

Revista de
DIREITO

DO PODER JUDICIÁRIO DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOLUME 3 | 2024 ●●●



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO



Revista de
DIREITO

DO PODER JUDICIÁRIO DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOLUME 3 | NOVEMBRO | 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. 3, (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. Lúcia Maria Sodré de Moraes

CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO

1ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Adriano Celso Guimarães
Des. Cherubin Helcias Schwartz Junior
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. Jean Albert de Souza Saadi

3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Des. Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos
Des. Fernanda Xavier de Brito
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. Alcides da Fonseca Neto
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. Andréa Maciel Pachá

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. José Carlos Maldonado de Carvalho
Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres
Des. Lúcia Helena do Passo
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. Tereza Cristina Sobral Bittencourt Sampaio
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. Renato Lima Charnaux Sertã
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. Mônica de Faria Sardas
Des. Werson Franco Pereira Rêgo
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. Sérgio 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 Uchôa 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. Marco Aurelio Bezerra de Melo
Des. Alexandre Teixeira de Souza
Des. Rose Marie Pimentel Martins
Des. Maria Teresa Pontes Gazineu

6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

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

7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. Marco Antonio Ibrahim
Des. Geórgia 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. Flavia Romano de Rezende

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

PRESIDENTE

Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa

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 G. Tostes G. 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 Silveiras França Fadel

SUPLENTES

Des. Andréa 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

PRESIDENTE

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

MEMBROS EFETIVOS

Des. Edson Aguiar de Vasconcellos
Des. Eduardo Antonio Klausner
Des. Rogerio de Oliveira Souza
Des. Ricardo Couto de Castro
Des. Geórgia de Carvalho Lima
Des. André Emílio Ribeiro Von Melentovytsch
Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto
Des. Maria Teresa Pontes Gazineu

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 Cristina de Brito Lima
Des. José Roberto Portugal Compasso

CÂMARAS CRIMINAIS

1ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Luiz Zveiter
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. 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 Castro 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 Ricardo Rodrigues Cardozo

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

» 12

DOCTRINA

Arbitragem e segurança jurídica: A maturação de um meio adequado de solução das controvérsias

Luiz Fux | Abhner Youssif Mota Arabi

» 13

Por um Direito Cosmopolita de proteção ao consumidor

Eduardo Antônio Klausner

» 22

A jurisdição constitucional brasileira nas questões das famílias: Uma leitura jurídico-político-social

Humberto Dalla Bernardina de Pinho | Márcia Michele Garcia Duarte

» 38

Reflexões acerca da interpretação e integração da norma jurídica no Positivismo Jurídico

Sérvio Túlio Santos Vieira

» 48

Juros e correção monetária em obrigações decorrentes de decisões judiciais

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Thiago Ferreira Cardoso Neves

» 72

Estudo sobre um julgamento:

Como a espécie de inadimplemento interfere no cabimento da execução civil

Antonio Adonias A. Bastos | Cecília Andrade Magalhães

» 86

Pragmatismo e Juiz de Garantias: Uma análise da Lei 13.964/2019 e do julgamento das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e ADI 6.305, pelo STF, sob perspectiva pragmática

Anderson de Paiva Gabriel | Carla Ramos Macedo do Nascimento |
Alessandra Gomes Faria Baldini | Etiene Coelho Martins

» 104

Mediazione e giudici in Italia, 2019

Giovanni Matteucci

» 128

**Título executivo europeu e cooperação judiciária civil:
Revisitação e leitura jurisprudencial**

Lurdes Varregoso Mesquita

>> 141**Guiding the parties towards appropriate resolution of their dispute:
A new challenge for the civil judge and three next objectives for the GEMME**

Jean A. Mirimanoff

>> 155**Capacidades institucionais e caminhos a serem percorridos para uma
nova cena institucional democrática**

Bruno de Sá Barcelos Cavaco

>> 166**A autonomia da posse no Código Civil**

Gustavo Tepedino | Danielle Tavares Peçanha

>> 184**Governança da corrupção transnacional: Novos modelos de recuperação
de ativos e cooperação jurídica internacional**

Carlos Eduardo Adriano Japiassú | Ana Lúcia Tavares Ferreira

>> 200**Hermenêutica e dignidade da pessoa humana**

Cleyson de Moraes Mello

>> 219**Unidade do Direito, desenvolvimento e cortes superiores:
Do diálogo institucional para o diálogo decisório**

Antônio Pereira Gaio Júnior

>> 226**Notas sobre Globalização, Direito Penal e Compliance**

Leandro de Matos Coutinho

>> 238**Precedentes: Da persuasão à desconstituição da coisa julgada**

Osmar Mendes Paixão Côrtes

>> 252**Aspectos relevantes da alienação por iniciativa particular no processo executivo**

Clarice Santos | Bruna Braga da Silveira

>> 262

Apresentação

Apresentamos aos cultores das letras jurídicas o terceiro volume da *Revista de Direito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro*.

