10 ago. 2023.
- LIGERO, Gilberto Notário. *Sanções processuais por improbidade na execução civil*. Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito. PUC-SP, São Paulo, 2014.
- MARÇAL, Felipe Barreto. Processos estruturantes (multipolares, policêntricos ou multifocais): Gerenciamento processual e modificação da estrutura judiciária. In: *Revista de Processo*, v. 248. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.
- MAZZOLA, Marcelo. *Sanções premiais no Processo Civil*: Previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (*standards*) para sua fixação judicial. São Paulo: JusPodivm, 2022.
- MELLO, Rogerio Licastro Torres. Projeto de novo CPC e a ação probatória não cautelar. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 233, jul. 2014.
- MELO FILHO, Álvaro. *Introdução ao Direito Premial*. Tese submetida como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Rio de Janeiro, 1975, p. 172-174.
- OSNA, Gustavo. Contratualizando o processo: Três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). In: *Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ*, Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, n. 2, p. 163-185, mai.-ago. 2020a.
- \_\_\_\_\_. Acertando problemas complexos: O “praticalismo” e os “processos estruturais”. In: *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 251-278, maio-ago. 2020b.
- PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: As influências da autonomia privada no paradigma publicista do Direito Processual Civil. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, v. 16, jul.-dez. 2015.
- POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.
- PSCHEIDT, Kristian Rodrigo. *Sistema Tributário Nacional, justiça fiscal e a economia comportamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- RENDELMAN, Doug. Brown II’s “All Deliberate Speed” at Fifty: A Golden Anniversary or A Mid-Life Crisis for the Constitutional Injunction as a School Desegregation Remedy?. In: *San Diego Law Review*, v. 41. San Diego: University of San Diego, 2004.
- RETES, Tiago A. Leite. Recursos e convenções processuais: Entre efetividade e garantias processuais. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral); CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Coleção Grandes Temas do CPC. Salvador: JusPodivm, 2020.
- RUSSO, Eduardo. *Temas para uma Filosofia Jurídica*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1974.
- SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista. Teoria Geral da Execução e o CPC de 2015. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). *Coleção novo CPC - Doutrina selecionada - Execução*. V. 5. Salvador: JusPodivm, 2015.
- SCHAUER, Frederick. *The Force of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.
- SILVA, Antônio Álvares da. *Sanção e Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: RTM, 2014.
- TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: Aspectos teóricos e práticos. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 254, abr. 2016.
- United States. Congress. Senate. Select Committee on Equal Educational Opportunity. *Selected Court Decisions: Relating to Equal Educational Opportunity*. Washington: U. S. Government Printing Office, 1972.
- VILELA, Daniela Rodrigues Machado. *O direito premial trabalhista como perspectiva para o futuro do trabalho*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho, 2016.
- VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. 2. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2019.
- VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 284, out. 2018.
- WEBB, Thomas et al. *The New Zealand Legal System*. 5. ed. Wellington: Lexis Nexis, 2010.
- YARSHHELL, Flávio Luiz. Ampliação da responsabilidade patrimonial: Caminho para solução da falta de efetividade da execução civil brasileira?. In: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica Bonetti (org.). *Execução civil e temas afins do CPC/1973 ao novo CPC - Estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ZANETI JR., Hermes. Ativismo da lei e da constituição na tutela coletiva brasileira: Processos estruturais, processos complexos e litígios de difusão irradiada. In: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici (org.). *Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Fi, 2019.

# O processo estrutural e o direito à educação em línguas minoritárias: Análise comparada do caso *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)* no Canadá e o hunsriqueano no Brasil

MARCO FÉLIX JOBIM<sup>1</sup> | HANNAH PEREIRA ALFF<sup>2</sup>

Sumário: Introdução. 1. Os processos estruturais: Demandas estruturantes e sua objetivação. 2. Breves apontamentos do caso *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*: Direito à educação em línguas minoritárias. 2.1. Os fundamentos da Corte no caso *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*. 2.2. A possível característica estrutural do caso *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*: Os reflexos da decisão. 3. Análise comparada da educação em línguas minoritárias no Canadá e no Brasil: Entre a língua francesa e o hunsriqueano. 4. Considerações finais.

## INTRODUÇÃO

Compreender a temática dos processos estruturais tem cada vez tomado mais espaço na academia. O número de obras e artigos que são publicados provam essa afirmação, e quanto mais apontamentos curiosos sobre a adequação desta via processual surgem, mais debates se fomentam sobre diferentes objetos que podem ser enxergados pela via estrutural.

Neste artigo, pretende-se, num primeiro momento, justificar a relevância do estudo dos processos estruturais, de modo que se visualize o que se pode definir como sua objetivação.

Num segundo momento, aborda-se o caso *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, da Suprema Corte canadense, que versa sobre o direito à educação em línguas minoritárias. Para isso, se observam as peculiaridades do caso e se destaca o modo pelo qual o tema alcançou a esfera da Suprema Corte, tendo como objetivo analisar os fundamentos do caso e verificar sua eventual natureza estrutural<sup>3</sup>.

- 1 Doutor em Direito Processual Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), com estágio Pós-Doutoral na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Adjunto da Escola de Direito da PUC-RS, na Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado. Coordenador Adjunto da Escola de Direito da PUC-RS. Advogado. E-mail: marco.jobim@puhrs.br.
- 2 Doutoranda e Mestre em Direito, na Área de Concentração em Teoria Geral da Jurisdição e do Processo, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), ambos com bolsa integral da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES/PROEX). Bacharela em Direito pela Escola de Direito da PUC-RS, com período “sanduíche” na Eberhard Karls Universität Tübingen (Alemanha). Membro da Associação Brasileira de Empresas de Pesquisa (ABEP). Advogada inscrita na OAB/RS. E-mail: hannah.alff@gmail.com.
- 3 Natureza estrutural tem sido uma adequada expressão para designar a existência de litígio ou problema estrutural, sendo encontrada em decisões dos Tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal, na ADO 60, que trata da

Finalizando, o presente estudo faz nova análise comparada entre o direito de acesso à educação em línguas minoritárias no Canadá e no Brasil. Ao se considerar que o caso abordado como paradigma exige a existência de programas de ensino secundário para crianças que têm como língua originária o francês ou o acadiano, na região da Nova Escócia, se faz um panorama com o atual cenário de ensino de hunsriqueano em regiões do Estado do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Espírito Santo, em solo brasileiro, também caracterizada como língua minoritária em região onde o idioma predominante é o português.

## 1. OS PROCESSOS ESTRUTURAIS: DEMANDAS ESTRUTURANTES E SUA OBJETIVAÇÃO

Conceituar processos estruturais é um exercício tanto desafiador quanto intrigante. Ao mesmo tempo em que essa via processual quebra barreiras de linearidade e bilateralidade do processo tradicional<sup>4</sup>, também diferentes estudiosos buscam, em diversos países, compreender suas limitações e escopos<sup>5</sup>.

Pela complexidade<sup>6</sup> que o processo estrutural carrega e os necessários cuidados que se deve ter ao enfrentar a temática<sup>7</sup>, é preciso destacar que o presente estudo optou por um recorte bem específico, tendo o intuito de compreender, para além de uma brevíssima conceituação, somente a objetivação do processo estrutural.

Em outros termos, neste primeiro item, busca-se elucidar qual o objetivo de se utilizar o processo estrutural, na pretensão de se alcançar o melhor atendimento de determinados direitos, a depender da lógica de cada caso concreto que se desenrola pela via estrutural.

Ao se vislumbrar a atuação judiciária brasileira, nos últimos anos, se denota uma mudança na atividade jurisdicional que vem sendo estudada, de certa forma, pela via da ciência comportamental<sup>8</sup>.

A atividade jurisdicional, em uma sociedade que muda o tempo todo, e não mais se satisfaz como sendo apenas a lei fonte primária de direitos<sup>9</sup> – que muitas vezes nem acompanha as mudanças

---

litigação climática no Fundo Clima. Está consignado, na decisão do Ministro Luís Roberto Barroso: “O quadro descrito na petição inicial, se confirmado, revela a existência de um estado de coisas inconstitucional em matéria ambiental, a exigir providências de natureza estrutural. Vale reiterar: a proteção ambiental não constitui uma opção política, mas um dever constitucional”. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 60. Relator: Min. Luís Roberto Barroso.

- 4 Cf. CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. O processo estrutural enquanto forma de objetivação e o ativismo judicial. In: *Revista de Processo*, v. 297, p. 271-290, nov. 2019. Versão em PDF, p. 1-14. Disponível em: <https://revistadotribunais.com.br/>. Acesso em: 17 jul. 2022, p. 2.
- 5 Exemplo disso é o fato de, apenas limitando-se ao Sul Global, já foi possível desenvolver uma coletânea com artigos especializados que tratam do enfrentamento do tema em diferentes países, à qual se tem acesso em: CASIMIRO, Matheus; CUNHA, Eduarda (org.) *Processos estruturais no Sul Global*. Londrina: Thoth, 2022.
- 6 Cf. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. “Problemas complexos” e “processo estrutural”: Significado conceitual e possibilidades de efetivação. In: CASIMIRO, Matheus; CUNHA, Eduarda (org.) *Processos estruturais no Sul Global*. Londrina: Thoth, 2022, p. 280.
- 7 Cf. MARÇAL, Felipe Barreto. Processos estruturais (multipolares, policêntricos ou multifocais): Gerenciamento processual e modificação da estrutura judiciária. In: *Revista de Processo*, v. 289, p. 423-448, mar. 2019. Versão em PDF, p. 1-14. Disponível em: <https://revistadotribunais.com.br/>. Acesso em: 2 set. 2022, p. 2.
- 8 Exemplo disso são estudos como: ABREU, Rafael Sirangelo de. *Incentivos processuais: Economia comportamental e nudges no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020; AGUIAR, Julio Cesar de. Análise comportamental do Direito: Uma abordagem do Direito como ciência do comportamento humano aplicada. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, p. 245-273, v. 34.2, jul.-dez. 2014; AGUIAR, Julio Cesar de; CHINELATO, João Marcelo Torres. Interpretação do Direito e comportamento humano. In: *Revista de Informação Legislativa*, p. 111-125. Ano 51, n. 203, jul.-set. 2014.
- 9 Cf. JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA, Zulmar Duarte de. *Súmula, jurisprudência e precedente: Da distinção à superação*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

culturais e sociais<sup>10</sup> –, passou a ser identificada com uma característica inerente de criatividade<sup>11</sup>. Assim sendo, pode-se considerar que a atuação judiciária é uma atividade criativa de magistrados e magistradas, que, para além de texto de lei, precisam verificar vias processuais e procedimentais mais adequadas à solução de litígios latentes, assim como é preciso se estar atento para a verificação de um todo<sup>12</sup> – não só do caso em tela, mas dos reflexos possíveis daquela decisão.

No caso de demandas estruturantes, os reflexos vão além de consequências jurídicas, e buscam solucionar o problema apresentado, na forma de prevenção, fazendo com que ele não venha mais a acontecer<sup>13</sup>.

Essa prevenção de reincidência é identificada na doutrina, como o próprio nome já indica, na reforma, portanto, estrutural<sup>14</sup> de determinada organização ou instituição que não esteja agindo de acordo com os anseios daquela sociedade<sup>15</sup>, de modo que, pela via do processo estrutural, tenta concretizar direitos fundamentais, realizar políticas públicas ou ainda implementar a resolução de litígios complexos que versam sobre múltiplos e variados interesses sociais.

Em outros termos, é possível dizer que, ao se identificar um estado de desconformidade<sup>16</sup>, é preciso que se tenha uma via processual cabível, para que esse estado seja reestruturado, para que volte a beneficiar, ou pelo menos não mais prejudicar<sup>17</sup>, a sociedade que está sendo afetada por ele. Com uma outra visão, pode-se dizer que a via estrutural se propõe como mecanismo hábil a superar possível estado de coisas inconstitucional<sup>18</sup>, em que a reestruturação é essencial<sup>19</sup>, ao passo que se

- 
- 10 Cf. CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual: Disputing system in cross-cultural context*. New York: New York Press, 2005, p. 125-126.
  - 11 Cf. MUNHOZ, Manoela Virmond. O reconhecimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, dos processos estruturais como necessários à solução de litígios complexos: Uma análise do Recurso Especial 1.733.412/SP. In: *Revista de Processo*, v. 308, p. 231-245, out. 2020. Versão em PDF, p. 1-9. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/>. Acesso em: 2 set. 2022, p. 1-2.
  - 12 Cf. OSNA, Gustavo; MAZZOLA, Marcelo. As 'sanções premiais' e a sua aplicabilidade ao processo estrutural. In: *Revista de Processo*, v. 325, p. 311-336, mar. 2022. Versão em PDF, p. 1-16. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/>. Acesso em: 2 set. 2022, p. 5.
  - 13 Cf. VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: Teoria e prática*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021; VITORELLI, Edilson. Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos conceituais. In: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 7, p. 147-177, jan.-jun. 2018. Versão em PDF, p. 1-17. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/>. Acesso em: 2 set. 2022.
  - 14 Cf. JOBIM, Marco Félix. *Demandas estruturantes: Da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2022, p. 214-216.
  - 15 Cf. GAIO JR., Antônio Pereira. Processos Estruturais. Objeto, normatividade e sua aptidão para o desenvolvimento. In: *Revista de Processo*, v. 322, p. 313-342, dez. 2021. Versão em PDF, p. 1-18. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/>. Acesso em: 2 set. 2022.
  - 16 Cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural aplicada ao Processo Civil brasileiro. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 75, p. 101-136, jan.-mar. 2020, p. 103 e 109.
  - 17 Cf. RAWLS, John. *A theory of Justice*. Revised Edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 23.
  - 18 Cf. OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: O "praticalismo" e os "processos estruturais". In: *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 251-278, maio-ago. 2020, p. 256. Para aprofundamento sobre o estado de coisas inconstitucional, recomenda-se: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional, sentenças estruturais e a relevância do monitoramento: o caso colombiano. In: CASIMIRO, Matheus; CUNHA, Eduarda (org.). *Processos estruturais no Sul Global*. Londrina: Thoth, 2022, p. 427-448.; VAN DER BROOCCKE, Bianca M. Schneider. *Litígios estruturais, Estado de coisas inconstitucional e a gestão democrática do processo: Um papel transformador para o controle judicial de políticas públicas*. Londrina: Thoth, 2021.
  - 19 Cf. OSNA, Gustavo, op. cit., maio-ago. 2020, p. 255.

está diante de situação de quebra e inobservância de valores assegurados constitucionalmente<sup>20</sup>.

Desta forma, denota-se que os processos estruturais não inferem a resolução linear de litígios<sup>21</sup>, tendo objetivos e impactos muito mais amplos que *interpartes*<sup>22</sup>. Prezando pela legitimidade democrática e a garantia dos direitos fundamentais, o Judiciário assume esse papel de atuar em casos, e na solução de conflitos, de maneira ativa e afirmativamente<sup>23</sup>.

Há de se conceber, assim, que o processo estrutural não tem um conceito fechado em que se podem preencher caixinhas e afirmar que o processo é estrutural<sup>24</sup>, em que pese a identificação, em seu início, seja salutar ao seu desenvolvimento, o que é espelhado pela recomendação primeira sobre o tema estrutural pelo FPPC. A busca desenfreada por conceituação não pode ser limitante, ou seja, não pode inibir a atividade criativa supramencionada da atuação judiciária, assim como o conceito também não pode ser limitado, quer dizer, não se trata de verificação de situações taxativas que devem estar presentes nos casos<sup>25</sup>.

A partir de todo o conteúdo até aqui anunciado, o próximo item se dedica a fazer essa análise na prática: compreender o objetivo de uma potencial solução do problema social pela via do processo estrutural.

Para isso, selecionou-se um caso da Suprema Corte canadense, que trata sobre o direito fundamental à educação em línguas minoritárias<sup>26</sup>.

## 2. BREVES APONTAMENTOS DO CASO DOUCET-BOUDREAU V. NOVA SCOTIA

20 Cf. JOBIM, Marco Félix, op. cit., 2022, p. 93-97.

21 Cf. PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa; GÔES, Gisele Santos Fernandes. Processos estruturantes no Direito brasileiro: Breves reflexões acerca deste (não tão) novo paradigma processual. In: VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo; ZANETTI JR., Hermes; REICHEL, Luis Alberto; JOBIM, Marco Félix; DOTI, Rogéria. *Coletivização e unidade do Direito: Estudos em homenagem ao professor Sérgio Cruz Arenhart*. V. III. Londrina: Thoth, 2022, p. 181-205.

22 Cf. OSNA, Gustavo, op. cit., maio-ago. 2020, p. 251-278.

23 Cf. MUNHOZ, Manoela Virmond, op. cit., p. 1-2.

24 Cf. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo, op. cit., 2022, p. 280.

25 Neste sentido, conforme Gustavo Osna: “Em nossa visão, porém, é preciso que se estabeleça uma importante baliza: por mais que se possam traçar diferentes noções ligadas a cada um desses conceitos, eles não devem limitar o uso da criatividade jurisdicional que dá a tônica dessa matéria; em outros termos, não pode o conceitualismo inibir o pragmatismo moderado, que é basilar a esse campo. Para elucidar esse aspecto, procuramos demonstrar que, por ‘estruturais’, nossa doutrina tem procurado designar circunstâncias nas quais o julgador atua criativamente para chegar a composições que diferem do tudo ou do nada; do provimento ou do desprovimento. Com especial importância, mencionou-se que, nesse tipo de hipótese, verifica-se como um traço marcante a segmentação entre o reconhecimento de um direito e a efetivação de sua proteção: mesmo chancelando o primeiro vetor, o Judiciário pode abdicar da tentativa de impor autônoma e verticalmente um comando singelo para sua tutela” (OSNA, Gustavo, op. cit., maio-ago. 2020, p. 274-275).

26 Cf. Bernardo Kolling Limberger: “A definição quantitativa de língua minoritária mais direta seria: uma língua falada por menos de 50% da população de uma região, um estado ou país (GRENOBLE; ROTH SINGERMAN, 2016). Os autores apresentam a definição da Carta Europeia das línguas regionais ou minoritárias (CONSELHO DA EUROPA, 2000), segundo a qual essas línguas seriam faladas por um número menor que a quantidade de habitantes de um determinado Estado, e nem sempre teriam *status* de língua oficial do país. Altenhofen (2013, p. 94) define língua minoritária como contraponto do que é majoritário, ‘geral’ e ‘comum’, e à margem de uma língua majoritária. Contudo, os autores citados ressaltam que a definição é problemática, porque o *status* é dinâmico e variável” (LIMBERGER, Bernardo Kolling. *Processamento da leitura multilíngue e suas bases neurais*: Um estudo sobre o hunsrriqueano. 2018. 270 f. Tese (Doutoramento em Linguística) – Programa de Pós-Graduação em Letras da Escola de Humanidades da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), Porto Alegre, 2018, p. 38).

## (MINISTER OF EDUCATION): DIREITO À EDUCAÇÃO EM LÍNGUAS MINORITÁRIAS

O caso *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*<sup>27</sup> teve início a partir da insatisfação de pais de crianças em idade escolar, na província da Nova Escócia, no Canadá, ao se depararem com a impossibilidade de seus filhos terem acesso à educação em suas escolas, na língua minoritária, qual seja, a francesa, no território em questão.

A Nova Escócia corresponde ao setor geográfico das províncias marítimas do leste canadense, sendo costeadas pelo Oceano Atlântico. Historicamente, a região sofreu com a inércia governamental, ao se absterem de providenciar meios para que crianças fossem educadas em ensino secundário – em adição aos programas já existentes para o ensino primário – no idioma minoritário – incentivo este que está previsto na Carta de Direitos canadense, desde 1982, adicionado pela seção 23, a qual prevê em seu conteúdo<sup>28</sup>:

### Minority Language Educational Rights

#### Language of instruction

##### 23 (1) Citizens of Canada

(a) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or

(b) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province, have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province.

#### Continuity of language instruction

(2) Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.

#### Application where numbers warrant

(3) The right of citizens of Canada under subsections (1) and (2) to have their children receive primary and secondary school instruction in the language of the English or French linguistic minority population of a province

(a) applies wherever in the province the number of children of citizens who have such a right is sufficient to warrant the provision to them out of public funds of minority language instruction; and

(b) includes, where the number of those children so warrants, the right to have them receive that instruction in minority language educational facilities provided out of public funds.<sup>29</sup>

27 Cf. CANADA. Supreme Court Judgments. *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)* 2003 SCC 62. Ottawa, 6 nov. 2003. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2096/index.do>. Acesso em: 2 set. 2022.

28 Cf. CANADA. A Consolidation of THE CONSTITUTION ACTS 1867 to 1982 (Codification administrative des LOIS CONSTITUTIONNELLES DE 1867 à 1982). Disponível em: [https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/CONST\\_RPT.pdf](https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/CONST_RPT.pdf). Acesso em: 2 set. 2022.

29 Tradução livre: Direitos Educacionais de Línguas Minoritárias – Idioma de ensino.

23 (1) Cidadãos do Canadá

(a) cuja primeira língua aprendida e ainda compreendida seja a da população minoritária linguística inglesa ou francesa da província em que residem, ou

(b) que tenham recebido instrução escolar primária no Canadá em inglês ou francês e residam em uma província onde a

A seção 23 positiva, como se observa, o direito à liberdade de educação a francófonos<sup>30</sup> em seu próprio idioma, e a Nova Escócia é uma região abarcada por essa previsão constitucional. Por meio deste fundamento, inúmeras famílias ajuizaram um pedido de que novos prédios e programas fossem então desenvolvidos na região, para que seus filhos e filhas pudessem ser educados em suas línguas originárias. A decisão do governo provincial foi de que essas providências deveriam ser tomadas para ofertar este tipo diferenciado de ensino.

Tendo em vista, mais uma vez, a inércia do cumprimento desta decisão, em 1998 a comunidade linguística foi às portas do Poder Judiciário canadense, chegando à Suprema Corte, na busca de reiterar o pedido de que o governo concedesse aquilo que se previa constitucionalmente, e na esperança de que a Corte pudesse fazer cumprir, de fato, a obrigação já previamente confirmada.

Apesar das expectativas dos pais, de que o caso não precisasse chegar a ser ouvido em Ottawa, a omissão estatal ocasionou a necessidade de se demandar pronunciamento da Corte. Não se sabia, no entanto, que seria a decisão que possivelmente mais teve discordância entre os nove membros do Tribunal, ocasionando uma decisão de cinco votos a quatro<sup>31</sup> e longos debates sobre a atuação do Poder Judiciário, em casos como o de *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*.

## 2.1. Os fundamentos da Corte no caso *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*

O caso foi ouvido na Corte em 1999, sob a presidência do juiz LeBlanc. A decisão foi no sentido de que, não só a Seção 23 deveria se fazer cumprir, mas o atraso na sua efetivação constituía verdadeira violação constitucional<sup>32</sup>. Os falantes de língua francesa estavam sendo cada vez mais

---

língua em que receberam essa instrução seja a língua da população minoritária linguística inglesa ou francesa da província, têm o direito de que seus filhos recebam instrução escolar primária e secundária nessa língua, naquela província. Continuidade do ensino da língua

(2) Cidadãos do Canadá, de quem qualquer criança recebeu ou está recebendo instrução primária ou secundária em inglês ou francês no Canadá, têm o direito de que todos os seus filhos recebam instrução primária e secundária no mesmo idioma.

Aplicação onde os números garantem

(3) O direito dos cidadãos do Canadá sob as subseções (1) e (2) de fazer com que seus filhos recebam instrução primária e secundária no idioma da população minoritária linguística inglesa ou francesa de uma província

(a) Aplica-se sempre que, na província, o número de filhos de cidadãos que tenham esse direito seja suficiente para lhes garantir a prestação de fundos públicos de ensino de línguas minoritárias; e

(b) inclui, quando o número dessas crianças assim o justificar, o direito de que elas recebam esse ensino em estabelecimentos de ensino de línguas minoritárias fornecidos com fundos públicos.

30 Que fala francês ou que tem como língua oficial ou dominante o idioma.

31 Cf. ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey E. *Doucet-Boudreau*, Dialogue and Judicial Activism: Tempest in a Teapot? (2009). CIAJ 2009 Annual Conference, Taking Remedies Seriously - Les recours et les mesures de redressement: une affaire sérieuse - Canadian Institute for the Administration of Justice - Institut Canadien d'administration de la Justice, p. 323-365, 2009, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2006493>. Acesso em: 29 set. 2022, p. 325.

32 Cf. a Suprema Corte canadense: "Section 23 of the *Charter* is designed to correct past injustices not only by halting the progressive erosion of minority official language cultures across Canada, but also by actively promoting their flourishing. While the rights are granted to individuals, they apply only if the 'numbers warrant'. For every school year that governments do not meet their obligations under s. 23, there is an increased likelihood of assimilation which carries the risk that numbers might cease to 'warrant'. If delay is tolerated, governments could potentially avoid the duties imposed upon them by s. 23. The affirmative promise contained in s. 23 and the critical need for timely compliance will sometimes require courts to order affirmative remedies to guarantee that language rights are meaningfully, and therefore necessarily promptly, protected. Under s. 24(1) of the *Charter*, a superior court may craft any remedy that it considers appropriate and just in the circumstances. In doing so, it must exercise a discretion based on its careful perception of the nature of the right and of the infringement, the facts of the case, and the application of the relevant legal principles. The court must also be sensitive to its role as judicial arbiter and not fashion remedies which usurp

consumidos pela comunidade de língua inglesa na região da Nova Escócia, motivo pelo qual a falta de acesso à educação em língua minoritária não influenciava apenas a comunicação da comunidade, mas também o seu próprio desenvolvimento cultural<sup>33</sup>, causando dificuldade na sua manutenção, ao longo dos anos em que novas gerações eram desconectadas de sua origem linguística<sup>34</sup>.

A fundamentação da Corte, inclusive, demonstra que a questão cultural proporcionada por vias linguísticas é tão importante e cara à Corte, que a decisão aqui anunciada como paradigma, cita outros momentos em que a Corte se pronunciou sobre o tema, dentre os quais vale destaque o entendimento firmado no caso *Mahe*, em que o juiz Dickson C. se pronunciou nesse sentido:

[...] any broad guarantee of language rights, especially in the context of education, cannot be separated from a concern for the culture associated with the language. Language is more than a mere means of communication, it is part and parcel of the identity and culture of the people speaking it. It is the means by which individuals understand themselves and the world around them<sup>35</sup>.

the role of the other branches of governance. The boundaries of the courts' proper role will vary according to the right at issue and the context of each case". Tradução livre: A Seção 23 da Carta foi projetada para corrigir injustiças passadas, não apenas interrompendo a erosão progressiva das culturas de línguas oficiais minoritárias em todo o Canadá, mas também promovendo ativamente seu florescimento. Embora os direitos sejam concedidos a indivíduos, eles se aplicam apenas se os "números garantirem". Para cada ano letivo que os governos não cumprem suas obrigações sob s. 23, há uma maior probabilidade de assimilação, que traz o risco de que os números deixem de "garantir". Se o atraso for tolerado, os governos podem evitar as obrigações impostas a eles por s. 23. A promessa afirmativa, contida no art. 23, e a necessidade crítica de cumprimento oportuno, às vezes exigirão que os tribunais ordenem recursos afirmativos, para garantir que os direitos linguísticos sejam protegidos de forma significativa e, portanto, necessariamente imediata. Sob S. 24 (1) da Carta, um tribunal superior pode elaborar qualquer remédio que considere apropriado e justo nas circunstâncias. Ao fazê-lo, deve exercer um arbítrio baseado em sua percepção cuidadosa da natureza do direito e da violação, os fatos do caso e a aplicação dos princípios jurídicos relevantes. O tribunal também deve ser sensível ao seu papel de árbitro judicial, e não criar remédios que usurpem o papel dos outros ramos da governança. Os limites do papel adequado dos tribunais variam de acordo com o direito em questão e o contexto de cada caso (CANADA. Supreme Court Judgments. *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S. C. R. 342. Ottawa, 15 mar. 1990. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/580/index.do>. Acesso em: 2 set. 2022).

- 33 Cf. a Suprema Corte canadense: "The purpose of s. 23 of the *Charter* is 'to preserve and promote the two official languages of Canada, and their respective cultures, by ensuring that each language flourishes, as far as possible, in provinces where it is not spoken by the majority of the population' (*Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, at p. 362). Minority language education rights are the means by which the goals of linguistic and cultural preservation are achieved (see *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839, at p. 849-50 ("*Schools Reference*"). This Court has, on a number of occasions, observed the close link between language and culture." Tradução livre: O objetivo de S. 23 da Carta é "preservar e promover as duas línguas oficiais do Canadá e suas respectivas culturas, garantindo que cada língua floresça, na medida do possível, nas províncias onde não é falada pela maioria da população" (*Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, na página 362). Os direitos de educação de línguas minoritárias são os meios pelos quais os objetivos de preservação linguística e cultural são alcançados (ver Referência *re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) e (7), [1993] 1 S. C. R. 839, nas páginas 849-50 ("Referência de Escolas"). Este Tribunal observou, em várias ocasiões, a estreita ligação entre língua e cultura (CANADA. Supreme Court Judgments. *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)* 2003 SCC 62. Ottawa, 6 nov. 2003. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2096/index.do>. Acesso em: 2 set. 2022).
- 34 Cf. Fernanda Von Mühlen e Dorotea Kersch: "A escrita também tem o fim de difundir a cultura de seus falantes, podendo propiciar um resgate étnico dos falantes, valorizando, assim, sua identidade como falante de uma língua que tem história" (VON MÜHLEN, Fernanda; KERSCH, Dorotea Frank. Usos sociais da escrita do hunsriqueano no Sul do Brasil. In: *Revista Humanidades e Inovação*, v. 8, n. 36, p. 326-338, mar. 2021, p. 330).
- 35 Tradução livre: "[...] qualquer garantia ampla de direitos linguísticos, especialmente no âmbito da educação, não pode ser dissociada de uma preocupação com a cultura associada à língua. A língua é mais do que um mero meio de comunicação, é parte integrante da identidade e da cultura das pessoas que a falam. É o meio pelo qual os indivíduos compreendem a si mesmos e ao mundo ao seu redor" (CANADA. Supreme Court Judgments. *Mahe v. Alberta*, [1990]

O juiz LeBlanc, com fulcro na Seção 24(1)<sup>36</sup> da Constituição, manteve a obrigação da Seção 23, e a partir disso definiu prazos para que as construções dos prédios e dos novos programas fossem tomando forma, solicitando que o governo se reportasse a ele, conforme o plano e as reformas solicitadas fossem evoluindo. O juiz LeBlanc considerou que esses relatórios eram essenciais para garantir que o governo provincial e o conselho de língua francesa fosse cumprir com a ordem do conteúdo decisório<sup>37</sup>.

Apesar de não se questionar mais o direito da Nova Escócia ao acesso ao direito previsto na Seção 23, o Tribunal de Apelação da Nova Escócia negou a possibilidade da exigência destes relatórios solicitados pelo juiz LeBlanc, tendo em vista o princípio que deriva do *functus officio*, o qual concede ao juiz o direito de decidir, mas que, temporalmente da decisão para frente, o juiz perde sua autoridade.

O argumento do Tribunal de Apelação foi no sentido de que exigir que o governo provincial se reportasse ao juiz, na medida em que se fosse implementando sua decisão, romperia com a fluida autonomia dos órgãos e perturbaria a relação entre o Judiciário canadense e o Poder Executivo, pois a obrigatoriedade de relatórios afastaria o princípio do diálogo e respeito mútuo entre os Poderes<sup>38</sup>.

No entanto, há defesas de que, na verdade, estes relatórios causariam o efeito contrário do argumento utilizado pela Corte de Apelação. Em contraposição a uma possível decisão somente impondo determinada ordem, a flexibilidade sugerida pelo juiz LeBlanc fomentaria ainda mais o diálogo entre o Judiciário e o Executivo, e garantiria um processo democrático, ao se oportunizar que ambos os Poderes acordassem as necessárias medidas a serem tomadas pelo Executivo, no decorrer da implementação da decisão judicial<sup>39</sup>. Tal fato é evidenciado nos julgamentos da

---

1 S.C.R. 342. Ottawa, 15 mar. 1990. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/580/index.do>. Acesso em: 2 set. 2022).

36 “Enforcement of guaranteed rights and freedoms

24 (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances”. Tradução livre: Cumprimento dos direitos e liberdades garantidos

24 (1) Qualquer pessoa cujos direitos ou liberdades, conforme garantidos por esta Carta, tenham sido infringidos ou negados, pode recorrer a um tribunal de jurisdição competente para obter o recurso que o tribunal considerar apropriado e justo nas circunstâncias. Cf. CANADA. *A Consolidation of THE CONSTITUTION ACTS 1867 to 1982* (Codification administrative des LOIS CONSTITUTIONNELLES DE 1867 à 1982). Disponível em: [https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/CONST\\_RPT.pdf](https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/CONST_RPT.pdf). Acesso em: 2 set. 2022.

37 Cf. ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey E., op. cit., p. 325.

38 Cf. a Suprema Corte canadense: “The Nova Scotia Court of Appeal held that the trial judge, having finally determined the parties’ rights and granted a remedy, was *functus officio* and lacked authority to extend his jurisdiction to enforce compliance with the remedy granted – The court’s continuous post-trial intervention into the area of the administrative branch of government was unnecessary and unwarranted.” Tradução livre: O Tribunal de Apelação da Nova Escócia considerou que o juiz de primeira instância, tendo finalmente determinado os direitos das partes e concedido um remédio, foi *functus officio* e não tinha autoridade para estender sua jurisdição para fazer cumprir o remédio concedido – A intervenção contínua pós-julgamento do tribunal na área do ramo administrativo do governo era desnecessária e injustificada (CANADA. Court of Appeal of Nova Scotia (Canada). *Doucet-Boudreau v. N.S.* (2001), 194 N.S.R.(2d) 323 (CA); 606 A.P.R. 323. Nova Scotia, 26 jun. 2001. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2096/index.do>. Acesso em: 2 set. 2022).

39 Cf. Paul Rouleau e Linsey Sherman: “In contrast to a detailed mandatory order enforceable through contempt proceedings, flexible orders like the one in *Doucet-Boudreau* ensure compliance with constitutional obligations while leaving detailed choices regarding implementation to the executive. Further, looking to the experiences in other common law jurisdictions, it may be argued that there is a relationship between the need for supervisory orders and the health of the democratic process and its institutions”. Tradução livre: Em contraste com uma ordem obrigatória detalhada imposta por procedimentos de desrespeito, ordens flexíveis como a de *Doucet-Boudreau* garantem o cumprimento das obrigações constitucionais, deixando escolhas detalhadas quanto à implementação para o executivo. Além disso,

Corte africana naquilo que se tornou mundialmente conhecido como *meaningful engagement* ou compromisso significativo<sup>40</sup>.

Foi esse o posicionamento majoritário adotado pela Suprema Corte. O voto da maioria deixou expresso que, na circunstância do caso Doucet-Boudreau, era apropriada para a implementação desta categoria de medida em que se detalha o plano de atuação do Executivo, para a melhor concretização do direito pleiteado.

Desta forma, o voto da maioria abarcou cinco premissas que os juízes devem ter como base, ao se avaliar a adequação e justiça de uma medida judicial para a sua devida fundamentação, de modo que legitime a previsão de implementação das decisões da Seção 24 da Constituição<sup>41</sup>.

Paul S. Rouleau e Linsey E. Sherman destacam-nas da seguinte forma:

1. An appropriate and just remedy meaningfully vindicates the rights and freedoms of the claimants. A remedy that is “smothered in procedural delays and difficulties” does not meaningfully vindicate the right
2. An appropriate and just remedy must use means that are legitimate within the framework of a constitutional democracy. The functions of each branch are not separated by a bright line in all cases, although the court must not “depart unduly or unnecessarily” from its role as an adjudicator of disputes
3. An appropriate and just remedy is a judicial remedy, which vindicates the *Charter* right while invoking the powers and function of a court. The powers and function of a court may be partially inferred from the tasks with which a court is normally charged and for which procedures and precedent have been developed
4. An appropriate and just remedy is also fair to the party against whom it is made and “should not impose substantial hardships that are unrelated to securing the right.”
5. The judicial approach to a remedy under s. 24(1) should be flexible and responsive to the needs of any given case, keeping in mind “that s. 24 is part of a constitutional scheme for the vindication of fundamental rights and freedoms enshrined in the *Charter*.”<sup>42</sup> (grifo nosso)

---

olhando para as experiências em outras jurisdições de direito comum, pode-se argumentar que há uma relação entre a necessidade de ordens de supervisão e a saúde do processo democrático e suas instituições (ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey E., op. cit., p. 326).

- 40 Sobre esses casos, recomenda-se: SERAFIM, Matheus *Casimiro Gomes. Compromisso significativo: Contribuições Sul-Africanas para os processos estruturais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- 41 Cf. CANADA. Supreme Court Judgments. Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education). 2003 SCC 62. Ottawa, 6 nov. 2003. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2096/index.do>. Acesso em: 2 set. 2022.
- 42 Tradução livre: 1. Um remédio adequado e justo reivindica de forma significativa os direitos e liberdades dos requerentes. Um remédio que é “sufocado em atrasos e dificuldades processuais” não reivindica significativamente o direito. 2. Um remédio adequado e justo deve usar meios que sejam legítimos, no âmbito de uma democracia constitucional. As funções de cada ramo não são separadas por uma linha clara em todos os casos, embora o tribunal não deva “se afastar indevida ou desnecessariamente” de seu papel de julgador de disputas. 3. Um remédio adequado e justo é um remédio judicial, que reivindica o direito da Carta ao invocar os poderes e funções de um tribunal. Os poderes e funções de um tribunal podem ser parcialmente deduzidos das tarefas que normalmente são atribuídas a um tribunal, e para as quais foram desenvolvidos procedimentos e precedentes. 4. Um remédio adequado e justo também é justo para a parte contra quem é feito, e “não deve impor dificuldades substanciais que não estejam relacionadas à garantia do direito”. 5. A abordagem judicial de um remédio sob s. 24 (1), deve ser flexível e responsivo às necessidades de cada caso, tendo em conta “que s. 24 faz parte de um esquema constitucional para a reivindicação dos direitos e liberdades fundamentais consagrados na Carta.” (ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey E., op. cit., p. 328-329).

Neste sentido, a exigência de relatórios reflete uma tentativa de garantir o próprio acesso à Justiça aos pais que esperaram já tantos anos, para que a implementação de um novo programa escolar aconteça. Em outros termos, a Suprema Corte defendeu que, na decisão do juiz LeBlanc, se descortinou uma abordagem pragmática, para que se obtivessem resultados mais rapidamente, não sendo uma afronta à separação de Poderes<sup>43</sup>, mas, sim, uma observância à própria democracia constitucional<sup>44</sup>.

A partir desta análise resumida dos argumentos da Corte, é preciso compreender o que se entende pela possível característica estrutural do caso Doucet-Boudreau, tendo em vista que a decisão não basta em seu conteúdo, mas é necessário que diversas medidas sejam estruturadas e desenvolvidas pelo governo provincial, em conjunto com o conselho de língua francesa da região de Nova Escócia, para que então o conteúdo decisório alcance a efetividade pretendida, há muitos anos, antes de o caso chegar à Suprema Corte.