O Periódico, que completa seu primeiro ano de existência sob a notável condução do Excelentíssimo Senhor Desembargador Humberto Dalla Bernardina de Pinho, vem amadurecendo a cada número, graças ao trabalho essencialmente colaborativo de todos os envolvidos.

Criada com o propósito de disseminar o conhecimento científico entre os operadores do sistema de Justiça, a comunidade acadêmica e a sociedade em geral, esta revista, desde o seu lançamento, publicou quase 50 artigos, elaborados por renomados autores nacionais e estrangeiros, suscitando reflexões críticas sobre as tendências e inovações ocorridas no campo do Direito, em cenários de grandes complexidades sociais.

Agradecemos aos ilustres articulistas que, ao longo desse período, nos têm honrado com o envio de material de excelência jurídica ímpar.

Os textos que integram a presente edição abordam temas atuais e estabelecem diálogos com relevantes questões do âmbito do saber jurídico, resultantes de um olhar diferenciado, por parte dos juristas e acadêmicos que nos brindam com suas profundas reflexões.

Desejamos boa leitura a todos, na certeza de que a *Revista de Direito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro* contribuirá para o aprimoramento de uma hermenêutica de perspectiva humanística, alinhada com valores de fraternidade e justiça social.

DESEMBARGADOR RICARDO RODRIGUES CARDOZO
PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Arbitragem e segurança jurídica: A maturação de um meio adequado de solução das controvérsias

LUIZ FUX¹

ABHNER YOUSSEF MOTA ARABI²

A busca pela segurança guia a história da vivência humana. Desde os tempos mais primórdios, o ser humano procura, como parte de seu próprio instinto de sobrevivência, colocar-se em situações confortáveis, cômodas e seguras, nas quais se privilegie o conhecido em detrimento do desconhecido, fazendo prevalecer um estado de proteção contra o medo das ameaças externas.

Com efeito, importantes etapas da evolução da civilização humana se orientaram nesse sentido de proteção contra ameaças desconhecidas: as primeiras utilizações de utensílios de pedras, o desenvolvimento da construção civil, a criação de utensílios de guerra, a progressão científico-tecnológica. Mesmo algumas outras preocupações mais cotidianas revelam intuito semelhante: a apreensão com a subsistência futura, a necessidade de poupar o dinheiro que se ganha, a criação de institutos de seguridade e previdência. A natural incerteza do porvir leva a que o homem crie mecanismos para se proteger para o futuro. E no âmbito jurídico não ocorre de modo diverso.

Com efeito, a própria origem do Estado moderno é permeada pela preocupação de segurança dos cidadãos. Em superação às monarquias absolutistas, os movimentos filosóficos e políticos impulsionados pelo Iluminismo e pelas Revoluções Liberais instauradas a partir dos Séculos XVII e XVIII, primavam, ainda que com fundamentos bastante diversos, pela explicação da origem do fenômeno do Estado por esse ponto comum: a necessidade de que o corpo estatal formado representasse incremento na proteção de seus súditos.

Mesmo o inglês Thomas Hobbes, para quem eram justificáveis meios mais autoritários e personalizados de poder, afirmava que o abandono do estado de natureza, em que o “homem era o lobo do próprio homem”, se dava mediante a entrega de todos os direitos individuais da população à pessoa do soberano, a quem, em troca, caberia o dever de proteção e de manutenção da segurança de seus súditos. Somente a partir desse ponto é que se justificaria o contrato social, evitando a *guerra de todos contra todos*, em nome da preservação da segurança.

Também entre os teóricos mais liberais e que procuravam bases mais democráticas a suas formulações, identificava-se preocupação semelhante. O também inglês John Locke, por exemplo, que também construía uma teoria contratualista, afirmava sobre o contrato social:

[...] o único modo legítimo pelo qual alguém abre mão de sua liberdade natural e assume os laços da sociedade civil consiste no acordo com outras pessoas para

1 Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF).

2 Juiz Instrutor no Supremo Tribunal Federal (STF). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Foi Juiz Auxiliar da Presidência do STF (2020-2022). Doutorando em Direito do Estado (Subárea: Direito Constitucional) na Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB).

se juntar e unir-se em comunidade, para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, com a garantia de gozar de suas posses, e de maior proteção contra quem não faça parte dela³.

Para além dos campos material e político, aqui citados com o intuito introdutório, a preocupação com a segurança também se revela presente no âmbito estritamente jurídico, em que exsurge como norma jurídica o princípio da segurança jurídica. No plano constitucional brasileiro, por exemplo, a segurança é um valor invocado já desde o preâmbulo da Constituição de 1988⁴ e igualmente destacado no *caput* de seu art. 5º, dispositivo que elenca o principal rol de direitos fundamentais e garantias individuais e sociais na Constituição brasileira⁵.

Nessa linha, o princípio da segurança jurídica assume valor de norma jurídica, de observância obrigatória pelos órgãos estatais e também entre particulares (mercê da eficácia horizontal dos direitos fundamentais), aplicável nos mais diversos âmbitos de relação jurídica. Dessa forma, passa-se a exigir que a atuação estatal, submetida que é ao ordenamento jurídico e ao Estado de Direito (*rule of law*), paute-se a partir da consideração desse importante vetor jurídico, que deve permear o exercício das funções de todos os Poderes da República.