## 2.2. A possível característica estrutural do caso Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education): Os reflexos da decisão

A partir da análise de conteúdo do caso Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)<sup>45</sup>, denota-se a importância e a seriedade com que a Corte do Canadá tratou os fundamentos de sua decisão – assim como já vinha decidindo, há muitos anos, no mesmo sentido, haja vista a reiterada omissão estatal em fazer cumprir a previsão constitucional do direito à educação em línguas minoritárias, ainda em 1982<sup>46</sup>.

É essencial a observação de que não é mero acesso à educação, mas, sim, uma garantia do direito de liberdade<sup>47</sup> à educação, portanto, em línguas minoritárias. Uma tentativa de fazer com que as novas gerações não percam o elo cultural entre gerações passadas, para que pudessem seguir compreendendo costumes, histórias e diferentes formas de ver o mundo.

O direito de liberdade vem, nesse sentido, como fundamento de que os pais, que moram em regiões francófonas do Canadá e foram educados na língua considerada minoritária em

43 Fomentando um sistema de debates e construção de solução entre os atores da vida pública. Sobre o tema, ver: ABBODD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021, p. 1.492. Escreve: “Por outro lado, a *Notwithstanding clause* tem sido pouquíssimo utilizada em sua força plena pelo Parlamento Canadense. Contudo, sua presença criou um sistema diferenciado de *judicial review* (*weak judicial review*), em que o Parlamento dialoga com maior frequência com o Judiciário, para definir o alcance e a inconstitucionalidade de determinadas leis. Ademais, o *legislative override* impõe debates sobre coalisões parlamentares e definições de políticas majoritárias pelo Tribunal Constitucional”.

44 Cf. Paul Rouleau e Linsey Sherman: “In their view, the trial judge had identified the optimal solution for vindicating the parents’ s. 23 rights, having particular regard to the “serious rates of assimilation and a history of delay in the provision of French-language education” in the five regions in question. Further, the majority noted that the trial judge’s reporting order reflected access to justice considerations, which may impact whether a remedy can be said to effectively vindicate the right at issue.”. Tradução livre: Na visão deles, o juiz de primeira instância identificou a solução ideal para justificar aos pais os direitos da Seção 23, tendo particularmente em conta as “graves taxas de assimilação e um histórico de atraso na oferta de educação em língua francesa” nas cinco regiões em questão. Além disso, a maioria observou que a solicitação de relatórios refletia considerações de acesso à Justiça, o que pode impactar se um remédio pode ser considerado efetivo para reivindicar o direito em questão (ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey E., op. cit., p. 329).

45 Destaques sobre a decisão já foram feitos no Brasil por DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional*. 2017. 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2017; JOBIM, Marco Félix, op. cit., 2022.

46 Cf. DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional*. In: *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, v. 9, n. 2, p. 155-176, 2017.

47 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

tais regiões, tenham a liberdade de escolha em também ter acesso à educação primária e secundária para seus filhos, no idioma que consideram ser o seu de origem.

Desta forma, a característica estrutural do caso estaria nessa reestruturação do sistema educacional em questão, frente ao estado inconstitucional provocado pela omissão estatal em fazer cumprir o direito fundamental de acesso à educação em línguas minoritárias, na região de Nova Escócia. Era direito da sociedade ter uma equivalência de estrutura do sistema de ensino francófono, em comparação ao sistema já existente, tendo como base a língua inglesa<sup>48</sup>.

O questionamento todo do caso não gira ao redor da proteção do direito ou não pelo legislativo, mas, sim, por essa omissão estatal que fez com que um caso que versa sobre essa temática, chegasse até a Corte mais uma vez.

Ao se considerar que, em 1996, o governo da Nova Escócia já havia criado um conselho escolar para começar a implementação deste novo programa de ensino e a construção de novos estabelecimentos escolares para este fim, e, em 1998, nada ainda havia sido feito, a tentativa do juiz LeBlanc, em 1999, foi a de que, mediante sua decisão, os Poderes pudessem cooperar entre si, para se fazer assegurar o direito previsto constitucionalmente.

Portanto, o caráter dado a ações estruturais no Canadá, identifica-se como aquele em que se tenta superar violação constitucional, por meio de medidas que, dotadas de complexidade, compõem um processo contínuo e cooperativo – fato que se aplica a casos que tratam da implementação de novos programas de ensino em línguas minoritárias<sup>49</sup>.

Em outros termos, a tentativa era a de que atores processuais e extraprocessuais, públicos e privados, incluindo o Judiciário e o Executivo, pudessem “[...] estabelecer os objetivos a serem atingidos, negociar as medidas a serem implementadas, monitorar os seus cumprimentos e reavaliar, em conjunto com os demais envolvidos, os resultados obtidos”<sup>50</sup>, e, a partir de cada avaliação de resultados, uma possível reavaliação, para fazer cumprir o objetivo comum. Qual seja, no caso que aqui se revela, a construção de um novo sistema de ensino que permita o aprendizado bilíngue.

48 Cf. DANTAS, Eduardo Sousa, op. cit., 2017. p. 30.

49 Cf. Paul Rouleau e Linsey Sherman: “Although in the broader context of language rights writ large, the Northwest Territories Court of Appeal recently considered a mandatory structural injunction ordered against the territory in *Fédération Franco-Ténoise v. Canada (Attorney General)*. In that case, the *Fédération Franco-Ténoise* commenced an action against the government of the Northwest Territories for failure to implement the minority language rights provided in the *Official Languages Act* (the “OLA”). They also claimed against the government of the Northwest Territories and the federal government for breaching the minority language rights provided in sections 16 to 20 of the *Charter*. The evidence indicated that the Northwest Territories had been largely unable to provide French language services to its residents, contrary to its constitutional and statutory obligations.”. Tradução livre: Embora no contexto mais amplo dos direitos linguísticos em larga escala, o Tribunal de Apelação dos Territórios do Noroeste recentemente considerou uma medida estrutural obrigatória ordenada contra o território em *Fédération Franco-Ténoise v. Canadá* (Procurador-Geral). Nesse caso, a *Fédération Franco-Ténoise* iniciou uma ação contra o governo dos Territórios do Noroeste por não implementar os direitos de línguas minoritárias previstos na Lei de Línguas Oficiais (o “OLA”). Eles também reclamaram contra o governo dos Territórios do Noroeste e o governo federal por violar os direitos de línguas minoritárias previstos nas seções 16 a 20 da Carta. As evidências indicavam que os Territórios do Noroeste foram em grande parte incapazes de fornecer serviços de língua francesa aos seus residentes, contrariamente às suas obrigações constitucionais e estatutárias (ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey E., op. cit., p. 346).

50 Cf. DANTAS, Eduardo Sousa, op. cit., 2017, p. 15.

### 3. ANÁLISE COMPARADA DA EDUCAÇÃO EM LÍNGUAS MINORITÁRIAS NO CANADÁ E NO BRASIL: ENTRE A LÍNGUA FRANCESA E O HUNSRIQUEANO

A fim de vislumbrar certa materialidade ao tema em território brasileiro, ao lado da discussão de ensino em línguas minoritárias no Canadá, pelo direito de acesso de ensino em língua francesa, o presente momento da pesquisa volta-se à análise do projeto criado no Brasil para a implementação de programas de ensino da língua minoritária<sup>51</sup>, chamada hunsriqueano, em territórios do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Espírito Santo.

O hunsriqueano é um idioma de origem germânica, derivado de um dialeto que carrega o mesmo nome. É uma língua também conhecida pelo nome de Hunsrischisch, Hunsrücker Platt, Hunsrik, entre outras denominações<sup>52</sup>. No ano de 2012, a língua recebeu o título de patrimônio histórico e cultural do Estado do Rio Grande do Sul<sup>53</sup>, e, desde 2016, é patrimônio cultural imaterial do Estado de Santa Catarina<sup>54</sup>. É considerada língua oficial de Antônio Carlos (SC), Santa Maria do Herval (RS) e São José do Oeste (SC), sendo cooficial em Barão (RS), Ipumirim (SC) e Ouro (SC)<sup>55</sup>.

Devido à imigração alemã no Brasil no século XIX, a partir de 1824, tem-se que, apesar de terem vindo de diversas regiões da Alemanha, muitos imigrantes possivelmente vieram da região de Hunsrück, localizada no estado de Rheinland-Pfalz, em que a língua falada seria o hunsriqueano, no oeste da Alemanha, geograficamente fazendo fronteira com o país de Luxemburgo. Para além do fato de que a maioria dos imigrantes veio desta região, o hunsriqueano é caracterizado por apresentar muitos traços intermediários de semelhança com diferentes dialetos alemães, o que pode ser que o tenha consagrado como o dialeto oficial a ser utilizado nas colônias alemãs no Brasil<sup>56</sup>.

Enquanto a Alemanha manteve seu desenvolvimento linguístico para unificar o idioma alemão que hoje se tem, o dialeto antigo foi mantido por seus emigrantes em território brasileiro, os quais acabaram desenvolvendo e acrescentando novos vocábulos à língua hunsriqueana, conforme se desenvolviam e surgiam novas necessidades para a complementação da língua<sup>57</sup>.

Não só isso, o hunsriqueano também é muito semelhante à língua oficial luxemburguesa, o que tornou ainda mais forte o dialeto, pela coincidência linguística entre o hunsriqueano e o luxemburguês, agregando descendentes de ambos os países que imigraram para o Brasil. É atualmente ainda

51 Cf. Bernardo Kolling Limberger: “Com foco no hunsriqueano (HR), uma definição mais precisa da maioria das línguas minoritárias poderia englobar os três aspectos [...]: a territorialidade, a ausência de *status* oficial (com algumas exceções, como, por exemplo, as línguas cooficiais do Brasil) e a contraposição à língua majoritária” (LIMBERGER, Bernardo Kolling, op. cit., p. 38).

52 Cf. VON MÜHLEN, Fernanda; KERSCH, Dorotea Frank, op. cit., p. 327.

53 Cf. Lei n. 14.061/2012: “Art. 1.º Fica declarada integrante do patrimônio histórico e cultural do Estado a ‘Língua Hunsrik’, de uso comum entre os descendentes de imigrantes germânicos chegados há quase dois séculos da Alemanha ao Estado do Rio Grande do Sul” (RIO GRANDE DO SUL. Lei n.º 14.061, de 23 de julho de 2012. Declara integrante do patrimônio histórico e cultural do Estado do Rio Grande do Sul a “Língua Hunsrik”, de origem germânica. Disponível em: <https://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/14.061.pdf>. Acesso em: 1 out. 2022).

54 Cf. Lei n. 16.987/2016: “Art. 1º Fica declarada integrante do patrimônio cultural imaterial do Estado de Santa Catarina, a língua de imigração *Hunsrückisch*, originada dos descendentes alemães” (SANTA CATARINA. Lei n. 16.987, de 03 de agosto de 2016. Declara integrante do patrimônio cultural imaterial do Estado de Santa Catarina a língua de imigração *Hunsrückisch*. Disponível em: <https://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/14.061.pdf>. Acesso em: 1 out. 2022).

55 Cf. Fernanda Von Mühlen e Dorotea Kersch: “Há, atualmente, conforme os estudos de Altenhofen et al. (2018), em torno de 1.200.000 falantes de hunsriqueano no nosso país. Essa língua está presente, principalmente, nos Estados do Rio Grande do Sul (RS), Santa Catarina (SC) e Espírito Santo (ES)” (VON MÜHLEN, Fernanda; KERSCH, Dorotea Frank, op. cit., p. 327).

56 Idem, ibidem, p. 327.

57 Para maior aprofundamento no tema, recomenda-se a leitura de LIMBERGER, Bernardo Kolling, op. cit.

significativa a população de descendentes e cidadãos luxemburgueses no Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Espírito Santo, Paraná, São Paulo e Minas Gerais. Uma lei luxemburguesa, ainda, auxiliou e incentivou que brasileiros buscassem suas cidadanias por direito, ao facilitar, de certa forma, o acesso de pedidos, dos anos 2008 a 2018, tanto por parte materna quanto por lado paterno, sendo por recuperação ou aquisição<sup>58</sup>.

Conforme relatórios da UNESCO, a vitalidade de uma língua se dá, devido à sua possibilidade de expandir a novos âmbitos e meios de circulação. Desta forma, enquanto não se tem reconhecida e não se preserva determinada língua minoritária, em sua estrutura gramatical e na modalidade escrita, é muito difícil garantir sua sobrevivência, a médio e a longo prazos.

Assim se acompanha pelos apontamentos da UNESCO<sup>59</sup>:

A language is *endangered* when it is on a path toward extinction. Without adequate documentation, a language that is extinct can never be revived.

A language is in danger when its speakers cease to use it, use it in an increasingly reduced number of communicative domains, and cease to pass it on from one generation to the next. That is, there are no new speakers, adults or children. [...]

Language endangerment may be the result of *external* forces such as military, economic, religious, cultural, or educational subjugation, or it may be caused by *internal* forces, such as a community's negative attitude towards its own language. Internal pressures often have their source in external ones, and both halt the intergenerational transmission of linguistic and cultural traditions.

Com isso, a manutenção do hunsriqueano iniciou, por estímulo de indivíduos falantes da variedade do interior do estado do Rio Grande do Sul, mantendo a frequência de publicações de jornais e livros na língua materna. Em sua grande parte, os livros relatam a história da comunidade, os primeiros momentos dos imigrantes no Brasil, poemas e anedotas. A oralidade do hunsriqueano foi sendo mantida pelo casamento entre as pessoas da mesma região e de mesma origem, que foram repassando às novas gerações os aspectos linguísticos do hunsriqueano<sup>60</sup>.

Isso fez com que o hunsriqueano fosse tomando espaço em ambientes de aprendizagem, e os docentes passaram a receber falantes bilíngues português-hunsriqueano. Não só isso, é preciso observar que há crianças que, muitas vezes, têm o primeiro contato com o português nos primeiros anos de escola, sendo toda a sua primeira infância inserida em ambiente linguístico e cultural do hunsriqueano<sup>61</sup>.

58 Cf. LÉTZEUBERG. *Loi du 8 mars 2017 sur la nationalité luxembourgeoise*. Disponível em: <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2017/03/08/a289/jo>. Acesso em: 2 out. 2022.

59 Tradução livre: Uma língua está em perigo quando está no caminho da extinção. Sem documentação adequada, uma língua que está extinta nunca pode ser revivida. Uma língua está em perigo quando seus falantes deixam de usá-la, usam-na em um número cada vez mais reduzido de domínios comunicativos e deixam de transmiti-la de uma geração a outra. Ou seja, não há novos falantes, adultos ou crianças. [...] A ameaça linguística pode ser resultado de forças externas, como subjugação militar, econômica, religiosa, cultural ou educacional, ou pode ser causada por forças internas, como a atitude negativa de uma comunidade, em relação à sua própria língua. As pressões internas, muitas vezes, têm sua origem nas externas, e ambas interrompem a transmissão intergeracional das tradições linguísticas e culturais (UNESCO. *Language Vitality and Endangerment*. International Expert Meeting on UNESCO Programme Safeguarding of Endangered Languages Paris, 10–12 March 2003. Disponível em: <https://ich.unesco.org/doc/src/00120-EN.pdf>. Acesso em: 2 out. 2022).

60 Cf. VON MÜHLEN, Fernanda; KERSCH, Dorotea Frank, op. cit., p. 332.

61 Um estudo muito aprofundado sobre o aprendizado do hunsriqueano escrito pode ser encontrado em: VON MÜHLEN, Fernanda. Políticas linguísticas relacionadas à(s) escrita(s) e à(s) ortografia(s) do hunsriqueano e as percepções dos falantes. 2019. 166 f. Dissertação (Mestrado em Linguística Aplicada) – Programa de Pós-Graduação em Linguística aplicada da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo (RS), 2019.

Assim, como aconteceu no caso aqui estudado do Canadá, foi fundamental o desenvolvimento de programas de ensino em língua minoritária, nas regiões brasileiras aqui mencionadas, sendo necessária a implementação de um hunsriqueano também escrito.

Solange Hamester Johann é educadora em Santa Maria do Herval e coordenadora do Projeto Hunsrik Platt Tayx, desde 2008, pela adoção do dialeto em jardins de infância e séries iniciais do Ensino Fundamental, conforme próprias recomendações da UNESCO. Este projeto foi criado em 2004, pela Sociedade Internacional de Linguística, com o objetivo central de criar um Código de Escrita, a ser utilizado em larga escala pelos descendentes germânicos.

A coordenadora destaca que o risco de extinção do idioma hunsriqueano ocorreu, muito fortemente, devido à proibição de ser falada durante os anos da II Guerra Mundial. Mesmo após esse período, as famílias receavam em passar adiante suas raízes culturais, e as creches e escolas não estavam aptas a fazer o ensino da língua, causando uma redução significativa de seus falantes. Para reviver a língua, programas de ensino em escola são incentivados pelo Projeto que está sendo colocado em prática, fazendo com que o contato tido com as novas gerações devolva à língua a característica de identidade que ela carrega<sup>62</sup>.

Assim sendo, denota-se que o hunsriqueano vem sendo vivenciado, há quase dois séculos, por famílias de imigrantes que procuram conservar parte de sua herança cultural, por meio da preservação desta língua minoritária – fato que também se busca no caso Doucet-Boudreau, que alcançou a esfera da Suprema Corte Canadense. Isto porque o crescimento em determinado ambiente linguístico altera a forma com que o indivíduo desenvolve, também, seu direito de personalidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo identificou os processos estruturais, de modo que permite se compreender o motivo pelo qual é uma via processual adequada e aplicável em territórios não só brasileiros, como internacionais, para a solução de casos complexos, e que demandam certo tratamento jurisdicional diferenciado.

A objetivação do processo estrutural é fazer com que, mediante diálogo e cooperação, um estado de possível inconstitucionalidade seja superado, e que o objeto que esteja impedindo a fluidez da garantia constitucional, possa ser estruturado – ou reestruturado –, para que volte a se estabelecer uma situação social de conformidade com a Constituição.

No caso Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education), foi possível identificar o potencial de se resolver a situação inconstitucional, pela via do processo estrutural, ainda que não se tenha aplicado tal medida. A busca por implementação de programas de ensino em escolas secundárias, na língua francesa, tratava-se de direito previsto na Constituição canadense, desde 1982, e que, por reiterada omissão estatal, provocou a Suprema Corte também a se pronunciar, mais de uma vez, sobre a mesma questão.

É cediço e palpável o entendimento de que o aprendizado em línguas minoritárias é direito fundamental previsto na Carta Constitucional do Canadá; a dificuldade está na implementação da decisão judicial que prevê a construção de novas escolas e implementação de novos programas para crianças descendentes de famílias francófonas.

Assim, fazendo o panorama comparativo com o Brasil, o ensino em língua minoritária também é direito, e é tido como situação desejável, por parte da população descendente de imigrantes germânicos, os quais construíram seus lares em regiões brasileiras, mas que não deixaram para trás suas raízes históricas, culturais e linguísticas, buscando repassar às novas gerações o ensino do hunsriqueano.

62 Cf. VALLEJOS, Giordanna Benkenstein. Hunsrik, a segunda língua mais falada no Brasil e em Dois Irmãos. Disponível em: <https://jornaldoisirmaos.com.br/noticia/16112021-hunsrik-a-segunda-lingua-mais-falada-no-brasil-e-em-dois-irmaos>. Acesso em: 2 out. 2022.

Para tanto, demonstrou-se, nesta pesquisa, o Projeto criado em observância de diretrizes da própria UNESCO, para a preservação de línguas em risco de extinção, e a implementação de ensino do hunsriqueano, também escrito, em escolas das regiões mencionadas no presente artigo.

Entende-se que a preservação linguística permite a conservação também cultural e costumeira, além de permitir que gerações não se afastem pela barreira da comunicação. O ensino bilíngue é importante, portanto, para o desenvolvimento, também, do direito fundamental à personalidade individual e coletiva, e à criação de uma identidade cultural a ser preservada, desde a sua origem.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.
- ABREU, Rafael Sirangelo de. *Incentivos processuais: Economia comportamental e nudges no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- AGUIAR, Julio Cesar de; CHINELATO, João Marcelo Torres. Interpretação do Direito e comportamento humano. In: *Revista de Informação Legislativa*. Ano 51, n. 203, jul.-set. 2014.
- AGUIAR, Julio Cesar de. Análise comportamental do Direito: Uma abordagem do Direito como ciência do comportamento humano aplicada. In: *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC*, v. 34.2, jul.-dez. 2014.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. "Problemas complexos" e "Processo Estrutural": Significado conceitual e possibilidades de efetivação. In: CASIMIRO, Matheus; CUNHA, Eduarda (org.). *Processos estruturais no Sul Global*. Londrina: Thoth, 2022.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional, sentenças estruturais e a relevância do monitoramento: O caso colombiano. In: CASIMIRO, Matheus; CUNHA, Eduarda (org.). *Processos estruturais no Sul Global*. Londrina: Thoth, 2022.
- CANADA. A Consolidation of THE CONSTITUTION ACTS 1867 to 1982 (Codification administrative des LOIS CONSTITUTIONNELLES DE 1867 à 1982). Disponível em: [https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/CONST\\_RPT.pdf](https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/CONST_RPT.pdf). Acesso em: 2 set. 2022.
- CANADA. Court of Appeal of Nova Scotia (Canada). Doucet-Boudreau v. N.S. (2001), 194 N. S. R. (2d) 323 (CA); 606 A. P. R. 323. Nova Scotia, 26 jun. 2001. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2096/index.do>. Acesso em: 2 set. 2022.
- CANADA. Supreme Court Judgments. Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education) 2003 SCC 62. Ottawa, 06 nov. 2003. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2096/index.do>. Acesso em: 2 set. 2022.
- CANADA. Supreme Court Judgments. Mahe v. Alberta, [1990] 1 S.C.R. 342. Ottawa, 15 mar. 1990. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/580/index.do>. Acesso em: 2 set. 2022.
- CASIMIRO, Matheus; CUNHA, Eduarda (org.) *Processos estruturais no Sul Global*. Londrina: Thoth, 2022.
- CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual: Disputing system in cross-cultural context*. New York: New York Press, 2005.
- CONSULADO DE LUXEMBURGO. Cidadania - formas possíveis para adquirir. Disponível em: <http://consuladoluxemburgo.com.br/servicos/cidadania-formas-possiveis-para-adquirir/#:~:text=Por%20aquisi%C3%A7%C3%A3o%3A,cidadania%20luxemburguesa%20por%20E2%80%9Caquisi%C3%A7%C3%A3o%20E2%80%9D>. Acesso em: 2 out. 2022.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. O processo estrutural enquanto forma de objetivação e o ativismo judicial. In: *Revista de Processo*, v. 297, p. 271-290, nov. 2019.
- DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. In: *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, v. 9, n. 2, 2017.
- \_\_\_\_\_. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. 2017. 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2017.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural aplicada ao Processo Civil brasileiro. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 75, jan.-mar. 2020.
- GAIO JR., Antônio Pereira. Processos Estruturais. Objeto, normatividade e sua aptidão para o desenvolvimento. In: *Revista de Processo*, v. 322, dez. 2021. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/>. Acesso em: 2 set. 2022.
- JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes na jurisdição constitucional: Da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2022.
- \_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Zulmar Duarte de. *Súmula, jurisprudência e precedente: Da distinção à superação*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.
- LÉTZEBUERG. *Loi du 8 mars 2017 sur la nationalité luxembourgeoise*. Disponível em: <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2017/03/08/a289/jo>. Acesso em: 2 out. 2022.
- LIMBERGER, Bernardo Kolling. Processamento da leitura multilíngue e suas bases neurais: Um estudo sobre o hunsriqueano. 2018. 270 f. Tese (Doutoramento em Linguística) – Programa de Pós-Graduação em Letras da Escola de Humanidades da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), Porto Alegre, 2018.

MARÇAL, Felipe Barreto. Processos estruturais (multipolares, policêntricos ou multifocais): Gerenciamento processual e modificação da estrutura judiciária. In: *Revista de Processo*, v. 289, mar. 2019. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/>. Acesso em: 2 set. 2022.

MUNHOZ, Manoela Virmond. O reconhecimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, dos processos estruturais como necessários à solução de litígios complexos: Uma análise do Recurso Especial 1.733.412/SP. In: *Revista de Processo*, v. 308, out. 2020. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/>. Acesso em: 2 set. 2022.

OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: O "praticismo" e os "processos estruturais". In: *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, maio-ago. 2020.

\_\_\_\_\_. MAZZOLA, Marcelo. As "sanções premiais" e a sua aplicabilidade ao processo estrutural. In: *Revista de Processo*, v. 325, mar. 2022. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/>. Acesso em: 2 set. 2022.

PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa; GÔES, Gisele Santos Fernandes. Processos estruturantes no Direito brasileiro: Breves reflexões acerca deste (não tão) novo paradigma processual. In: VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo; ZANETTI JR., Hermes; REICHEL, Luis Alberto; JOBIM, Marco Félix; DOTI, Rogéria. *Coletivização e unidade do Direito: Estudos em homenagem ao professor Sérgio Cruz Arenhart*. V. III. Londrina: Thoth, 2022.

RAWLS, John. *A theory of Justice*. Revised Edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Lei n. 14.061, de 23 de julho de 2012. Declara integrante do patrimônio histórico e cultural do Estado do Rio Grande do Sul a "Língua Hunsrik", de origem germânica. Disponível em: <https://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/14.061.pdf>. Acesso em: 1 out. 2022.

ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey E. Doucet-Boudreau, Dialogue and Judicial Activism: Tempest in a Teapot? (2009). CIAJ 2009 Annual Conference, Taking Remedies Seriously – Les recours et les mesures de redressement: une affaire sérieuse – Canadian Institute for the Administration of Justice – Institut Canadien d'administration de la Justice, 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2006493>. Acesso em: 29 set. 2022.

SANTA CATARINA. Lei n. 16.987, de 3 de agosto de 2016. Declara integrante do patrimônio cultural imaterial do Estado de Santa Catarina a língua de imigração Hunsrückisch. Disponível em: <https://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/14.061.pdf>. Acesso em: 1 out. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. *Compromisso significativo: Contribuições Sul-Africanas para os processos estruturais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

UNESCO. *Language Vitality and Endangerment*. International Expert Meeting on UNESCO Programme Safeguarding of Endangered Languages Paris, 10–12 March 2003. Disponível em: <https://ich.unesco.org/doc/src/00120-EN.pdf>. Acesso em: 2 out. 2022.

VALLEJOS, Giordanna Benkenstein. Hunsrik, a segunda língua mais falada no Brasil e em Dois Irmãos. Disponível em: <https://jornaldoisirmaos.com.br/noticia/16112021-hunsrik-a-segunda-lingua-mais-falada-no-brasil-e-em-dois-irmaos>. Acesso em: 2 out. 2022.

VAN DER BROOCKE, Bianca M. Schneider. *Litígios estruturais, Estado de coisas inconstitucional e a gestão democrática do processo: Um papel transformador para o controle judicial de políticas públicas*. Londrina: Thoth, 2021.

VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: Teoria e prática*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

\_\_\_\_\_. Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos conceituais. In: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 7, jan.-jun. 2018. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/>. Acesso em: 2 set. 2022.

VON MÜHLEN, Fernanda. Políticas linguísticas relacionadas à(s) escrita(s) e à(s) ortografia(s) do hunsriqueano e as percepções dos falantes. 2019. 166 f. Dissertação (Mestrado em Linguística Aplicada) – Programa de Pós-Graduação em Linguística aplicada da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo (RS), 2019.

\_\_\_\_\_. KERSCH, Dorotea Frank. Usos sociais da escrita do hunsriqueano no Sul do Brasil. In: *Revista Humanidades e Inovação*, v. 8, n. 36, mar. 2021.

# Análise de Impacto Regulatório no Brasil: As consequências importam

HUMBERTO E. C. MOTA FILHO<sup>1</sup>

Sumário: Introdução. 1. Normatização da Análise de Impacto Regulatório (AIR). 2. Marcos legais. 3. Qualidade regulatória. 4. Considerações finais.

## INTRODUÇÃO

Nossa base constitucional estabelece princípios gerais da atividade econômica<sup>2</sup>, ao destacar a valorização do trabalho humano, da livre iniciativa e da justiça social. Tais princípios são programáticos, inseridos num *projeto de desenvolvimento constitucionalmente qualificado*, os quais devem informar metas e políticas para a sua implementação, na tradução da razão pública que orienta o Estado brasileiro. Entretanto, se tais princípios ditam as diretrizes e os rumos desse *projeto ou programa constitucional*, eles não são suficientes, por si só, para a sua efetivação. A formação da razão pública das políticas regulatórias demanda *princípios e instrumentos de ação*.

Como os diversos princípios e comandos de ordenação econômica da Carta de 1988 irradiam-se para o sistema infraconstitucional, a aplicação das leis e dos atos normativos regulatórios deve ocorrer a partir de uma *leitura constitucionalmente qualificada* dos planos e diretrizes, corporificados em critérios objetivos e auditáveis, tais como metas de inflação, índices de atividade econômica, de atividade industrial, de emprego, de desenvolvimento humano, capazes de quantificar os impactos das políticas públicas. As atividades reguladas pelo Estado devem levar em conta, tanto os *elementos qualitativos* da base principiológica da ordem constitucional quanto os *elementos quantitativos* a serem definidos em planos e políticas públicas, na formação da razão pública.

Somente com a conjunção dos elementos principiológicos (qualitativos) e dos elementos de definição, medição e avaliação de ações e suas consequências (quantitativos), será possível lidar com a complexidade das funções da atividade regulatória, aqui sintetizadas (SOUTO, 2000, p. 153):

- a. A “regulação dos monopólios”, visando atenuar o efeito das forças de mercado, por meio de controles de preços e da qualidade do serviço;
- b. A “regulação para a competição”, a fim de criar condições para a existência e manutenção da concorrência; e
- c. A regulação social, objetivando a universalização dos serviços.

A partir do exame dessa breve síntese das funções regulatórias, resta claro que a sua complexidade advém, tanto da necessidade de se seguir uma base principiológica constitucionalmente dada quanto da importância de se formar a razão pública a partir de interesses distintos, antagônicos ou

1 Advogado. Presidente da Comissão de Estudos da Transparência Pública da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Rio de Janeiro (OAB-RJ). Doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Professor convidado do Direito Regulatório da Fundação Getúlio Vargas (FGV Law Program).

2 Cf. art. 170 e seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

difusos (públicos e privados), com o uso de *expertise técnica*, durante todo o processo de decisões regulatórias que corporifica as políticas públicas nos diversos mercados.

Tendo isso em conta, em qualquer dessas dimensões sintetizadas, a regulação pode ser apreendida como aquela função estatal de planejar e normatizar a ordem econômica *constitucionalmente qualificada*. Para tanto, a agência reguladora tem uma natureza normativa especial, caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica; pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira, e pela estabilidade dos mandatos dos seus dirigentes em relação ao poder estatal central. Esse modelo institucional das agências se baseia na crença de que a sua independência pode gerar impactos mais positivos nas suas ações regulatórias do que o modelo anterior do Estado desenvolvimentista, centralizador e com as funções de planejamento, execução e regulação superpostas.

Para que tais agências independentes possam contribuir efetivamente para uma adequada regulação da nossa economia, assim como ser adequadamente avaliadas, aperfeiçoadas e até mesmo contestadas, é fundamental identificar, não só as funções a elas atribuídas, mas também estudar os impactos esperados de suas normas e a qualidade dos seus atos normativos (MOTA FILHO, 2020). Esse é o raciocínio que se aplica ao estudo do instrumento de Análise de Impacto Regulatório (AIR), ferramenta de gestão das propostas normativas nos mercados regulados. Nesse sentido, cumpre estudar a evolução histórica e normativa da AIR, no âmbito do modelo regulatório brasileiro das agências independentes, sempre com um olhar crítico, reconhecendo avanços e apontando os novos desafios desse modelo.

Para tanto, vale explorar a recente normatização da Análise de Impacto Regulatório no ordenamento jurídico brasileiro. Ao compreender melhor o papel da AIR na qualidade da regulação, a partir dos seus principais pontos normativos, políticas públicas podem ser desenhadas com mais segurança jurídica, e a agenda regulatória pode tornar-se mais previsível, favorecendo a atração de mais investimentos privados para o desenvolvimento brasileiro.

## 1. NORMATIZAÇÃO DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR)

É válido explorar uma moldura analítica que aporte à regulação, tanto dos objetivos de eficiência econômica e estabilidade institucional quanto à necessária flexibilidade que processos de desenvolvimento requerem. O potencial da moldura analítica do direito e desenvolvimento, e sua perspectiva pragmática, podem ser testados na tarefa complexa de regulares mercados, conjugando propostas e explicações que integrem elementos principiológicos (qualitativos) aos elementos instrumentais (quantitativos). Esse parece ser um caminho promissor para atingir os objetivos e as diretrizes da Constituição brasileira de 1988.

Governos e empresas são instituições. Os instrumentos da Análise de Impacto Regulatório (AIR) e da Avaliação de Resultado Regulatório (ARR) também podem ser considerados instituições. Em síntese, para fins de estudo e de aplicações práticas, podemos considerar todo conjunto específico de regras e de práticas uma instituição. Estudam-se as instituições porque se entende que todo conjunto de regras acaba por impactar, *per se*, nossas ideias, nossos comportamentos e nossas ações, sejam eles individuais ou coletivos.

Pela literatura institucionalista, instituições são mais relevantes e resilientes, ao longo do tempo, quando seu conjunto de regras e práticas é claramente comunicado, com cada um tendo consciência do seu papel no cenário institucional, quando essas regras e práticas se revelam importantes para atingir seus objetivos declarados, e quando tais regras e práticas contribuem para reduzir os custos de transações entre indivíduos ou organizações. Por tudo isso, é possível afirmar que instituições, como as AIR e ARR, se prestam a reduzir a complexidade das normas regulatórias.

Visto isso, um dos grandes *problemas regulatórios* identificados reside no peso exagerado atribuído às considerações de ordem econômica, ou mesmo na captura pura e simples dos reguladores pelos regulados. A partir do exemplo do *pêndulo analítico*<sup>3</sup> das agências regulatórias ambientais dos EUA (LEJANO, 2006), restou patente a necessidade de desenvolver uma análise de impacto capaz de integrar ou reintegrar os dados econômicos globais agregados usados pelas agências às informações mais dispersas e muitas vezes não compiladas dos aspectos ou nuances sociais, culturais e ambientais dos regulados, nas análises de impacto das ações públicas (LEJANO, 2006). Dito de outra forma, os estudos precisam conciliar o texto da base teórica (ex.: princípios, teorias, modelos) ao contexto da realidade (expectativas e percepções sociais, crenças religiosas, barreiras culturais e políticas). Assim, aumentam-se as chances de produzirem-se estudos de impacto e resultados regulatórios tecnicamente legítimos e legitimamente técnicos.

Essa necessidade, em parte, foi reforçada pela nova compreensão dos papéis do Estado e do mercado na ordem econômica das sociedades democráticas: tanto reguladores quanto regulados não detinham todas as informações, e por mais bem elaborados que fossem os planejamentos estatais, a complexidade das variáveis sociais e econômicas dos mercados regulados exigia uma análise prévia dos possíveis impactos de novas regulações, com a melhor estimativa das variáveis disponíveis (MOTA FILHO, 2020). Equivale dizer, por melhor que seja o planejamento central ou descentralizado, numa perspectiva mais pragmática, que nem o Estado nem o mercado são instituições oniscientes e infalíveis. Como os cenários econômicos apresentam um caráter mutável e dinâmico, a medição dos potenciais efeitos dos atos regulatórios tende a gerar mais segurança jurídica, ao evitar os impactos ilegais e trazer mais esperanças de estabilidade institucional, ao favorecer o conhecimento dos impactos esperados, tornando-os mais previsíveis.

A AIR se desenvolveu na esteira de uma agenda global de liberalização econômica e modernização do aparato regulatório, a qual prescrevia agentes reguladores independentes da máquina central do Estado e novos instrumentos gerenciais de eficiência e produtividade para o setor público (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, 1995). Embutida nesse receituário, havia a crença nas agências regulatórias independentes como condição *sine qua non* para a preservação da segurança jurídica dos negócios, atração de novos investimentos e recuperação da credibilidade institucional estatal. Nesse contexto, a AIR surge como um instrumento útil e legitimador da atuação das próprias agências regulatórias, ao possibilitar a medição mais objetiva dos efeitos esperados das atividades dessas agências, na implementação de planos ou programas governamentais, bem como ao franquear o processo de formação de certos atos regulatórios ao escrutínio público prévio, via audiências e consultas abertas, em sintonia com a *accountability* democrática, e com uma nova agenda de desenvolvimento econômico e social mais inclusiva.

---

3 O pêndulo analítico se refere ao que já foi identificado como o movimento pendular de contratendência “verde” ou intencionalmente concentrada na análise ambiental das agências especializadas nesse tema, em reação ao que seria uma tendência mais economicista (concentrada somente em custos e benefícios) das agências norte-americanas, em geral.

## 2. MARCOS LEGAIS

Cabe examinar, agora, como se deu a normatização da AIR no ordenamento jurídico brasileiro. Desde logo, vale reconhecer aqui que a AIR está intimamente ligada à noção de planejamento estatal. A noção de planejamento já estava presente no Decreto-Lei nº 200/1967<sup>4</sup>, editado à época do regime militar brasileiro em um dos ciclos de modernização da administração pública, e recepcionado pela nossa ordem constitucional. Os instrumentos básicos do planejamento de então compreendiam a elaboração e atualização de programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual, definidos na estrutura ministerial do governo federal. A crença prevalecente naquele tempo era a de que o Estado brasileiro deveria guiar as decisões e os investimentos necessários para o desenvolvimento nacional.

Naquela época não se cogitou qualquer tipo de análise de impacto regulatório mais democrática, tal como se concebe nos dias de hoje, até porque a organização autárquica e centralizada do Estado brasileiro de então concentrava nos Ministérios todas as decisões importantes, e partia de uma visão presumida dos *impactos esperados* na economia, a partir de um modelo de desenvolvimento já *previamente desenhado*, sob grandes diretrizes, tais como os Planos Nacionais de Desenvolvimento. Assim, apesar da vinculação da ação governamental com instrumentos básicos de planejamento, desde aquela época, não houve avanços significativos rumo à AIR em nossa legislação, até bem recentemente.

Hoje, já há regras brasileiras para a edição de normas que impactem a atividade econômica, a denominada análise de impacto regulatório<sup>5</sup>. Aos poucos, vão se formando uma *nova mentalidade*, novos *marcos legais* e um novo *modus operandi*, no âmbito da onda regulatória que privilegia uma agenda focada na melhoria da governança, da qualidade da regulação e da medição dos seus resultados, a partir da avaliação das consequências potenciais dos atos. Vale, então, recordar algumas das normas jurídicas recentes que nos informam sobre a evolução normativa brasileira, no campo da AIR.

As normas jurídicas brasileiras que disciplinam a AIR procuram divisar quais são as hipóteses indispensáveis de utilização desse *instrumento de avaliação das consequências esperadas dos atos normativos de interesse geral de agentes econômicos, ou de usuários dos serviços prestados*. Desde logo, a regulamentação da AIR reforça sua aplicação às entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, no âmbito de suas competências. Portanto, pela sua regulamentação, nota-se que a AIR pode ser utilizada para estimar as consequências de uma grande gama de atos regulatórios.