De outro lado, a afirmação da segurança jurídica como valor normativo implica a necessidade de que se assegure aos cidadãos previsibilidade e confiança, para que, a partir do exercício de planejamento decorrente desses dois vetores, os diversos agentes sociais possam atuar conforme aquilo que legitimamente possam esperar, especialmente das condutas estatais. Projetando-se não apenas ao futuro, mas também para o passado, reitera-se, portanto, a legitimidade da expectativa de consolidação e estabilização daquilo que já passou (como em relação à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, que nem mesmo por lei podem ser prejudicados – art. 5º, XXXVI, da CRFB/1988⁶) e das projeções e planejamentos do que está por vir, a partir da necessidade de proteção de uma certa calculabilidade do Direito.

Com efeito, o valor da segurança é tão forte à humanidade que, ao longo da história, são diversos os marcos em que razões de frustração de expectativas representaram motivos concorrentes a iniciativas de rupturas com as situações políticas e jurídicas que então se colocavam⁷. Há, aliás, importantes teóricos que afirmam ser a segurança jurídica o núcleo funcional da própria existência do Direito. Destaco, nesse sentido, os dizeres do sociólogo Niklas Luhmann, que, em

3 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*: Ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 76.

4 Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”.

5 Cf. Art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

6 “XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

7 Para tanto, é elucidativo um exemplo da história inglesa, cristalizado no importante marco da Magna Carta (1215), quando o rei João Sem Terra se viu forçado a acatar limitações a seu poder reclamadas pela nobreza, ficando vedada a criação de impostos ou a alteração de leis sem prévia consulta ao Grande Conselho, órgão que seria integrado por representantes do clero e da nobreza. Garantia-se, assim, uma maior previsibilidade e confiança aos súditos – ou a menos a parcela deles – frente aos poderes do Estado e do monarca.

seu estudo dos sistemas sociais, afirmava que a função do sistema jurídico seria a estabilização contrafactual das expectativas normativas, reduzindo complexidades em um contexto de sociedades diversas e pluralistas⁸.

Desse modo, a necessidade de atendimento aos deveres que decorrem do princípio normativo da segurança jurídica se impõe a todos os âmbitos da atuação estatal: administrativa, legislativa e judicial. Entretanto, na sociedade de risco e liquefeita em que se vive, há que se atentar para diversos fatores incrementadores da insegurança jurídica, muitos deles decorrentes de origem estatal.

Para além dos riscos e da pluralidade inerentes à atual sociedade mundial em que se vive, elementos como a proliferação de leis, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, a indeterminação de seus conteúdos, a instabilidade de entendimentos jurisprudenciais, a demora na prestação da tutela jurisdicional, a ausência de capacidade institucional para lidar com assuntos de elevada complexidade técnica contribuem para uma menor calculabilidade das possibilidades jurídicas, representando decréscimo para a previsibilidade e a confiança dos cidadãos no Estado.

Em situações como essas, por vezes, alternativas privadas à atuação estatal parecem ser mecanismos fortalecedores da segurança jurídica, ao representarem soluções mais céleres, mais técnicas e mais participativas, atendendo com maior eficácia e eficiência aos anseios dos particulares envolvidos, mesmo quando elas se colocam em situação de conflito ou contraposição. No ponto, exsurtem os debates relativamente à arbitragem, como um mecanismo alternativo – ou por muitos dito mais adequado – de solução das controvérsias, que intimamente se relaciona com uma mais forte manutenção das expectativas e da segurança jurídica das partes envolvidas em determinada pretensão resistida de interesses.

Os temas – segurança jurídica e arbitragem – são também íntimos à atuação diuturna do Superior Tribunal de Justiça, Corte que integrei por quase uma década. Com efeito, a atribuição primordial de zelar e uniformizar pela aplicação da lei federal é árdua missão que se compatibiliza, em seu escopo central, pela afirmação da segurança jurídica⁹.

De outro lado, para além das normas infraconstitucionais que cuidam de forma específica do tema, também compete à referida Corte Superior, desde a alteração implementada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a homologação de sentenças estrangeiras, inclusive as arbitrais.

Dessa forma, além de se relacionar também com os 30 anos, recentemente completados pelo Superior Tribunal de Justiça e também pela Constituição de 1988, é motivo de grande honra fazer parte dessa edição comemorativa pelos 30 anos dessa já tradicional publicação quinzenal, a cuja substancial qualidade espera-se poder contribuir.

No ordenamento jurídico brasileiro, a arbitragem não encontra previsão constitucional direta, que assenta a inafastabilidade da jurisdição como garantia fundamental a seus cidadãos (art. 5º, XXXV, da CRFB/1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). No âmbito infraconstitucional, destaca-se, como primeiro ato normativo especialmente destinado a disciplinar seu regime jurídico, a Lei n. 9.307/1996.

8 LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Naffarete. México: Herder, 2005.

9 Por oportuno, destaque-se que a necessidade de uniformização da interpretação e aplicação da legislação federal em todo o país é um dos fundamentos que se justificava, nos clássicos textos *federalistas*. O tema é objeto mais específico do *Federalist Paper n° 80*, de autoria de Alexander Hamilton, em que se indicam os principais motivos para a previsão constitucional de uma esfera judiciária federal, dentre os quais se destacam: (i) a necessidade de previsão de um mecanismo que conferisse vinculatividade às disposições constitucionais também em relação aos Estados-Membros; e (ii) a necessidade de uniformização na interpretação das leis. (JAY, John; MADISON, James; HAMILTON, Alexander. *O federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004).

Como pontos desde então trazidos, aponta-se que a arbitragem surge como mecanismo que privilegia a autonomia privada das partes envolvidas, que poderão estabelecer as regras de direito e de procedimento a serem utilizadas na realização da arbitragem, de modo que se fortalece a sensação de participação dos envolvidos na solução do litígio, facilitando a calculabilidade da decisão arbitral a ser proferida e também a sua aceitabilidade pelas partes.

Apesar de se privilegiar a autodeterminação de cada um, a Lei brasileira não descuida das partes mais vulneráveis, seja econômica, jurídica, técnica ou informacionalmente. Nesse sentido, é que a redação original do referido ato normativo já previa a utilização da arbitragem de forma limitada a litígios que versassem sobre direitos patrimoniais disponíveis, e que envolvessem pessoas com capacidade civil para contratar. Nesse mesmo afã, são estabelecidos limites específicos para as cláusulas compromissórias constantes de contratos de adesão, em que a liberdade contratual das partes é limitada por cláusulas predispostas com as quais se estabelecem duas opções: aderir ou não contratar.

Ademais, com o intuito declarado de fortalecimento da segurança jurídica e da estabilidade da sentença arbitral, assenta-se expressamente na legislação brasileira que a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, e que, inclusive, possuirá a mesma validade e eficácia de título executivo.

Não bastasse, afirma-se serem os árbitros os juízes de fato e de direito da sentença arbitral, que não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. Apenas nos casos de sentença arbitral nula (como nos casos de nulidade da convenção de arbitragem, extrapolação de seus limites, comprovada existência de prevaricação, concussão ou corrupção passiva, dentre outras hipóteses) é que se faculta aos interessados pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral. Ainda assim, o nível de proteção à segurança jurídica é tão forte, que essa ação de nulidade só poderá ser ajuizada no breve prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença arbitral, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos. E, no caso de nulidade, não é o Poder Judiciário que proferirá a nova decisão, mas determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira nova sentença.

Além disso, em previsão que também favorece a calculabilidade, a previsibilidade e a confiança nas relações interacionais – cada vez mais inevitáveis na atual sociedade globalizada –, a partir da edição dessa lei, passou-se a dispensar a necessidade de dupla validação da sentença arbitral estrangeira, a fim de que essa possa produzir efeitos internos. A partir da Lei, exige-se apenas a sua homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, tal qual exigido, em nome da soberania nacional, para qualquer outra decisão judicial estrangeira.

À época de sua publicação, a Lei brasileira foi objeto de impugnação junto ao Supremo Tribunal Federal, que em 2001 decidiu pela constitucionalidade da Lei. O *leading case* (SE 5206) dizia respeito a uma ação originalmente iniciada em 1995, pela qual se buscava a homologação judicial no Brasil de laudo de sentença arbitral proferida na Espanha. Incidentalmente, exsurgiu no caso o debate sobre a constitucionalidade da Lei n. 9.307/1996, resultando vencedora a tese de que a previsão da arbitragem é compatível com o direito de acesso ao Judiciário, e de inafastabilidade da jurisdição, já que se trataria de um direito à ação e não a um dever.

Sobre o ponto, destaca-se o seguinte excerto do trecho da ementa do acórdão proferido naquele julgado:

[...]

3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei,

especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF.

Votos vencidos, em parte – incluído o do relator – que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória –, dada a indeterminação de seu objeto – e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/1996 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos, e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII, e ao art. 301, inciso IX, do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade – aí por decisão unânime – dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).

(SE 5.206-AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgamento em 12/12/2001)

Mais recentemente, o regime jurídico brasileiro de arbitragem foi atualizado e revigorado pelas Leis n. 13.105 e n. 13.129, ambas de 2015. A primeira corresponde ao Novo Código de Processo Civil brasileiro.

No âmbito da renovação do Processo Civil brasileiro, a segurança jurídica foi um dos vetores principais de condução das alterações, procurando incrementar a isonomia entre os jurisdicionados e a previsibilidade/confiança, em relação às decisões judiciais. Para tanto, restou estabelecido um mais robusto sistema de vinculação de precedentes, contexto para o qual o sistema inglês de *common law* muito tem a influenciar e ensinar.