- 
- 4 “Art. 7º A ação governamental obedecerá a planejamento que vise a promover o desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional, norteados segundo planos e programas elaborados, na forma do Título III, e compreenderá a elaboração e atualização dos seguintes instrumentos básicos: a) plano geral de governo; b) programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual; c) orçamento-programa anual; d) programação financeira de desembolso”.
- 5 A regulamentação das AIRs veio com o Decreto nº 10.411, de 30 de julho de 2020, o qual disciplina a análise de impacto regulatório de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, e dispõe sobre o seu conteúdo, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória e as hipóteses em que poderá ser dispensada. Decreto nº 10.411, de 30 de julho de 2020: “Art. 1º Este Decreto regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, e dispõe sobre o seu conteúdo, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória e as hipóteses em que poderá ser dispensada. § 1º O disposto neste Decreto se aplica aos órgãos e às entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, quando da proposição de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, no âmbito de suas competências. § 2º O disposto neste Decreto aplica-se às propostas de atos normativos formuladas por colegiados por meio do órgão ou da entidade encarregado de lhe prestar apoio administrativo. § 3º O disposto neste Decreto não se aplica às propostas de edição de decreto ou aos atos normativos a serem submetidos ao Congresso Nacional”.

Nesse sentido, recente marco legal do ordenamento jurídico brasileiro<sup>6</sup>, que trata da gestão, da organização, do processo decisório e do controle social das agências reguladoras, disciplinou mais pragmaticamente a edição dos atos regulatórios normativos, ao reforçar que a edição de tais atos respeite critérios de proporcionalidade, razoabilidade e motivação, e, portanto, forneça parâmetros mais objetivos para a fixação do interesse público no caso concreto. Tal disciplina legal sugere, também, a superação daquela concepção do planejamento governamental centralizado, encapsulado nas burocracias e sem participação social.

Logo em seguida, outro diploma legal<sup>7</sup> instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabeleceu garantias de livre mercado, as quais reiteram a preocupação com a qualidade da tomada de decisão e, conseqüentemente, com a qualidade dos atos regulatórios. Exatamente por isso, segundo esse diploma legal, a realização de análise de impacto regulatório deve trazer informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo, para verificar a *razoabilidade* do seu impacto econômico. Com tudo isso, temos mais elementos objetivos para aferir a qualidade regulatória e sua efetividade, já se podendo cogitar um sistema regulatório mais orgânico e passível de uma auditoria, e de uma *accountability* democrática mais direcionada.

Não por acaso, a evolução normativa brasileira no tema também alcançou a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB)<sup>8</sup>, que trata da aplicação das normas jurídicas no tempo e no espaço. Por força de recente alteração dessa lei, é exigida uma avaliação prévia das consequências dos atos normativos, incluídos aí, sem dúvida, os atos regulatórios. Como notado por *Justen Filho (2018)*, a *evolução normativa em questão é orientada para reduzir a indeterminação das decisões estatais, que muitas vezes se restringem a invocar princípios abstratos, sendo, portanto, indispensável analisar previamente seus potenciais efeitos. Essa evolução legislativa aponta para uma perspectiva consequencialista mais ampla para o nosso sistema jurídico como um todo, sugerindo que a AIR encontrará um ambiente legal e interpretativo favorável ao seu desenvolvimento.*

---

6 Lei nº 13.848/19, de 25 de junho de 2019: “Art. 4º A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a *devida adequação entre meios e fins*, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público. Art. 5º A agência reguladora deverá indicar os *pressupostos de fato e de direito* que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos. Art. 6º *A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.* § 1º Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada. § 2º O regimento interno de cada agência disporá sobre a *operacionalização* da AIR em seu âmbito.” (Os grifos são meus).

7 Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019: “Art. 5º As propostas de edição e de alteração de *atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados*, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de *análise de impacto regulatório*, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a *razoabilidade* do seu impacto econômico. Parágrafo único. *Regulamento* disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, *as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.*” (Os grifos são meus).

8 Art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

### 3. QUALIDADE REGULATÓRIA

Tendo em vista que, para essa evolução normativa brasileira<sup>9</sup>, no âmbito dos atos regulatórios, não basta mais invocar princípios jurídicos, é preciso concatenar os valores jurídicos com as necessidades de justificação de decisões que envolvam a implementação de novas políticas públicas, ou a manutenção e/ou a reforma de políticas públicas existentes, consideradas as potenciais consequências práticas da decisão. Demanda-se, enfim, uma análise *prévia e prospectiva* do ato regulatório antes da sua edição, a ser fundamentada, técnica e juridicamente, em face das possíveis alternativas, sob pena da invalidação do respectivo ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

Essa nova demanda analítica tende a reforçar a qualidade das decisões regulatórias, ou seja, a aumentar a governança regulatória das agências brasileiras ao longo do tempo, ao obrigar os reguladores a produzir justificativas mais robustas e processos mais motivados e transparentes de deliberação para suas ações e políticas.

Assim, pela perspectiva consequencialista, é preciso apontar a razoabilidade da decisão. O agente público deve levar em conta as consequências dos seus atos na prática. Aqui se impõe um roteiro ou um método ao formulador de políticas públicas, *lato sensu*, e ao agente regulador, em particular. O exame da razoabilidade e da proporcionalidade é obtido pelo registro da necessidade e da adequação da medida, a partir do seu enquadramento em um modelo de alternativas possíveis. Em outras palavras, a indicação das consequências esperadas exige uma reflexão maior do tomador da decisão. Decisões refletidas tendem a ser mais qualificadas e não só mais racionais, como também mais razoáveis, evitando decisões por crenças, impulsos e abusos regulatórios, permitindo assim um maior senso de equidade e equilíbrio.

O acolhimento normativo da perspectiva *consequencialista*, nas disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público brasileiro<sup>10</sup>, pode contribuir ainda para afastar ou mitigar o *mito do regulador onisciente*. Afastar esse mito é benéfico, uma vez que a responsabilidade do gestor não pode ser deduzida apenas de princípios e tipos legais demasiadamente abertos e irrealistas. Uma visão prospectiva da atividade regulatória, voltada a uma agenda de desenvolvimento sustentável, por exemplo, comporta mais riscos do que aqueles enfrentados pelos burocratas especializados em dizer não às inovações governamentais. Dito isso, o administrador deve documentar o contexto e as informações disponíveis quando ele tomou sua decisão, de forma a evidenciar que, dentre aquelas condições de “temperatura e pressão”, suas medidas foram adequadas ou, pelo menos, razoáveis.

A AIR, como instrumento de avaliação de proposições normativas, é capaz de deixar *registros mais visíveis* sobre as consequências esperadas de uma política pública e, desse modo, contribuir para o exercício do *controle de regularidade formal e material* da qualidade das políticas públicas regulatórias, ao fornecer parâmetros mais objetivos para a condução do gestor público.

9 Cf. Decreto-Lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo exposto suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime, e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos”.

10 Cf. Decreto-Lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942: “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”.

Sem a AIR, é maior a ameaça de relatórios de auditoria contaminados pelo *mito do regulador onisciente*, com a adoção de uma interpretação desfocada dos atos do gestor pelos órgãos de controle, segundo parâmetros e informações não existentes à época, ou então presumindo informações não factíveis ao tempo dos acontecimentos. Essa distorção de julgamento, ocasionada por presunções indevidas, pode favorecer uma *miopia autoinduzida* dos órgãos de controle, conduzindo, por sua vez, a um certo *anacronismo de controle*<sup>11</sup>. No limite, sem instrumentos de gestão de impacto das normas, tais como a AIR, pode-se gerar, até como um efeito não intencional, o *apagão das canetas* na administração pública, pelo medo do pessoal técnico em avançar com a implementação das normas regulatórias.

Tendo em conta todos os avanços institucionais possíveis com tais marcos legais, não devemos desperdiçar a oportunidade de seguir na implementação das AIRs, como um dos instrumentos do nosso repertório normativo, para uma estratégia de melhoria da qualidade regulatória brasileira.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pesadas as oportunidades e desafios da evolução histórica e normativa da AIR, há que se reconhecer avanços importantes nesse tema, no âmbito da agenda mais ampla de modernização do Estado brasileiro, e da sua capacidade regulatória *potencial*, ou seja, atualmente há instrumentos legais e regulamentares mais efetivos para o exercício da gestão regulatória.

Por outro lado, ainda é preciso aguardar para ver se essa capacidade regulatória potencial irá se converter em qualidade regulatória efetiva, equivale dizer, se o novo conjunto de regras permitirá desenvolver instrumentos idôneos e abrangentes de avaliação das propostas da nossa regulação estatal. Em resumo, é preciso conferir se os avanços institucionais serão aperfeiçoados e acompanhados de boas práticas, ao longo do tempo, segundo a perspectiva pragmática.

Além disso, será igualmente importante integrar a perspectiva pragmática da AIR ao arcabouço principiológico do Direito Regulatório e do Direito Constitucional econômico, a fim de que o ciclo analítico se desenvolva amparado por balizas conceituais e por concepções de planejamento próprias do Estado Democrático de Direito, inaugurado com a Carta de 1988.

Será, também, fundamental acompanhar a evolução normativa das AIRs, tendo em conta as oportunidades e desafios abertos por esses instrumentos, para harmonizar os princípios constitucionais, as propostas regulatórias e suas consequências, num ambiente de maior segurança jurídica e estabilidade institucional. Espera-se que essa *dinâmica normativa virtuosa* possa atrair mais investimentos privados para o desenvolvimento brasileiro.

Ao reconhecermos a complexidade do Estado, do mercado e da própria sociedade, podemos nos valer das instituições que construímos ao longo da nossa evolução normativa, e de novos instrumentos analíticos para seguirmos aperfeiçoando nosso sistema regulatório, de maneira pragmática e gradual.

#### REFERÊNCIAS

- CRUZ, Verônica; RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). *Estado e regulação: fundamentos teóricos*. Regulação e Agências Reguladoras: Governança e análise de impacto regulatório. Brasília: Anvisa, 2009.
- DEWEY, John. *Experience and nature*. Chicago: Open Court Publishing Company, 1925.
- FIANI, Ronaldo. *Cooperação e conflito: Instituições e desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.
- LEJANO, Raul P. *Frameworks for policy analysis: Merging text and context*. Abingdon: Routledge, 2006.
- MOTA FILHO, Humberto Eustáquio César. *Direito Regulatório*. FGV Law Program. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2020.

11 Anacronismo: conceito presente no estudo da história que aponta a incorreção ao se aplicar conceitos e ideias contemporâneas para hábitos, decisões ou instituições do passado. Ao transportar esse conceito para o campo do controle dos atos regulatórios, faz-se uma analogia para o que seria um anacronismo de controle.

- NORTH, D. (1990). Economic development in historical perspective: The Western world. The Conference on "The Wealth of Nations in the 20th Century".
- PEIRCE, Charles. 1905. What pragmatism is. In: *The Monist*. 15:2 (April): 161-81.
- OCDE. Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation. Paris: OCDE, 1995.
- PRADO, Mariana Mota. Derecho y Desarrollo. In: *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Universidad Torcuato Di Tella, v. 11, n. 1, 2010.
- AIR. Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR). Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.]. Brasília: Presidência da República, 2018.
- SEN, Amartya. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Sobre Ética e Economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências Reguladoras. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2000.
- TRUBEK, David M. et al. (ed.). *Law and the new developmental state: The Brazilian experience in Latin American context*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- WILLIAMSON, Oliver. The Economics of Governance. In: *American Economic Review*, Washington, 95. 1-18. 10.1257/000282805774669880, 2005.

# Référé e estabilização da tutela: Consequências da importação de um sistema culturalmente diferente do nosso

ROSALINA MOITTA PINTO DA COSTA<sup>1</sup>

Sumário: Introdução. 1. A evolução do *référé* francês: Definitividade fática da tutela provisória. 2. A influência do *référé* francês no instituto da estabilização da tutela e a incongruência do artigo 304, § 6º, do CPC. 3. As diversas correntes doutrinárias decorrentes da tentativa de adaptação de um sistema culturalmente diferente do nosso. 4. Uma solução interpretativa, consoante o nosso sistema processual e a intenção do legislador. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

A estabilização da tutela<sup>2</sup> é extraída dos artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil (CPC), que preveem a conservação da eficácia da medida antecipada, desde que deferida e não confrontada pela parte adversária, quando a urgência for contemporânea à propositura da ação, hipótese em que, na petição inicial, o autor pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada, e apenas à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Concedida a tutela antecipada, requerida em caráter antecedente, caso o autor proceda ao aditamento da petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, o processo prosseguirá, com a intimação e a citação do réu. Contudo, na eventualidade de não apresentação de recurso, a tutela provisória concedida, em caráter antecedente, tornar-se-á estável e o processo será extinto, iniciando-se, a partir dessa decisão que extinguiu o processo, o prazo de dois anos para a parte ingressar com ação autônoma, a fim de rever, reformar ou invalidar a referida decisão.

O processo principal apenas será proposto se porventura a parte interessada apresentar interesse em obter decisão definitiva sobre o direito controvertido, após cognição exauriente. Logo, a medida urgente permanecerá em vigor até que o réu promova a ação de cognição exauriente, a fim de demonstrar a inexistência do suposto direito do autor; caso não o faça, a decisão adquirirá *estabilidade* (CPC, art. 304, § 6º).

- 1 Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Coordenadora do Norte da Associação Brasileira Elas no Processo (ABEP). Associada do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNPEP). Líder do Grupo de Pesquisa Inovações no Processo Civil - UFPA/CNPQ. Professora Titular da UFPA (Graduação, Mestrado e Doutorado).
- 2 A tutela provisória está prevista nos artigos 294 a 311 do Código de Processo Civil de 2015, e pode ser classificada de acordo com três critérios: a) Pela necessidade ou não de demonstração de "perigo de demora da prestação da tutela jurisdicional", a tutela pode ser de *urgência* ou de *evidência*; b) Em razão do momento em que é postulada, a tutela provisória pode ser *antecedente* ou *incidental*; c) Em função da sua aptidão em permitir ao beneficiário fruir o bem da vida objeto do litígio ou não, ela pode ser *antecipada* (*rectius*, satisfativa) ou *cautelar* (SICA, 2016, p. 237).

O instituto da estabilização da tutela no Brasil foi inspirado no *référé* francês, que é o sistema de tutelas provisórias da França, o qual, paulatinamente, foi adquirindo um caráter de definitividade no campo fático, não por imposição legislativa, mas simplesmente porque seus jurisdicionados, em razão do longo processo histórico, passaram a aceitar como definitiva a decisão proferida pelo *juge des référés*.

Assim, quando o legislador brasileiro, influenciado pelo instituto do *référé*, estatui a estabilização da tutela, traz, conjuntamente, uma dubiedade ao nosso procedimento, provocada pela diversidade cultural. No afã de imprimir um caráter definitivo às tutelas provisórias, acaba esbarrando na diversidade de sistemas e, sob o peso dessa ambiguidade, termina por gerar uma incongruência legislativa, porque, ao mesmo tempo em que procura imprimir uma definitividade às tutelas provisórias, recua perante a disparidade do nosso procedimento, que somente prevê a imutabilidade das decisões, diante da existência da coisa julgada material.

O que no sistema processual civil francês foi construído durante décadas, o legislador brasileiro tenta fazê-lo numa imposição legislativa, e as consequências decorrentes dessa hesitação e da diversidade cultural fazem-se sentir. A indecisão do legislador repercute na doutrina, que se divide, tentando explicar essa incongruência, gerando uma insegurança que compromete a própria eficácia do instituto. Com soluções diametralmente opostas, surgem diversas correntes doutrinárias que brigam entre si, ora procurando impor um procedimento que vai de encontro ao nosso, ora simplesmente ignorando as disposições legais e fazendo prevalecer os institutos jurídicos.

O presente trabalho analisa as influências do *référé* francês na implementação da estabilização da tutela em nosso país, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, desenvolvida por meio da análise de textos normativos e doutrinários relevantes para a temática.

Em um primeiro momento, estuda-se o processo de evolução do *juge des référés*, demonstrando-se como ocorreu na França a evolução da definitividade *fática* das tutelas provisórias. Após a análise da evolução do *référé* francês, passa-se a focar suas influências na concepção da estabilização da tutela antecipatória antecedente, advinda com o CPC de 2015, demonstrando-se as incongruências do legislador e as consequências na doutrina, cuja divergência oscila na tentativa de importação de um sistema culturalmente diferente do nosso, e de aplicação de nossos institutos processuais.

O estudo finaliza com uma solução doutrinária que procura definir qual a interpretação a ser adotada, que possa, ao mesmo tempo, ir ao encontro do nosso sistema processual e aproximar-se do instituto do *référé* francês.

## 1. A EVOLUÇÃO DO RÉFÉRÉ FRANCÊS: DEFINITIVIDADE FÁTICA DA TUTELA PROVISÓRIA

O procedimento do *référé* francês é apontado como o mais antigo sistema de antecipação de tutela. Com suas origens no século XVII, 1685, foi adotado pelo *Code de Procédure Civile* de 1806<sup>3</sup> e, depois, pelo *Nouveau Code* instituído por decretos de 1973 e 1975.

A longa tradição do procedimento de tutela provisória, associada à autonomia do *juge des référés*, criou um cenário propício ao comportamento procedimental do povo francês de aceitação, de forma definitiva, de um juízo provisório, ainda que fundado em cognição sumária.

Embora o *référé* francês inicialmente esteja relacionado à necessidade de obtenção de tutela jurisdicional em casos de urgência<sup>4</sup>, com o tempo, espalhou-se para todos os tipos de jurisdição, passando a ser aplicado em situações especiais, e não apenas em casos

3 Cf. CHAINAIS, 2007, p. 71.

4 Cf. COUCHEZ, 1986, p. 35-36.

de urgência, existindo atualmente três modelos do *référé*: *référé provision*, *injonction de payer* e *injonction de faire*, que são medidas que se tornam definitivas, caso não haja resistência, por parte do demandado.

O artigo 808 do CPC francês disciplina o *référé classique*, estatuinto que “[...] em todos os casos de urgência, o presidente do tribunal distrital pode ordenar, em *référé*, todas as medidas que não enfrentem uma contestação séria ou que justifiquem a existência de um litígio”<sup>5</sup>.

Segundo Chainais<sup>6</sup>, o referido dispositivo exige o requisito da urgência para as hipóteses ali previstas: a) Ausência de contestação séria, por parte do réu, em razão da probabilidade do direito do autor; e b) Existência de um direito essencialmente litigioso.

Contudo, o instituto do *référé* foi, paulatinamente, alargando suas hipóteses para além da concepção de urgência. A modificação legislativa ocorrida em 1987<sup>7</sup>, alterando a redação do artigo 809 do CPC francês, trouxe uma ampliação do procedimento do *référé*, adaptando-o às necessidades do direito material violado ou ameaçado de violação. Embora o objetivo maior tenha sido dar maior efetividade e celeridade à tutela jurisdicional<sup>8</sup>, na prática, tal alteração provocou um aumento dos poderes do *juge des référés*<sup>9</sup>.

O artigo 809 do CPC francês<sup>10</sup>, primeira parte, estatui que, mesmo quando houver uma contestação séria, o juiz pode prescrever, em *référé*, medidas provisórias ou de reintegração necessárias, seja para prevenir um dano iminente, seja para fazer cessar um direito manifestamente ilegal; na segunda parte, afirma que, quando a obrigação não for seriamente contestada, pode-se ordenar, em caráter provisório, a execução da obrigação, mesmo que seja uma obrigação de fazer.

Trata-se da modalidade conhecida como *référé provision*, sendo o exemplo mais notável de um *référé*, cuja execução *não é submetida à urgência*<sup>11</sup>. Na primeira parte, a decisão de *référé* expande-se para outras situações além da necessidade de urgência no provimento jurisdicional, admitindo o deferimento da medida quando houver violação da regra de direito, ainda que tenha havido manifestação contrária, por parte do réu; na segunda parte, embora mantenha a exigência de ausência de contestação séria, por parte do réu, amplia a aplicação dos *référés* para as hipóteses de obrigação de fazer, deixando claro que as *ordonnances de référé* não se limitam à comprovação de eventual urgência no provimento jurisdicional, podendo ser admitidas, também, diante de violação da regra de direito, ainda que seriamente contestada.

Diferentemente do nosso país<sup>12</sup>, no sistema francês, a concessão da tutela provisória, em *référé*, pode dar-se não apenas quando houver a mera aparência ou probabilidade do direito, associada à ausência de uma contestação séria, mas também diante da própria litigiosidade do direito.

5 Art. 808: “Dans tous les cas d’urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l’existence d’un différend”.

6 CHAINAIS, 2007, p. 70.

7 Cf. Decreto n. 85-1330/1985 (art. 8) e Decreto n. 87-434/1987 (art. 1).

8 Cf. CHAINAIS, 2007, p. 9.

9 Cf. COUCHEZ, 1986, p. 39-40.

10 Art. 809: “Le président peut toujours, même en présence d’une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s’imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l’existence de l’obligation n’est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l’exécution de l’obligation même s’il s’agit d’une obligation de faire”.

11 Cf. PAIM, 2012, p. 99-100.

12 O CPC de 2015 não albergou a estabilização da tutela para as situações de tutela da evidência, somente sendo admissível para as tutelas provisórias antecipatórias antecedentes.

Assim, o instituto do *référé*, que era inicialmente ligado à concepção de urgência, atualmente pode ser concedido, tanto nas hipóteses de tutela de *urgência* quanto nas de tutela da *evidência*, isto é, não há a necessidade de comprovação do dano, basta a existência de uma obrigação que não seja confrontada pela parte adversa, pois a ausência de uma refutação demonstra a evidência do direito pleiteado pelo autor.

Nos artigos 484 a 492 do CPC francês, estão disciplinadas as *ordonnances de référé*, no seu sentido geral e procedimental. Estatui o referido artigo 484 que *référé* é uma decisão, em princípio, provisória, concedida a pedido de uma parte a outra, já presente com o processo principal em andamento, podendo o juiz ordenar medidas necessárias à realização do direito do exequente<sup>13</sup>.

O *référé* é um procedimento atípico e autônomo, em relação ao julgamento definitivo de mérito. O juiz oferece uma regulamentação provisória a uma situação litigiosa, deixando ao Juízo definitivo do mérito a análise da matéria contraditada.

Isso ocorre porque, diferentemente do que se dá em nosso ordenamento processual, no sistema francês há uma repartição de competência, não se cumulando, no mesmo Juízo, o julgamento do processo principal e a concessão da tutela provisória. Portanto, cabe ao *juge des référés* a competência para a concessão da tutela antecipatória pleiteada, ficando a competência do julgamento do processo principal para outro magistrado, caso a parte não se contente com a decisão provisória exarada e queira instaurar o processo de mérito para obter uma cognição exauriente.

O recurso ao *juge des référés* é, portanto, um procedimento autônomo que não se liga à demanda principal, não sendo sucedido, como regra, por uma fase cognitiva exauriente. Trata-se de uma cognição sumária, de caráter provisório, que a lei confere ao magistrado – que não é o competente para o julgamento do processo principal –, para que ele determine a adoção de medidas necessárias ao atendimento das peculiaridades do caso concreto.

É lógico que as partes podem, não se contentando com a decisão judicial proferida no *référé*, interpor recurso, conforme dispõe o artigo 490<sup>14</sup> do CPC francês, ou ajuizar nova demanda, a fim de obter cognição exauriente, pois, como se trata de decisão proferida em caráter provisório, sempre há a possibilidade de instauração de um processo de cognição plena. Tais meios de impugnação, no sistema francês, podem ocorrer simultaneamente, pois não são excludentes. A impugnação da decisão não prejudica a instauração do processo de cognição plena e vice-versa<sup>15</sup>.

Contudo, o grau de autonomia e de independência conferido à tutela provisória, no procedimento francês do *référé*, acabou repercutindo no comportamento dos sujeitos processuais, que, paulatinamente, passaram a contentar-se com a *ordonnance de référé*, deixando de ajuizar novas demandas, com o intuito de obter uma cognição exauriente<sup>16</sup>.

13 Art. 484: "L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires".

14 Art. 490: "L'ordonnance de référé peut être frappée d'appel à moins qu'elle n'émane du premier président de la cour d'appel ou qu'elle n'ait été rendue en dernier ressort en raison du montant ou de l'objet de la demande. L'ordonnance rendue en dernier ressort par défaut est susceptible d'opposition. Le délai d'appel ou d'opposition est de quinze jours".

15 Cf. PAIM, 2012, p. 115.

16 O procedimento do *référé* é caracterizado pela celeridade e pela simplicidade. Não tem prazos fixos, dispensa a representação processual por advogado e é, principalmente, oral (CHAINAIS, 2007, p. 266-267).

O *référé* francês é marcado por uma autonomia procedimental, desde o seu nascimento, porque sua existência não depende de um processo principal de mérito em curso, ou a ser ajuizado em algum prazo breve, e a extinção de eventual processo principal não provoca, em princípio, a extinção da tutela provisória. Afirma Paim<sup>17</sup>:

[...] embora o demandado possa se insurgir com a tutela concedida e instaurar um processo de mérito [...] trata-se de uma possibilidade e não de uma exigência legal. Considerando a possibilidade de jamais ser iniciado posteriormente um processo de mérito, não é de se excluir a hipótese de que a decisão provisória possa ser levada a perdurar indefinidamente. O *référé* abre a possibilidade de um provisório com duração indeterminada.

Desse modo, ainda que a decisão do *référé* seja provisória, calcada em cognição sumária e potencialmente reformada, seja por demanda autônoma, seja por via recursal, as partes optam pela estabilização da ordem do *référé*, tornando-se a Justiça mais célere e facilitando-se a composição do conflito. Elas simplesmente se contentam, na maioria das vezes, com o provimento jurisdicional sumário exarado, transformando o que era provisório, no plano jurídico, em definitivo, no *plano fático*<sup>18</sup>.

Estudos estatísticos realizados no ordenamento jurídico francês revelaram a pequena quantidade de processos de mérito exaurientes após a decisão do *juge des référés*, a demonstrar o comportamento processual dos jurisdicionados franceses, que consideram definitiva a tutela antecipatória, apesar de fundada em cognição sumária<sup>19</sup>.

O que se observa é que, embora o *référé* surja como um juízo de urgência, com o tempo, foi sendo remodelado, conformando-se as partes com um provimento judicial fundado em cognição sumária porque, paulatinamente, passou-se a admitir que o juiz do *référé* pudesse colocar fim a uma situação concreta, sem que houvesse a necessidade de julgar o mérito do litígio, admitindo-se sua intervenção quando houvesse flagrante ilegalidade; aos poucos, foi reconhecido ao juiz do *référé* o poder de decidir sobre o direito das partes, quando evidente e não seriamente contestado<sup>20</sup>.

A independência e a autonomia do *référé* são uma realidade no sistema francês, o que demonstra a adesão ao referido instituto, que, culturalmente, passou a consolidar a opção por uma resposta rápida, célere e tempestiva para a solução do litígio, ao invés de uma cognição exauriente, mas calcada em um trâmite processual demorado. É difícil as partes ingressarem com o procedimento comum, buscando uma cognição exauriente para reformar a decisão provisória, porque há um alto índice de satisfação dos jurisdicionados franceses com a decisão judicial proferida no *référé*. Tudo isso confere, culturalmente, à *ordonnance de référé*, uma qualificação de *definitividade fática*<sup>21</sup>.

A independência do procedimento do *référé* acaba provocando uma independência de fato da decisão provisória, sendo possível que a decisão definitiva não intervenha jamais, e que o provisório se torne definitivo no mundo factual.

17 PAIM, 2012, p. 176.

18 Cf. CHAINAIS, 2007, p. 402.

19 Cf. VALIM, 2015, p. 499.

20 Cf. CAPRASSE; AYDOGDU, 2010, p. 148.

21 Cf. MOREIRA, 2004, p. 89-105.

Vale ressaltar que a decisão do *référé* tem sempre o caráter de definitividade, mas não provoca a formação da coisa julgada, em razão do seu caráter provisório, podendo ser modificada por sentença posterior ou de forma incidental, quando ocorram fatos novos<sup>22</sup>. É importante salientar que se trata de uma decisão provisória, baseada em cognição sumária, sem autoridade de coisa julgada, mas que assume um caráter definitivo factualmente – as partes simplesmente se contentam com a decisão exarada no *référé*.

Em suma, no sistema da França, a lei não diz que a decisão provisória, proferida em *référé*, fará coisa julgada, ou que assumirá caráter definitivo, mas isso ocorre no mundo factual, em razão da longa tradição de aplicação das tutelas provisórias naquele país, onde a aceitação de imutabilidade das tutelas provisórias de cognição sumária foi sendo construída, culturalmente, no plano prático-fenomenológico.

## 2. A INFLUÊNCIA DO RÉFÉRÉ FRANCÊS NO INSTITUTO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA E A INCONGRUÊNCIA DO ARTIGO 304, § 6º, DO CPC

O instituto do *référé* francês, embora seja um procedimento provisório que não produza coisa julgada material, e possa ser modificado por decisão posterior, assume um caráter de definitividade, em razão de sua aceitação pelos jurisdicionados franceses. A diminuição de processos decorrentes desse comportamento processual acaba sendo um corolário positivo do *référé*, que não decorre de imposição legislativa.

Influenciado pelo procedimento do *référé* francês, o nosso legislador estatuiu, nos artigos 303 e 304 do CPC de 2015, a estabilização da tutela provisória antecipatória antecedente<sup>23</sup>, cujo fulcro maior é, seguindo o seu instituto inspirador, criar uma cultura de definitividade para as decisões provisórias, e assim poder alcançar seu corolário: a diminuição da excessiva judicialização dos conflitos.

Para obter tal mister, o novo sistema legal traz um regime inovador, que é a possibilidade de fazer um pedido de tutela de urgência satisfativa, de modo antecedente à discussão da questão de fundo, propriamente dita<sup>24</sup>, possibilitando ao demandante requerer a mencionada tutela, antes mesmo da formulação do pedido de tutela definitiva<sup>25</sup>; se a medida assim requerida e deferida não for confrontada pela parte contrária, ela se estabiliza.

A antecipação da tutela, tradicionalmente, em nosso sistema, foi concebida dentro do procedimento que visa à obtenção da tutela final, e a sua concessão não obsta à evolução procedimental, rumo à prestação da tutela definitiva, pois a regra, no processo civil, é de que, à provisoriedade do juízo da antecipação da tutela, segue-se, igualmente, a sua interinalidade procedimental<sup>26</sup>.

O sistema atual de estabilização da tutela antecipada, formalizada nos artigos 303 e 304 do CPC de 2015, rompe com esse perfil tradicional de instrumentalidade e de acessoriedade, estatuiu que, na petição inicial, o autor pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada, e apenas à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo (CPC, art. 303).

22 Cf. Art. 488 do *Code de Procédure Civile* francês: "L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles".

23 O modelo francês do *référé*, antes de influenciar os nossos doutrinadores, inspirou o sistema italiano da tutela sumária. É o que diz DENTI (2004, p. 137): "[...] il modelo di questa riforma è rappresentato dal *référé* francese".

24 Cf. DIAS, 2017, p. 119.

25 Cf. JOBIM; POZATTI, 2015, p. 404.

26 Cf. MITIDIERO, 2017, p. 14.

Há uma quebra de paradigma com o novo sistema, que permite a conservação da eficácia da medida antecipada, independentemente da discussão da tutela definitiva, desde que deferida e não confrontada pela parte adversária, quando a urgência for contemporânea à propositura da ação.

Tal como o instituto do *référé* nas suas origens, o procedimento da estabilização da tutela surge associado à concepção de urgência, pois, conforme afirma Macedo<sup>27</sup>, “[...] a urgência, atrelada ao perigo de dano, é condição *sine qua non* para a concessão da aludida medida”. Contudo, diferentemente do procedimento do *référé*, em que a tutela provisória é autônoma – o *juge des référés* não cumulando o julgamento do processo principal e a concessão da tutela provisória –, em nosso país cabe ao mesmo juízo o julgamento da tutela provisória e da definitiva. A solução encontrada foi permitir duas possibilidades distintas no mesmo processo para a parte requerente: buscar tão somente a concessão da tutela antecipada satisfativa ou pretender, também, o pronunciamento judicial exauriente. Esse sistema dual permite que se resolva o litígio com a concessão da liminar, tornando desnecessário o prolongamento do processo para a obtenção de pronunciamento de mérito definitivo, quando não há interesse das partes<sup>28</sup>.

Desse modo, concedida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, caso o autor proceda ao aditamento da petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, o processo prosseguirá, com a intimação e a citação do réu. Contudo, na eventualidade de não apresentação de recurso<sup>29</sup>, a tutela provisória concedida em caráter antecedente *tornar-se-á estável* e o processo será extinto, isto é, ante a inércia do réu em interpor recurso, o juiz extingue o processo.

O julgamento proferido em estabilização da tutela gera uma *estabilidade endoprocessual*, provocando a cessação da litispendência<sup>30</sup>. Assim, pela terminologia tradicional, estar-se-ia diante da formação de *coisa julgada formal* sobre a decisão que concede a tutela antecipada, uma vez que ocorre preclusão máxima, a partir da extinção do processo, prevista no § 1º do artigo 304 do CPC<sup>31</sup>.

Com a estabilização, o processo ultima-se e qualquer das partes poderá intentar, dentro do prazo de dois anos, ação para *rever* (a revisão deve ocorrer por motivos contemporâneos à constituição do ato revisível, e não por fato superveniente), *reformular* (emissão de *dictum* oposto ao estabelecido anteriormente) ou *invalidar* (desconstituir por anulação ou por nulificação, em função de falha no suporte fático da decisão)<sup>32</sup>.

O processo principal apenas será proposto, caso as partes apresentem interesse em obter uma decisão definitiva sobre o direito controvertido, após a cognição exauriente<sup>33</sup>. Desse modo, a medida urgente permanecerá em vigor, até que o réu promova a ação de cognição exauriente, a fim de demonstrar a inexistência do suposto direito do autor, uma vez que a estabilização refere-se à possibilidade de conservação da eficácia da medida antecipada, independentemente de confirmação posterior, por decisão de mérito.

27 MACEDO, 2015, p. 208.

28 Cf. DIAS, 2017, p. 119-120.

29 Na doutrina, por todos, defendendo uma interpretação ampliativa do termo recurso, admitindo que qualquer mecanismo de impugnação impediria a sua estabilização: MARINONI, 2017, p. 235-236.

30 Cf. GOUVEIA FILHO; PEIXOTO; COSTA, 2016, p. 565.

31 Cf. LIMA; EXPÓSITO, 2015, p. 183.

32 Cf. GOUVEIA FILHO; PEIXOTO; COSTA, 2016, p. 563.

33 Cf. RAATZ; ANCHIETA, 2015, p. 268.

Assim, a revisão, reforma ou invalidação, previstas no referido artigo 304, § 2º, do CPC, deverão ocorrer, mediante a propositura de uma ação nova, porque, necessariamente, o processo inicial será extinto, sem resolução do mérito, uma vez que a estabilização ocorre em uma fase do processo em que o pedido principal ainda não foi formulado<sup>34</sup>. Contudo, a extinção do processo não enseja a perda da efetividade da liminar concedida, a qual continuará vigendo enquanto não for ajuizada uma ação autônoma para revisá-la, reformá-la ou invalidá-la.

Observe-se que, no sistema francês, como há uma repartição de competência, cabe ao *juge des référés* a competência exclusiva para a concessão da tutela antecipatória pleiteada, ficando para outro Juízo o encargo do julgamento do processo principal; logo, a parte que não se contente com a decisão provisória, pode impugná-la ou instaurar o processo de mérito para obter uma cognição exauriente, porque a impugnação da decisão não prejudica a instauração do processo principal e vice-versa.

Esse procedimento autônomo acabou conferindo uma autonomia às decisões proferidas pelo *juge des référés*. Com efeito, o *référé*, além de existir, desde o século XVII, na França, adquiriu uma definitividade pela aceitação dos jurisdicionados franceses.

Mas, no Brasil, além de nossa cultura ser pautada pela litigiosidade, o sistema de antecipação da tutela sempre foi marcado pela instrumentalidade e pela acessoriedade. Por isso, a quebra do paradigma, permitindo a conservação da eficácia da medida antecipada, independentemente da discussão da tutela definitiva, não é suficiente para impor uma imutabilidade às decisões proferidas em caráter provisório, razão pela qual o legislador tentou fazê-lo por via normativa, acabando por gerar uma incongruência legislativa.

É o que se observa quando o § 6º do artigo 304 do CPC prevê que, ultrapassado o prazo de dois anos, sem o ajuizamento de uma ação autônoma, a decisão que concede a tutela provisória antecedente é atingida por uma espécie de *estabilidade qualificada*<sup>35</sup>. Ainda que não se denomine coisa julgada *material*, o que o legislador almejou foi dar o efeito de imutabilidade da decisão à tutela provisória.

Constata-se, desse modo, um salto considerável com o transcurso do prazo de dois anos, e, “[...] de uma mera impossibilidade de alteração no processo que se finda, passa-se à imutabilidade das eficácias antecipadas”<sup>36</sup>, verificando-se uma conjuntura favorável à produção de diversificadas teses no campo doutrinário, uma vez que, por meio de uma análise hermenêutica do artigo 304 do CPC, percebe-se a incongruência que exsurge do novo regramento legal. O § 6º do mencionado artigo, em um primeiro momento, deixa nítida a não ocorrência de coisa julgada: “A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada [...]”. No entanto, logo após, dispõe: “[...] mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo”. Aparentemente, após o prazo para revisão, reforma ou invalidação, não haveria outra forma de afastar a estabilidade, ou seja, os efeitos tornar-se-iam imutáveis.

Dessa maneira, o legislador torna clara a intenção de não conferir a imutabilidade inerente à coisa julgada, porém, a redação sugere o contrário, no momento em que inviabiliza que os efeitos da estabilização sejam afastados após o prazo de dois anos, perpetuando tais efeitos *ad eternum* e tornando-os até mais rígidos que os da coisa julgada.

34 No sentido do texto, entendem que a extinção é sem resolução de mérito DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA (2015, p. 612). Em sentido contrário, defendem que a extinção do processo ocorre *com resolução de mérito*, pois o pedido de tutela foi acolhido integralmente, MARINONI; ARENHART; MITDIERO (2015, p. 216); REDONDO (2015, p. 177) e SOUZA (2014, p. 151-186). Afirmam MARINONI; ARENHART; MITDIERO (2015, p. 216) que, não interposto o agravo, estabiliza-se a decisão e o processo deve ser extinto, *com resolução de mérito favorável* ao demandante, pois a decisão provisória projetará seus *efeitos para fora do processo*.

35 Terminologia utilizada por parte da doutrina: GOUVEIA FILHO; PEIXOTO; COSTA (2016, p. 552); SICA (2016, p. 243).

36 Cf. GOUVEIA FILHO; PEIXOTO; COSTA, 2016, p. 571.

Em suma, o instituto do *référé* francês foi importado para o nosso país, cuja cultura é marcada pela litigiosidade em massa e pela interposição de recursos protelatórios, e, portanto, sem uma mentalidade receptiva para a aceitação de decisões provisórias com caráter definitivo. Por outro lado, como não se importa uma tradição cultural, a tentativa do legislador, ao fazê-lo, foi oscilante, provocando uma incongruência legislativa, gerando várias interpretações doutrinárias que bem demonstram essa hesitação, ora buscando ser fiéis ao nosso sistema processual, ora tentando implementar a verdadeira intenção do legislador.