Próximo de completar seu terceiro ano de vigência, o Novo Código de Processo Civil já passa por sua fase de consolidação. A ansiedade humana em relação ao novo parece se assentar, oportunizando amplo espaço para a discussão de suas novas disposições.

Como reflexo de uma norma de seu próprio tempo, o Novo CPC decorreu de um amplo e plural processo democrático, permeado pela realização de audiências públicas e pelas contribuições dos mais diversos setores da sociedade brasileira. Como destacado na nova legislação, dentre tantos fatores abrangidos, guiou-se por dois vetores principais: a necessidade de a resposta judicial advir em um prazo razoável (em concretização ao direito fundamental encartado no art. 5º, LXXVIII, da CRFB/1988); e a valorização da segurança jurídica; vetores esses que se influenciam de forma direta e recíproca. Tais preocupações procuram evidenciar o processo como um caminho necessário e possível à realização da justiça, não apenas pelo exercício da jurisdição estatal, mas também pela realização da atividade arbitral.

Mais especificamente sobre a arbitragem, o Novo Código e a Lei n. 13.129 trouxeram, finalmente, o tema a um estágio de consolidação da arbitragem no Brasil, e de superação de preconceitos que inicialmente havia em relação à sua utilização. Avança-se, até mesmo, na possibilidade e nos limites de sua aplicação e utilização para litígios que envolvam a Administração Pública, a qual, por natureza, administra interesses públicos dos quais não pode isoladamente dispor.

Nesse sentido, já nos parágrafos do artigo inicial da Lei, conforme inclusão da Lei n. 13.129/2018, passa-se a prever expressamente que a Administração Pública direta e indireta pode se valer da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, sendo competente para a celebração de convenção de arbitragem a mesma autoridade ou o órgão competente para a realização de acordos ou transações em geral. Passa-se, assim, a ter uma previsão mais geral, para além de outras específicas já anteriormente existentes, como a do art. 23-A da Lei n. 8.987/1995 (conforme inclusão empreendida pela Lei n. 11.196/2005), que autoriza a previsão, pelo contrato de concessão, da utilização de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas a tal relação contratual, inclusive a arbitragem, desde que realizada no Brasil e em língua portuguesa. Sobretudo, para aqueles contratos de concessão mais complexos, e que, mais do que aspectos jurídicos, albergam controversas questões técnicas, a medida pode ser uma solução mais adequada.

Para além do setor público, a extensão da previsão normativa, quanto à utilização da arbitragem, também tem como exemplo a inclusão do art. 136-A à Lei n. 6.404/1976, que dispõe sobre o regime jurídico das sociedades por ações. Ali, passou-se a dispor sobre a inserção de convenção de arbitragem já no estatuto social, mediante quórum simplificado, que passa a obrigar a todos os acionistas (assegurando-se ao dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante o recebimento do valor de suas ações).

No ponto, sem que se afaste a possibilidade de apreciação dessas questões pelo Poder Judiciário, em atendimento à inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB/1988), há que se relembrar a Teoria das Capacidades Institucionais, que limita o alcance qualitativo da cognição judicial de determinadas questões. Com efeito, quanto mais técnica for a controvérsia, maior deverá ser a deferência do Poder Judiciário às outras instâncias deliberativas, em verdadeira postura de autocontenção e humildade institucional: reconhecer que o Poder Judiciário não é capaz de oferecer respostas satisfatórias a todas as questões que lhe são postas.

Lastreado nessas premissas, não havendo violação à Constituição ou ao ordenamento jurídico como um todo, há debates que podem ser mais bem travados em outras instâncias jurídicas ou político-democráticas¹⁰. Neste ponto, inexistindo qualquer violação, impõe-se uma postura de deferência, mantendo-se uma postura dialógica entre as várias instâncias deliberativas, conforme, até mesmo, a especialização das funções públicas dependente da correspondente organização de estruturas administrativas aptas ao desempenho das atividades propostas, as quais podem se revelar mais presentes fora do âmbito do Poder Judiciário¹¹.

Sob outro aspecto, esse processo de maturação do sistema arbitral brasileiro pelas recentes novidades legislativas também se evidencia por outras inovações. É o caso da possibilidade de as partes postularem medidas cautelares ou de urgência junto ao Poder Judiciário, antes de efetivamente instituído o processo arbitral (arts. 22-A e 22-B da Lei n. 9.307/1996, também incluídos pela Lei n. 13.129/2015). Para que não se subverta, entretanto, a vontade manifestada das partes, quanto ao emprego da arbitragem, eventual tutela provisória obtida judicialmente perderá sua eficácia se, em 30 dias de sua efetivação, a parte interessada não requerer a instituição do procedimento arbitral. A partir de então, a lei prevê, até mesmo, a possibilidade de manutenção, modificação ou revogação, pelos árbitros, da medida judicialmente concedida.

10 Cf. SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-Order Decisions. In: *Ethics*, v. 110, number 1, October 1999, The University of Chicago Press Journal.

11 Cf. ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. In: *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 663-727, jan. 2000, p. 634.

Outra inovação foi a previsão do instituto da carta arbitral, pela qual o árbitro solicita à autoridade judiciária que pratique, no âmbito de sua competência, ato relevante ao procedimento arbitral. Fortalece-se, aqui, a possibilidade de cooperação, não só entre os sujeitos do processo, mas também com autoridades a ele externas, tendo em vista a construção de uma solução mais célere e adequada à controvérsia apreciada. Paralelamente, o Novo Código de Processo Civil passou a também dispor sobre a carta arbitral (art. 260, § 3º), instituto que não encontrava previsão no Código de 1973.

Ademais, há outras previsões pontuais do Código de 2015 que indicam a atribuição de maior destaque à arbitragem. É o caso, por exemplo, da impossibilidade de apreciação do mérito quando o Juízo arbitral reconhecer sua própria competência (art. 485, VII), dispositivo que possuía alcance muito mais restrito em seu análogo do CPC/1973 (art. 267, VII).

Trata-se, em verdade, da afirmação legislativa do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, estendido também à autoridade arbitral, campo no qual os árbitros são inicialmente competentes para apreciar a existência ou não de sua própria competência, para o caso que se quer ver apreciado sob o procedimento arbitral. Esse entendimento, agora legalmente consolidado, já havia sido afirmado em diversos julgamentos promovidos pelo Superior Tribunal de Justiça, na linha do acórdão a seguir exemplificado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESILIÇÃO DE CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO E REVENDA DE BEBIDAS. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 131, 165, 458, E 535 DO CPC/73. OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO INEXISTENTES. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ARBITRAGEM. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.

1. Inaplicabilidade do NCPC neste julgamento, ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
2. Não há falar em violação dos arts. 165, 458, II, e 535 do CPC/73, quando o tribunal de origem resolveu fundamentadamente as questões pertinentes ao litígio, mostrando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.
3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do SE nº 5206 AgR, proclamou que a Lei da Arbitragem é constitucional, e que a parte, ao firmar contrato com previsão de cláusula compromissória, não ofende o art. 5º, XXXV, da CF/1988.
4. As questões relacionadas à existência de cláusula compromissória válida para fundamentar a instauração do Juízo arbitral devem ser resolvidas, com primazia, por ele, e não pelo Poder Judiciário.
5. O STJ tem orientação no sentido de que, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, sendo prematura a apreciação pelo Poder Judiciário. Precedentes.
6. Cuidando-se de cláusula compromissória cheia, na qual foi eleito o órgão convencional de solução do conflito, deve haver a instauração do Juízo arbitral diretamente, sem passagem necessária pelo Judiciário.

7. Recurso especial provido.
(REsp 1.602.696, rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgamento em 09/08/2016)

Todos esses elementos permitem afirmar que, pouco a pouco, a utilização da arbitragem tem se consolidado no Direito brasileiro, ainda que sobre ela persistam diversos pontos de célebres debates doutrinários, ou sobre os quais são possíveis aperfeiçoamentos legislativos. De todo modo, mais do que um meio *alternativo* à solução dos conflitos, a arbitragem parece se revelar, em muitas situações, um meio mais *adequado* de solução das controvérsias.

Pela valorização dos interesses das partes e do maior envolvimento de sua participação na pacificação dos conflitos, a arbitragem parece ser meio ensejador de incremento da estabilização de expectativas e, portanto, da segurança jurídica e da própria pacificação social, a partir de uma maior aceitabilidade das decisões. Sem que se abstenha da imprescindível garantia da inafastabilidade da jurisdição, cujas ondas renovatórias se perpetuam e aperfeiçoam progressivamente¹², sobretudo para as partes vulneráveis nas relações jurídicas, a medida possibilita maior privilégio à autonomia privada, que ainda guia as relações privadas, permeadas pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e todo o arcabouço normativo constitucional.

Ademais, em casos de maior complexidade técnica, a arbitragem pode se revelar um *locus* mais adequado à solução de litígios, tendo em vista a ausência de capacidade institucional do Poder Judiciário para determinadas questões. É que, em temáticas que revelam matérias de maior tecnicidade, os Poderes Legislativo (ao editar a Lei), Executivo (ao regulamentar a Lei por Decreto) e Judiciário (ao julgar eventual lide exurgente) carecem, por vezes, de órgãos especializados dotados de maior capacidade técnica para lidar com questões de alta complexidade.

Com efeito, quanto mais técnica for a controvérsia, maior deverá ser a deferência do Poder Judiciário às possibilidades extrajudiciais de solução de litígios, especialmente quando protagonizadas pelas partes, que assim decidiram resolver suas possíveis divergências. Trata-se, destarte, de uma postura de humildade institucional: reconhecer que o Poder Judiciário não é capaz de oferecer respostas satisfatórias a todas as questões que possam lhe ser postas.

Lastreado nessas premissas, não havendo violação à Constituição, à preceitos de ordem pública ou ao ordenamento jurídico como um todo, o julgamento por equidade ou mediante normas selecionadas pelas próprias partes parece mais maleável e flexível, possivelmente se adaptando melhor às peculiaridades do caso concreto que se está a discutir. Inexistindo qualquer violação, impõe-se uma postura de deferência com relação aos mecanismos alternativos – e por vezes mais adequados – de composição de litígios, não sendo esta tarefa monopólio da jurisdição estatal.