### 3. AS DIVERSAS CORRENTES DOUTRINÁRIAS DECORRENTES DA TENTATIVA DE ADAPTAÇÃO DE UM SISTEMA CULTURALMENTE DIFERENTE DO NOSSO

Em virtude da importação de um sistema diferente do nosso, várias interpretações têm sido dadas pela doutrina ao disposto no artigo 304, § 6º, do CPC, ora indo ao encontro do sistema alienígena, e assim admitindo uma tutela antecipatória provisória com eficácia autônoma e definitiva, ora mantendo-se fiel ao nosso sistema processual, rechaçando qualquer interpretação de definitividade que não seja albergada pelo sistema e, desse modo, simplesmente ignorando o disposto no referido dispositivo.

Uma primeira corrente, representada por Greco<sup>37</sup>, Lopes<sup>38</sup> e Redondo<sup>39</sup>, cuja interpretação vai ao encontro da intenção do legislador e, assim, do *référé* francês, admite a formação da coisa julgada material, após o prazo de dois anos da decisão que estabilizou a tutela antecipatória antecedente.

Segundo os referidos doutrinadores, após a estabilização da tutela antecipada antecedente, concedida mediante decisão interlocutória (fundada sem cognição exauriente) e a extinção do processo mediante sentença definitiva, começa a correr o prazo decadencial de dois anos para a propositura de ação autônoma destinada à modificação dos efeitos da tutela estabilizada e do debate do direito material. Decorrido tal biênio, sem a propositura da referida demanda, há decadência do direito material, formando-se a coisa julgada material, tornando-se cabível a propositura da ação rescisória, porque, de acordo com Redondo<sup>40</sup>, a decisão interlocutória, concessiva da tutela antecipada antecedente, embora não seja exauriente, é decisão de mérito que reconhece o direito material.

Admite Greco<sup>41</sup>, após afirmar a importância da autonomia da vontade das partes para a geração da coisa julgada nos procedimentos de cognição sumária, que a decisão da estabilização da tutela é apenas uma das situações que se encontram no nosso sistema, em que a coisa julgada material é determinada pela atuação das partes, tal como se dá na renúncia, no reconhecimento jurídico do pedido, na transação, na revelia etc.

Vale ressaltar que, embora em algumas situações específicas o nosso sistema atribua qualidade de coisa julgada a decisões proferidas em um grau sumário de cognição (juizados especiais, procedimento monitorio), tal não se dá com o julgamento antecipado, em razão da revelia do réu. Nesses casos, o juiz declara a existência ou inexistência do direito posto em julgamento, com base em sua convicção proveniente das provas constantes dos autos, enquanto na tutela antecipada o julgador faz uma análise baseada no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, sem declarar a existência ou não do direito do autor<sup>42</sup>.

37 GRECO, 2014, p. 287.

38 LOPES, 2016, p. 204.

39 REDONDO, 2015, p. 188.

40 Idem, *ibidem*.

41 GRECO, 2014, p. 287-288.

42 Cf. BUIKA, 2017, p. 311.

Há uma intensa sumariedade do procedimento descrito nos artigos 303 e 304 do CPC, que o difere das hipóteses em que se admite a exceção à regra da cognição exauriente, impedindo a formação da coisa julgada<sup>43</sup>. Apesar das semelhanças com a função negativa da coisa julgada, no que diz respeito ao impedimento de nova ação com a mesma finalidade, o instituto da coisa julgada é incompatível com a natureza da decisão proferida no âmbito da tutela antecipada antecedente, porque há um obstáculo para a configuração da função positiva da coisa julgada: em momento algum, o Juízo realiza declaração sobre a existência ou inexistência do direito do autor. Com efeito, a função positiva da coisa julgada impõe a obediência da decisão em processos futuros entre os mesmos litigantes. Ora, se a decisão proferida não chega a adentrar o mérito (porque não chega a resolvê-lo), inviabiliza-se sua observância futuramente.

Vale ressaltar que a coisa julgada assegurada na Constituição Federal (CF, art. 5º, XXXVI) acarreta a estabilização da decisão de mérito, baseada em cognição exauriente, e a decisão que a encampa somente pode ser desconstituída no âmbito de uma ação própria, a ação rescisória, nos prazos e hipóteses elencados pelo legislador (CPC, art. 966 e 975). Diferentemente, a decisão que concede a tutela antecipatória antecedente lastreia-a em cognição sumária, podendo ser desconstituída por uma ação autônoma que terá como objeto o próprio direito material (CPC, art. 304, § 2º).

Há uma discrepância por essência, que já foi apontada pela doutrina<sup>44</sup>, sendo de duvidosa legitimidade constitucional equiparar os efeitos do procedimento comum, realizado em contraditório, com ampla defesa e direito à prova, àqueles que ocorrem em um procedimento que tem uma sumariedade formal e material bastante acentuada.

Ainda nessa mesma linha, tentando dar uma interpretação mais próxima do direito alienígena, admitindo uma eficácia definitiva às decisões de caráter provisório, uma segunda corrente – representada, entre outros, por Didier Jr.; Braga; Oliveira<sup>45</sup>, Oliveira<sup>46</sup> e Souza<sup>47</sup> – entende que a estabilização da tutela antecedente produziria um efeito de imutabilidade *ad eternum*, plena e absoluta.

Para os partidários dessa corrente, a estabilização da tutela antecedente produziria, não coisa julgada material, mas uma estabilidade eterna. Assim, esgotado o prazo de dois anos sem a propositura da ação de modificação, não caberia qualquer ação. Nem a demanda autônoma, porque a parte deixou de ajuizá-la no prazo legal para discutir o mérito, nem a rescisória, porque os que se estabilizam com a tutela antecipatória antecedente são os seus efeitos e não o conteúdo, pois “[...] a coisa julgada recai sobre o conteúdo da decisão, não sobre seus efeitos; é o conteúdo, não a eficácia, que se torna indiscutível com a coisa julgada”<sup>48</sup>.

Segundo tais doutrinadores, ultrapassado o prazo de dois anos para o ajuizamento da ação, visando reformar, reaver ou invalidar a decisão que concedeu a tutela provisória, seria incabível a ação rescisória, uma vez que não haveria coisa julgada material para desconstituir, porque enquanto esta (coisa julgada) recai sobre o conteúdo da decisão, naquela (tutela antecipada antecedente) são os seus efeitos que estabilizam<sup>49</sup>.

43 Cf. LOPES, 2016, p. 205.

44 Cf. MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 217.

45 DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 612.

46 OLIVEIRA, 2015, p. 225-250.

47 SOUZA, 2014, p. 151-186.

48 Cf. DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 612.

49 “[...] após os dois anos para a propositura da ação para reformar, reaver ou invalidar a decisão que concedeu a tutela

Enfim, sustenta a referida corrente uma imutabilidade absoluta e plena, transcorrido o prazo de dois anos, tornando-se a decisão integralmente inapugnável. Não se pode deixar de registrar que, embora não se nomine de coisa julgada material, a referida decisão, que exsurge do transcurso do prazo de dois anos, ficaria estabilizada *ad eternum*, porquanto não poderia sofrer revisão. Na prática, a decisão de estabilização da tutela acarretaria os mesmos efeitos da coisa julgada, e o que é preocupante, *sem julgar o mérito*, pois se trataria de uma decisão baseada em cognição sumária que jamais poderia ser modificada.

Ademais, segundo essa corrente, estar-se-ia dando ao silêncio da parte um efeito muito maior do que a sua própria manifestação no processo. Isto porque, segundo a sistemática processual, a manifestação da parte nos autos gera a coisa julgada material, passível de rescisória, enquanto, de acordo com tal posicionamento, o seu silêncio provocaria a imutabilidade absoluta, incabível de desconstituição por qualquer via judicial.

Há, ainda, uma terceira corrente que, ao contrário das anteriores, vai ao encontro do sistema, distanciando-se, no entanto, da intenção do legislador, que é dar eficácia definitiva às tutelas de caráter provisório. Tal corrente – representada por autores como Marinoni; Arenhart; Mitidiero<sup>50</sup>, e Mitidiero<sup>51</sup>, Talamini<sup>52</sup>, e Wambier; Conceição; Ribeiro; Mello<sup>53</sup> – defende a ausência de formação de coisa julgada material e, conseqüentemente, a inadequação da propositura de ação rescisória, admitindo, no entanto, o cabimento de demanda autônoma para discutir o direito material, após o prazo previsto no § 6º do artigo 304 do CPC.

Afirma a referida parcela da doutrina que a cláusula do devido processo legal (CF/1988, art. 5º, LIV) impede que seja atribuída a qualidade de coisa julgada a uma decisão proferida, com base em cognição superficial, provisória, sujeita à confirmação<sup>54</sup>, sendo, por isso, de duvidosa legitimidade constitucional equiparar os efeitos do procedimento comum, que exige contraditório, ampla defesa e direito à prova, aos efeitos de um procedimento de exacerbada sumariedade formal e material<sup>55</sup>. Sustentam que a opção por uma decisão célere, desprezando uma investigação mais completa e aprofundada das questões fundamentais para a solução do litígio, tem como contrapartida a impossibilidade de obtenção de uma decisão definitiva<sup>56</sup>: “[...] a estabilização da tutela antecipada antecedente não pode lograr a autoridade da coisa julgada material – que é peculiar aos procedimentos de cognição exauriente”<sup>57</sup>. Desse modo, passado o prazo de dois anos, continua sendo possível o exaurimento da cognição, até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes (por exemplo, a prescrição, a decadência e a *supressio*)<sup>58</sup>.

---

provisória, os efeitos se tornam estáveis. Esses efeitos são estabilizados, mas apenas eles – a coisa julgada, por sua vez, recai sobre o conteúdo da decisão, não sobre seus efeitos; é o conteúdo, não a eficácia, que se torna indiscutível com a coisa julgada” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 612).

50 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 218; MARINONI, 2017, p. 234-238.

51 MITIDIERO, 2017, p. 147-148.

52 TALAMINI, 2012, p. 29.

53 WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 567.

54 Cf. TALAMINI, 2012, p. 29.

55 Cf. MITIDIERO, 2017, p. 147-148.

56 Idem, *ibidem*.

57 Cf. MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 218.

58 “[...] até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes (por exemplo, a prescrição, a decadência e a *supressio*)” (MITIDIERO, 2017, p. 147-148).

Adotando o mesmo posicionamento, Wambier et al.<sup>59</sup> afirmam que o prazo de dois anos encerra a possibilidade de reabertura da discussão do processo extinto nos exatos limites e contornos da lide originária:

Passado esse prazo, diante da inexistência de coisa julgada acerca da matéria, nada impede que qualquer das partes, respeitados os prazos prescricionais pertinentes, ingresse com uma nova demanda com cognição exauriente, que diga respeito ao mesmo bem da vida discutido na ação que foi extinta<sup>60</sup>.

Contudo, o que se observa é que o referido posicionamento acaba tornando letra morta as regras dos §§ 2º, 3º, 5º e 6º do artigo 304 do CPC, porque, conjugadas, conduzem ao entendimento de que a tutela antecipada estabilizada somente pode sofrer modificações dentro de dois anos, por meio de uma demanda específica, e a referida corrente sustenta que, transcorrido o prazo de dois anos, ainda será possível o exaurimento da cognição.

Realmente não há utilidade em a lei determinar um prazo de dois anos para propor uma ação específica se, transcorrido esse prazo sem a propositura da referida ação, a parte puder propor outra ação – aparentemente diferente – capaz de produzir os mesmos efeitos daquela ação que não se propôs, e em prazo até maior<sup>61</sup>. Em outras palavras, “[...] se há a previsão de um prazo para o exercício de um poder para a parte é porque, caso ela não cumpra o ônus que lhe é imputado, consequências deverão advir-lhe”<sup>62</sup>.

Em suma, todas as correntes doutrinárias desenhadas acima apresentam vulnerabilidades. A corrente que defende a formação da coisa julgada material, admitindo a ação rescisória após o prazo de dois anos, é contrária ao nosso sistema, que não alberga a formação da coisa julgada material quando não há declaração a respeito da existência do direito. Aqueles que entendem que, após o prazo de dois anos, há uma estabilização *ad eternum*, criam um instituto jurídico que vai de encontro ao nosso CPC, com efeitos e repercussões práticas piores, quando comparados aos da coisa julgada. Por fim, entender que continua sendo possível o ajuizamento da ação, mesmo após de dois anos, é admitir que a lei nada disse, ignorando totalmente os dispositivos do CPC de 2015.

Tais posicionamentos, tão díspares, são consequência da oscilação do legislador, na tentativa de impor uma definitividade à tutela provisória, que legalmente não é albergada pelo nosso sistema processual, razão pela qual se passa a apresentar, no próximo tópico, uma solução que atenda à intenção do legislador e ao nosso sistema processual.

#### 4. UMA SOLUÇÃO INTERPRETATIVA, CONSOANTE O NOSSO SISTEMA PROCESSUAL E A INTENÇÃO DO LEGISLADOR

O legislador afirmou, expressamente, que a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada material, mas, ao mesmo tempo, dispôs que, após o prazo de dois anos para revisão, reforma ou invalidação, a decisão será atingida por uma estabilidade, ou seja, os efeitos devem tornar-se imutáveis (CPC, art. 304, § 6º).

Considerando-se que, no nosso sistema, a imutabilidade dos efeitos da decisão somente ocorre com a coisa julgada material que incide sobre uma decisão de mérito, com cognição

59 WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 567.

60 Ver também: MARINONI; ARENHART; MITIDIERO (2015, p. 218), NEVES (2016, p. 493) e TALAMINI (2012, p. 28).

61 Cf. REDONDO, 2015, p. 186.

62 Cf. GOUVEIA FILHO; PEIXOTO; COSTA, 2016, p. 569.

exauriente, há de se questionar como se pode interpretar o termo estabilidade e, principalmente, como admitir a imutabilidade de uma decisão sumária que não declarou a existência ou inexistência da questão de direito.

A única solução é admitir que o réu possa arguir a matéria da lide originária, na qual se deferiu a tutela antecipatória, não em ação autônoma, mas como matéria de defesa, quando for demandado.

Essa possibilidade encontra-se amparada pelo nosso sistema processual, que permite, naquelas situações em que o demandado não pode mais ingressar com uma ação autônoma, que ele possa arguir a questão de direito em matéria de defesa, quando for réu.

É o que ocorre, por exemplo, no instituto da perempção, por meio do qual o autor perde o direito de demandar sobre aquela mesma situação substancial, não podendo mais levar o litígio ao Poder Judiciário, nem mesmo pela via da reconvenção. Contudo, a pretensão material do autor resta incólume: ele poderá deduzi-la como matéria de defesa, como exceção substancial, caso venha a ser demandado.

Tal se dá na estabilização da tutela antecipatória antecedente.

Poderá ocorrer de, em algum momento, o demandado ter a necessidade de resolver o direito subjetivo que deu origem à decisão provisória que foi estabilizada, mas, como não poderá fazê-lo, por meio da ação rescisória, nem pela ação autônoma (CPC, art. 304, § 5º), ser-lhe-á permitido arguir – aquela matéria cujos efeitos ficaram estabilizados – como direito de defesa, ao ser demandado. Afinal, o que o réu perde é *o direito de levar aquele litígio ao Poder Judiciário, e não o direito material*.

Por exemplo, pode-se dar que seja concedida uma tutela de urgência, de caráter antecedente, determinando o pagamento de uma prestação mensal de natureza alimentar, cujos efeitos foram estabilizados pela falta de impugnação do réu. Como cessar os efeitos de referida medida? Permanecerão, referidos efeitos, por tempo indeterminado? Conforme vimos, ultrapassado o prazo de dois anos, o réu não poderá ingressar com uma ação autônoma, nem tampouco poderá ajuizar a ação rescisória, porque o direito material não foi julgado; mas não poderia ele, quando demandado pelo autor, defender-se, arguindo o direito material que não chegou a ser objeto de julgamento?

No caso citado, o réu manteve-se silente e anuiu com o pagamento; todavia, se ele for demandado pelo autor – que, por exemplo, pode querer aumentar o valor da prestação –, poderá defender-se, questionando, inclusive, *o próprio direito material*, porque este jamais chegou a ser debatido. Pode-se admitir, ainda, que o réu “provoque” a ação do autor, deixando de efetuar o pagamento. Neste caso, se o autor ficar inerte, tudo fica como está – o autor não receberá o pagamento e o réu não poderá demandar em Juízo –; mas, se o autor ingressa com novo pedido reiterando o pagamento, na sua defesa o réu poderá questionar o direito material, que nunca chegou a ser debatido.

Enfim, se nenhum dos litigantes ingressar, no prazo de dois anos, com ação autônoma para rever, reformar ou invalidar a decisão que concedeu a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, ainda assim, haverá a possibilidade de, em havendo uma demanda judicial, ser trazida à discussão, no âmbito da defesa, a matéria de direito subjetivo; observando-se, obviamente, os prazos prescricionais e decadenciais eventualmente aplicáveis à espécie.

Assim, para uma interpretação que seja consentânea ao nosso sistema processual, que importou do sistema estrangeiro uma nova noção de estabilidade para o sistema das tutelas de urgência, deve-se admitir que não se trata daquela mesma estabilidade inerente ao instituto da coisa julgada material, nem tampouco pode-se desprezar as regras dos §§ 2º, 3º, 5º e 6º do artigo 304 do CPC. Portanto, a melhor interpretação é a que conduz ao entendimento de que,

ultrapassado o prazo de dois anos, a parte não poderá ingressar com rescisória, porque esta versa sobre o mérito, nem com ação autônoma, porque sobre esta já se operou a decadência, mas, como seu direito não foi objeto de julgamento, poderá deduzi-lo como matéria de defesa na ação em que for demandado.

Em suma, a estabilização da tutela ocorre pela falta de impugnação do réu, mas isso não significa que ele não possa – estabilizada a tutela – defender-se quando demandado, questionando o próprio direito material, porque o que o réu perde é o direito de demandar sobre aquela mesma situação substancial, isto é, sobre o direito de levar aquele litígio ao Poder Judiciário, e não o direito material, porque a pretensão material do autor continua inatingida, podendo ele deduzi-la como matéria de defesa, caso venha a ser demandado.

Tal interpretação vai ao mesmo tempo ao encontro da intenção do legislador e do nosso sistema processual, porque permite a imutabilidade da tutela provisória, sem que haja coisa julgada material ou estabilização *ad eternum*.

## CONCLUSÃO

A disciplina da estabilização da tutela, prevista nos artigos 303 e 304 do nosso CPC/2015, foi inspirada pelo nosso legislador no *référé* francês, buscando fazer repercutir, no ordenamento jurídico brasileiro, os efeitos positivos vislumbrados no sistema francês, no que concerne à expectativa de diminuição da litigiosidade em seara de cognição exauriente, e à consequente diminuição da carga de trabalho dos tribunais.

Contudo, ao tentar impor legalmente a definitividade da tutela provisória, o nosso legislador cometeu uma incongruência, porque, no direito francês, a imutabilidade das tutelas provisórias é fruto de um longo processo de construção cultural, não estando disciplinada pela lei.

Assim, o § 6º do artigo 304 do CPC/2015, após afirmar que a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada material, dispõe que, decorrido o prazo de dois anos para revisão, reforma ou invalidação, a referida decisão será atingida por uma estabilidade.

Várias são as correntes para definir os efeitos que ocorrem após o prazo de dois anos, quando a parte não ingressa com a ação autônoma, havendo os que defendem: a) A formação da coisa julgada material; b) Uma imutabilidade *ad eternum*, plena e absoluta; c) A possibilidade de ajuizamento de demanda autônoma para discutir o direito material, mesmo após o prazo de dois anos.

Todas as correntes acima acabam criando insegurança na aplicação do dispositivo, pois geram uma triste opção: ou se aplica o disposto no CPC/2015, atendendo o fulcro do legislador, e se ignoram os institutos do nosso sistema processual, ou se despreza o dispositivo legal e se aplicam os institutos processuais.

Deve-se interpretar o dispositivo, conciliando a intenção do legislador com o nosso sistema processual, permitindo a imutabilidade da tutela provisória, sem que haja a formação da coisa julgada material ou uma estabilização eterna.

A solução preconizada é que o réu, ultrapassado o prazo de dois anos, possa arguir a matéria de direito subjetivo *como matéria de defesa, quando for demandado*.

Se o objetivo primordial da técnica de estabilização é tornar eventual e facultativo o exercício da cognição exauriente, para dirimir o conflito submetido ao Estado-Juiz, caso nenhum dos litigantes ingresse, no prazo de dois anos, com ação autônoma para rever, reformar ou invalidar a decisão que concedeu a tutela antecipada, a solução ficará estabilizada, não podendo ser alterada pelas partes, mas isso não significa dizer que houve coisa julgada material ou qualquer efeito de imutabilidade, pois, se o direito material não foi objeto de decisão pelo juiz, haverá a possibilidade de, em futura demanda judicial, ele ser trazido à luz, no âmbito da defesa, observando-se os prazos prescricionais e decadenciais eventualmente aplicáveis à espécie.

## REFERÊNCIAS

- BUIKA, Heloisa Leonor. A ambiguidade da estabilização dos efeitos da tutela antecipada e a coisa julgada no novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 267, maio 2017.
- CAPRASSE, Olivier; AYDOGDU, Roman. *Les conflits entre actionnaires: prévention et résolution*. Bruxelas: Larcier, 2010.
- CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*. Paris: Dalloz, 2007.
- COUCHEZ, Gérard. *Procédure civile*. 4. ed. Paris: Sirey, 1986.
- DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2004.
- DIAS, Jean Carlos. *Tutelas provisórias no novo CPC*. Tutelas de urgência, tutela de evidência. Salvador: Juspodivm, 2017.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. V. 2. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: Uma versão aperfeiçoada. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, jul.-dez. 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/26611/18979>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 10, jul.-dez. 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20351/14692>. Acesso em: 5 jun. 2018.
- \_\_\_\_\_. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, jul.-dez. 2014. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14541/15862>. Acesso em: 10 jul. 2018.
- JOBIM, Marco Félix; POZATTI, Fabrício Costa. Aspectos procedimentais da tutela de urgência satisfativa requerida em caráter antecedente. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 16, jul.-dez. 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19970/14313>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- LIMA, Bernardo Silva de; EXPÓSITO, Gabriela. Porque tudo que é vivo, morre: Comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no novo CPC. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 250, dez. 2015.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada. In: BUENO, Cassio Scarpinella et al. (coord.). *Tutela provisória no novo CPC*. Dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MACEDO, Elaine Harzheim. Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: Procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: Um novo caso de preempção? In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 250, dez. 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 23, p. 62-74, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Processual: Oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- OLIVEIRA, Weber Luiz de. Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado. Estabilização da estabilização? In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 242, abr. 2015.
- PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 203, jan. 2012.
- RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Tutela antecipada, tutela cautelar e tutela da evidência como espécies de tutela provisória no novo Código de Processo Civil. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 15, jan.-jun. 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16873/12519>. Acesso em: 5 jun. 2018.
- REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 244, jun. 2015.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: DIDIER JR., Fredie et al. (org.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. 2. ed. Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada, v. 4. Salvador: Juspodivm, 2016.
- SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da Câmara dos Deputados em relação ao novo CPC: Da tutela de evidência e da tutela satisfativa última parte. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 235, set. 2014.
- TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: A estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 209, jul. 2012.
- VALIM, Pedro Losa Loureiro. A estabilização da tutela antecipada. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 16, jul.-dez. 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/17132/14317>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: Artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

# Atos judiciais por meio eletrônico: Oportunidade para o progresso e a necessária preservação de garantias processuais constitucionais

GISELE MAZZONI WELSCH<sup>1</sup>

**A** pandemia de Covid-19 acarretou uma série de repercussões na esfera econômica, política e social, em âmbito mundial. São numerosos os efeitos e transformações produzidos ou acelerados pela pandemia, no sentido de implementar medidas de digitalização e virtualização no ambiente do Poder Judiciário, e na realização de atos judiciais em prol da adequada, efetiva e célere prestação jurisdicional.

Um dos mecanismos utilizados pelo sistema é o dos julgamentos/sessões virtuais, que não se confunde com as sessões por videoconferência, as quais geram algumas discussões entre os agentes do processo judicial. É inegável que a agilização do processo de digitalização da Justiça brasileira viabilizou, ainda mais, nessa medida, a aplicação de meios de Inteligência Artificial (IA) para a otimização da celeridade processual e da qualidade da atividade jurisdicional.

Contudo, é preciso considerar a necessária preservação das garantias processuais constitucionais, como a ampla defesa e o contraditório, especialmente no que tange à sistemática dos julgamentos/sessões virtuais, em razão da impossibilidade de realização da sustentação oral no formato presencial ou de pedido de preferência pelo advogado da parte (no caso de serem requeridos, o processo é automaticamente excluído de pauta e aguardará a marcação de uma sessão presencial). A sessão por videoconferência funciona praticamente como uma sessão normal, porém realizada a distância. Há possibilidade de sustentação oral, também por meio remoto, que deverá ser solicitada no prazo de 48 horas antes da data da sessão, em formulário eletrônico disponível na página do tribunal respectivo.

As sessões de julgamento virtuais foram incorporadas nos tribunais superiores e, com isso, intensificaram-se as críticas quanto a possíveis lesões a garantias processuais constitucionais, como a ampla defesa e o contraditório, em função da impossibilidade da sustentação oral presencial, bem como de eventuais esclarecimentos de questões de fato. Há, ainda, a preocupação com a efetiva transparência e publicidade das sessões de julgamento.

Embora as práticas referidas muitas vezes não interfiram no conteúdo da decisão, o direito de realizá-las corresponde às garantias processuais previstas constitucionalmente. Porém, é preciso que sejam sopesadas as demais garantias constitucionais, como a celeridade processual e, até mesmo, o acesso ao Poder Judiciário, a partir da possibilidade de realização de atos processuais por meios eletrônicos<sup>2</sup>. O modelo de cortes *on-line* é uma tendência mundial e pode representar também maior acesso à Justiça, pois, como pondera o escritor-referência na

1 Pós-Doutora pela Universidade de Heidelberg (Alemanha). Doutora e Mestre em Teoria da Jurisdição e Processo pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Especialista em Direito Público pela PUC-RS. Professora de cursos de Graduação e Pós-Graduação *lato sensu* em Processo Civil. Advogada. E-mail: gisele@welschmedeiros.com.br.

2 Cf. artigos 193 a 199 do CPC/2015.

temática, Richard Susskind, em seu livro *Online Courts and the Future of Justice*<sup>3</sup>, mais pessoas no mundo têm acesso à internet do que acesso à Justiça, e a atividade jurisdicional deve ser vista como um serviço a ser prestado à sociedade (“*Justice as a service*”), e não necessariamente como um tribunal físico.

Todavia, no Brasil as iniciativas e experiências de implementação de IA, no âmbito do Poder Judiciário, são mais voltadas à automatização do processo, e não à prevenção de demandas judiciais (autocomposição de conflitos), a exemplo das experiências bem-sucedidas dos sistemas privados de resolução *on-line* de disputas (Online Dispute Resolution – ODR), como a mediação *on-line* (“Caso eBay”). Mais do que nunca, é preciso investir em medidas preventivas para conter o avanço das ações de massa originadas pela crise de naturezas indenizatórias/reparatórias, como o estímulo de acordos por meio da antecipação da orientação dos tribunais, utilização de técnicas de gestão de processos repetitivos e avisos programados de cobrança para evitar ações de execução (alternativas discutidas pelo sistema jurídico alemão, no âmbito do procedimento de reparação civil coletiva do consumidor, criado a partir do caso Volkswagen – “Escândalo do Diesel” –, denominado “Musterfeststellungsverfahren” – §§ 606 a 614 da ZPO alemã)<sup>4</sup>.

Outro problema na realidade brasileira seria a ausência de um código de ética nacional para a padronização, definição de papéis e aplicação das técnicas de inteligência artificial, como a Carta Ética Europeia (Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça), que possui a finalidade de regular a ética na aplicação da IA nos sistemas jurídicos (evitar migração de preconceitos humanos para os robôs e o prejuízo de direitos/liberdades individuais, por exemplo).

Assim, percebe-se que a adoção de mecanismos de inteligência artificial e a utilização de recursos e meios digitais são movimentos inevitáveis em prol do avanço qualitativo da prestação jurisdicional em todo o mundo. Contudo, é preciso ponderação e preservação máxima possíveis das garantias e liberdades constitucionais, por meio do diálogo ético e democrático, e de um modelo colaborativo de processo<sup>5</sup>, todos amparados pela legislação processual brasileira vigente.

Portanto, o critério da ética no uso de ferramentas de IA deve ser desenvolvido e aplicado na prática, sendo que o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 332 de 2020 (inspirada nas normativas europeias), que trata sobre os seguintes aspectos: respeito aos direitos fundamentais; não discriminação; publicidade e transparência; governança e qualidade; segurança; controle do usuário; pesquisa, desenvolvimento e implantação; prestação de contas e responsabilização.

Com o objetivo de estudar, de forma mais prática, alguns dos sistemas de inteligência artificial utilizados pelos tribunais do país, em 2022 o Centro do Judiciário deu sequência à pesquisa realizada, analisando de modo mais aprofundado as ferramentas de IA disponíveis no STF, STJ, TST, TRF 1ª Região e TJ-DF<sup>6</sup>. A investigação buscou trazer um fluxo do funcionamento da aplicação dessa tecnologia, bem como analisou a adequação da inteligência artificial aos aspectos éticos elencados pelo CNJ na Resolução n. 332 de 2020<sup>7</sup>.

3 SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. New York: Oxford University Press, 2019 (edição Kindle).

4 Cf. WELSCH, Gisele Mazzoni. Musterfeststellungsverfahren (§§ 606 a 614 da ZPO): novo instituto de reparação civil coletiva na Alemanha. In: *Revista de Processo* (Revista dos Tribunais Editora), v. 303, p. 391-402, 2020.

5 Cf. Art. 6º do CPC/2015: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

6 Cf. SALOMÃO, Luis Felipe et al. Inteligência Artificial: Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2023. Disponível em: [https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio\\_ia\\_3a\\_edicao\\_0.pdf](https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio_ia_3a_edicao_0.pdf). Acesso em: 21 ago. 2023.

7 Cf. NUNES, Dierle; BRAGANÇA, Fernanda; BRAGA, Renata. Opinião: Ética e IA no Poder Judiciário. In: CONSULTOR JURÍDICO (CONJUR, site). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-21/opinio-etica-inteligencia-artificial-poder-judiciario#top>. Acesso em: 25 ago. 2023.

Na referida pesquisa, foi constatada a necessidade de adequação nos pontos de publicidade e transparência, governança e qualidade, segurança e controle do usuário. Com relação aos quesitos de publicidade e transparência, averiguou-se a necessidade de divulgação, pelos Tribunais, de relatórios periódicos sobre os sistemas de IA em produção ou desenvolvimento, de modo a contemplar as exigências de transparência do artigo 8º da Resolução CNJ n. 332/2020. Quanto ao aspecto de controle do usuário, a pesquisa apontou a necessidade de capacitação dos servidores e magistrados (usuários internos das ferramentas) sobre o funcionamento e conceitos gerais da IA no Poder Judiciário, a fim de evitar qualquer espécie de vinculação à solução apresentada por essa tecnologia. Em relação aos usuários externos, seria importante que os tribunais abrissem no respectivo *site* uma aba específica sobre essas ferramentas, com explicação sobre o seu funcionamento em linguagem clara e simples<sup>8</sup>.

Quanto à operacionalização das ferramentas e técnicas de inteligência artificial nos tribunais superiores, é preciso destacar que a utilização de ferramentas pelo STJ, de mapeamento quantitativo e qualitativo dos processos de órgãos, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Advocacia Geral da União e Procuradorias, para a verificação de casos em que a pretensão é manifestamente contrária aos precedentes do STJ, tem viabilizado acordos de cooperação entre esses órgãos e o STJ, para a desjudicialização/redução da litigiosidade em todas as instâncias.

O órgão respectivo analisa as informações do STJ e aplica novas diretrizes aos procuradores para a adequação aos precedentes do referido tribunal, por meio da edição de atos normativos. A segunda vertente do acordo, conduzida sob a gestão do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e de Ações Coletivas (NUGEPNAC), está concentrada na gestão de precedentes. Nessa abordagem, o STJ e a AGU trabalham conjuntamente na identificação de questões jurídicas com potencial de submissão ao rito dos recursos repetitivos. O resultado dessa atuação integrada é submetido à Presidente da Comissão Gestora de Precedentes e de Ações Coletivas (COGEPAC), Ministra Assusete Magalhães, a quem compete sugerir aos relatores propostas de afetação de recursos repetitivos, nos termos do artigo 46-A do Regimento Interno do STJ.

Em auxílio a essa atividade, servidores do NUGEPNAC utilizam a ferramenta de IA “Athos” para a localização de processos e indicação de multiplicidade, o que já resultou em um total de 21 temas repetitivos afetados, com base na metodologia de trabalho, além de 42 controvérsias e 108 recursos representativos de controvérsia<sup>9</sup>.

A Procuradoria Geral do Distrito Federal (PGDF) também celebrou acordo de cooperação com o STJ, a partir do emprego de inteligência artificial e técnicas de jurimetria, por meio do cruzamento de informações e da detecção de diagnósticos sobre a tramitação processual na Corte. A gestão de precedentes serve de apoio para o acordo de cooperação, de forma que a PGDF possa indicar temas para possível pacificação. Isso permite que sejam identificadas questões repetitivas e de grande controvérsia ainda na origem, e não apenas no momento em que os casos já estão no STJ<sup>10</sup>.

O sistema “Athos” realiza uma varredura na base de dados formada pelos processos que compõem o acervo do STJ, seja em situações em que ainda não há tema repetitivo, a fim de encontrar

8 Idem, *ibidem*.

9 STJ. Acordo com AGU intensifica desjudicialização e alcança mais de dois milhões de processos (notícia veiculada no portal do Superior Tribunal de Justiça). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalt/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/17082023-Acordo-com-AGU-intensifica-desjudicializacao.aspx>. Acesso em: 25 ago. 2023.

10 STJ. Acordo entre STJ e PGDF gera desistência de processos e orientação para limitar recursos (notícia veiculada no portal do Superior Tribunal de Justiça). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalt/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/10112022-Acordo-entre-STJ-e-PGDF-gera-desistencia-de-processos-e-orientacao-para-limitar-recursos.aspx>. Acesso em: 25 ago. 2023.

aqueles recursos que possam servir de paradigmas, seja em situações em que já há tese definida e se procura dar a ela efetiva aplicação nos processos que versem sobre a mesma questão jurídica, sendo de grande auxílio ao trabalho humano<sup>11</sup>.

Há também o sistema “Sócrates”, que consiste em uma extensão do Projeto Athos, mas com aplicação voltada aos gabinetes, com o objetivo de otimizar a atividade de tomada de decisão. A ideia da ferramenta é de encurtar o tempo de análise de peças processuais relevantes, facilitando, por exemplo, a localização de decisões já proferidas sobre a mesma controvérsia, selecionada a partir de uma filtragem que a IA realiza sobre os termos utilizados na redação do acórdão recorrido ou do recurso especial (ou ainda outras peças)<sup>12</sup>.

Destarte, é possível perceber que a utilização de mecanismos de inteligência artificial, no âmbito do Poder Judiciário, viabiliza a obtenção de acordos de cooperação com órgãos e procuradorias públicas, no sentido de alcançar resultados positivos de desjudicialização e redução de litigiosidade, o que pode gerar melhoria na qualidade da prestação jurisdicional.

Contudo, é importante que essas ferramentas sejam utilizadas de forma a viabilizar tais resultados, mas sempre conduzidas pelo trabalho humano, técnico e qualificado, e jamais em substituição à presença humana, especialmente em atividades como a prolação de decisões (identificação e definição da *ratio decidendi*) que precisam ser executadas de modo artesanal e cuidadoso, sob pena de subverter a finalidade dessas técnicas e comprometer a qualidade da prestação jurisdicional.

É preciso lembrar que as ferramentas de IA devem servir para concretizar os princípios constitucionais e processuais da eficiência e da razoável duração do processo, mas jamais comprometer o dever da adequada e completa fundamentação das decisões judiciais, prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal. O princípio da publicidade, corolário do princípio democrático do processo, também precisa ser preservado na sistemática de deliberação eletrônica, sendo que as partes, Ministério Público, terceiros interessados e toda a sociedade têm o direito de acompanhar o processo de construção da decisão judicial, por meio do acesso aos debates travados entre os julgadores no momento em que ocorrem<sup>13</sup>.

Por fim, destaca-se a realização de atos processuais por meios eletrônicos, além da utilização das redes sociais como meios de prova e de aplicativos de mensagens, como no caso da citação. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a citação, por meio de aplicativo de mensagens, poderá ser considerada válida, se cumprir a finalidade de dar ao destinatário ciência inequívoca sobre a ação judicial proposta contra ele<sup>14</sup>.

Esse entendimento foi considerado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao anular uma citação realizada por meio do WhatsApp. A relatora do caso, Ministra Nancy Andrighi, entendeu que, por não haver nenhuma base ou autorização legal, a comunicação de atos processuais por aplicativos de mensagens possui vício em relação à forma – o que pode levar à sua anulação.

Todavia, a relatora destacou que, no âmbito da legislação processual civil, a regra é a liberdade de formas; a exceção é a necessidade de uma forma prevista em lei, e a inobservância de forma, ainda que grave, pode ser sempre relevada se o ato alcançar a sua finalidade.

11 Cf. ARRUDA ALVIM, Teresa; Dantas, Bruno. *Precedentes, Recurso Especial e Recurso Extraordinário*. 7. edição. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023, p. 841.

12 Idem, ibidem, p. 843.

13 Cf. ARRUDA ALVIM, Teresa; Dantas, Bruno, op. cit., p. 844-845.

14 STJ. Citação por aplicativo de mensagem pode ser válida se der ciência inequívoca da ação judicial (notícia veiculada no portal do Superior Tribunal de Justiça). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/22082023-Citacao-por-aplicativo-de-mensagem-pode-ser-valida-se-der-ciencia-inequivoca-da-acao-judicial.aspx>. Acesso em: 25 ago. 2023.

Por outro lado, em mais recente decisão, a Terceira Turma do STJ negou provimento ao recurso (REsp n. 2.026.925) de uma empresa credora que pretendia que a citação do devedor fosse feita por meio de mensagem eletrônica em suas redes sociais, em virtude da dificuldade de citá-lo pessoalmente<sup>15</sup>.

Para o colegiado, ainda que possam vir a ser convalidadas, caso cumpram sua finalidade, a comunicação de atos processuais e a realização de intimações ou citações por aplicativos de mensagens ou redes sociais, não possuem nenhuma base ou autorização legal.

Segundo a relatora do aludido recurso, Ministra Nancy Andrighi, o princípio da instrumentalidade das formas (artigo 277 do CPC), ao atenuar o rigor da forma processual, pode autorizar a convalidação dos atos já praticados, em inobservância à formalidade legal, embora não deva ser invocado para validar previamente a prática de atos de forma distinta daquela prevista em lei. A Ministra lembrou que o CPC tem regra específica para os casos em que o réu não é encontrado para a citação pessoal, que é a citação por edital (artigos 256 e seguintes).

A partir de 2017, quando o Conselho Nacional de Justiça aprovou o uso de ferramentas tecnológicas para a comunicação de atos processuais, a discussão sobre intimações e citações, por meio de aplicativos de mensagens ou redes sociais, ganhou força, chegando ao auge na pandemia de Covid-19, após a edição da Resolução CNJ n. 354/2020.

Atualmente, coexistem diferentes regulamentações em comarcas e tribunais, a respeito da comunicação eletrônica, sendo necessária a adoção de uma norma federal que uniformize esses procedimentos, com regras isonômicas e seguras para todos.

No julgamento, a referida Ministra destacou que a Lei Federal n. 14.195/2021 modificou o artigo 246 do CPC<sup>16</sup>, para disciplinar o envio da citação ao *e-mail* cadastrado pela parte, estabelecendo

- 
- 15 STJ. Dificuldade de encontrar o réu não justifica citação por meio de redes sociais (notícia veiculada no portal do Superior Tribunal de Justiça). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/28082023-Dificuldade-de-encontrar-o-reu-nao-justifica-citacao-por-meio-de-redes-sociais.aspx>. Acesso em: 28 ago. 2023.
- 16 "Art. 246. A citação será feita preferencialmente por meio eletrônico, no prazo de até 2 (dois) dias úteis, contado da decisão que a determinar, por meio dos endereços eletrônicos indicados pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário, conforme regulamento do Conselho Nacional de Justiça. (Redação dada pela Lei nº 14.195, de 2021)
- § 1º As empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio. (Redação dada pela Lei nº 14.195, de 2021)
- § 1º-A A ausência de confirmação, em até 3 (três) dias úteis, contados do recebimento da citação eletrônica, implicará a realização da citação: (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)
- I - pelo correio; (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)
- II - por oficial de justiça; (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)
- III - pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório; (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)
- IV - por edital. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)
- § 1º-B Na primeira oportunidade de falar nos autos, o réu citado nas formas previstas nos incisos I, II, III e IV do § 1º-A deste artigo deverá apresentar justa causa para a ausência de confirmação do recebimento da citação enviada eletronicamente. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)
- § 1º-C Considera-se ato atentatório à dignidade da justiça, passível de multa de até 5% (cinco por cento) do valor da causa, deixar de confirmar no prazo legal, sem justa causa, o recebimento da citação recebida por meio eletrônico. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)
- § 2º O disposto no § 1º aplica-se à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às entidades da administração indireta.
- § 3º Na ação de usucapião de imóvel, os confinantes serão citados pessoalmente, exceto quando tiver por objeto unidade autônoma de prédio em condomínio, caso em que tal citação é dispensada.
- § 4º As citações por correio eletrônico serão acompanhadas das orientações para realização da confirmação de recebimento e de código identificador que permitirá a sua identificação na página eletrônica do órgão judicial citante.

um detalhado procedimento de confirmação e de validação dos atos comunicados. Contudo, essa norma não tratou da possibilidade de comunicação por aplicativos de mensagens ou mídias sociais.

De acordo com Nancy Andrighi, nem o artigo 270 do CPC, nem o artigo 5º, parágrafo 5º, da Lei Federal n. 11.419/2006, nem tampouco qualquer outro dispositivo legal, dão amparo à tese – sustentada no recurso em julgamento – de que já existiria autorização na legislação brasileira para a citação por redes sociais.

Além da falta de previsão legal para a citação pelas redes sociais, a Ministra ressaltou que essa prática esbarraria em vários problemas, como a existência de homônimos e de perfis falsos, a facilidade de criação de perfis sem vínculo com dados básicos de identificação das pessoas, e a incerteza a respeito do efetivo recebimento do mandado de citação.

## REFERÊNCIAS

- ARRUDA ALVIM, Teresa; Dantas, Bruno. *Precedentes, Recurso Especial e Recurso Extraordinário*. 7. edição. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023.
- NUNES, Dierle; BRAGANÇA, Fernanda; BRAGA, Renata. Ética e IA no Poder Judiciário (coluna Opinião). In: CONSULTOR JURÍDICO (CONJUR, *site*). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-21/opinio-etica-inteligencia-artificial-poder-judiciario#top>. Acesso em: 25 ago. 2023.
- SALOMÃO, Luis Felipe et al. Inteligência Artificial: Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2023. Disponível em: [https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio\\_ia\\_3a\\_edicao\\_0.pdf](https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio_ia_3a_edicao_0.pdf). Acesso em: 21 ago. 2023.
- STJ. Acordo com AGU intensifica desjudicialização e alcança mais de dois milhões de processos (notícia veiculada no portal do Superior Tribunal de Justiça). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/17082023-Acordo-com-AGU-intensifica-desjudicializacao.aspx>. Acesso em: 25 ago. 2023.
- STJ. Acordo entre STJ e PGDF gera desistência de processos e orientação para limitar recursos (notícia veiculada no portal do Superior Tribunal de Justiça). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/10112022-Acordo-entre-STJ-e-PGDF-gera-desistencia-de-processos-e-orientacao-para-limitar-recursos.aspx>. Acesso em: 25 ago. 2023.
- STJ. Citação por aplicativo de mensagem pode ser válida se der ciência inequívoca da ação judicial (notícia veiculada no portal do Superior Tribunal de Justiça). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/22082023-Citacao-por-aplicativo-de-mensagem-pode-ser-valida-se-der-ciencia-inequivoca-da-acao-judicial.aspx>. Acesso em: 25 ago. 2023.
- SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. New York: Oxford University Press, 2019 (edição Kindle).
- WELSCH, Gisele Mazzoni. Musterfeststellungsverfahren (§§ 606 a 614 da ZPO): novo instituto de reparação civil coletiva na Alemanha. In: *Revista de Processo* (Revista dos Tribunais Editora), v. 303, 2020.

---

(Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)

§ 5º As microempresas e as pequenas empresas somente se sujeitam ao disposto no § 1º deste artigo quando não possuírem endereço eletrônico cadastrado no sistema integrado da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Redesim). (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)

§ 6º Para os fins do § 5º deste artigo, deverá haver compartilhamento de cadastro com o órgão do Poder Judiciário, incluído o endereço eletrônico constante do sistema integrado da Redesim, nos termos da legislação aplicável ao sigilo fiscal e ao tratamento de dados pessoais. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)."

# Há obrigatoriedade da designação da audiência de mediação e conciliação em ações de família com violência doméstica e familiar?

AMÉRICA CARDOSO BARRETO LIMA NEJAIM<sup>1</sup>  
CECÍLIA RODRIGUES FRUTUOSO HILDEBRAND<sup>2</sup>

Sumário: Introdução. 1. Violência doméstica e familiar. 2. Conciliação e mediação nas ações de família. 3. Obrigatoriedade ou não da audiência do art. 695 do CPC, nas ações de família em que há violência doméstica ou familiar. 4. Audiência do art. 695 do CPC, em casos em que há medida protetiva de afastamento ou não aproximação. 5. Recurso cabível da decisão que obriga a parte, em situação de violência doméstica, a comparecer na audiência prevista no art. 695 do CPC. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

**B**usca-se analisar se, nas situações em que há violência doméstica ou familiar, a audiência de mediação e conciliação, prevista no art. 695 do CPC, deve ser interpretada como obrigatoria ou não.

Em um primeiro momento, debruçar-se-á sobre o conceito de violência doméstica e familiar; em seguida, analisar-se-ão as normas relativas à mediação nas ações de família, para depois verificar qual a melhor interpretação para o dispositivo processual.

Além da pesquisa legislativa e bibliográfica, a presente pesquisa analisará algumas decisões judiciais, utilizando-se do método dedutivo.

## 1. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

A preocupação com a violência doméstica e familiar é relevante, pois atinge pessoas no local onde elas deveriam estar mais protegidas, dentro de seus lares.

Atualmente, o principal diploma normativo no Brasil que trata de violência doméstica e familiar é a Lei Maria da Penha, mas a violência doméstica não se resume às mulheres, uma vez que pode atingir crianças e idosos também.

---

1 Doutoranda em Direito Processual Civil na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestra em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Advogada. Conselheira Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Professora de Graduação e Pós-Graduação. Vice-Presidente da Associação Brasileira Elas no Processo (ABEP). Membro da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo (ANNP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. (IBDP). Membro do Grupo de Pesquisa "Transformações nas Teorias sobre o Processo e o Direito Processual", coordenado pelo Prof. Dr. Fredie Didier Jr. (UFBA) e pela Profa. Dr<sup>a</sup> Paula Sarno (UFBA).

2 Mestra em Direito Processual Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Coordenadora do Curso de Direito e do Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário Anhanguera - Leme - SP (2018-atual). Professora (2003-atual). Advogada. Especialista em Direito Processual Civil. Membro da Diretoria e Secretária-Geral da Associação Brasileira Elas no Processo (ABEP). Membro da Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica do Estado de São Paulo (ABMCJ-SP).

A Constituição Federal, no § 8º do art. 226, prevê como dever do Estado a criação de mecanismos para coibir a violência, no âmbito de suas relações. Apesar de a publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente ter ocorrido pouco tempo depois da vigência da Constituição Federal, o Estatuto do Idoso apenas foi editado em 2002, e a violência contra a mulher apenas foi disciplinada em 2006, após a condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), por negligência e omissão em relação à violência doméstica cometida contra Maria da Penha.

Com força constitucional, ainda se tem os Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (BRASIL, 2002), e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (BRASIL, 1996).

A violência doméstica e familiar contra a mulher consiste em qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, e dano moral ou patrimonial. A Lei Maria da Penha conceitua a violência domiciliar como aquela ocorrida no “[...] espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas”. Já o âmbito familiar é conceituado como “[...] a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”. A violência doméstica ou familiar pode ocorrer, ainda, em “[...] qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação” (BRASIL, 2006).

Além da violência física, o art. 7º da Lei Maria da Penha prevê, ainda, a violência psicológica, moral, patrimonial e sexual.

A violência física ocorre quando há qualquer conduta que ofenda a integridade física ou a saúde corporal da pessoa em situação de violência.

As violências psicológica e moral, apesar de terem uma incidência muito grande na prática, dificilmente são reconhecidas como atos violentos. A violência moral pode ser qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria, exista ou não investigação criminal sobre o fato. Já a violência psicológica causa dano emocional e diminuição da autoestima da pessoa em situação de violência. Pode, ainda, configurar violência psicológica o ato que prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar ações, comportamentos, crenças e decisões da pessoa em situação de violência, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

A violência patrimonial ocorrerá com qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos da pessoa em situação de violência. Tal tipo de violência é muito comum em ações que envolvem direito de partilha, como ações de divórcio, dissolução de união estável, inventário, mas pode ocorrer também em ações que envolvam dever de sustento, como investigação de paternidade e alimentos.

E, por fim, a Lei Maria da Penha prevê a violência sexual, conceituando-a como qualquer conduta que constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que induza a pessoa em situação de violência a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade; que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos (BRASIL, 2006).

Para a configuração de violência, basta uma dessas condutas, seja ou não crime, tenha ou não registro em Boletim de Ocorrência (B. O.). Os fatos narrados na petição inicial é que devem levar o Juízo à conclusão de existência ou não de violência doméstica ou familiar, naquela situação concreta.

O Poder Judiciário, enquanto representante estatal, tem o dever de proteger essa pessoa em situação de violência, e de evitar que novos atos violentos possam ocorrer.

## 2. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NAS AÇÕES DE FAMÍLIA

Há tempos, vem-se observando a união de esforços no ambiente legislativo e no Poder Judiciário, no sentido de incentivar a sociedade na busca da solução consensual dos conflitos, o que proporciona, sem dúvidas, uma maior acessibilidade à ordem jurídica, em que os jurisdicionados estão livres para buscar o meio mais adequado para o alcance da justiça. Esse direito fundamental, presente na Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV, constitui-se numa verdadeira e concreta garantia de que a proteção dos seus direitos e interesses será efetivada através de instrumentos viáveis, voltados para uma solução justa e, ao mesmo tempo, para a fomentação da pacificação social.

Os meios autocompositivos de solução dos conflitos são verdadeiras inspirações da terceira onda renovatória do acesso à Justiça, criada pelos juristas italianos, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, como uma forma de desburocratizar e informalizar os litígios, redistribuindo a atividade jurisdicional também para os árbitros, os mediadores, os conciliadores, e até mesmo para as próprias partes, sem qualquer intervenção de terceiros imparciais, pelo método da negociação (FONTAINHA, 2009, p. 77). Dentro dessa terceira onda, criou-se o sentido da justiça consensual, concretizada nos métodos adequados de alcance da resolução dos conflitos, em que Cappelletti expõe que se deve almejar sempre uma solução mais justa e adequada para todos os componentes do cenário litigioso (CAPPELLETI, 1994, p. 49).

Assim, entende-se que o ideal dessa justiça coexistencial fulcra-se no resultado da vitória recíproca (ganha-ganha) dos envolvidos na controvérsia, diante de uma participação democratizada no procedimento, para a busca da solução do litígio, permitindo-se chegar num resultado satisfatório, o qual, muitas vezes, não é alcançado na sentença judicial, que impõe uma norma jurídica a ser obedecida pela parte sucumbente da ação judicial, retratando uma política do ganha-perde, nem sempre a mais adequada à realidade de um determinado conflito (NEJAIM e JABORANDY, 2018, p. 4).

Fazendo-se um breve histórico da evolução normativa desses métodos consensuais de controvérsias, tem-se a edição da Resolução n. 125/2010, do CNJ, a qual determinou que o Poder Judiciário passasse a utilizar tais meios alternativos, instituindo, para tanto, a Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos, na busca de uma verdadeira reforma na organização judiciária e na concretização de diretrizes para uma cultura de pacificação social, sempre com foco na conscientização das verdadeiras benesses, vindas da consensualidade, como forma de resolução de conflitos de interesses, extirpando a litigiosidade.

Dentro do ordenamento jurídico processual de 1973, essa visão autocompositiva ainda era tímida, constando em poucos dispositivos legais; dentre eles, estavam os artigos 125, IV, e 331. Contudo, foi com a vigência do atual CPC que o legislador trouxe, de forma flagrante, uma visão mais promissora da justiça coexistencial, valorizando os meios autocompositivos de solução de conflitos, e colocando-os como prioridade na prestação jurisdicional, gerando o dever do Estado-Juiz de promovê-los (art. 3º, § 2º).

Assim, o dever de incentivo à autocomposição está elencado como norma processual fundamental, formando uma verdadeira corrente de atuação dos magistrados, dos promotores, dos defensores públicos e dos advogados, em que todos possuem a obrigação de conscientizar os jurisdicionados sobre as vantagens de uma solução amigável do conflito. Tais figuras, portanto, assumem uma atuação conjunta e cooperativa para fomentar essa via de solução do conflito (LIMA

e PELAJO, 2016, p.226 e ss). Esse incentivo cooperativo pode ocorrer, tanto antes do processo quanto no seu curso, nos termos do artigo 3º, § 3º, do CPC.

Como auxílio normativo à Lei Adjetiva Civil, está a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), que traz várias normas procedimentais desse método autocompositivo, cuja somatória de regras será exposta mais adiante.

Conforme prescreve o artigo 165 do CPC, cabe ao Poder Judiciário a criação dos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSCs), os quais são os responsáveis pela realização das sessões de conciliação e mediação, bem como pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Tais centros contam com a efetiva participação dos sujeitos imparciais do processo, ou seja, os mediadores e os conciliadores, os quais possuem, como ponto comum, a função de realizar tentativas de alcance da solução consensual do litígio presente na demanda judicial.

Porém, apesar dessa convergência de função, os métodos autocompositivos possuem pontos diferenciadores na forma de atuação e nos tipos de litígios. Tais diferenças são encontradas na redação dos §§ 2º e 3º, do artigo 165, do CPC.

A utilização do método da mediação está preferencialmente voltada para os litígios vindos de vínculos pretéritos, como ocorre, por exemplo, com as relações familiares entre cônjuges e companheiros, entre ascendentes e descendentes. É justamente diante desse vínculo com característica de relação continuativa entre os que estão inseridos na controvérsia, que o mediador possui como meta o restabelecimento da comunicação, para que as partes tentem chegar, por si próprias, na solução consensual, ponderando, da melhor forma, as concessões recíprocas dos seus interesses (art. 165, § 3º). Chega-se, dessa maneira, a um resultado satisfatório, vindo de um diálogo saudável, contendo uma solução isonômica, justa e adequada (NEJAIM, 2020, p. 236).

Warat (2001, p. 52) afirma que o mediador tem a missão de auxiliar as partes na gestão do conflito, levando-as a analisá-lo de forma profunda, para que elas cheguem à convergência dos interesses. A autocomposição não é o foco em si, mas uma consequência da restauração do diálogo e do tratamento do conflito, tornando o cumprimento do acordo mais provável de ocorrer, diante da conscientização das partes do benefício trazido pela consensualidade. Ou seja, o acordo firmado não finaliza apenas a ação judicial. Vai além, porque gerará a pacificação da convivência entre os envolvidos na relação fática-jurídica continuativa, agindo até mesmo como forma de prevenção de futuros litígios.

A tarefa do mediador é, portanto, ouvir os conflitantes para gerar entre eles o diálogo pacífico e produtivo, para se chegar ao possível acordo, bem como ao tratamento efetivo e permanente do conflito, levando as partes a compreender os motivos do nascedouro da contenda, numa autorreflexão, colocando-se um no lugar do outro, enxergando as fragilidades e os pontos positivos dos envolvidos. Na mediação, há a perspectiva de que o diálogo será mantido após a superação da controvérsia, ou seja, por meio de um tratamento eficaz do vínculo continuativo que foi fragilizado pelo conflito.

Por outro lado, a conciliação é utilizada, preferencialmente, quando o conflito advier de relações nas quais não existia um vínculo anterior entre as partes, que se interligam apenas pelo acontecimento de um fato (acidente de veículo, por exemplo). Dessa forma, não se fala em tratamento de conflito nessa modalidade autocompositiva, e nem mesmo em restabelecimento de diálogo. A sua finalidade é apenas efetivar a formulação de um acordo, para que se evite o ajuizamento de uma ação, ou que esta, uma vez proposta, seja finalizada pela homologação do acordo, para evitar o proferimento de uma sentença impositiva, cuja solução é dada pelo juiz, dentro da sua cognição, sobre as alegações e provas presentes nos autos do processo.

O papel do conciliador é de uma atuação mais ativa, já que poderá intervir na relação entre as partes, lançando propostas, para que os litigantes possam fazer suas concessões de interesses.

Contudo, é vedado que seja realizado qualquer tipo de imposição, coação, ameaça da formulação do acordo, sob pena de ser objeto de nulidade (art. 165, § 2º, do CPC).

Dentro desse contexto, Goretti (2019, p. 123) afirma que um gestor do conflito deve saber interpretar e diagnosticar as especificidades da contenda, ter a sabedoria de escolher o método adequado para a prevenção e resolução da controvérsia, e procurar executá-lo de forma eficaz. Nesse ensejo, o gerenciador do conflito deverá ter uma boa qualificação técnica e sensibilidade para perceber os elementos que vierem a ser revelados pelas partes, como também aqueles que venham a ser ocultados, e, dessa forma, chegar ao âmago do conflito.

Aliás, essa sensibilidade deve ser exigida não apenas do mediador, mas também dos advogados e defensores públicos que são convocados a atuarem na defesa dos jurisdicionados. Deve-se ressaltar que tais profissionais precisam ficar atentos, para oferecerem o caminho mais adequado, efetivo e célere para a contenda. Tendo essa visão autocompositiva, muitas das ações judiciais poderão ser evitadas, diante do consenso formalizado, desafogando o Poder Judiciário e deixando para atuar em ações judiciais em que essa autocomposição não tenha êxito, ou que não seja viável, ou ainda que seja obrigatória a intervenção estatal judicial, como ocorre, por exemplo, com as curatelas.

É importante frisar que o conciliador e o mediador devem ser pessoas capacitadas por entidade credenciada ao CNJ, e devidamente cadastradas, nacionalmente, e no Tribunal de Justiça ou no Tribunal Regional Federal em que atuarão (art. 167, § 1º, do CPC).

Ambos os métodos autocompositivos são regidos por princípios, os quais são relacionados no *caput* do artigo 166, do CPC, e no art. 2º, da Lei 13.140/2015, quais sejam: independência, imparcialidade, autonomia de vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade, decisão informada, isonomia e boa-fé.

A independência ou autonomia consiste na vontade das partes de se submeterem ao procedimento autocompositivo, e deve ser observada, do início ao fim do procedimento autocompositivo adotado, no caso concreto.

Deve-se frisar, ainda, que essa autonomia, dentro do ambiente extrajudicial, poderá ser concretizada, por meio de uma negociação processual (art. 190 do CPC). Se as partes optarem pela prioridade da tentativa consensual, antes do ajuizamento da ação, ficam obrigadas a se submeter à sessão ou a sessões de mediação/composição. Sendo a cláusula contratual violada e, proposta a demanda judicial, caberá ao magistrado determinar a suspensão do curso do processo, para que as partes realizem o procedimento autocompositivo, que, se restar infrutífero, será dado andamento ao processo judicial, nos termos do artigo 23 da Lei de Mediação, e do artigo 694, parágrafo único, do CPC. Importante ressaltar que essa suspensão do processo não impede que o juiz defira tutelas provisórias, conforme autoriza o artigo 314 do CPC.

O princípio da imparcialidade baseia-se, tanto nas hipóteses de impedimento quanto de suspeição previstas para o juiz, cujo rol está, respectivamente, nos artigos 144 e 145 do CPC. Todavia, é possível que as partes, de comum acordo, escolham o mediador ou conciliador, como prevê o artigo 168 do CPC.

A confidencialidade abarca o compromisso dos mediadores e dos conciliadores, de não divulgarem os fatos relatados nas sessões, e de não prestarem depoimento sobre os fatos. Também as informações que vierem a ser produzidas, no curso do procedimento, ficarão em segredo de Justiça, e as sessões autocompositivas serão realizadas a portas fechadas. Entretanto, é possível que as partes renunciem a essa norma de confidencialidade (MIRANDA NETTO, 2016, p. 112).

A informalidade está representada pela flexibilização procedimental na condução dos trabalhos, segundo o artigo 166, § 4º, do CPC, devendo ser utilizada uma linguagem simples e acessível, para as partes, nas sessões de mediação e de conciliação (NEJAIM, 2021, p. 59). Também é preciso que exista a decisão informada, na qual devem ser expostas as regras, os direitos e os deveres dos envolvidos, durante o procedimento autocompositivo.

Nas sessões de conciliação e de mediação, deve prevalecer a oralidade, com a necessária comunicação entre as partes, para que estas escutem e falem, manifestando-se sobre o conflito e a solução mais adequada. Nas sessões, deve ser observado o tratamento isonômico entre os participantes, diante do direito fundamental, presente no artigo 5º, I, da CF, ratificado pelo artigo 7º do CPC. Desse modo, impõe-se que seja concedida pelo gestor do conflito a oportunidade para ambas as partes se manifestarem e serem ouvidas, para que possam, reciprocamente, ter meios de visualizarem a controvérsia, refletirem sobre os motivos ensejadores e tentarem chegar a um consenso. Assim, é preciso que o condutor da sessão autocompositiva saiba criar um clima de empatia entre os litigantes, proporcionando um ambiente propício para as negociações e alternativas, com vistas a um resultado solidário e fraterno.

Por fim, não se pode olvidar do princípio da boa-fé, norteador da conduta de todos os sujeitos que participam das sessões autocompositivas; dentre eles, estão as partes, o conciliador, o mediador, os advogados ou defensores públicos, e demais profissionais que forem convocados para atuarem na tentativa de pacificação. Essa norma de conduta processual está presente no artigo 5º do CPC.

Verifica-se, do que foi acima exposto, que os meios consensuais de solução de conflitos possuem a função de descentralizar a administração da Justiça, garantindo ao cidadão o pleno e amplo acesso a uma ordem jurídica justa (NEJAIM, 2021, p. 49).

Como dito alhures, o intuito do legislador, com a inserção da autocomposição no sistema processual, foi lhe dar prioridade, tornando a decisão judicial imposta na via residual de resolução da controvérsia. Dentro dessa nova visão processual, o CPC trouxe, no seu artigo 334, a obrigatoriedade da realização da audiência preliminar de mediação e de conciliação, nos processos de conhecimento sob o procedimento comum, ficando esta excepcionada nos casos em que natureza do direito litigioso não admite a autocomposição, ou quando ambas as partes se manifestarem, expressamente, no desinteresse da realização dessa audiência, seja por meio de negociação processual prévia (art. 190), ou, quando ajuizada a ação, o autor se manifestar na petição inicial e o réu se manifestar por meio de requerimento protocolado até 10 dias antes da data da audiência (art. 334, § 4º).

Essa mesma obrigatoriedade de designação da audiência prévia de autocomposição está prevista para as ações judiciais que envolvam litígios familiares (art. 694), relacionados estes, de forma exemplificativa, no artigo 693, ou seja, separação, divórcio, anulação de casamento, reconhecimento e dissolução de união estável, guarda, visitação e filiação.

Visualiza-se a preocupação do legislador em trazer a autocomposição, como meio adequado de solução de conflitos dessa natureza, para buscar a preservação dos diálogos vindos desses tipos de vínculos, resguardando valores importantes para uma relação familiar saudável, ainda que venha a ser desfeita juridicamente, como ocorre com o divórcio, a separação ou a dissolução da união estável. É nesse cenário que as tentativas de consenso devem ser praticadas por gestores de conflitos mais especializados, atuando de forma conjunta e multidisciplinar (comediação), envolvendo, além dos mediadores, profissionais como psicólogos e assistentes sociais, já que se faz necessário entender o porquê da contenda, que traz uma carga subjetiva intensa (TARTUCE, 2008, p. 279).

Essa multidisciplinariedade é até mesmo normatizada pelo *caput* do artigo 694 do CPC, e se alinha ao modelo cooperativo contemporâneo do Processo Civil, com fincas na concretização dos direitos fundamentais, havendo uma verdadeira democracia participativa, potencializando, assim, a força normativa da Constituição (MITIDIERO, 2019, p. 34), posto que, como proclama o artigo 1º do CPC, “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa, observando-se as disposições desse Código” (BRASIL, 2015).

Como forma de atingir o consenso, o legislador traz, na redação do artigo 695, a entrega do mandado citatório sem a cópia da petição inicial, justamente para evitar a geração de sentimentos

de raiva e enfrentamento do alegado pela parte autora, que poderá estar relatado de forma exagerada ou distorcida, dificultando o procedimento da tentativa autocompositiva (LOBO e PELAJO, 2021, p. 519).

Dados estatísticos colhidos no programa Justiça em Números (2020) concluem que os métodos autocompositivos vêm tendo um excelente resultado na prevenção e na resolução de conflitos, tanto a realizada de forma voluntária, que tem início com a vontade das partes, quanto a mandatória, vinda da obrigatoriedade da designação de uma audiência preliminar de mediação (SPENGLER e MORAIS, 2012, p.198), prevista, atualmente, nos artigos 334 e 694 do CPC. Há divergência na doutrina, se essa obrigatoriedade poderá ser mitigada pela vontade das partes nas ações de família, ponto que será tratado no item a seguir. Existe corrente que entende não ser possível haver manifestação expressa de desinteresse na realização da audiência de mediação ou conciliação, sendo uma fase procedimental obrigatória e indisponível de renúncia (LIMA e PELAJO, 2016, p. 236).

Todavia, algumas situações litigiosas entre casais, ou entre ascendentes e descendentes, não se resumem apenas em divergência de interesses, mas se ampliam para casos de violência doméstica de todo tipo: física, psicológica, moral, patrimonial e sexual. E, diante dessa situação peculiar, é que surge a necessária reflexão, se essa obrigatoriedade indisponível deve ocorrer nesses conflitos mais dolorosos em que há uma exposição da vítima, que terá que lidar com seu medo de reencontrar o seu agressor, como será debatido adiante.

### 3. OBRIGATORIEDADE OU NÃO DA AUDIÊNCIA DO ART. 695 DO CPC, NAS AÇÕES DE FAMÍLIA EM QUE HÁ VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR

O Código de Processo Civil privilegia os meios adequados de resolução de conflitos e faz previsão de audiência preliminar de conciliação, como regra no procedimento comum (art. 334 do CPC, BRASIL, 2015).

O capítulo X prevê o procedimento das ações de família, sendo que a audiência de conciliação dessas ações está disciplinada no art. 695. E, ao contrário do que é previsto no procedimento comum, no procedimento especial não há previsão da opção de dispensa da audiência pelas partes.

Diante disso, surgiram algumas teorias, na doutrina e na jurisprudência, acerca da obrigatoriedade ou não da audiência.

Alguns autores, como Daniel Amorim Assumpção Neves e Leonardo Carneiro da Cunha e outros, defendem que, diante da redação do art. 695, a audiência é obrigatória, independentemente da vontade das partes (NEVES, 2022, p. 1012; CUNHA, 2021, p. 10; MEDINA, 2016, p. 216; THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 163; MAZZOLA, 2017). Já Flávia Pereira Hill e Fernanda Tartuce concluem pela possibilidade de dispensa dessa audiência, especialmente nas hipóteses em que há violência doméstica (HILL, 2019, p. 221; TARTUCE, 2016, p. 9; TARTUCE, 2017, p. 14).

Diante da visão de que essa audiência é obrigatória e não pode ser dispensada a requerimento das partes, como fazer nas hipóteses em que uma das partes é uma pessoa em situação de violência doméstica ou familiar? Como fazer para compatibilizar o procedimento previsto no Código de Processo Civil de 2015 com o princípio da dignidade da pessoa humana, com a Lei Maria da Penha e com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos?

Em pesquisa empírica realizada por Natália Regina Parizotto, foram constatadas situações em que a vítima comparece ao CEJUSC para a audiência de conciliação e fica na mesma sala de espera do companheiro que deveria manter-se a 100 metros dela. Ele estaria descumprido a medida protetiva nesse caso (PARIZOTTO, 2018, p. 288)? E mais, o Tribunal de Justiça forneceria escolta, para que ela voltasse para casa em segurança? Ou ela teria que sofrer o risco de ser morta, como já ocorreu em outras situações (BOL, 2013), (G1, 2019)?

É importante destacar que, se a parte for pobre e necessitar de assistência jurídica, a situação fica ainda pior. Cada Estado disciplina essa questão, conforme a organização de suas defensorias. No Estado de São Paulo, por exemplo, a mulher pobre não consegue o acompanhamento de um defensor público ou advogado para essa audiência, pois, segundo o convênio firmado entre a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a Ordem dos Advogados do Brasil, a nomeação de um advogado apenas ocorrerá se a conciliação for infrutífera<sup>3</sup>. E nos CEJUSCs, onde tais audiências costumam ocorrer, não há presença de advogado plantonista, defensor público ou representante do Ministério Público.

Alline Berger de Oliveira tem posicionamento diverso. Segundo ela,

[...] a mediação seria possível a sua aplicação em casais com medidas protetivas, pelo seu objetivo maior de dirimir a falha da comunicação entre o casal, o que levaria a uma transformação de como lidar com o conflito, que se mantém na maioria dos casos familiares que chegam ao Judiciário (OLIVEIRA, 2020).

Discorda-se, absolutamente, desse posicionamento pela obrigatoriedade. Ao que parece, ele está na direção oposta da Lei Maria da Penha e dos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, devendo ser realizada uma interpretação sistemática, para melhor acolher a mulher que sofreu violência doméstica, sob pena de ela sofrer revitimização e violência institucional.

A Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), ratificada pelo Brasil, e prevista no Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002, prevê diversas normas para se alcançar a igualdade material entre homens e mulheres (BRASIL, 2002). Esses dispositivos devem ser cumpridos pelo Poder Judiciário. Dispõem, no mesmo sentido, a Declaração e Programa de Ação de Viena (BRASIL, 2009) e a Declaração e a Plataforma de Ação da China (ONU, 1995).

Desse modo, conforme Hill (2019, p. 221) e Tartuce (2016, p. 9):

Há diversas circunstâncias, no processo judicial, que, caso não sejam tomadas medidas voltadas a proteger a esfera jurídica da mulher, importam na perpetração de severos danos psicológicos a ela, como é o caso da realização de sessão de mediação ou conciliação obrigatória nas ações de família, envolvendo mulher vítima de violência doméstica (HILL, 2019, p. 221).

Em situações como divórcios e dissoluções de união estável que envolvem violência doméstica, mesmo que a parte agressora queira a realização da sessão consensual, a vítima não será submetida a estar em sua presença (TARTUCE, 2016, p. 9).

Fazendo uma análise sistemática, inclusive com relação ao âmbito penal, Anderson Luis Lima da Silva conclui, no sentido de que, coagir a vítima a comparecer à audiência de mediação e conciliação com o seu agressor, “[...] vai de encontro a toda a normatividade do sistema jurídico, máxime porque, no âmbito penal, não se exige tal postura para retratação” (SILVA, 2018, p. 144).

Há normas que reconhecem que a mulher em situação de violência está numa posição de vulnerabilidade, como a Lei Maria da Penha, já abordada no capítulo 2 (BRASIL, 2006). A Constituição

3 Na sessão de perguntas e respostas do *site* da Defensoria existe a seguinte informação: “É possível indicação de advogado para comparecer em audiência de tentativa de conciliação de divórcio judicial? Não há previsão no convênio para indicação nestes casos. O usuário deverá ser orientado a comparecer em audiência de conciliação para tentativa de composição amigável, vale dizer, conversão em divórcio consensual. Sendo infrutífera a conciliação, ele deverá retornar e receber a indicação de um advogado para contestar a demanda” (DEFENSORIA, 2021).

Federal prevê o direito da dignidade da pessoa humana e outros princípios individuais e coletivos, para garantir o devido processo legal e a isonomia das partes no processo (BRASIL, 1988). Essa referida garantia constitucional, presente no artigo 1º, III, foi ratificada pelo artigo 8º do CPC/2015.

De outra banda, ao se interpretar o art. 695 do CPC, de forma sistemática, com a Lei de Mediação c/c a Lei Maria da Penha, a conclusão lógica é a de que não se pode obrigar a vítima a comparecer a essa audiência, sob pena de ofensa aos princípios que regem a mediação, principalmente a isonomia, já que entre as partes ela não está presente nas relações atingidas por violência doméstica ou familiar, pois a violência de gênero tem como uma das suas características a posição de poder do agressor, em relação à sua vítima.

No ano de 2023, a Lei nº 14.713 promoveu a inclusão do art. 699-A ao Código de Processo Civil, que prevê que:

Nas ações de guarda, antes de iniciada a audiência de mediação e conciliação de que trata o art. 695 deste Código, o juiz indagará às partes e ao Ministério Público se há risco de violência doméstica ou familiar, fixando o prazo de 5 (cinco) dias para a apresentação de prova ou de indícios pertinentes (BRASIL, 2023).

Ao determinar que o juiz investigue a existência de violência doméstica, conforme o art. 695 do Código de Processo Civil, ao que parece o legislador passa a se preocupar com tal temática. A melhor interpretação de tal dispositivo é no sentido de que, após confirmada a situação de violência, o juiz suspenda a audiência do art. 695.

Visando evitar interpretações conflitantes, na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, em agosto de 2016, aprovou-se o Enunciado 34:

[...] se constatar a configuração de uma notória situação de desequilíbrio entre as partes, o mediador deve alertar sobre a importância de que ambas obtenham, organizem e analisem dados, estimulando-as a planejarem uma eficiente atuação na negociação (CJF, 2016).

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro tem, como Orientações Gerais sobre Mediação e Conciliação:

Recomenda-se aos Defensores Públicos verificar a existência ou não de histórico e/ou processo que trate de violência doméstica envolvendo as partes atendidas, antes de encaminhar o caso para conciliação ou mediação, ainda que o atendimento não trate especificamente de violência doméstica (DEFENSORIA RJ, 2021).

No âmbito do Ministério Público, a Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (COPEVID) tem vigente o Enunciado 16:

Nas audiências de conciliação das Varas de Família, sendo constatado que a mulher é vítima de violência doméstica, caso não esteja assistida por advogado exclusivo, ser-lhe-á nomeado um defensor público ou dativo, a fim de preservar seus direitos diante de sua reconhecida hipossuficiência e vulnerabilidade, sendo recomendável a presença do órgão do Ministério Público, independentemente da existência de filhos menores ou incapazes, nos termos do artigo 82, III, do CPC c/c artigo 25 da Lei Maria da Penha (DEFENSORIA, 2018).

Veja-se que, em que pese esse enunciado da COPEVID ser anterior ao CPC de 2015, ele continua vigente e faz reconhecimento expresso da hipossuficiência e vulnerabilidade da mulher em situação de violência.

A Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo editou o Provimento n. 39/2018, que, ao dispor regramentos para atuação procedimento dos Juízos de primeira instância, considerou que

[...] o disposto no artigo 41 da Lei Maria da Penha se mostra, em primeira análise, incompatível com a conciliação/ mediação prevista no artigo 695 do Código de Processo Civil, porque a violência sofrida pela vítima de violência doméstica e familiar retira da mulher a sua capacidade volitiva, e, via de consequência, de transigir (SÃO PAULO, 2018).

Em 04 de março de 2024, foi publicado o Comunicado n. 2/2024, do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça, que determinou a suspensão da Portaria NUPMEC 03/2023, que dizia respeito à realização de sessões de conciliação em casos em que há notícia de violência de gênero, no âmbito doméstico e familiar, “[...] não sendo permitida a realização de sessões de conciliação nos CEJUSCs nesses casos, até nova determinação” (SÃO PAULO, 2024).

Em que pese essas orientações de vários órgãos, a audiência de conciliação e mediação, prevista no art. 695 do CPC, continua sendo designada pelos Juízos nos casos em que há notícia de violência doméstica ou familiar. Basta conferir as decisões dos Tribunais de Justiça, em sede de recurso.

Ao comentar uma decisão do Tribunal paulista, Fernanda Tartuce pontua que uma mulher inserida em um grave cenário de violência não está em plenas condições de conversar em igualdade de condições com o agressor (TARTUCE, 2017, p. 12).

Flávia Pereira Hill conclui que a Lei Maria da Penha justifica

[...] a dispensa da sessão de mediação, ao prever que cabe também ao Poder Público criar as condições necessárias para que os direitos da mulher sejam respeitados, dentre os quais o direito à segurança, o acesso à justiça, à dignidade e ao respeito (HILL, 2019, p. 220).

Já Lariane de Carvalho Vialli sustenta que: “A obrigatoriedade de comparecimento pode colocar em risco a integridade física e/ou psicológica da ofendida” (VIALLI, 2017, p. 75).

Patrícia Novais Calmon analisa como a mediação pode ser realizada em situação em que não existe uma evidente equidade entre as partes e, ainda, na conexão da justiça como equidade, na consecução dos acordos firmados em tal âmbito. A autora levanta, ainda, uma questão importante: “[...] um acordo de mediação que veicula uma partilha desproporcional, ou a renúncia a todo o patrimônio adquirido durante a constância da união, é reputado como uma doação nula (art. 549, CC)” (CALMON, 2022, p. 82).

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul enfrentou o tema no Recurso em Mandado de Segurança n. 56.784-MS, destacando que deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana e outros direitos individuais fundamentais, e reconheceu que haveria ofensa ao princípio da isonomia, sendo que um eventual acordo poderia não retratar a real vontade das partes, uma vez que a mulher poderia se encontrar fragilizada e em posição de inferioridade/ subordinação, muitas vezes se encontrando tolhida da sua autonomia de vontade e liberdade (MATO GROSSO DO SUL, 2018).

É preciso destacar que basta a alegação da pessoa que sofre violência para justificar a dispensa da audiência, pois a palavra da vítima tem valor probante, como já decidiu o STJ, de acordo com a Súmula n. 7: “A palavra da vítima tem especial relevância para fundamentar a condenação, mormente porque se trata de violência doméstica ou familiar, não havendo que se falar em insuficiência probatória”.