Ademais, permitir um maior protagonismo às partes para a solução de seus próprios litígios fortalece a legitimidade da decisão a ser tomada, bem como privilegia a autonomia e a autodeterminação individual de cada sujeito de direitos. Consecutariamente, incrementa-se também a aceitabilidade da decisão tomada, já que para ela sua participação foi diretamente decisiva e determinante, favorecendo a pacificação social na solução de litígios e reduzindo o elevado volume de trabalho que se impõe aos órgãos judiciais.

Há que se valorizar, portanto, o crescimento e o desenvolvimento da arbitragem, como meio de solução de controvérsias e de pacificação social, sem prejuízo da preservação da essencial e indispensável importância que os órgãos judiciais possuem – e devem possuir – em regimes democráticos constitucionais.

12 Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

Como destacado no início, para além dos riscos e da pluralidade inerentes à atual sociedade mundial em que se vive, elementos como a proliferação de leis, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, a indeterminação de seus conteúdos, a instabilidade de entendimentos jurisprudenciais, a demora na prestação da tutela jurisdicional, a ausência de capacidade institucional para lidar com assuntos de elevada complexidade técnica, contribuem para uma menor calculabilidade das possibilidades jurídicas, representando decréscimo para a previsibilidade e a confiança dos cidadãos no Estado.

Em situações como essas, por vezes, alternativas privadas à atuação estatal podem figurar como mecanismos fortalecedores da segurança jurídica, ao representarem soluções mais céleres, mais técnicas e mais participativas, atendendo com maior eficácia e eficiência aos anseios dos particulares envolvidos, mesmo quando elas se colocam em situação de conflito ou contraposição.

Assim, como acima já ressaltado, mais do que um meio *alternativo* à solução dos conflitos, a arbitragem parece se revelar, em muitas situações, um meio mais *adequado* de solução das controvérsias. Pela valorização dos interesses das partes e do maior envolvimento de sua participação na pacificação dos conflitos, a arbitragem parece ser meio ensejador de incremento da estabilização de expectativas, e, portanto, da segurança jurídica e da própria pacificação social, a partir de uma maior aceitabilidade das decisões proferidas.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. In: *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 663-727, jan. 2000.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2019.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- JAY, John; MADISON, James; HAMILTON, Alexander. *O federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*: Ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Naffarete. México: Herder, 2005.
- SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-Order Decisions. In: *Ethics*, v. 110, number 1, October 1999, The University of Chicago Press Journal.

Por um Direito Cosmopolita de proteção ao consumidor¹

EDUARDO ANTÔNIO KLAUSNER²

Sumário: Introdução. 1. A proteção do consumidor como princípio universal de direitos humanos de terceira geração. 2. O consumidor na era digital. 3. Do Direito Internacional ao Direito Cosmopolita de Proteção ao Consumidor. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

A globalização é um dos traços mais marcantes do final do século XX e do início do século XXI, pois alterou significativamente a relação econômica entre os Estados e entre os povos. Com o advento das novas tecnologias de informação, o computador e a internet na década de noventa, o processo de globalização foi incrementado e aponta para um aprofundamento cada vez maior³.

A globalização econômica, construída em bases capitalistas, leva os valores materialistas da sociedade de consumo ocidental a outros povos, criando artificialmente necessidades. Isso é economicamente indispensável, a fim de manter o ciclo de produção e o comércio internacional. Esse processo econômico global se apresenta como irreversível, considerando que quase todos os países do mundo estão filiados a organismos intergovernamentais dedicados ao comércio internacional e ao desenvolvimento econômico⁴.

Diante da realidade da globalização, soam com uma incrível lucidez as palavras de João Paulo II a lembrar que o homem deve ser o protagonista e não a vítima do processo de globalização, pois “[...] a globalização *a priori* não é boa nem má. Será aquilo que as pessoas fizerem dela”⁵.

- 1 Artigo formulado a partir da conferência proferida pelo autor (Consumer law in digital era) no seminário da International Academy of Comparative Law (The Inescapable Comparative approach Dealing with Contemporary Legal Challenge), ocorrido em 2022, na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), publicado em setembro de 2023 no livro organizado por Tatiana Cardoso Squeff e Vera Lúcia Viegas-Liquidato, *O direito mais favorável ao vulnerável no Direito Internacional Privado*. São Paulo: Arraes, p. 241-262, ainda pendente de cerimônia de lançamento, e devidamente revisado para publicação neste periódico.
- 2 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ), membro efetivo da 2ª Câmara de Direito Público. Professor de Direito Internacional e Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Membro da Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) e da American Society of International Law (ASADIP). Bacharel em Direito, Mestre e Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
- 3 Cf. KLAUSNER, Eduardo Antônio. *Direito Internacional do Consumidor: A proteção do consumidor no livre-comércio internacional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 23-26.
- 4 A Organização Mundial do Comércio (OMC) possui 164 membros (incluindo observadores), o que representa 98% do comércio mundial, sendo que 25 países estão negociando adesão ao organismo intergovernamental, cf. consta do seu sítio na internet. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/inbrief_e/inbr_e.htm. Acesso em: 8 set. 2022.
- 5 Cf. JOÃO PAULO II (Papa). Discurso à Pontifícia Academia das Ciências Sociais (27 de abril de 2001). In: *Insegnamenti* XIV/1 (2001), 800 apud BENTO XVI (Papa). *Carta Encíclica Caritas in Veritate* – 193: Sobre o desenvolvimento humano integral na caridade e na verdade. São Paulo: Paulinas, 2009, p.76.