Obrigar a mulher, em situação de violência doméstica ou familiar, a comparecer em audiência de conciliação e mediação, sem que essa manifeste expressamente o desejo de participar desse ato, configura manifesta violência estatal, em desrespeito ao art. 2º da Convenção de Belém do Pará, que entende que a violência contra a mulher abrange as violências física, sexual e psicológica, inclusive a “[...] c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra” (BRASIL, 1996).

A mesma Convenção, em seu art. 7º, determina outras obrigações ao Estado, as quais deixam de ser cumpridas, no caso de se entender como obrigatória a disposição do art. 695 do CPC. Assim, o Estado deve “[...] abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação”; “[...] agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher”; “[...] adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade”; “[...] estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos” (BRASIL, 2006).

Como suporte legal para o magistrado não designar a realização dessa audiência de mediação, está o disposto no artigo 489, § 2º, do CPC, que autoriza o afastamento de determinada norma, quando esta colidir com outra, diante de premissas fáticas que justifiquem essa interferência judicial, agindo com ponderação e fundamentando adequadamente seu posicionamento presente na decisão. Dessa forma, o juiz poderá afastar a obrigatoriedade contida no artigo 695 do CPC, em casos de violência doméstica, para resguardar a dignidade da pessoa humana da vítima, fundamento constitucional que foi inserido no ordenamento jurídico, como norma processual fundamental, nos termos do artigo 8º.

Aliás, no dizer de MORAIS e SPENGLER (2006, p. 27), é preciso visualizar a dignidade humana como a reunião dos princípios da liberdade, da igualdade, da solidariedade e da integridade psicofísica, e, então, avaliar se a aplicação da mediação, nesses casos, irá garantir a concretização desses princípios (LIMA e PELAJO, 2016, p. 231).

Ao se considerar que os meios autocompositivos de solução do conflito como instrumentos para ofertar ao jurisdicionado uma prestação jurisdicional adequada, deve ser feita a reflexão se a exposição da vítima da violência doméstica é realmente a via adequada para a resolução dessa controvérsia, que traz marcas profundas e traumatizantes para quem sofre.

A experiência vivenciada pela vítima impossibilita, muitas das vezes, a chegada a um consenso de forma espontânea, pelo medo constante do seu agressor. A autonomia e a independência inerentes à mediação ficariam comprometidas, pois é preciso haver um consentimento livre de qualquer vício de vontade, além do que a técnica deve ser realizada no ambiente de comunicação respeitosa, sem risco de danos à saúde e à vida dos participantes, bem como da segurança do próprio mediador (TARTUCE, 2017, p. 13).

A mulher em situação de violência que é obrigada a comparecer à audiência presencial de mediação nas ações de família, em que normalmente o agressor é a parte contrária, está sujeita ao risco de sofrer agressão no caminho ou no retorno do ato, pois o Estado não fornece escolta às partes.

Pode, ainda, estar sujeita à violência psicológica ou moral, ocorra a audiência no formato presencial ou *on-line*, pois o agressor pode humilhá-la, xingá-la, ou o sofrimento que aquela mulher passa é de tal monta, que a simples presença com o agressor, no mesmo local, pode deixá-la desestabilizada ou vulnerável.

Não quer com isso se afirmar que tal audiência deve ser dispensada em todos os processos em que exista violência doméstica ou familiar. Quando a pessoa em situação de violência estiver devidamente representada por advogado ou defensor público, e manifestar, expressamente, seu desejo em participar de tal audiência, deve o Juízo designá-la na forma como indicado por essa parte (presencial ou *on-line*), não cabendo ao magistrado decidir pela realização ou não do referido ato processual, já que o intuito do legislador é justamente colocar o dever do julgador de fomentar a autocomposição, principalmente nos conflitos familiares.

O que se sugere, nessa oportunidade, é que para haver a realização da audiência autocompositiva, é que, primeiramente, se tente a conscientização do agressor, por meio da técnica da Justiça Restaurativa, (TARTUCE, 2017, p. 11), para que ele compreenda que seu ato é considerado crime, e que não há normalidade no seu comportamento agressivo.

No âmbito da Justiça Restaurativa, por intermédio das técnicas aplicadas na mediação penal, leva-se o ofensor a fazer a assunção da sua responsabilidade, com relação à infração cometida e, com isso, busca-se a sua restauração no ambiente social, compartilhada de forma coletiva e com prospecção para o futuro, observando-se os interesses das partes envolvidas e da própria sociedade, para que se concretize uma Justiça criminal e social participativa, com fito na reinclusão do ofensor. Nela está a característica da voluntariedade da participação do ofensor e da vítima, não havendo, portanto, uma imposição. Nesse método, a vítima ocupa o centro do processo, tendo uma participação ativa no controle do processo. Outro ponto importante, é que, nessa mediação penal, são realizados encontros prévios com cada parte (vítima e agressor), para exporem os impactos do crime (NAHID, 2010, p. 49).

Após esse procedimento autocompositivo na seara penal, o magistrado que atua nas ações de família poderá analisar a possibilidade de ser designada a audiência de mediação, com o intuito de resolver as pendências do litígio cível, como partilha de bens, guarda e visitação de menores, extinção do vínculo matrimonial ou da união estável.

A título de contribuição à proposta acima apresentada, de ser realizada uma prévia tentativa de Justiça Restaurativa, é importante trazer à baila um caso real, relatado na pesquisa coordenada por Andrade (2018, p. 218), através de contratação do CNJ, pelo Edital de Convocação Pública e de Seleção, em que um casal, em processo de separação proposto pela mulher que sofreu violência doméstica, passou pelo procedimento da Justiça Restaurativa no Juizado de Paz Doméstica, sendo realizadas entrevistas separadas, por meio de reuniões reflexivas, e, posteriormente, ambos participaram de círculo conjunto. Desse encontro, foi possível tratar os gatilhos do relacionamento conflituoso e as dores internas causadas pela violência doméstica, gerando a emergência de respeito recíproco e das lembranças de momentos positivos, vividos anteriormente, sendo, assim, restabelecida a comunicação entre vítima e agressor.

Verifica-se, dentro desse exemplo, que se mostra viável e eficaz o instituto da cooperação judiciária, em que Juízos de competências distintas se unem para a efetivação da Justiça Restaurativa, por intermédio da autocomposição da resolução de conflitos, atuando em situações similares, nas quais a restauração do diálogo no ambiente penal e o acordo dele proveniente, poderá vir a produzir efeitos no ambiente cível. Dessa maneira, os Juízos cooperantes podem contribuir para a solução de uma questão comum, de modo uniforme, que possui repercussões em diferentes competências.

Oliveira e Santana (2021, p. 681) defendem a ideia de que a cooperação, por meio da concertação de atos (arts. 67, 68 e 69, § 2º, do CPC), irá promover a concretização da eficiência processual, já que o conflito tratado na Justiça Restaurativa de forma horizontal, com suas várias dimensões,

poderá trazer bons resultados em outra área de atuação jurisdicional, posto que “[...] a utilização da Justiça Restaurativa como ato concertado respeita o autorregramento da vontade das partes e possibilita que o processo seja eficiente”.

Dentro dessa restauração comunicativa, também foi assinado um termo de acordo, não somente sobre a violência doméstica, sendo incluído consenso sobre controvérsia na seara de família, como a guarda e pensão da filha menor. Em um só ato, a autocomposição envolveu acordo restaurativo e acordo de demanda familiar.

Por fim, é importante destacar que “[...] em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado” (art. 27, Lei Maria da Penha, BRASIL, 2006). Assim, qualquer acordo firmado por mulher em situação de violência, desacompanhada de advogado ou defensor público, em audiência prevista no art. 695, pode ser declarado nulo. A própria redação do § 3º, do citado dispositivo legal, impõe esse acompanhamento das partes por advogados ou defensor público.

#### **4. AUDIÊNCIA DO ART. 695 DO CPC, EM CASOS EM QUE HÁ MEDIDA PROTETIVA DE AFASTAMENTO OU NÃO APROXIMAÇÃO**

Situações ainda mais graves do que as tratadas no capítulo anterior ocorrem quando a pessoa, em situação de violência, possui medida protetiva concedida pelo Poder Judiciário. Nessas situações, já houve uma análise da situação de violência doméstica e familiar, e foi concedida medida para evitar atos piores de violência.

Seria até mesmo ilógico o Juízo designar audiência, quando há decisão judicial determinando o afastamento das partes. Mas, apesar disso, na prática forense, tais audiências continuam sendo designadas com a advertência de multa, caso a parte não compareça. Revela-se aí o legalismo exacerbado de alguns magistrados que não fazem uma interpretação sistemática das normas jurídicas, deixando de alinhavá-las com a Constituição Federal, e deixando de lado o juízo de ponderação, inclusive, autorizado pela própria norma processual, no artigo 489, § 2º c/c os artigos 1º e 8º (BRASIL, 2015).

As medidas protetivas, na Lei Maria da Penha, estão previstas no art. 22, que exemplifica, dentre outras: (i) o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; (ii) a proibição de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor (BRASIL, 2006).

Esse afastamento ou não aproximação, previstos na lei, engloba, não apenas a proximidade física, mas também o contato em ambiente digital, ou seja, ligações, mensagens (SMS ou aplicativos de mensagem instantânea, como Messenger, WhatsApp, Telegram etc.), redes sociais, aplicativos de videoconferência e outros mecanismos similares.

E mais, o descumprimento da medida protetiva, pelo agressor, poderia configurar o crime do artigo 24-A da Lei Maria da Penha. Dessa forma, a obrigatoriedade da audiência de mediação, nesses casos, fica inviável para ambas as partes, e eventual acordo firmado possui uma grande probabilidade de estar evadido de vício de vontade, diante da circunstância de ameaças.

Há medidas protetivas previstas ainda em outros instrumentos legislativos, como o Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), que também devem ser interpretadas da mesma forma.

A designação de audiência em casos com medida protetiva, “[...] além de representar a violação de uma ordem estabelecida em outro processo, a aproximação das partes simplesmente não convém” (SPIRITO, 2016).

Não atentar para os riscos de que tais mulheres correm nas audiências de conciliação/mediação, “[...] demonstra o despreparo e o descrédito que o Poder Judiciário majoritariamente reputa aos eventos desta ordem” (PARIZOTTO, 2018, p. 301).

Em razão do risco existente para a pessoa em situação de violência nesses casos, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), de forma unânime, aprovou o Enunciado 639: “O juiz poderá, excepcionalmente, dispensar a audiência de mediação ou conciliação nas ações de família, quando uma das partes estiver amparada por medida protetiva” (FPPC, 2019).

Mas, na prática, há situações em que tal audiência é designada e a parte vê-se obrigada a recorrer para afastar a obrigatoriedade.

O Tribunal de Justiça de Goiás já se debruçou sobre o tema, decidindo que o incentivo à conciliação e à mediação do CPC de 2015, não pode se sobrepor ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal, e outros dele derivados, e que “[...] colocar as partes frente a frente revitimiza a mulher em situação de violência doméstica e familiar e pode, até mesmo, colocá-la em risco, uma vez que há perigo de que novas violências aconteçam” (GOIÁS, 2020).

Com fundamentos semelhantes em diversos casos, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento a um agravo de instrumento para dispensar a audiência, em hipótese em que existia medida protetiva que proibia o agravado de se aproximar da agravante (SÃO PAULO, 2019).

Esse posicionamento já vinha sendo adotado pela 2ª Câmara de Direito Privado (2017), em que o relator, Desembargador José Carlos Ferreira Alves, manifestou-se, no sentido de que, apesar de a legislação processual civil colocar a autocomposição como prioridade, esse incentivo normativo não poderá ir na contramão do princípio da dignidade da pessoa humana, não sendo, portanto, viável forçar a mulher, vítima da violência doméstica, a comparecer numa audiência, e estar frente a frente com o seu agressor. Nessa circunstância, haveria ausência de empoderamento da vítima, característica imprescindível para a validação do procedimento autocompositivo, e para a sua efetividade, no sentido de solucionar o conflito em pauta (MIGALHAS, 2017).

Veja-se que, quando há medida protetiva, a mulher em situação de violência já teve reconhecida sua situação de vulnerabilidade pelo Poder Judiciário. Se ela for obrigada a comparecer em tal audiência, será revitimizada e obrigada a ficar face a face com seu agressor, sujeitando-se a riscos a sua integridade física, moral ou psicológica, por determinação do Estado, em razão de uma falha na interpretação sistemática de um dispositivo legal, levando a vítima a passar por um procedimento autocompositivo, desprovido de seus princípios norteadores, e objeto de declaração de nulidade, ou pela via recursal própria, ou ainda por uma ação de nulidade, prevista no artigo 966, § 4º, do CPC.

## 5. RECURSO CABÍVEL DA DECISÃO QUE OBRIGA A PARTE EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA A COMPARECER NA AUDIÊNCIA PREVISTA NO ART. 695 DO CPC

A decisão que determina a realização da audiência do art. 695 do CPC possui natureza de decisão interlocutória. Se a parte que está em situação de violência pretender se insurgir contra essa decisão, encontrará um empecilho prático na legislação processual vigente. O recurso que permitiria uma análise imediata da situação, pelo Tribunal competente, seria o agravo de instrumento.

Todavia, pela sistemática do CPC de 2015, o rol de cabimento do agravo de instrumento é taxativo, e não há previsão para o caso de designação de audiência de mediação ou conciliação.

Sendo assim, numa interpretação literal da norma processual, poder-se-ia entender que o recurso adequado para essa situação seria o de apelação, uma vez que as decisões interlocutórias, não previstas no rol do art. 1.015, seriam impugnáveis apenas após a sentença, quando do recurso de apelação.

Contudo, sujeitar a pessoa em situação de violência a aguardar o final do processo, em primeiro grau de jurisdição, para só então se insurgir contra a designação desse ato que ocorre no início do procedimento, seria totalmente inútil, pois a audiência já teria acontecido.

O STJ, interpretando o art. 1.015 do CPC, reconheceu, em algumas hipóteses, que o rol seria de uma taxatividade mitigada, permitindo a interposição de agravo de instrumento em situações em que aguardar a oportunidade do recurso de apelação não traria qualquer utilidade para a parte.

Com relação ao recurso cabível, referente à não designação de audiência de conciliação/ mediação, há precedente do STJ, reconhecendo que tal decisão é suscetível de impugnação imediata,

[...] na medida em que será inócuo e inútil reconhecer, apenas no julgamento da apelação, que as partes fariam jus à audiência de conciliação ou à sessão de mediação previstas, na forma do art. 334 do CPC, para acontecer no início do processo (BRASIL, 2020).

No caso julgado, a parte havia utilizado um mandado de segurança para impugnar, imediatamente, a decisão interlocutória, mas o STJ reconheceu que o recurso adequado, na hipótese, seria o de agravo de instrumento.

Sendo assim, diante do cenário interpretativo atualmente existente, com relação ao recurso cabível da decisão que trata da designação de audiência de conciliação, o recurso cabível da designação da audiência do art. 695 deve ser o de agravo de instrumento.

## CONCLUSÃO

A Lei n. 13.105/2015 inseriu no ordenamento jurídico um Código de Processo Civil pautado no olhar autocompositivo que os juízes, o Ministério Público, a Defensoria Pública e os advogados devem ter, ao se depararem com os conflitos sociais, cada um com sua função de incentivar as partes a buscarem a via autocompositiva de resolução.

Com essa norma fundamental processual de incentivo à justiça coexistencial, o legislador promove a releitura do acesso à ordem jurídica, ofertando ao jurisdicional o direito de obter uma prestação jurisdicional adequada para o seu conflito. Nesse sentido, autoriza que qualquer método de solução consensual de conflito poderá ser utilizado para proporcionar um resultado que seja satisfatório e efetivo.

A norma processual civil, no afã de tornar concreta essa política de pacificação social, determina a obrigatoriedade de realização de uma audiência de conciliação/mediação, de forma preliminar, como forma de fazer com que as partes do conflito perpassem, primeiramente, pela tentativa da solução autocompositiva e, em não sendo frutífera, o Estado-Juiz apresentará a solução da lide, por meio de uma decisão judicial, cuja justiça será impositiva, traçando a vitória de uma parte, em contrapartida da sucumbência da outra.

Essa compulsoriedade da audiência autocompositiva é prevista no artigo 334 do CPC, e de forma mais incisiva no artigo 695, quando a ação judicial tratar de questões de família, havendo na doutrina, inclusive, entendimento no sentido de que tal audiência não poderá ser afastada por vontade das partes.

Todavia, essa característica de obrigatoriedade indisponível, deve ser ponderada nos casos de litígios familiares com violência doméstica, principalmente nos casos em que foi determinada medida protetiva. Esse espírito autocompositivo, trazido pelo legislador, não pode se sobrepor ao princípio da dignidade humana, ao direito da vítima da agressão de evitar contatos com seu agressor, ainda que numa audiência judicial, momento que poderá gerar uma revitimização e um agravamento no estado emocional e psicológico da vítima.

Nessas situações específicas, deve prevalecer a autonomia da vítima, de comparecer ou não à audiência de mediação, sem que lhe seja aplicada qualquer penalidade processual. Caberá ao juiz agir com bom senso, com sensibilidade, e mitigar a norma contida no artigo 695 do CPC, em

pról da dignidade da pessoa humana, respeitando o desejo da mulher de manter a distância de seu agressor. Como fundamento legal para essa postura do magistrado, está o disposto no artigo 489, § 2º, c/c os artigos 1º e 8º, todos do CPC, alinhados com o artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Sugere-se que, primeiramente, o fato gerador do conflito familiar, ou seja, a violência doméstica, seja tratada através da Justiça Restaurativa, por meios de grupos/círculos reflexivos que poderão ocorrer em etapas sequenciais, com encontros individuais e, após a preparação das partes, com encontros conjuntos das partes envolvidas, para o tratamento das sequelas deixadas pelo ato ilícito penal, com a conscientização do agressor sobre a sua responsabilização e a autorização da ofendida em participar de um diálogo, para se chegar a um possível acordo restaurativo.

Restabelecido esse diálogo, em sede da violência doméstica, prepara-se um terreno fértil para a viabilidade e eficácia da mediação civil, para a composição do conflito de interesses nas ações de família, até mesmo por meio da cooperação entre Juízos, ainda que de competências distintas, com autorização dos artigos 67, 68 e 69, § 2º, todos do CPC.

O Poder Judiciário deve despir-se do legalismo exacerbado e buscar uma interpretação sistematizada das normas processuais, agindo com humanização processual, característica presente no artigo 8º do CPC, bem como com eficiência na sua atuação jurisdicional. A ponderação entre as normas precisa imperar, para que a justiça seja alcançada da forma mais adequada ao conflito sob julgamento. Essa é a visão contemporânea que emerge do Código de Processo Civil de 2015, a qual se impõe ao julgador, representando o Estado para garantir a proteção dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de et al. (coord.). *Pilotando a Justiça Restaurativa: O papel do Poder Judiciário. Sumário Executivo Justiça Pesquisa: Direitos e garantias fundamentais*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018.
- BOL (site). Homem mata a ex-mulher após a audiência de separação. 2013. Disponível em: <https://www.bol.uol.com.br/videos/index.amp.htm?id=homem-mata-a-exmulher-apos-a-audiencia-de-separacao-04028C99376ED8994326>. Acesso em: 10 fev. 2021.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (de 5 de outubro de 1988). Planalto, Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 24 ago. 2020.
- BRASIL. Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996: Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Planalto, Brasília, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm). Acesso em: 7 mar. 2021.
- BRASIL. Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002: Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984. Planalto, Brasília, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm). Acesso em: 10 fev. 2021.
- BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009: Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Planalto, Brasília, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em: 10 fev. 2009.
- BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Planalto, Brasília, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 7 mar. 2021.
- BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003: Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Planalto, Brasília, 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10741.htm). Acesso em: 7 de mar. 2021.
- BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006: Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º, do art. 226, da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Planalto, Brasília, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 21 fev. 2021.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Planalto, Brasília, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 10 ago. 2020.
- BRASIL. Lei 13.140/2015, de 26 de junho de 2015. Lei de Mediação. Planalto, Brasília, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). Acesso em: 18 de jul. 2021.
- BRASIL. Lei n. 14.713, de 30 de outubro de 2023. Planalto, Brasília, 2023. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2023-2026/2023/lei/l14713.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14713.htm). Acesso em: 31 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental No Agravo Em Recurso Especial n. 1352082 / DF, Relator Ministro Joel Ilan Paciomnik, j. 26/03/2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27AGARESP%27.clas.+e+@num=%271352082%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20ARESP%27+adj+%271352082%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27AGARESP%27.clas.+e+@num=%271352082%27)+ou+(%27AgRg%20no%20ARESP%27+adj+%271352082%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 63.202/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze; Relatora para Acórdão Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma, j. 01/12/2020, DJe 18/12/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/jurisprudencia-do-cpc/342031/art-334-do-cpc-audiencia>. Acesso em: 11 jul. 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal (CJF). Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios: Enunciados aprovados. Disponível em: [https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?\\_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669](https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669). Acesso em: 7 mar. 2021.

CALMON, Patrícia Novais Sathler Oliveira. A mediação familiar e a justiça como equidade de John Rawls. In: *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. In: Porto Alegre, v. 9, n. 51, p. 79-97, nov./dez. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. In: *Revista Forense: Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. São Paulo, ano 19 v. 90, n. 326, p. 121-130, abr.-jun. 1994.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução N° 125 de 29/11/2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 07 mar. 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Procedimento especial para as ações de família no Projeto do Novo Código de Processo. In: *Academia.edu*. Disponível em: [https://www.academia.edu/9253216/PROCEDIMENTO\\_ESPECIAL\\_PARA\\_AS\\_AÇÕES\\_DE\\_FAMÍLIA\\_NO\\_PROJETO\\_DO\\_NOVO\\_CÓDIGO\\_DE\\_PROCESSO\\_CIVIL](https://www.academia.edu/9253216/PROCEDIMENTO_ESPECIAL_PARA_AS_AÇÕES_DE_FAMÍLIA_NO_PROJETO_DO_NOVO_CÓDIGO_DE_PROCESSO_CIVIL). Acesso em: 7 mar. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Orientação 24*. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/a67c94da9fff4cf8bb11f92b41976d19.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Enunciados COPEVID. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=5999>. 2018. Acesso em: 21 fev. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Perguntas frequentes. Disponível em: [https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/documentos/perguntas\\_frequentes.pdf](https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/documentos/perguntas_frequentes.pdf). Acesso em: 7 mar. 2021.

FONTAINEHA, Fernando de Castro. *Acesso à Justiça: Da contribuição de Mauro Cappelletti à realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FPPC: Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Enunciados do Fórum Permanente de processualistas cíveis, X edição, Carta de Recife/PE, mar. 2018. Salvador: Juspodivm, 2019.

G1 (*site*). Suspeito de matar ex-mulher após audiência sobre divórcio é preso em Caxias do Sul. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2019/11/19/suspeito-de-matar-ex-mulher-apos-audiencia-sobre-divorcio-e-preso-em-caxias-do-sul.ghtml>. Acesso em: 10 fev. 2021.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 06676105820198090000, 1. Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Maria das Graças Carneiro Requi, j. 11 maio 2020. Jus Brasil (*site*). Disponível em: <https://tj-gu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/931722364/agravo-de-instrumento-cpc-ai-6676105820198090000/inteiro-teor-931722375>. Acesso em: 11 jul. 2021.

GORETTI, Ricardo. *Gestão Adequada de Conflitos*. Do diagnóstico à escolha do método para cada caso concreto. Salvador: Jus Podivm, 2019.

HILL, Flavia Pereira. Uns mais iguais que os outros: Em busca da igualdade (material) de gênero no Processo Civil brasileiro. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, a. 13, v. 20, n. 2, maio- ago. 2019.

LIMA, Evandro Souza; PELAJO, Samantha. Mediação nas ações de família. In: ALMEIDA, Digo Assumpção Resende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.). *A mediação no Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LOBO, Mônica; PELAJO, Samantha. Mediação familiar: Algumas premissas emocionais e jurídicas. In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). *Mediação de conflitos*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 1403722-57.2017.8.12.0000. 2. Câmara Cível. Relator: Desembargador Alexandre Bastos. Diário de Justiça Eletrônico 8 jan. 2018. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/516912844/14037225720178120000-ms-1403722-5720178120000/inteiro-teor-516912861>. Acesso em: 7 mar. 2021.

MAZZOLA, Marcelo. Dispensa da audiência de conciliação/mediação: Seis dribles e dois gols. In: Migalhas (*site*). Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/252601/dispensa-da-audiencia-de-conciliacao-mediacao--seis-dribles-e-dois-gols>. Acesso em: 7 mar. 2021.

MIGALHAS (*site*), 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/253270/tj-sp-libera-vitima-de-violencia-de-comparecer-a-audiencia-de-conciliacao-de-divorcio>. Acesso em: 18 jul. 2021.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil moderno*. 2. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2016.

- MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Princípios procedimentais no Novo Código de Processo Civil. In: ALMEIDA, Digo Assumpção Resende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.). *A mediação no Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil. Do modelo ao princípio. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem*. Alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- NAHID, Érica Pamplona Barcelos. *A mediação como método alternativo à resolução de conflitos nos casos envolvendo ofendido e ofensor*. Monografia apresentada na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), sob a orientação da Dr<sup>a</sup>. Samantha Pelajo, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16206/16206.PDF>. Acesso em: 19 jul. 2021.
- NEJAIM, América Cardoso Barreto Lima; JABORANDY, Clara Cardoso Machado. O diálogo da mediação: Uma garantia de acesso à ordem jurídica humanizada. In: *Revista Jurídica Jus Poiesis*, v. 21, n. 26, p. 152-172, 2018.
- \_\_\_\_\_. Mediação e uma releitura do princípio do acesso à Justiça: Uma solução à incongruência do neoconstitucionalismo. In: SOUZA, Wilson (org.); LEAL, Ana Paula de Almeida Lima; NUNES, Bruno Vargens. *Estudos sobre o acesso à Justiça e direito do Estado*. Salvador: Dois de Julho, 2020, p. 220-229.
- \_\_\_\_\_. A audiência de conciliação e mediação nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e o diálogo com o CPC/2015. In: GAIJO JUNIOR, Antônio Pereira; CUNHA, Maurício Ferreira (coord.). *Juizados Especiais Cíveis Estaduais: Reflexões e Perspectivas nos 25 anos da Lei 9099/95*. Londrina: Thoth, 2021.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: JusPodium, 2022.
- OLIVEIRA, Alline Berger de. A mediação como método eficaz nas ações de família em casais com medidas protetivas. In: IBDFAM (site), 27 jul. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1514/A+media%C3%A7%C3%A3o+como+m%C3%A9todo+eficaz+nas+a%C3%A7%C3%B5es+de+fam%C3%ADlia+em+casais+com+medida+protetiva#:~:text=qualquer%20fase%20processual.-,5%20A%20MEDIA%C3%87%C3%83%20COMO%20M%C3%89TODO%20EFICAZ%20NAS%20A%C3%87%C3%95ES,EM%20CASAIS%20COM%20MEDIDAS%20PROTETIVAS&text=A%20media%C3%A7%C3%A3o%20proporciona%20a%20busca,das%20necessidades%20de%20cada%20um>. Acesso em: 4 mar. 2021.
- OLIVEIRA, Samyle Regina Matos; SANTANA, Selma Pereira de. Justiça Restaurativa: Acordos e cooperação. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 3, p. 668-684, dez. 2021.
- ONU (site). Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher. Pequim, 1995. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/declaracao\\_pequim1.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/declaracao_pequim1.pdf). Acesso em: 10 fev. 2021.
- PARIZOTTO, Natália Regina. Violência doméstica de gênero e mediação de conflitos: A reatualização do conservadorismo. In: *Revista de Serviço Social*, São Paulo, n. 132, p. 287-305, maio-ago. 2018.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2203284-37.2019.8.26.0000. Processo de origem n. 1013326-54.2019.8.26.0451. 2. Câmara de Direito Privado. Relator: José Carlos Ferreira Alves. Agravante: L. de O. de S. Agravado: L. de S. de O. Comarca: Piracicaba. 1. Vara da Família e das Sucessões. MM. Juiz de 1<sup>a</sup> Instância: Fabíola Helena de Paula Roque Lucato. Disponível em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversaoId=&cdAcordao=12977953&cdForo=0&uuiidCaptcha=sajcaptcha\\_cedb500badc640528f231a-1cfc5d1d34&g-recaptcha-response=03AGdBQ24UJXmPS--zWlQTAejbG7Hy8hAhJzZoruNrrweaND3dTMV3VZL\\_tGoi-8Vc0knG69piROMAbdz7T291XWgD\\_ziPlqV64hy08ryCQnTPQgS0yEoGm9-dbnQxrCe6qfIXGmGhx\\_o5kwUmNkumIVOK\\_kZX5l-T8bvFQhRCp1usGERHPU-qFzNzJYXEhZH2-y3zLxl-oc92FW54Pfn-d5lB6KaMPU4FvUF6J-v\\_DCQN4bz-ZAXhjb\\_Fu3Qp2mnnK-QXYt5Ujuf7pPa\\_IAUtem46vi1NhMTNjDfjb2mEQF1R9YYGIRaSwpQ4T5SfleBtDe7805Z-xGseTbGtQePJTha-dvmC4TB-cYDDQ-fmFXPOM6fw7MoQjTjijHIZK5yl9BePviXF421fNZJ1MHfuv9qe5VP4H5XnOxIHIV3QZRR4QYEmbKX1SeGVnokYqIMx6ESJKf3y4A](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversaoId=&cdAcordao=12977953&cdForo=0&uuiidCaptcha=sajcaptcha_cedb500badc640528f231a-1cfc5d1d34&g-recaptcha-response=03AGdBQ24UJXmPS--zWlQTAejbG7Hy8hAhJzZoruNrrweaND3dTMV3VZL_tGoi-8Vc0knG69piROMAbdz7T291XWgD_ziPlqV64hy08ryCQnTPQgS0yEoGm9-dbnQxrCe6qfIXGmGhx_o5kwUmNkumIVOK_kZX5l-T8bvFQhRCp1usGERHPU-qFzNzJYXEhZH2-y3zLxl-oc92FW54Pfn-d5lB6KaMPU4FvUF6J-v_DCQN4bz-ZAXhjb_Fu3Qp2mnnK-QXYt5Ujuf7pPa_IAUtem46vi1NhMTNjDfjb2mEQF1R9YYGIRaSwpQ4T5SfleBtDe7805Z-xGseTbGtQePJTha-dvmC4TB-cYDDQ-fmFXPOM6fw7MoQjTjijHIZK5yl9BePviXF421fNZJ1MHfuv9qe5VP4H5XnOxIHIV3QZRR4QYEmbKX1SeGVnokYqIMx6ESJKf3y4A). Acesso em: 11 jul. 2021.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Comunicado n. 2/2024. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Conciliacao/Conciliacao/Nupemec>. Acesso em: 7 mar. 2021.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Provimto CG n. 39/2018. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/gecon/legislacao/consulta?deTiponorma=%22PROVIMENTO%22&deOrgaoexpedidor=%22CORREGEDORIA+GERAL+DA+JUSTI%C3%87A+DO+ESTADO+DE+S.PAULO%22>. Acesso em: 20 mar. 2024.
- SILVA, Anderson Luis Lima da. O novo CPC: Audiência de conciliação nos casos de violência doméstica. In: *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, n. 54, Brasília, p. 129-145, jul.-dez. 2018.
- SPIRITO, Marco Paulo Denucci Di. Hipóteses objetivas de dispensa da audiência de conciliação e mediação. 2016. Disponível em: <http://www.adambrazil.com/hipoteses-objetivas-de-dispensa-da-audiencia-de-conciliacao-e-mediacao/>. Acesso em: 11 jul. 2021.
- TARTUCE, Fernanda. Audiência consensual inicial, violência doméstica e empoderamento. 2017. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/11/Dispensa-da-audiencia-inicial-em-aces-de-familia-Fernanda-Tartuce.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2021.
- \_\_\_\_\_. Encaminhamento consensual adequado das ações de família no regime do novo Código de Processo Civil. 2016.

Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Encaminhamento-consensual-adequado-das-acoes-de-familia-no-Novo-CPC.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Método, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais*. 50. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 2 v.

VIALLI, Lariane de Carvalho. Não obrigatoriedade da audiência de mediação ou conciliação, nas ações de família, em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Trabalho de Conclusão de Curso (TCC). In: Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2017.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

# Contributos do método hermenêutico civil-constitucional para a interpretação das leis no contexto da pandemia de Covid-19: O exemplo das alterações promovidas pela Lei de Liberdade Econômica no artigo 113 do Código Civil

MICHEL GLATT<sup>1</sup> | PEDRO MACHADO BEZERRA<sup>2</sup>

Sumário: Introdução. 1. Aspectos críticos da teoria hermenêutica à luz da metodologia do Direito Civil-Constitucional. 2. A interpretação da lei a partir da metodologia civil-constitucional. 3. O “novo” artigo 113 do Código Civil, o artigo 7º do Regime Jurídico Emergencial e Transitório, e a interpretação civil-constitucional na pandemia de Covid-19. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

Desde o início de 2020, a pandemia de Covid-19 afeta drasticamente a existência humana ao redor do planeta das mais diversas formas. As mortes de milhões de pessoas e a busca pela sobrevivência, tanto a partir de medidas governamentais que determinaram a restrição de certas atividades quanto por meio de ações pessoais, movidas pelo temor de contração da doença, acarretam infundáveis alterações na realidade social, atingindo todas as relações humanas, sejam elas comerciais ou mesmo de cunho eminentemente afetivo.

Diante disso, emergiram, em decorrência da nova realidade social, novas situações jurídicas que não foram – e nem poderiam ser – cogitadas pelo legislador quando da elaboração de leis anteriores à disseminação do vírus Sars-Cov-2 pelo mundo. Surgiu então a pergunta: seria necessária a elaboração de novas leis, aptas a lidar com a nova realidade fática, drasticamente alterada pela pandemia? Ou, apesar do notável anacronismo dos enunciados normativos diante das radicais mudanças ocorridas desde 2020, é possível a sua adaptação ao “novo normal”? Ou, ainda, será que esse inédito quadro estimula novos olhares sobre alterações legislativas precedentes à pandemia, como as propugnadas pela Lei n. 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica)?

Ainda no ano de 2020, o legislador apressou-se em promulgar a Lei n. 14.010, que instituiu um “Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado - RJET”, apto, ao menos em tese, a regular as novas situações decorrentes do quadro excepcional então vivido. No âmbito do direito contratual, a grande preocupação do legislador foi a de conter a revisão judicial dos contratos, em razão dos efeitos da pandemia, como se depreende da redação do seu artigo 7º, que estabelece que não se considerariam “fatos imprevisíveis, para os fins exclusivos dos arts. 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, o aumento da inflação, a variação cambial, a

1 Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Advogado.

2 Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-Graduado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Assessor jurídico no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ).

desvalorização ou a substituição do padrão monetário”. A limitação à revisão contratual, todavia, já não precedia a própria legislação extraordinária?

Essas questões motivaram a elaboração deste artigo, por meio do qual se busca respostas na metodologia hermenêutica apresentada por Pietro Perlingieri, especialmente na obra *O Direito Civil na legalidade constitucional*<sup>3</sup>.

Para tanto, dividiu-se o presente artigo em três partes: os dois capítulos iniciais visam à apresentação da metodologia interpretativa proposta pela metodologia civil-constitucional, focando o primeiro nas críticas apresentadas a correntes clássicas da interpretação jurídica, e o segundo nas propostas interpretativas formuladas por Pietro Perlingieri; já a terceira parte aborda, mais diretamente, a insuficiência da nova redação do artigo 113 do Código Civil, após a sua alteração pela Lei de Liberdade Econômica, bem como do artigo 7º do RJET, em meio à realidade social imposta pela pandemia de Covid-19, buscando propor uma solução para as questões oferecidas, a partir das premissas metodológicas apresentadas.

## 1. ASPECTOS CRÍTICOS DA TEORIA HERMENÊUTICA À LUZ DA METODOLOGIA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

A compreensão de um texto jurídico, por mais claro que ele possa parecer, depende de um prévio processo interpretativo, para que dele se extraia uma norma, que, por sua vez, impõe uma conduta a ser observada no caso concreto que busca regular. Esta tese marca a teoria hermenêutica proposta por Pietro Perlingieri, que, ao mesmo tempo, contrapõe-se às escolas sociológicas e juspositivistas clássicas, e sugere um método original, sensível à inserção do Direito em uma realidade social mais ampla, composta dos diversos aspectos da complexidade da vida humana.

Justamente em razão deste aspecto eminentemente humano da ciência jurídica, denota-se a impossibilidade de se buscar, no processo interpretativo, a simulação de procedimentos cientificistas típicos das ciências naturais<sup>4</sup>. O raciocínio hermenêutico na ciência do Direito, assim, não deve seguir o silogismo da lógica matemática aristotélica, defendido por algumas correntes positivistas, que procuram o perfeito encaixe entre um enunciado normativo abstrato e os fatos cotidianos<sup>5</sup>.

Ao contrário, o Direito, como ciência social, deve admitir que o perfeito silogismo nunca existirá, uma vez que cada fato humano é único em suas características. Pietro Perlingieri critica, dessa forma, a premissa kelseniana de que o intérprete não deve fazer referências a elementos alheios ao enunciado normativo em sua atividade hermenêutica<sup>6</sup>. Para o autor italiano, o isolamento da interpretação jurídica em relação aos demais aspectos da realidade social acaba por legitimar comportamentos formalísticos que não necessariamente resolvem satisfatoriamente os problemas sociais postos, que, por sua vez, são a própria razão de ser do Direito.

Deve-se, porém, ressaltar que, negar a busca pela perfeita subsunção entre fato e enunciado normativo e admitir a influência de aspectos extralegais, na busca por soluções jurídicas dos problemas humanos, não significa, de modo algum, invalidar a importância do próprio enunciado

3 PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008a.

4 Cf. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, v. I. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 177.

5 Cf. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 221.

6 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 390-391.

normativo ou da autoridade do legislador, respaldada pelo princípio democrático<sup>7</sup>. A investigação da melhor solução jurídica para os fatos concretos deve ser realizada dentro do sistema jurídico, não devendo o intérprete passar por cima do texto legal para achar a solução mais justa<sup>8</sup>. Nas palavras de Pietro Perlingieri, “[...] o liame entre o texto e o intérprete requer a presença de ambos”<sup>9</sup>.

Assim, deve-se considerar que o enunciado normativo não se forma por completo no momento da sua elaboração pelo legislador: ao contrário, sua própria positividade vem do fato de que o Direito é inteligível e, como qualquer texto, ele só o é em relação a um determinado contexto social. Deste modo, elementos extralegais, como aspectos culturais, sociais, econômicos e políticos, compõem e informam o próprio dado normativo, que não é hermético, fechado em si mesmo, mas expressão de uma determinada sociedade que existiu em determinado tempo. O Direito, assim, não pode ser pensado sob perspectiva autopoietica, uma vez que só é positivo se for interpretado, e na medida em que for interpretado<sup>10</sup>.

A partir disso, surge uma necessária crítica ao chamado “nominalismo prático”, técnica interpretativa típica da jurisprudência dos conceitos, e que persiste até hoje no dia a dia da prática jurídica<sup>11</sup>. Tal prática opera-se mediante a vinculação de determinada regulamentação ou tratamento formal a um conceito clássico, utilizado quase automaticamente, sem qualquer reflexão ou controle teórico, como se as categorias jurídicas fossem eternas, a-históricas, e atraíssem a mesma disciplina jurídica que a elas sempre foi empregada.

A utilização acrítica dos conceitos jurídicos sem a análise das circunstâncias fáticas que envolvem e compõem o caso concreto leva, diversas vezes, a soluções anacrônicas e inadequadas, legitimando injustiças diversas através de argumentos pretensamente históricos, que na verdade se provam, até mesmo em uma análise histográfica, falsos. Deve-se recordar que os próprios conceitos, mesmo quando conservam seus nomes e por vezes sua estrutura, sofrem relevantes alterações semânticas e funcionais, com o passar do tempo e com a mudança das circunstâncias históricas, culturais e econômicas que a informam. Deste modo, é natural que conceitos jurídicos milenares, tais como as obrigações, a família, a liberdade e a propriedade, não tenham hoje a mesma disciplina e nem mesmo o mesmo significado que possuíam no Império Romano<sup>12</sup>.

Da mesma forma, essa crítica pode ser empregada à técnica, ainda muito utilizada na prática jurídica brasileira diária, da subsunção exegética, que acaba por aplicar, sem grandes reflexões, a literalidade do enunciado legislativo ao caso concreto<sup>13</sup>. Isto porque, para além da abstração,

---

7 Pietro Perlingieri se afasta, neste sentido, das correntes comumente denominadas de “realismo sociológico”, em que “[...] a atividade de análise destaca-se das formalidades em favor da atenção aos fatores reais que conduzem às decisões judiciais, em nome de desligar-se de construções abstratas, oriundas das classes dominantes, para dirigir-se a um direito espontaneamente construído pela sociedade na sua verdadeira vivência cotidiana como grupo.” (KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do Direito Civil: O intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. In: *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, v.1, jan.-abr. 2015, p. 197).

8 Cf. SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o Direito Civil-Constitucional. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 9-27, out.-dez. 2016, p. 14.

9 PERLINGIERI, Pietro, op. cit., 2008a, p. 602.

10 Cf. TEPEDINO, Gustavo. O ocaso da subsunção. In: *Temas de Direito Civil*, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 443.

11 Cf. KONDER, Carlos Nelson, op. cit., p. 196.

12 Os exemplos são de António Manuel Hespanha, que contrapõe brevemente o significado destas expressões no ordenamento romano e nos ordenamentos democráticos contemporâneos (HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica europeia: Síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 17).

13 Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 278. No mesmo sentido: “A lei é a fonte exclusiva do direito e na sua palavra estaria expressa a soberania legislativa. Ao entendimento da norma não devem contribuir quaisquer fatores extrínsecos, nem há de se cogitar das necessidades econômicas ou sociais, como não podem penetrar ideias renovadoras, nem a inspiração da equidade, nem o conceito abstrato de boa-fé. Para

já brevemente introduzida, os textos normativos pretendem possuir certa perpetuidade. Veja-se, no Direito Civil brasileiro, o exemplo da Lei de Usura, datada de 1933, ou, de forma ainda mais impactante, o Código Comercial de 1850, ainda parcialmente em vigor. É absolutamente natural que o recurso à literalidade dos dispositivos destas leis seja inadequado para reger situações fáticas ocorridas um século depois da sua promulgação, em um contexto social, econômico e político completamente diverso daquele vivido no Estado Getulista ou no Segundo Reinado.

Tampouco parece adequado o recurso meramente teleológico, que parte da busca da vontade do legislador para encontrar a interpretação adequada de determinado enunciado normativo, até porque, por óbvio, os problemas enfrentados pela sociedade brasileira atual em nada se assemelham àqueles que poderiam ser cogitados pelos legisladores do passado<sup>14</sup>.

Diante desse quadro, caem por terra as pretensões sistematizantes das teorias hermenêuticas tradicionais e se mostram absolutamente inadequadas as heranças metodológicas da Jurisprudência dos Conceitos e da Escola da Exegese para o enfrentamento das vicissitudes práticas que se apresentam à ciência jurídica. O problema da interpretação das leis, assim, como ressalta Pietro Perlingieri, não pode mais ser encarado de um ponto de vista *empírico-psicológico*, voltado à pesquisa dos significados das palavras ou à busca da vontade do legislador, mas deve ser examinado sob a perspectiva *lógico-fenomenológica*, de modo que se perquiria no sistema jurídico a melhor solução para um determinado problema específico, levando-se em conta todos os aspectos do fenômeno humano<sup>15</sup>. Desta forma, o protagonista da atividade hermenêutica, que antes era o próprio legislador e o texto dele emanado, passa a ser o próprio intérprete e o seu comportamento diante do dado normativo posto.

Para além disso, é passível de crítica a própria premissa de que os enunciados normativos trariam um sentido em si mesmos, sendo possível ao intérprete desvendá-lo sem recorrer a elementos de fora do texto. Essa premissa, típica do positivismo jurídico kelseniano, reduz o papel do intérprete ao “[...] remontar dos signos contidos nos textos legislativos à vontade do legislador expressa através de tais signos”<sup>16</sup>.

---

esta escola, a da Exegese, a hermenêutica, como processo lógico, cinge seu trabalho às construções silogísticas, para as quais os elementos básicos situam-se na própria lei, de que a interpretação é apenas uma conclusão necessária, como a demonstração de um teorema em matemática. Erigido o mito da lei, o fetichismo da lei, e assentado que esta é, ao mesmo tempo, a expressão do Estado soberano e a construção lógica do legislador perfeito, todo o trabalho do intérprete é enfeixado na concepção de que acima de tudo está o texto, continente do direito, do qual não pode o jurista fugir. O juiz não aplica o direito, aplica a lei, e como esta é concretizada na forma escrita, seu entendimento mora na sua expressão vocabular” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. 1. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 169-170).

- 14 Emilio Betti tece severas críticas ao recurso exclusivo à teleologia do legislador, caracterizando-o como “[...] um preconceito voluntarista, rançoso e obstinado, tendente a conceber a lei como a ‘manifestação de uma vontade’, cristalizada e exaurida em si mesma, impõe e ainda impõe um obstáculo para que se compreenda exatamente em que consiste, de modo geral, o sentido da lei, ou seja, aquilo que as fontes romanas chamam de ‘vis ac potestas’ ou a ‘mens legis’.” (BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 203).
- 15 Cf. PERLINGIERI, Pietro, op. cit., 2008a, p. 601. “Neste modelo, a positividade do direito encontra-se na sua cognoscibilidade pelo intérprete, na sua interpretabilidade, uma vez que o liame entre o texto e o intérprete requer a presença de ambos: nem se pode pretender que o conteúdo do texto se produza exclusivamente pelo legislador, nem que o intérprete o ignore.” (KONDER, Carlos Nelson, op. cit., 2015, p. 207-208).
- 16 Cf. Norberto Bobbio: “[...] o juspositivismo concebe a ciência jurídica como uma ciência construtiva e dedutiva. Esta ciência construtiva e dedutiva do direito recebeu usualmente o nome de dogmática do direito, que consiste na elaboração de conceitos jurídicos fundamentais, extraídos da base do próprio ordenamento jurídico e, enquanto tais, não sujeitos a revisão ou discussão. Com base em tais conceitos, o jurista deve extrair – realizando uma pura operação de dedução lógica – as normas que servem para resolver todos os casos possíveis.” (BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 220).

Todavia, deve-se recordar que não é o texto que tem um sentido em si<sup>17</sup>. O texto possui um sentido porque ele se refere a determinado objeto, conduta ou pessoa em concreto. Ou seja, o significado do texto é relativo a algum elemento extralegal. Desse modo, parece claro que o texto só recebe um significado quando é interpretado em relação a um contexto, um tempo, um lugar, uma cultura específica<sup>18</sup>. Nas precisas palavras de Pietro Perlingieri, “[...] não é o texto que possui um sentido, mas um sentido que dispõe de um texto e o encontra”<sup>19</sup>.

Tais considerações permitem afirmar a insuficiência de qualquer tendência hermenêutica que propugne considerar uma concepção exclusivamente linguística (ou “gramatical”), como se as palavras tivessem significados por elas mesmas. Como se registrou, os textos não são “herméticos”, sem contato com o mundo exterior. Portanto, qualquer tentativa de interpretação que seja alheia ao contexto em que a lei está inserida acaba sendo estéril, sequer podendo ser chamada de interpretação propriamente, uma vez que a hermenêutica traduz, necessariamente, uma conexão fundamental e inviolável, entre a realidade e a texto normativo<sup>20</sup>. Assim, só há que se falar em interpretação quando se leva em conta a realidade sociocultural que envolve o texto.

Esse nível de complexidade hermenêutica, para que se concretize, acaba por depender de uma relação de experiência entre o intérprete, o caso concreto e o ordenamento jurídico, explicitando a influência de aspectos subjetivos, como os conhecimentos prévios, capacidades, habilidades e a própria técnica do intérprete.

Nesse ponto, é necessária a atenção do intérprete para a sua inevitável pré-compreensão acerca da complexidade fático-jurídica a ser examinada<sup>21</sup>. Uma vez inserido na sociedade,

- 17 Cf. Luiz Edson Fachin e Rodrigo Banhoz: “Siamesas dessa tendência a suposta neutralidade, abstração e a virtualidade na compreensão dos sujeitos, das coisas e das relações jurídicas, direito e lei, o posto e o positivado, se equilibram na mesma balança. Essa ideia compõe-se da perspectiva de que o direito se reduz à lei.” (FACHIN, Luiz Edson; BANHOZ, Rodrigo Pelais. *Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: Ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do Direito Civil contemporâneo*. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. (org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 55).
- 18 Cf. Carlos Konder: “Esse modelo quase matemático de como o jurista atua, em sua versão mais extrema e exemplificativa, sofreu severas críticas. Sem descurar a importância da coerência teórica para garantir a cientificidade do direito, a atividade interpretativa não pode abrir mão da ciência de que se destina a atuar na realidade social, sob pena de o rigor científico, que deve guiar a análise conceitual, degenerar no puro gosto pela classificação, sem função e alienada da realidade.” (KONDER, Carlos Nelson, op. cit., p. 196-197).
- 19 PERLINGIERI, Pietro, op. cit., 2008a, p. 603.
- 20 Cf. Eros Grau: “A interpretação se processa da seguinte forma: tenho o texto e tenho a realidade. Interpreto o texto e também considero a realidade, construindo a norma jurídica geral. Extraio do texto a norma que preexiste lá, mas que é conformada também pela realidade. Após ter construídos as normas gerais, produz uma segunda norma, a norma de decisão do caso concreto. Somente então se realiza o processo de concretização do direito. A norma é produzida no curso deste processo de concretização, mas não apenas a partir do texto, porém também a partir dos dados da realidade a que ela se aplica. Por isto, a norma é sempre determinada histórica e socialmente.” (GRAU, Eros. *Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Direito Civil contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 286).
- 21 Sobre a pré-compreensão, cf. Karl Larenz: “No início do processo de compreender existe, por regra, uma conjectura de sentido, mesmo que por vezes ainda vaga, que ocorre a inserir-se numa primeira perspectiva, ainda fugidia. O intérprete está munido de uma ‘pré-compreensão’, com que acede ao texto. Esta pré-compreensão refere-se à coisa de que o texto trata e à linguagem em que se fala dela. Sem uma tal pré-compreensão, tanto num como noutro aspecto, seria difícil, ou de todo impossível, formar-se uma ‘conjectura de sentido’. O intérprete necessita da sua para se entranhar no processo do compreender. Pode surgir como insuficiente no decurso deste processo e então terá de ser rectificadada por ele de modo adequado. [...] A sua ‘pré-compreensão’ é o resultado de um longo processo de aprendizagem, em que se incluem tanto os conhecimentos adquiridos na sua formação ou, posteriormente, com as últimas experiências profissionais e extra-profissionais, mormente as que respeitam a factos e contextos sociais.” (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019, p. 288).

o intérprete invariavelmente possui predisposições interpretativas, que o condicionam a entender o texto normativo em determinado sentido, independentemente das circunstâncias fáticas que se apresentam no caso especificamente investigado, gerando *assunções originárias de sentido* do enunciado normativo a ser interpretado<sup>22</sup>. O texto, desse modo, em vez de ser percebido pelo intérprete, em relação ao sentido que mais se coaduna com a realidade social em que está inserido, acaba por reduzir-se ao horizonte de expectativa ditado pelas suas próprias experiências prévias, o que acaba por enviesar seu exame do dado normativo<sup>23</sup>.

Diante disso, a única solução possível parece ser buscar o controle assertivo da fundamentação do intérprete, de modo a impedir que essas preconcepções sejam utilizadas arbitrariamente, sem que sejam conhecidas e possam ser refutadas. Neste método, assim, torna-se dever do intérprete explicitar ao máximo suas premissas e razões, de modo a possibilitar um controle externo acurado da sua atividade<sup>24</sup>. Também é vedada ao intérprete a mera utilização da sua orientação subjetiva ou de qualquer elemento volitivo – tal como permitido pelo método kelseniano<sup>25</sup> –, devendo a interpretação ser guiada pelo dever de realizar a legalidade constitucional que informa o sistema jurídico<sup>26</sup>.

Deve-se sublinhar, porém, que não é propriamente a metodologia do Direito Civil-Constitucional que abre as portas para a influência de aspectos subjetivos do intérprete, no objeto da interpretação. Ao revés, os aspectos pessoais e a própria escolha dos métodos a serem utilizados pelo intérprete, são coessenciais a qualquer atividade interpretativa, de modo a influenciar, seja de forma velada, seja expressamente, o objeto da interpretação. Justamente por isso, o procedimento interpretativo tem que ser o mais explícito possível, para que se possa realizar controles de adequação, razoabilidade e proporcionalidade, nas fundamentações de decisões judiciais, por exemplo<sup>27</sup>.

- 
- 22 Cf. Carlos Konder: “Esta disposição inicial do intérprete concebida como uma assunção originária de sentido, resultante do seu horizonte de expectativas, não pode tornar-se um preconceito e assim impedir a plena compreensão do fato, devendo, portanto, assim como os demais aspectos do processo interpretativo, ser explicitada na fundamentação da decisão (PERLINGIERI, 2008a, p. 608). Por outro lado, esta mesma pré-compreensão não apenas deve ser explicitada na fundamentação para que seja também objeto de avaliação crítica, mas também atua como mecanismo indireto de controle da liberdade criativa, pois se constrói normalmente a partir de parâmetros minimamente compartilhados coletivamente” (KONDER, Carlos Nelson. *Interpretação dos contratos, interpretação da lei e qualificação: Superando fronteiras*. In: *Scientia Iuris*, Londrina, v. 19, n. 1, jun. 2015, p. 59).
- 23 Este fenômeno ocorre em razão da submissão do pensamento humano ao chamado viés da confirmação, pelo qual o intérprete está mais condicionado a confirmar suas preconcepções do que livremente refutá-las, Cf. KAHNEMANN, Daniel. *Rápido e devagar*. Duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011, p. 91-92.
- 24 Cf. Eduardo Souza: “A metodologia aqui proposta simplesmente postula que não se pode conferir qualquer relevância jurídica a essa primeira identificação (de moldes silogísticos), uma vez que em nenhuma hipótese se admite que a interpretação esgote-se nela; ao contrário, é necessário que o julgador (re)conheça suas pré-compreensões, justamente para impedir que seu convencimento se forme apenas com base nelas. O entendimento que o magistrado adquire sobre o caso concreto forma-se no processo que a filosofia denomina círculo hermenêutico, um movimento dialético constante que faz com que ele se reporte do fato à norma e da norma ao fato, até alcançar a solução.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Merecimento de tutela: A nova fronteira da legalidade no Direito Civil*. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (coord.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 81).
- 25 KELSEN, Hans, op. cit., p. 388-390.
- 26 Cf. TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 4.
- 27 Cf. HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 14-24. “A subsunção traduz uma segurança ilusória e uma neutralidade falsa, por trás das quais apenas se mascaram as escolhas políticas existentes no processo. [...] Ao que parece, todavia, parte do Judiciário não percebeu que a derrubada do limite externo, formal, que restringia o intérprete – o dogma da subsunção – não significou a consagração do arbítrio, mas, ao contrário, impôs um limite interno, – metodológico – a

## 2. A INTERPRETAÇÃO DA LEI A PARTIR DA METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Diante das críticas acima, volta-se a atenção ao problema daqueles enunciados supostamente claros, cuja interpretação seria prescindível, uma vez que só haveria um sentido a ser simplesmente aplicado aos fatos que neles se subsumissem. Esses enunciados, assim, se submeteriam à regra consubstanciada no brocardo latino *in claris non fit interpretatio*, com origem na França pós-revolucionária, e que, naquele contexto sociopolítico, visava limitar o poder dos juízes e garantir a separação dos Poderes<sup>28</sup>.

Esta regra, todavia, embora ainda possua expressão normativa, tanto no Direito brasileiro<sup>29</sup> quanto no Direito italiano<sup>30</sup>, foi historicamente superada pela noção, aqui já explicitada, de que o objeto do conhecimento jurídico é sempre dúplice: as normas e os fatos existem umas em função dos outros e a atividade do intérprete é um todo único que leva em consideração todo o complexo fático-normativo a ser analisado.

Diferentemente do que propunham as teorias tradicionais da interpretação, a clareza de determinado texto legal não existe em abstrato, de forma dissociada da interpretação. Com efeito, a clareza é sempre um *posterius*, ou seja, constitui resultado da atividade hermenêutica<sup>31</sup>. Em outros termos, a norma, longe de se formar em abstrato, em plano puramente teórico, necessita do fato, para que, diante de imprescindível dialeticidade, seja concebida.

Nessa esteira, a norma jurídica não traduz unidade lógica isolada empiricamente, ou seja, sua existência não se dá de forma desintegrada do ordenamento jurídico. Ao revés, a norma acha-se inserta dentro de um sistema, que a constitui. Com efeito, norma não se confunde com *texto*, enxergado externamente<sup>32</sup>. A norma é sempre fruto de sua colocação dentro do sistema e,

---

exigência de fundamentação (argumentativa) da sentença.” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei boca-de-juiz. In: *Revista de Direito Privado*, v. 56, out.-dez. 2013, p. 27-28). Também neste sentido, v. SOUZA, Eduardo Nunes de, op. cit., p. 79-80.

- 28 Cf. Gustavo Tepedino: “Estes [os princípios fundamentais do ordenamento], por serem menos detalhados, e dotados de menor força prescritiva, acabariam inevitavelmente tendo sua amplitude normativa reduzida ao angusto espectro das regras. Em consequência, segundo tal raciocínio, a regra deveria prevalecer sobre o princípio, pois indicaria uma opção política indiscutível quanto a certa norma de comportamento. Tratar-se-ia de uma versão remodelada no vetusto brocardo latino *in claris non fit interpretatio*, o qual pressupõe que a norma seja uma unidade lógica isoladamente considerada, descartando a necessidade, para que adquira sentido, de confrontá-la com todas as demais normas que compõem o sistema. Na esteira de tal entendimento, acaba-se por subverter a ordem hierárquica do ordenamento, aplicando-se os princípios à luz de regras infraconstitucionais.” (TEPEDINO, Gustavo, op. cit., 2009, p. 8).
- 29 O artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro relega o recurso à analogia aos casos de omissão legislativa.
- 30 O artigo 12 das Disposições Preliminares do Código Civil Italiano possui a seguinte redação: “Nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato”.
- 31 Cf. Caio Mário da Silva Pereira: “Toda lei está sujeita a interpretação. Toda norma jurídica tem de ser interpretada, porque o direito objetivo, qualquer que seja a sua roupagem exterior, exige seja entendido para ser aplicado, e neste entendimento vem consignada a sua interpretação. Inexato é, portanto, sustentar que somente os preceitos obscuros, ambíguos ou confusos, exigem interpretação, e que a clareza do dispositivo a dispensa, como se repete na velha parêmia *‘in claris cessat interpretatio’*. Inexato o brocardo, como outros muitos que amiúde se repetem com o propósito de orientar o intérprete, mas que na verdade muito comumente lhe falseiam o trabalho. [...] Interpretar não é tão somente contentar-se com o que a letra da lei revela, pois que, na sociedade animada pela civilização jurídica, a fórmula sacramental perdeu a validade que era o seu prestígio num estágio primitivo, em que dominava a escravidão da forma.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 161-16).
- 32 Cf. Eros Graus: “Parto da afirmação de que texto e norma – texto normativo, preceito, enunciado – não se identificam. A norma jurídica é produzida pelo intérprete. É uma construção do intérprete. A tarefa do legislador se esgota na

assim, nesse ambiente, é que ela exerce sua função<sup>33</sup>. Isso importa em que o seu significado se altere, de acordo com o dinamismo e complexidade desse ordenamento, de modo que se impõe uma “interpretação evolutiva da lei”<sup>34</sup>.

Nesse contexto, Pietro Perlingieri propõe uma releitura do princípio da legalidade, qualificando-o de *legalidade constitucional*<sup>35</sup>. Ao contrário do que já se concebeu, esse princípio não se limita a impor o respeito aos preceitos individuais isoladamente considerados (muito menos em sua literalidade). Com efeito, entende-se que, contemporaneamente, o princípio da legalidade implica a coordenação entre os preceitos individuais, bem como a sua adequação com os princípios e valores constitucionais, tomando-se em consideração o ordenamento na sua integralidade, de modo que se possa “individualizar a normativa mais adequada e compatível com os interesses em jogo”<sup>36</sup>, sempre levando em consideração o contexto concreto em que se pretende aplicá-los<sup>37</sup>. Dessa forma, como sintetiza o autor italiano, “a interpretação é, por definição, lógico-sistemática e teleológica-axiológica, isto é, finalizada à realização dos valores constitucionais”<sup>38</sup>.

Tais considerações impõem ao intérprete que leve em consideração a totalidade do ordenamento no momento de interpretar e aplicar determinada regra, de modo que a norma do caso concreto seja definida pelas circunstâncias fáticas nas quais pretende seja aplicada. Nesse sentido, afirma-se que 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” e, assim, que cada decisão judicial “[...] é um ordenamento singular extraído da mesma tábua axiológica”<sup>39</sup>.

---

produção do texto. Quem produz a norma é o intérprete. [...] É um erro dizer que interpretamos a norma. Não se interpreta a norma. A norma é o resultado, o produto da interpretação.” (GRAU, Eros, op. cit., p. 284).

33 Cf. Carlos Konder: “Se todo instituto jurídico existe e ganha significado dentro de um ordenamento específico, para compreender seu conceito e alcance deve-se ter em mente o todo do qual ele faz parte, analisando-o em relação com os princípios que lhe dão sentido, com os demais institutos com que faz fronteira, com as regras que viabilizam sua aplicação e na forma pelo qual é interpretado. Os efeitos de uma norma somente se desenham claramente quando ela é inserida no ordenamento, do qual extrai seu significado e alcance. Neste sentido, já foi dito que o direito não se interpreta ‘em tiras’ e que o que se interpreta e aplica é ordenamento como um todo, não a norma, ‘pois a norma nunca está sozinha, mas existe e exerce sua função dentro do ordenamento, e o seu significado muda com o dinamismo e a complexidade do próprio ordenamento’.” (KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de Direito Civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (coord.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 34).

34 PERLINGIERI, Pietro, op. cit., 2008a, p. 617.

35 Idem, *ibidem*, *passim*.

36 Idem, *ibidem*, p. 618.

37 Cf. Carlos Konder: “Em especial, incide sobre o intérprete o princípio da legalidade, sob acepção renovada diante da complexificação do regime de fontes do ordenamento: não apenas o respeito aos preceitos individuais (muito menos em sua literalidade), mas à coordenação entre eles, à harmonização com os princípios fundamentais de relevância constitucional, em constante confronto com o conhecimento contextual das características do problema concreto a ser regulado, o fato individualizado no âmbito do inteiro ordenamento para a identificação da normativa adequada e compatível com os interesses em jogo.” (KONDER, Carlos Nelson, op. cit., 2015, p. 207-208).

38 Cf. PERLINGIERI, Pietro, op. cit., 2008a, p. 618-619.

39 Cf. TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil*, v. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 76.

Diante disso, considerando, sobretudo, a circunstância de que a clareza de determinada norma não a antecede, mas decorre da atividade interpretativa do jurista que sempre deve tomar em consideração à situação concreta para a qual se pretende produzir a normativa, defende-se o afastamento do brocardo *in claris non fit interpretatio* na abordagem cognoscitiva do texto<sup>40</sup>.

Nesse sentido, aponta-se que o pressuposto fundamental que embasa a construção por detrás de tal brocardo, que é a clareza do texto, encontra-se equivocado<sup>41</sup>. A clareza constitui atributo relativo, e não contém alcance objetivo absoluto<sup>42</sup>. Na clássica lição de Carlos Maximiliano, “[...] o que a um parece evidente, antolha-se obscuro e dúbio a outro, por ser este menos atilado e culto, ou por examinar o texto sob um prisma diferente ou de diversa orientação”<sup>43</sup>.

Nesse diapasão, a relatividade que caracteriza a clareza sobressai ainda mais quando o texto é analisado pelo destinatário tempos após sua confecção. De fato, como parece evidente, as próprias palavras assumem, no tempo, significados diversos, segundo a cultura da comunidade<sup>44</sup>. Dessa forma, o significado próprio das palavras, ou seja, o entendimento acerca daquelas palavras no momento em que são utilizadas pelo legislador, frequentemente, não corresponde ao significado comum, ou seja, ao significado daquelas mesmas palavras em contexto diverso.

Assim, cabe ao intérprete individualizar em qual sentido a palavra deve ser entendida. Como sintetiza Aline Terra, “[...] qualquer enunciado normativo, por mais claro que pareça ser, requer interpretação, requer identificação de seu sentido”, devendo “[...] o intérprete identificar, dentre as várias possibilidades semânticas, o sentido em que a palavra deve ser apreendida”<sup>45</sup>. A clareza, então, não implica um juízo de congruência entre o significado natural das palavras e a solução escolhida.

Tal proposição mostra-se ainda mais acurada se consideradas as técnicas legislativas contemporâneas que, dentre outros aspectos, propugnam pela adoção, cada vez maior, de cláusulas gerais, por uma proliferação e estratificação de leis, com objetivos nem sempre homogêneos, por uma hierarquia das fontes na qual as normas constitucionais exigem a prevalência, mesmo em presença de uma norma específica destinada ao caso, bem como pela tendência a fazer com que o Código, especialmente no Direito Civil, perca a centralidade de outrora<sup>46</sup>.

Nessa toada, torna-se improvável que determinado fato seja regulado por uma única e precisa disposição, sendo cada vez mais comum que determinada situação atraia a incidência

---

40 Cf. Gustavo Tepedino e Milena Oliva: “A atividade de interpretação constitui-se em processo necessário para que, justamente com o fato social, cujas nuances o fazem sempre singular, seja produzida a norma jurídica aplicada. Por isso, afirma-se que a clareza da norma não a antecede, mas decorre da atividade do intérprete. Em consequência, não se justifica o vetusto brocardo latino *in claris non fit interpretatio*. Isso porque a afirmação da nitidez da lei resulta de processo cognitivo pelo qual o intérprete, ao compreender o texto legal, estabelece o seu conteúdo e espectro de incidência.” (TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato, op. cit., p. 58).

41 Cf. TERRA, Aline Miranda Valverde. Liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (org.). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 52.

42 Cf. PERLINGIERI, Pietro, op. cit., 2008a, p. 641.

43 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 32.

44 Carlos Nelson Konder explica o conceito de historicidade dos institutos jurídicos: “Historicizar um instituto, dar-lhe uma abordagem histórica, não é traçar um longo histórico em abstrato, que lhe reconheça uma continuidade evolutiva ao longo de séculos, imune e apartado do restante da experiência social. Trata-se, ao contrário, de inseri-lo no grande fluxo da história, de maneira a compreender toda a rica complexidade social na qual ele desempenha – ou desempenhou – sua função. [...] Trata-se, afinal de contas, de descer o pensamento jurídico de seu pedestal de abstração, reconhecendo o direito como uma experiência social não autônoma.” (KONDER, Carlos Nelson, op. cit., 2015, p. 34).

45 TERRA, Aline Miranda Valverde, op. cit., p. 52.

46 Cf. PERLINGIERI, Pietro, op. cit., 2008a, p. 619.

de diversas disposições<sup>47</sup>. Além disso, com a proliferação de leis especiais, cada vez mais a linguagem é utilizada de forma diferente entre essas várias leis, o que também afasta a suposta possibilidade de uma clareza *a priori*.

Assim, somente se pode falar em clareza da norma após o cotejo dos dispositivos legais com as demais normas e princípios relevantes. Com efeito, a legalidade constitucional impõe uma interpretação, à luz dos valores constitucionalmente relevantes, taxando como inadmissível limitar-se à letra supostamente clara, ao sentido próprio da palavra ou à intenção do legislador<sup>48</sup>. Em outros termos, a atuação do intérprete que se limite, na formulação da normativa aplicável, à aplicação da letra “clara” de determinada disposição, encontra-se fora da legalidade constitucional. É necessário, então, realizar continuamente um controle de valor, individualizando uma *ratio iuris* em harmonia com o sistema<sup>49</sup>.

Além disso, por uma série de razões, especialmente temporais, espaciais e subjetivas, nunca duas *fattispecies* serão iguais entre si, na medida em que se revela verdadeiramente impossível a concepção de dois ou mais fatos idênticos em todos os seus aspectos<sup>50</sup>. Assim, diante da infinidade de casos concretos – que nunca serão exatamente iguais entre si –, a norma representa apenas um modelo a ser seguido, e não um comando dado para um específico destinatário. Tais considerações permitem afirmar que a interpretação legal é sempre analógica, vez que a disciplina é construída por uma série de hipóteses similares<sup>51</sup>.

Dessa forma, o intérprete deve almejar, no percurso hermenêutico, seguir o modelo normativo, adaptando a figura legal para a figura análoga. Não basta, assim, que se tenha um jurista “imitador e servil da própria norma”, até porque, como se registrou, muitas vezes, por detrás do respeito rigoroso da lei, se oculta uma traição do espírito trazido pelo modelo representado pela

---

47 Cf. Giovanni Perlingieri: “Por lo demás, el derecho no se confunde con la ley y ‘la decisión, en la mayor parte de los casos, depende no tanto de la aplicación de un texto específico cuanto de la combinación de múltiples textos, los cuales, antes que contener la decisión, conducen a ella.’” (PERLINGIERI, Giovanni. *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el derecho civil*. Madrid: Dykinson, 2015, p. 73-74).

48 Cf. Eduardo Souza: “Incumbe ao intérprete, em outros termos, respeitar uma legalidade qualificada – a *legalidade constitucional* –, aqui entendida em sua complexidade de regras e princípios, normas de abertura as mais variadas possíveis, valores potencialmente antagônicos e assim por diante.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Crerios distintivos do intérprete civil-constitucional*. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCIO, Maria Cristina De; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (coord.). *Direito Civil na legalidade constitucional: Algumas aplicações*. São Paulo: Foco, 2021a, p. 122).

49 Como ensina Pietro Perlingieri, perde hoje sentido “[...] a preferência ao recurso à ‘precisa disposição’, devendo-se sempre operar sobre ela um controle de valor, por parte do ordenamento (*meritevolezza*); controle que exige necessariamente a individuação de uma *ratio iuris* em harmonia e em conformidade com o sistema. Se toda norma exprime sempre um princípio, este deve ser confrontado com os princípios fundamentais.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 74-75).

50 Cf. Karl Larenz: “Na interpretação das normas jurídicas, só aparentemente se trata de um processo em que a norma aplicável se coloca, à semelhança de um metro articulado, sobre a situação de facto a julgar e esta é por ele mensurado. Isso pressuporia, em primeiro lugar, que a norma aplicável estivesse já em si tão determinada que o seu verdadeiro conteúdo estivesse fora de questão. Se assim fosse, não careceria de interpretação. Em segundo lugar, isso pressuporia ainda que a situação fáctica a julgar estivesse já determinada em todos os seus elementos e que fosse também susceptível de se ajustar precisamente ao modelo dado na norma. Tão-pouco é isto o que acontece. A maior parte das situações fácticas são por demais complexas. A norma, que tem de se simplificar, porque quer abarcar uma série de situações fácticas, apreende em cada situação fáctica particular apenas alguns aspectos ou elementos. E descarta todos os outros. Mas isto conduz não raramente à questão de se alguns dos elementos descuidados na norma são, no entanto, tão relevantes no caso concreto, que a sua consideração seja aqui ineludível, se não quiser (a partir da noção de Direito) tratar o desigual como ‘igual’ e assim resolver ‘injustamente.’” (LARENZ, Karl, op. cit., p. 293-294).

51 Cf. PERLINGIERI, Pietro, op. cit., 2008a, p. 623.

norma<sup>52</sup>. Dessa forma, referir-se a regulamentos de casos semelhantes ou a matérias análogas, significa evidenciar uma maior distância entre eles, em um nível quantitativo e convencional, e não qualitativo e absoluto<sup>53</sup>. Desse modo, considerando que, não raro, a normativa aplicável representa um fruto de uma combinação entre várias disposições, não se sabe se está a se falar de aplicação de disposição específica, de analogia *legis* ou de analogia *iuris*.

Sob essa perspectiva, a aplicação da analogia – como, inclusive, preceitua o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro –, à luz da legalidade constitucional, parece ter adquirido novos contornos, não mais sendo caracterizada como instituto de aplicação residual, considerando a complexidade do ordenamento jurídico e das situações fáticas<sup>54</sup>.

Com efeito, as normas infraconstitucionais que dispõem sobre interpretação das leis, vez que não possuem valor constitucional, nem se situam hierarquicamente acima da Constituição, devem ser interpretadas conforme os valores constitucionais. Noutros termos, as regras legais interpretativas não devem ser aceitas dogmaticamente, mas apenas na medida em que se adequem à normativa constitucional<sup>55</sup>.

Tal premissa, aliás, auxilia no afastamento da possibilidade de decomposição do procedimento hermenêutico em fases distintas (como proposto pelas teorias tradicionais da interpretação), separando, artificialmente, a interpretação, tida como a escolha da norma a ser utilizada, e a aplicação do Direito propriamente dita, esta reduzida à operação mecânica pela qual o intérprete se limitaria a fazer a incidir a previsão normativa selecionada, abstratamente concebida pelo legislador, no caso concreto<sup>56</sup>.

Nesta segunda fase, referida como subsunção, “[...] o intérprete se restringiria a reconduzir o fato social à previsão genérica e abstrata, estabelecendo-se, assim, falsa perspectiva binária entre o Direito e a realidade social”, e, desse modo, limitaria “[...] a aplicação do direito ao mero enquadramento do fato (localizado no plano fenomenológico do mundo real) à disposição normativa (localizada no plano deontológico do direito)”<sup>57</sup>.

O procedimento hermenêutico, ao revés, é unitário, de modo que interpretação e aplicação constituem momento único, considerando a necessidade de sua adaptação aos valores constitucionais e a dialética contínua entre fato e norma, não se admitindo esse fracionamento<sup>58</sup>. Noutros

52 Cf. Giovanni Perlingieri: “En otras palabras, el silogismo de la subsunción no unicamente es improductivo, puesto que nos descubre nuevas verdades, sino que hasta puede eximir al juez de motiva la decisión, favoreciendo conclusiones no justificadas, ‘abusos’ de intérprete y incertidumbre.” (PERLINGIERI, Giovanni, op. cit., 2015, p. 72).

53 Cf. PERLINGIERI, Pietro, op. cit., 2008a, p. 623.

54 Idem, ibidem, p. 624.

55 Idem, ibidem, p. 624-625.

56 Cf. Gustavo Tepedino e Milena Oliva: “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 (identificação da premissa maior) e o momento da aplicação da norma ao suporte fático concreto (enquadramento da premissa menor ao texto normativo)” (TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato, op. cit., p. 75-76).

57 Cf. TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato, op. cit., p. 74-75.

58 Cf. Eduardo Souza: “Compreendido como um todo unitário (embora composto por fontes legislativas potencialmente conflituosas), entende-se que o ordenamento exige um tratamento uno também no que tange à sua interpretação e aplicação. A cada momento em que o intérprete se põe diante de um caso concreto, cumpre-lhe aplicar, não esta regra ou tal princípio, mas a ordem jurídica como um todo (o que equivale a afirmar que nenhuma norma pode ter seu sentido apreendido isoladamente sem a consideração global do sistema). [...] Em outros termos, na metodologia civil-constitucional, o ordenamento apenas se completa quando encontra os próprios elementos do caso; só existe

termos, a interpretação da lei e do fato, bem como a qualificação normativa do fato, configuram processo indivisível, no qual o problema concreto e o ordenamento jurídico são indissolúveis e compreensíveis, não em fases separadas, mas de forma unitária<sup>59</sup>. Nesse sentido, como registra a doutrina, “[...] não se trata, por evidente, de um instante cronológico único”, mas sim “[...] do reconhecimento de que fato e norma se influenciam mutuamente e, por isso, nenhum momento do processo decisório deixa de consistir em uma interpretação”<sup>60</sup>.

Tais observações revelam, com ainda mais vigor, que qualquer atividade hermenêutica deve vir acompanhada de um controle de congruência de seu resultado com os valores do ordenamento jurídico. Tal filtro demonstrará que, em uma série de situações concretas, a interpretação literal e o raciocínio silogístico não deverão ser aplicados, vez que o resultado de sua utilização revelar-se-á desconforme à axiologia constitucional. Já, em outros casos, pode ser justamente a interpretação literal que traduzirá a melhor solução para determinado caso. Destaca-se, nesse diapasão, que o que deve guiar o intérprete é a lógica do sistema, não por meio de parâmetros subjetivos, mas sim extraída de uma interpretação axiológica.

Assim, não se defende a exclusão, em abstrato, para toda e qualquer hipótese, da interpretação literal, mas sim sua aplicação exclusiva, que não leve em conta os demais métodos interpretativos. A esse respeito, leciona Eduardo Nunes:

Evidentemente, na maioria dos casos, a normativa aplicável será idêntica àquela que seria encontrada pelo intérprete que seguisse uma metodologia mais tradicional, a qual apenas aplicasse, subsuntivamente, a norma ao caso. De fato, sendo válida a norma que se pretende aplicar (eis que conforme, do ponto de vista lógico e axiológico, à Constituição), e não contando o caso concreto com características que fujam à normalidade, o mais natural é que o juízo valorativo efetuado pelo legislador ordinário abstratamente quando editou essa norma se confirme diante do caso concreto (isto é, que se conclua que a aplicação, por assim dizer, estrita do conteúdo da norma produz um resultado sistematicamente adequado ao caso). A verificação da compatibilidade dessa aplicação normativa com os valores do sistema e com os aspectos do caso concreto, porém, deve ocorrer sempre, justamente para se garantir que, em absolutamente todos os casos, seja alcançado um julgamento sistematicamente adequado (vale dizer: seja individuado o ordenamento do caso concreto)<sup>61</sup>.

Essas reflexões assumem especial relevo considerando o processo de descodificação pelo qual passaram diversos ordenamentos jurídicos, com a proliferação de estatutos jurídicos que retiraram setores inteiros do campo de incidência do Código Civil, o qual levou a anunciar-se

[...] a substituição do ‘monossistema jurídico’, centrado sobre a codificação civil, por um ‘polissistema jurídico’, formado pelos estatutos legislativos, sendo que cada qual seria guiado pela ‘sua própria lógica’ e editado com a sua ‘própria linguagem’<sup>62</sup>.

---

o Direito à luz de certa hipótese fática concreta, com suas peculiaridades e características – ideia que se costuma designar como *ordenamento do caso concreto*.” (SOUZA, Eduardo Nunes de, op. cit., 2015, p. 77).

59 Cf. AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: Introdução. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 184.

60 Cf. SOUZA, Eduardo Nunes de, op. cit. 2021a, p. 82.

61 Idem, ibidem, p. 126.

62 Cf. SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 13-14.

Tal movimento fez com que parte da doutrina passasse a defender a existência dos denominados “microssistemas”, que constituiriam, cada qual, centros de gravidade fragmentados, com lógica e principiologia própria<sup>63</sup>. Nessa seara, bastaria ao intérprete analisar textualmente cada lei (que naturalmente traria normativa mais detalhada do que a Constituição), na medida em que, por si só elevada a sistema, tenderia à autonomia e não se comunicaria com o restante do ordenamento jurídico.

Essa noção, porém, parece inaceitável, já que impor a existência de um ordenamento assistemático, cujas normas não exprimiriam relações internas, o que nunca se verificou na história. Aliás, tal entendimento traduziria contradição, na medida em que, como anota Pietro Perlingieri, “[...] se o critério de fundação do sistema é decididamente conteudístico, fruto da elaboração, das coligações entre um instituto e outro”, seu sentido “[...] se deduz não no isolamento das relações do intérprete com o conteúdo de cada norma, mas sempre confrontando cada norma com todas as outras, verificando a sua coerência constitucional.”<sup>64</sup>.

Dessa forma, a interpretação da lei deve ser sempre sistemática, tomando em consideração que o sistema corresponde ao ordenamento jurídico unitário, fundado na Constituição, e não no Código Civil<sup>65</sup>. Sistema, assim, não se confunde com o Código. E, então, as leis especiais não se encontram fora dele, mas sim o compõem e igualmente devem ser reconduzidas aos valores constitucionais<sup>66</sup>. Nas palavras de Gustavo Tepedino:

Nesta direção, não é dado confundir a pluralidade de fontes normativas com os denominados microssistemas. Como se sabe, a doutrina que defende a existência de microssistemas acredita que o ordenamento se constitui de centros de gravidade autônomos, fragmentados, cada qual com sua lógica e principiologia própria. Tal concepção, contudo, não se mostra suficiente para explicar a dinâmica do ordenamento, porque a pluralidade de fontes normativas deve conviver com uma unidade

63 Sobre o tema, confira-se a crítica de Gustavo Tepedino em TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*, t. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

64 Cf. Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva, op. cit., p. 627. “A fragmentação do saber jurídico, a traiçoeira e excessiva divisão do direito em ramos e em especializações, inevitavelmente fariam do jurista, fechado em seu microssistema, um especialista competente, dotado mesmo de refinados instrumentos técnico-setoriais, mas acrítico e insensível ao projeto abrangente da sociedade, mesmo quando este projeto, traduzido na máxima lei do Estado – que é a Carta Constitucional –, está claramente em confronto com grupos de poder ou de pressão.” (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., 2008b, p. 2).

65 Cf. Gustavo Tepedino: “Reconhecendo embora a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil.” (TEPEDINO, Gustavo, op. cit., 2008, p. 13). “Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microssistemas, como, por exemplo, Lei do Direito Autoral, e recentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Locações, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal polo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do sistema” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In: *Revista de Direito Civil*, n. 65, jul.-set. 1993, p. 24).

66 Cf. Daniel Bucar: “Constata-se, desta forma, que compõem o ordenamento jurídico brasileiro normas advindas de diversos poderes dotados de normatividade, sejam eles constituídos como entidade federativa e/ou pública, grupos sociais, ou simples e soberanamente a pessoa humana. A todos confere-se uma autonomia, cuja produção é avaliada e validada pelo controle de legitimidade axiológica da Constituição, o que confere, portanto, a unidade do próprio ordenamento. Não se pode desconhecer, portanto, que a razão e o fundamento para a harmonização deste conjunto de normas encontram-se na unidade do ordenamento, cuja centralização é articulada pela Constituição da República [...]” (BUCAR, Daniel. Autonomia negocial na pluralidade brasileira de fontes de Direito. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (coord.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 72).

axiológica, conferida pelas normas constitucionais. Unidade esta que se revela ainda mais necessária, diante das mudanças provocadas pelas inovações tecnológicas, sobre as quais tanto se debateu neste Congresso, que precisam ser enfrentadas com coerência, impossibilitando que a profusão de normas regulamentadoras provoque o surgimento de soluções díspares para os diversos setores do ordenamento. Conforme já se observou em outra sede, "tais considerações não parecem ociosas, ganhando, antes, especial importância, quando se verifica a impossibilidade de regulamentação de tantas novas situações que se proliferam a cada dia, bem como a dificuldade de conhecimento (não só por parte do cidadão comum, mas também por parte dos operadores), da difusa legislação em vigor"<sup>67</sup>.

Nesse cenário, o enunciado normativo, independentemente se localizado no Código Civil ou em lei esparsa, não é norma em si mesmo, mas apenas se torna norma quando lido em conjunto com o ordenamento jurídico, dialogando com os fatos históricos concretos e com as relações individuais e sociais. Então, o sistema é necessário para que "[...] se transmute as leis em direito, o enunciado linguístico em norma"<sup>68</sup>. Tal premissa conduz à conclusão de que a unidade interna não é um dado contingente, mas fundamental ao ordenamento jurídico, vez que não existem normas que pressupõem o sistema, e que sejam inteligíveis em seu efetivo alcance, se não forem nele inseridas<sup>69</sup>.

Nessa concepção, Código e leis especiais têm, em abstrato, igual dignidade, apenas assumindo relevância diversa em função do conteúdo e valores que, em concreto, exprimem. Dessa forma, mesmo as leis especiais, com princípios diversos daqueles do Código Civil, devem ser reconduzidas aos princípios constitucionais, considerando a supremacia da Constituição<sup>70</sup>.

Note-se que este modelo interpretativo é legitimado pelo próprio ordenamento jurídico, diante da abertura do sistema provocada por conceitos como os de razoabilidade, proporcionalidade e adequação, que acabam por remeter o intérprete à observância da realidade social mais ampla que o circunda, extirpando qualquer possibilidade de formalismos retóricos, por parte do intérprete<sup>71</sup>.

Assim, a questão que se coloca nesse novo quadro é como individualizar, diante da complexidade do ordenamento jurídico e do emaranhado de leis vigentes, a normativa aplicável ao caso concreto. A resposta parece estar nos valores expressos pela Constituição, e que fundamentam o ordenamento jurídico. Isto é, a individualização da normativa aplicável, diante da imensidão de hipóteses normativas, tem que ser, necessariamente, especificada de modo a melhor atender aos

67 TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil Constitucional e suas perspectivas atuais. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 29.

68 Cf. PERLINGIERI, Pietro, op. cit., 2008a, p. 628.

69 Cf. LÔBO, Paulo. A constitucionalização do Direito Civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Direito Civil contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

70 Sobre o tema, Pietro Perlingieri afirma que "[...] numerosas leis especiais têm disciplinado, embora de modo fragmentado e por vezes incoerente, setores relevantes. O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação, relativamente ao Código vigente, não implica absolutamente a perda do funcionamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos micro-ordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na chamada legislação especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista de sua legitimidade." (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., 2002, p. 6).

71 Cf. CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e o conceito de sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 102-126.

princípios e valores expressos na axiologia constitucional. Dessa forma, Pietro Perlingieri afirma que a “[...] interpretação sistemática e axiológica representa a superação histórica e cultural da interpretação literal.”<sup>72</sup>

Nessa perspectiva, revela-se fundamental a utilização, pelo intérprete, de mecanismos outros, compatíveis com os ideais propugnados pela metodologia civil-constitucional, que não o método da subsunção. Assume relevância, nesse contexto, a utilização da técnica da ponderação na atividade interpretativa. Nesse sentido, a doutrina aponta que, considerando a complexidade do ordenamento jurídico, a ponderação deve ser utilizada permanentemente na atividade hermenêutica para o sopesamento dos vetores normativos incidentes no caso concreto<sup>73</sup>.

Propõe-se, assim, que a ponderação não seja adotada apenas na aplicação de princípios, mas também entre regras, entre regras e princípios, já que “[...] todos os enunciados normativos dialogam entre si, contemporaneamente, sob a mesma tábua axiológica”, e que “[...] a valoração prévia do legislador, na sociedade democrática, não afasta, antes reclama, o exercício do dever inderrogável do magistrado de compatibilizar as escolhas legislativas com as escolhas efetuadas pelo constituinte”<sup>74</sup>. Em síntese, a ponderação revela mecanismo indispensável, porque o texto legislativo é necessariamente incompleto, e porque a decisão judicial revela procedimento de construção da norma do caso concreto.

Alcança fenomenal importância nesse cenário a atividade argumentativa do intérprete e a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Com efeito, tais instrumentos, constituindo limite interno à atividade jurisdicional, parecem propiciar segurança jurídica à individualização normativa, no contexto de pluralidade e densidade de fontes normativas<sup>75</sup>. Aliás, se verdadeiras, como parecem, as considerações de que as opções do julgador nunca são neutras – como supõe a subsunção –, consistem a argumentação e a fundamentação dos julgados na única forma de garantir a estabilidade jurídica.

Em outros termos, há de se considerar que o princípio da segurança jurídica, na contemporaneidade, adquiriu novos contornos, não mais se encontrando associado à aplicação mecânica e supostamente neutra das chamadas “regras claras”, mas ligado à solução casuística. No modelo atual, então, o princípio se estabelece a partir da argumentação, persuasão e da fundamentação judicial. A esse respeito, leciona Maria Celina Bodin de Moraes:

Neste século XXI, partimos da consciência de que a supremacia da Constituição e a aplicabilidade direta de suas normas se fundam no princípio da democracia, que a tutela da autonomia da vontade não é suficiente para proteger a dignidade, especialmente em sociedades desiguais como as nossas, e que métodos aparentemente neutros e mecânicos como a subsunção servem a encobrir escolhas valorativas, inevitáveis a qualquer processo de interpretação.

Estas transformações, contudo, certamente afastam aquela concepção de segurança – ou melhor, de ilusão de segurança – característica do Direito Civil do século XIX. Vivemos no que já foi denominado de uma era de incertezas, o que inevitavelmente transparece no âmbito do Direito. Isto não significa, contudo, abandonar a aspiração

72 Cf. PERLINGIERI, Pietro, op. cit., 2008a, p. 620.

73 Cf. TEPEDINO, Gustavo. Notas esparsas sobre o Direito Civil na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCIO, Maria Cristina De; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (coord.). *Direito Civil na legalidade constitucional*. Algumas aplicações. São Paulo: Foco, 2021, p. 134-140.

74 Cf. TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato, op. cit., p. 77-78.

75 Cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina, op. cit., 2013, p. 27-28.

por segurança jurídica e resignar-se àquilo que a todo custo se buscava evitar: o arbítrio. Apenas implica compreendê-la (a segurança) de outro modo.

Na realidade, a vagueza e ambiguidade intrínsecas às normas jurídicas não são ampliadas pela utilização dos princípios; ao contrário, é a identificação dos princípios que as justificam que fornecem a segurança jurídica. O papel que os princípios exercem como *ratio* (razão) em cada interpretação-aplicação jurídica é que garante coerência entre elas. O que é necessário, portanto, é estudar cuidadosamente o significado de cada princípio, e expor tais características no momento de sua concretização. Daí a enorme relevância da regra constitucional, estabelecida no art. 93, IX, que determina a fundamentação – argumentativa – das decisões judiciais<sup>76</sup>.

Como se vê, o entendimento da norma não pode se basear exclusivamente em uma exegese literal, vez que sua individualização é inviável sem considerar o restante do ordenamento e os princípios que o fundamentam. Dessa forma, o “encaixe entre as *fattispecie* abstrata e concreta nunca é, em uma palavra, automático, como sugeria a dogmática tradicional – na verdade, ambas constituem aspectos de uma única realidade.”<sup>77</sup>. Assim, “*in claris* ou não, *semper fit interpretatio*”<sup>78</sup>.

### 3. O “NOVO” ARTIGO 113 DO CÓDIGO CIVIL, O ARTIGO 7º DO REGIME JURÍDICO EMERGENCIAL E TRANSITÓRIO, E A INTERPRETAÇÃO CIVIL-CONSTITUCIONAL NA PANDEMIA DE COVID-19

De tudo que se expôs acima, mostra-se inviável qualquer tentativa de interpretação das leis que seja dissociada do contexto em que se pretende aplicar determinado enunciado normativo. Diante disso, a pandemia de Covid-19 aparece como causa de bruscas alterações na realidade social e na própria coexistência humana, causando diversos impactos na interpretação jurídica, a perdurarem por inestimável período. Parece natural que, diante de tais mudanças, institutos jurídicos anteriores à pandemia caiam em desuso e outros, às vezes sequer vislumbrados previamente, surjam e ganhem notoriedade.

Fato é que, para que não haja um descolamento entre o ordenamento jurídico e a realidade social, mostra-se, de forma cada vez mais clara, a necessidade de se levar em consideração as peculiaridades das circunstâncias em que se encontra a humanidade no presente momento – e, no da análise posterior de atos e negócios celebrados durante a pandemia, das circunstâncias em que o mundo se encontrava então. Deve-se buscar, como exposto acima, a melhor solução possível para cada caso concreto, complexo em todas as especificidades que o circundam, sem que o intérprete se veja preso ao conteúdo que informava determinado conceito jurídico em período histórico diverso.

Nessa esteira, exemplo sintomático é o das alterações provocadas pela Lei da Liberdade Econômica no artigo 113 do Código Civil, que trata da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva na interpretação dos negócios jurídicos. Promulgada ainda antes da eclosão da pandemia, em 2019, e fruto da conversão, após algumas alterações no processo legislativo, da Medida Provisória n. 881/2019, com objetivo declarado de fortalecer a autonomia privada e construir maior liberdade e segurança para as atividades econômicas, a Lei da Liberdade Econômica promoveu mudanças que impactaram, subitamente, diversos institutos basilares do Direito Civil brasileiro.

76 BODIN DE MORAES, Maria Celina. Perspectivas a partir do Direito Civil-Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Direito Civil contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 3.

77 Cf. SOUZA, Eduardo Nunes de, op. cit., 2015, p. 78.

78 PERLINGIERI, Pietro, 2008a, op. cit., p. 629.

Ocorre que, como vem sendo observado pela doutrina, os conceitos de autonomia da vontade e de livre iniciativa, que a Lei de Liberdade Econômica pretende reavivar, referem-se a noções já ultrapassadas, aparentemente retiradas de momentos históricos passados<sup>79</sup>. Com efeito, as alterações ignoram o inevitável vínculo entre livre-iniciativa, valorização social do trabalho e justiça social, imposto por uma análise sistemática do ordenamento, em cotejo com o artigo 1º, IV, e com o artigo 170, ambos da Constituição brasileira<sup>80</sup>.

Em sentido semelhante, o artigo 7º do RJET, buscando resguardar a autonomia dos contratantes, impõe ao intérprete a desconsideração *prima facie* da imprevisibilidade de eventual inflação ou variação cambial que possam vir a impactar nos contratos. Priva-se, assim, o julgador de analisar, no caso concreto, a matriz de risco pactuada pelas partes, afastando importante etapa do processo hermenêutico.

Nessa esteira, deve-se recordar que, em um ordenamento jurídico que elevou a dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento da República (art. 1º, III, da CRFB), a autonomia privada não pode ser concebida como um valor em si mesmo, apenas merecendo tutela no Direito Civil brasileiro, quando em conformidade com os demais preceitos estabelecidos na tábua axiológica constitucional<sup>81</sup>. Com efeito, decorre da cláusula geral de tutela da pessoa humana o princípio da solidariedade social, que impõe a necessidade de se verificar que, mesmo no exercício das liberdades individuais, devem ser respeitados os interesses de terceiros e da coletividade<sup>82</sup>.

Nesta seara, resulta do princípio da solidariedade social, dentre outros “novos princípios”<sup>83</sup>, a boa-fé objetiva, que funciona como elo entre os contratos e os valores e princípios constitucionais, mostrando-se capaz de romper com o formalismo e as injustiças abrigadas pela dogmática tradicional<sup>84</sup>. Tal princípio desempenha, assim, função harmonizadora, conformando o conteúdo da autonomia privada, exigindo-lhe, a um só tempo, o respeito às expectativas, condições e necessidades dos agentes, e o atendimento aos valores constitucionais, sem prejuízo da conservação do núcleo da liberdade individual<sup>85</sup>.

- 
- 79 Cf. NALIN, Paulo; PIMENTEL, Mariana Barsaglia; PAVAN, Vitor Ottoni. Interpretação, integração e reequilíbrio dos contratos em tempos de pandemia: Análise das alterações promovidas pela Lei n. 13.874/2019 à luz da legalidade constitucional. In: *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 25, p. 329-352, jul.-set. 2020, p. 332.
- 80 Cf. FRAZÃO, Ana. Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 98.
- 81 Cf. Pietro Perlingieri: “A autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais. Também o poder de autonomia, nas suas heterogêneas manifestações, é submetido aos juízos de licitude e de valor, através dos quais se determina a compatibilidade entre ato e atividade de um lado e o ordenamento globalmente considerado, do outro.” (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., 2002, p. 277).
- 82 Cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: \_\_\_\_\_. *Na medida da pessoa humana: Estudos de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 249-250.
- 83 Cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo Direito Contratual e desregulamentação do mercado, direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. In: *Revista dos Tribunais*, n. 750, São Paulo, abr. 1998, p. 115-116. Também: TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: A exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 101, n. 377, fev. 2005, p. 237.
- 84 Cf. SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 32, out. 2007, p. 6.
- 85 Cf. Clóvis do Couto e Silva: “A aplicação do princípio da boa-fé tem, porém, função harmonizadora, conciliando o

Como se trata de cláusula geral<sup>86</sup>, o Código Civil não estabeleceu parâmetros específicos que auxiliem na determinação de seu conteúdo, cabendo ao julgador analisar a situação concreta, a partir do comportamento almejado em cada campo específico de atividade, da lealdade e probidade exigível de acordo com o regulamento de interesses específico, e em consonância com a axiologia constitucional<sup>87</sup>.

Todavia, por supostamente “limitar” a autonomia, e as decisões judiciais baseadas nelas supostamente trazerem “insegurança jurídica”, a cláusula geral de boa-fé tem sido considerada, por certas vertentes, como um óbice ao exercício da “liberdade econômica”<sup>88</sup>, o que acabou por motivar as alterações legislativas perpetradas pela Lei de Liberdade Econômica no artigo 113 do Código Civil, que lhe acrescentou dois parágrafos inéditos<sup>89</sup>, sendo o primeiro deles com o nítido objetivo de limitar o conteúdo do princípio<sup>90</sup>. Com efeito, apesar de ter mantido

---

rigorismo lógico-dedutivo da ciência do direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no *hortus conclusus* do sistema do positivismo jurídico, ‘janelas para o ético’.” (SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 42).

- 86 Cf. Almeida Costa: “Contudo, insista-se, o ditame da boa-fé não se apresenta pronto para imediata e formal execução, «self-executing». Visto que consagrado através de uma cláusula geral, carece ainda de uma mediação concretizadora. O legislador enuncia um princípio, estabelece um projecto ou plano de regulamentação que envia ou comete ao juiz. O este deverá partir das exigências fundamentais da ética jurídica, que se exprimem em virtude de manter a palavra e a confiança, de cada uma das partes proceder honesta e lealmente, segundo uma consciência razoável, para com a outra parte, interessando as valorações do círculo social, considerado, que determinam expectativas dos sujeitos jurídicos.” (ALMEIDA COSTA, Mário Julio de. *Direito das Obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 122-123).
- 87 Cf. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do Direito Civil: Obrigações*, v. 2, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 38. Trata-se de indeterminação intencional, própria das cláusulas gerais, que busca “[...] deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato”. Tal vagueza, porém, “[...] é superada com o reenvio não à consciência ou à valoração social, mas ao complexo de princípios que fundam o ordenamento jurídico, única garantia de pluralismo e de democracia. [...] Indagar se um comportamento é contrário à boa-fé ou à lealdade [...] significa individualizar os princípios (e os correspondentes valores) em curso e as ulteriores regras legislativas vigentes, em relação à hipótese a decidir; significa desenvolver aspectos implícitos na normativa (por exemplo, em tema de obrigações e contratos, a igualdade e a tendência à equivalência das prestações, a reciprocidade das trocas, a confiança, etc.) e sintetizá-los na elaboração da regra do caso concreto.” (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., 2008a, p. 239-240).
- 88 Cite-se o exemplo da experiência alemã, em que a cláusula geral de boa-fé é, ao menos desde a Reforma do Direito das Obrigações, promovida em 2002, o fundamento para a revisão judicial dos contratos pela teoria da quebra da base do negócio jurídico. Neste sentido, ver: NUNES FRITZ, Karina. Alteração posterior das circunstâncias: A caminho da quebra da base do negócio. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). *Inexecução das obrigações*. V. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 491-536.
- 89 Após a alteração provocada pela Lei n. 13.874/2019, o artigo 113 do Código Civil passou a vigorar com a seguinte redação: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III - corresponder à boa-fé; IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.
- 90 Confira-se trecho da Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 881/2019, que deu origem à Lei da Liberdade Econômica: “Presume-se a boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, devendo os casos de dúvida, na interpretação do direito, serem resolvidos no sentido que mais preserva a autonomia de sua vontade, salvo expressa disposição legal em contrário. É uma premissa do Estado de Direito a de que a liberdade impera e a restrição é a exceção. Não se pode, então, permitir que na dúvida sobre a interpretação de um dispositivo, adote-se uma interpretação mais restritiva. Logo, aplicar a regra de interpretação que privilegie a liberdade cria incentivos para que o normatizador passe a ter maior sofisticação na redação de enunciados, aumentando a segurança jurídica e

o caput do artigo inalterado, foram introduzidas diversas regras hermenêuticas específicas em seu inédito parágrafo primeiro<sup>91</sup>.

Como vem sendo aventado pela doutrina, as alterações promovidas parecem buscar reprimir o constante aprimoramento da boa-fé objetiva, princípio que irradia valores constitucionais, cujos contornos dogmáticos vêm sendo proficuamente construídos há décadas<sup>92</sup>. Destaca-se, neste sentido, o desenvolvimento da conhecida tripartição funcional da boa-fé (em princípio interpretativo dos negócios jurídicos, critério limitador do exercício de posições jurídicas e fonte de deveres jurídicos anexos)<sup>93</sup> e das figuras parcelares da boa-fé (tais como *venire contra factum proprium*, *supressio*, *tu quoque*, *duty to mitigate the loss* e adimplemento substancial), plenamente admitidas em sede doutrinária e jurisprudencial<sup>94</sup>.

Tal perspectiva limitadora, encontra-se dissonante com o modelo constitucional brasileiro, que impõe a compreensão de que “a liberdade e solidariedade atuam com igual grau de intensidade na promoção da dignidade humana, correspondendo a manifestações de idêntica grandeza desta última”<sup>95</sup>.

Nesse sentido, deve-se ressaltar que a busca por segurança jurídica, objetivo precípua da Lei de Liberdade Econômica, como mencionado nos capítulos anteriores, não se associa à aplicação mecânica e supostamente neutra das chamadas “regras claras” ou do preestabelecimento de interpretações estanques de fatos dinâmicos. Ao revés, a única solução interpretativa que oferece verdadeira segurança e impede arbitrariedades veladas, por parte do intérprete, encontra-se na solução casuística, considerando a integralidade do ordenamento jurídico, em análise sistemática. Contemporaneamente, há de se considerar que são a argumentação e a fundamentação judicial que trazem segurança jurídica, na medida em que possibilitam o controle externo de todas as causas que levaram a uma específica decisão<sup>96</sup>. A esse respeito, confira-se as lições de Gustavo Tepedino:

---

os pressupostos democráticos”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf). Acesso em: 27 ago. 2021.

- 91 Ressalte-se que o presente artigo não pretende realizar uma análise substancial dos critérios trazidos pelo artigo 113 do Código Civil, mas apenas discutir a opção legislativa de enunciá-los, em cotejo com a realidade fática imposta pela pandemia de Covid-19. Também não se adentrará na outra alteração promovida pela Lei da Liberdade Econômica no artigo 113 do Código Civil, que introduziu a autorização normativa para que as partes contratantes estabelecessem regras interpretativas próprias de seus negócios jurídicos, conforme o novo § 2º.
- 92 Cf. TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei n. 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luís Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 500.
- 93 Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto do Código Civil [atualmente, código aprovado] na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: \_\_\_\_\_. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 153.
- 94 Cf. KONDER, Carlos Nelson. Princípios contratuais e exigência de fundamentação das decisões: Boa-fé e função social do contrato à luz do CPC/2015. In: *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza: Unichristus, jul.-dez. 2016, ano 14, n. 19, p. 42.
- 95 Cf. SOUZA, Eduardo Nunes de. Lei da Liberdade Econômica e seu desprestígio à autonomia privada no Direito Contratual brasileiro. In: MIGALHAS (site). Migalhas Patrimoniais. 16 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-patrimoniais/324733/lei-da-liberdade-economica-e-seu-desprestigio-a-autonomia-privada-no-direito-contratual-brasileiro>. Acesso em: 27 ago. 2021.
- 96 Cf. Gustavo Tepedino: “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, mediante 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

É preciso resistir a essa cíclica e renitente tentativa de regulamentação de toda a vida social, empoderando-se, ao contrário, o magistrado com a atribuição do dever de esgotar o dado normativo disponível, a partir da aplicação, em cada sentença, da totalidade do ordenamento, informado pelos princípios e valores constitucionais incidentes no caso concreto. Como na página clássica de Giacomo Leopardi, em Gattopardo, em que o nobre siciliano percebe a necessidade de realizar uma completa transformação para que tudo pudesse permanecer como sempre fora, há de se rejeitar as tentativas de reformas legislativas desenfreadas, vestindo os institutos de indumentária renovada, sem que se altere a fundamentação axiológica das decisões, ripristinando-se, de modo inquietante, o conceitualismo e a cultura jurídica ultrapassados pelas demandas sociais contemporâneas.<sup>97</sup>

Ademais, uma análise literal dos critérios previstos no enunciado normativo disposto no artigo 113, § 1º, do Código Civil, pode induzir o intérprete à equivocada conclusão de que existiria uma ordem hierárquica abstrata e *a priori* entre os critérios previstos nos seus incisos, como se o procedimento hermenêutico não fosse unitário e não tivesse de levar em consideração cada caso específico para identificar a interpretação mais adequada à hipótese específica<sup>98</sup>. Em outros termos, mesmo em se tratando da imposição legal de critérios para a interpretação dos negócios jurídicos, deve-se ter sempre em mente que o contrato deve ser enxergado como realidade social e jurídica, que se insere em um determinado sistema jurídico. Deste modo, o escalonamento do processo interpretativo é inadmissível, uma vez que o processo hermenêutico – mesmo no âmbito dos contratos – deve ser realizado à luz dos princípios que compõem o ordenamento, de forma una e sistemática<sup>99</sup>.

Diante disso, o método hermenêutico limitador que se buscou impor através da redação do artigo 113, § 1º, do Código Civil, já insuficiente, como acima exposto, antes da pandemia, parece ter evidenciado todas as suas fragilidades durante a crise econômica e social dela decorrente. Tome-se, por exemplo, o parâmetro da racionalidade econômica do negócio jurídico como diretriz hermenêutica, disposto no 113, § 1º, V: não há dúvidas de que o critério econômico deve ser utilizado na interpretação dos negócios jurídicos, mas uma abordagem unilateral, que só leve este critério em consideração, em detrimento dos demais valores do ordenamento e de aspectos sociais, que são relevantes para a sociedade como um todo, afigura-se inadmissível. Como leciona Carlos Konder:

Tomar exclusivamente a eficiência como objetivo a ser atingido contrasta com um ordenamento que elege a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária como seu objetivo fundamental e consagra entre os princípios da ordem econômica a defesa do consumidor, do meio ambiente e a redução das desigualdades<sup>100</sup>.

---

jurídica deve ser alcançada pela compatibilidade das decisões judiciais com os princípios e os valores constitucionais, que traduzem a identidade cultural da sociedade.” (TEPEDINO, Gustavo. Ativismo judicial e construção do Direito Civil: Entre dogmática e práxis. In: *Novos Estudos Jurídicos*, v. 24, 2019, p. 35).

97 TEPEDINO, Gustavo, op. cit., 2021, p. 216.

98 Cf. SOUZA, Eduardo Nunes de, op. cit., 2020.

99 Cf. KONDER, Carlos Nelson, 2015, op. cit., p. 56-57.

100 KONDER, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho de. A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica. In: *Revista Fórum de Direito Civil - RFDC*, Belo Horizonte, ano 9, n. 25, p. 13-35, set.-dez. 2020, p. 26.

A problematidade dessa abordagem unilateral, trazida pela Lei de Liberdade Econômica, sobressai no âmbito de negócios jurídicos em que há, por sua própria natureza, um predomínio dos aspectos existenciais. Nessa esteira, parece inadequado que se examine contratos relacionados à saúde, educação ou moradia, tomando-se em consideração apenas a racionalidade econômica que teria motivado a celebração do pacto. Certamente, no momento de interpretação de tais pactos, devem ser considerados os demais valores “cuja relevância pode extravasar a esfera econômica das partes”<sup>101</sup>.

Nesse contexto, assume relevância a observação de que os critérios interpretativos previstos na legislação infraconstitucional se encontram submetidos a um controle valorativo, à luz dos preceitos estabelecidos pela Constituição Federal. Como se registrou nos capítulos acima, na medida em que não possuem valor constitucional, nem se situam hierarquicamente acima da Constituição, as regras interpretativas não devem ser aceitas dogmaticamente, mas sim valoradas conforme à tábua axiológica constitucional, sob pena de serem consideradas ilegítimas<sup>102</sup>.

No período de calamidade, bem como este imediatamente posterior, diante das inúmeras situações inusitadas que se têm colocado à frente do Poder Judiciário, impondo uma atuação ainda mais ativa do intérprete, com a prolação de decisões, muitas vezes com base em cláusulas gerais, como a boa-fé objetiva, que justamente permitem a maleabilidade do sistema jurídico nos diversos períodos, é ainda mais importante a fundamentação das decisões, para se evitar arbitrariedades, como as que frequentemente acontecem, quando da utilização da subsunção.

O caminho, então, para conferir coerência às alterações promovidas pela Lei da Liberdade Econômica (sobretudo, em um período de maior fragilidade social e econômica) está em promover sua aplicação em conformidade com os valores emanados da Constituição (destacando-se a dignidade de pessoa humana e a solidariedade social), que impõe a prevalência do “ser” sobre o “ter”, na medida em que é a Constituição que garante unidade sistemática ao ordenamento jurídico<sup>103</sup>.

## CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que a pandemia de Covid-19 alterou definitivamente diversos aspectos da realidade social, de forma antes nunca imaginada. Entretanto, a despeito dos inúmeros desafios impostos à população, em decorrência da crise sanitária, social e econômica por ela ocasionada, as soluções a serem buscadas pelo intérprete, a cada problema concreto, devem ser extraídas do próprio ordenamento jurídico. A análise sistemática, à luz da ordem constitucional, somada ao acurado exame das peculiaridades da realidade social e do caso concreto, por si, acabam por moldar os institutos jurídicos ao seu objetivo precípuo: solucionar os problemas concretos gerados pela coexistência humana, sem que haja a necessidade de integral reforma do ordenamento jurídico.

Nesta perspectiva, em um ordenamento jurídico que contém, em seu ápice, uma Constituição que garante coerência e unicidade ao sistema, o intérprete deve estar atento, não somente às alterações legislativas, mas à realidade social que o circunda, o que acaba por diminuir a necessidade de constantes mudanças legislativas e amplas reformas. Diante de um mundo em

101 Idem, *ibidem*, p. 26

102 Cf. PERLINGIERI, Pietro, 2008a, *op. cit.*, *passim*.

103 Cf. Paulo Nalin, Mariana Barsaglia Pimentel e Vitor Ottoboni Pavan: “Isto tudo aponta para o fato de que os §§1º e 2º [do art. 113] não são uma ilha inalcançável, mas estão inseridos no sistema que, assim como todo o direito e não só o direito privado, é axiologicamente unido pela Constituição Federal e seus princípios e valores.” (NALIN, Paulo; PIMENTEL, Mariana Barsaglia; PAVAN, Vitor Ottoboni, 2020, *op. cit.*, p. 347-348).

contínuas e aceleradas mudanças<sup>104</sup>, essa se mostra a alternativa interpretativa mais palpável, em contraposição a uma euforia legiferante, e que, no final das contas, ao contrário do que propagandeiam seus críticos<sup>105</sup>, oferece maior estabilidade e honestidade interpretativa. Afinal, em um mundo cada vez mais dinâmico, a primazia da interpretação gramatical e da subsunção só se sustentaria diante de alucinada atividade legislativa, que, naturalmente, se afigura insustentável, ainda mais se considerando o cada vez mais difícil acompanhamento da multiplicidade de leis pela população.

As drásticas alterações sociais, causadas por eventos abruptos como a pandemia, acabam justamente por provar a insuficiência de métodos interpretativos que não se sensibilizam com as alterações na realidade social. Nessa esteira, destacam-se, por exemplo, as amarras impostas pela Lei de Liberdade Econômica e pelo RJET, que, visando ao fortalecimento de ultrapassadas concepções de segurança jurídica e de autonomia privada, se mostraram ainda mais frágeis, diante do quadro social instaurado pela pandemia de Covid-19. Dessa forma, a única maneira de se alcançar segurança consiste na remessa aos valores fundamentais presentes na Constituição da República, que acaba por assegurar a lógica do ordenamento e a própria legitimidade do controle sobre a atividade interpretativa.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA COSTA, Mário Julio de. *Direito das Obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: Introdução. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo Direito Contratual e desregulamentação do mercado, direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. In: *Revista dos Tribunais*, n. 750, São Paulo, abr. 1998.
- \_\_\_\_\_. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto do Código Civil [atualmente, código aprovado] na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: \_\_\_\_\_. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de Filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei boca-de-juíz. In: *Revista de Direito Privado*, v. 56, out.-dez. 2013.
- \_\_\_\_\_. Perspectivas a partir do Direito Civil-Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Direito Civil contemporâneo*: Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.
- \_\_\_\_\_. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In: *Revista de Direito Civil*, n. 65, jul.-set. 1993.
- \_\_\_\_\_. O princípio da solidariedade. In: \_\_\_\_\_. *Na medida da pessoa humana*: Estudos de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010
- BUCAR, Daniel. Autonomia negocial na pluralidade brasileira de fontes de Direito. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (coord.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e o conceito de sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 881/2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf). Acesso em: 27 ago. 2021.
- FACHIN, Luiz Edson; BANHOZ, Rodrigo Pelais. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: Ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do Direito Civil contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. (org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 55.
- FRAZÃO, Ana. *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO,

104 Para o sociólogo Zygmunt Bauman, a vida contemporânea é marcada por uma dinamicidade ímpar na história humana, de modo que a própria realidade social se apresenta de forma fluida, constantemente mutável (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, passim).

105 Veja-se, por exemplo, as críticas de Otávio Luiz Rodrigues Junior em: Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do Neoconstitucionalismo e dos princípios. In: *O Direito*, n. 143, 2011, II, p. 43-66.

- Ana; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- GRAU, Eros. Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Direito Civil contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 286.
- HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica europeia*: Síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012.
- KAHNEMANN, Daniel. *Rápido e devagar*: Duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KONDER, Carlos Nelson. Interpretação dos contratos, interpretação da lei e qualificação: Superando fronteiras. In: *Scientia Iuris*, Londrina, v. 19, n. 1, jun. 2015.
- \_\_\_\_\_. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do Direito Civil: O intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. In: *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, v.1, jan.-abr. 2015.
- \_\_\_\_\_. Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de Direito Civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (coord.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.
- \_\_\_\_\_. Princípios contratuais e exigência de fundamentação das decisões: Boa-fé e função social do contrato à luz do CPC/2015. In: *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza: Unichristus, jul.-dez. 2016, ano 14, n. 19.
- \_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho de. A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica. In: *Revista Fórum de Direito Civil - RFDC*, Belo Horizonte, ano 9, n. 25, p. 13-35, set.-dez. 2020.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.
- LÔBO, Paulo. A constitucionalização do Direito Civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Direito Civil contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- NALIN, Paulo; PIMENTEL, Mariana Barsaglia; PAVAN, Vitor Ottoboni. Interpretação, integração e reequilíbrio dos contratos em tempos de pandemia: Análise das alterações promovidas pela Lei n. 13.874/2019 à luz da legalidade constitucional. In: *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 25, p. 329-352, jul.-set. 2020.
- NUNES FRITZ, Karina. Alteração posterior das circunstâncias: A caminho da quebra da base do negócio. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). *Inexecução das obrigações*. V. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. 1. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- PERLINGIERI, Giovanni. *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el derecho civil*. Madrid: Dykinson, 2015.
- Perfis do Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008a.
- \_\_\_\_\_. A doutrina do Direito Civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Direito civil contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008b.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do Neoconstitucionalismo e dos princípios. In: *O Direito*, n. 143, 2011, II.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, v. I. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005.
- SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.
- \_\_\_\_\_. A tríplice transformação do adimplemento: Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 32, out. 2007.
- \_\_\_\_\_; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o Direito Civil-Constitucional. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 9-27, out.-dez. 2016.
- SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 42.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Critérios distintivos do intérprete civil-constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCOC, Maria Cristina De; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (coord.). *Direito Civil na legalidade constitucional: Algumas aplicações*. São Paulo: Foco, 2021a.
- \_\_\_\_\_. Merecimento de tutela: A nova fronteira da legalidade no Direito Civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (coord.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.
- \_\_\_\_\_. Lei da Liberdade Econômica e seu desprestígio à autonomia privada no Direito Contratual brasileiro. In: MIGALHAS (site). Migalhas Patrimoniais. 16 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-patrimoniais/324733/lei-da-liberdade-economica-e-seu-desprestigio-a-autonomia-privada-no-direito-contratual-brasileiro>. Acesso em: 27 ago. 2021.
- TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- \_\_\_\_\_. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: A exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 101, n. 377, fev. 2005.
- \_\_\_\_\_. Notas esparsas sobre o Direito Civil na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCOC, Maria Cristina De; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (coord.). *Direito Civil na legalidade constitucional: Algumas aplicações*. São Paulo: Foco, 2021.

- \_\_\_\_\_. O Direito Civil Constitucional e suas Perspectivas Atuais. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- \_\_\_\_\_. O ocaso da subsunção. In: *Temas de Direito Civil*, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- \_\_\_\_\_. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*, t. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- \_\_\_\_\_. Ativismo judicial e construção do Direito Civil: Entre dogmática e práxis. In: *Novos Estudos Jurídicos*, v. 24, 2019.
- \_\_\_\_\_; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil*, v. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- \_\_\_\_\_; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do Direito Civil: Obrigações*, v. 2, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- \_\_\_\_\_; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei n. 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luís Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.
- TERRA, Aline Miranda Valverde. Liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (org.). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.



**PODER JUDICIÁRIO**  
**ESTADO DO RIO DE JANEIRO**