Deve, portanto, o homem, corrigir as disfunções da globalização que acarretem consequências malélicas para o ser humano e para a sociedade, a fim de que a globalização seja instrumento para o desenvolvimento integral do ser humano⁶.

O ser humano é agente e destinatário do processo econômico, e nas relações de consumo o agente vulnerável. Não é diferente no processo de globalização econômica, que se caracteriza como verdadeira “globalização do consumo”. A globalização do consumo cumpre-se pela distribuição internacional de produtos e serviços por fornecedores globais, utilizando marcas de renome global, acessíveis aos consumidores do globo, que são estimulados a travar relações de consumo direta ou indiretamente transfronteiriças. Nessas relações de consumo, muitas vezes, o elemento de estraneidade não é evidente para o consumidor.

Existe, portanto, verdadeira vulnerabilidade específica do consumidor em negócios jurídicos internacionais, que, conforme a situação concreta, pode ter uma ou mais das seguintes características: 1) Tratar-se de negócio jurídico apenas eventualmente travado pelo consumidor; 2) Possuir o consumidor informações precárias sobre o fornecedor, sobre a qualidade do produto, sobre os riscos do contrato, muitas vezes confiando numa proteção legal inexistente, ou simplesmente inacessível⁷, assumindo riscos sobre os quais, por vezes, não está consciente, inclusive ao fornecer o seu número do cartão de crédito para pagar o preço do bem⁸; 3) Nos contratos turísticos, ser difícil ou impossível a reexecução de um serviço; 4) Existirem diferenças linguísticas entre o fornecedor e o consumidor; 5) A complexidade para determinar-se a jurisdição competente no plano internacional e a real possibilidade de o consumidor litigar no foro que for competente; 6) O custo de sustentar um litígio no qual todos os trâmites processuais⁹, ou parte deles, se desenvolverá no estrangeiro¹⁰.

A proteção jurídica do consumidor no plano internacional torna-se, portanto, uma necessidade, mas os sistemas jurídicos nacionais isoladamente não são aptos a provê-la de maneira adequada. Por isso, vem-se desenvolvendo, há décadas, especialmente em áreas de integração econômica que se formam ou buscam formar um mercado comum, normas internacionais e comunitárias harmônicas e uniformes – sejam de direito material e de Direito Internacional Privado, sejam de Direito Processual – destinadas à proteção do consumidor e à facilitação do seu acesso à Justiça, a par com normas típicas de Direito Internacional do Comércio¹¹.

6 No mesmo sentido, Bento XVI, *ibidem*.

7 A Comunidade Europeia estuda há anos as dificuldades enfrentadas pelo consumidor internacional para acesso à Justiça e solução do conflito de consumo transfronteiriço. Ver, entre outros documentos sobre o tema, COMISSÃO EUROPEIA. *Livro verde sobre o acesso dos consumidores à justiça e a solução de litígios em matéria de consumo no mercado único*, 16 nov. 1993, p. 576.

8 Nesse sentido, ver MARQUES, Claudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: Primeiras observações sobre os contratos a distância no comércio eletrônico. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 41, jan.-mar. 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.65-66.

9 Conforme o país, o estrangeiro faz jus ou não à assistência judiciária gratuita, e esta pode ser restrita até mesmo para nacionais. Ver, sobre o tema, CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 32 e s.

10 Cf. COMISSÃO EUROPEIA. *Guia del consumidor europeo en el mercado único*. 2. ed. Bruxelas: 1996, p.17-19.

11 Para um panorama sobre o assunto: VIEGAS, Vera Lúcia. Teoria da harmonização jurídica: Alguns esclarecimentos. In: *Novos Estudos Jurídicos*, v. 9, n. 3, dez. 2004, p. 617-654. Disponível em: <https://doi.org/10.14210/nej.v9i3>. Acesso em: 8 set. 2022; SQUEFF, Tatiana Cardoso; SILVA, Bianca Guimarães. O aprimoramento da proteção do consumidor: O exemplo europeu da resolução alternativa de conflitos em matéria de consumo. In: FARIAS, Inez Lopes Matos Carneiro de; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges (org.). *Desafios do Direito Internacional Privado na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2020, p. 209-236; KLAUSNER, Eduardo Antônio, op. cit.

Somente a proteção jurídica uniforme do consumidor pelo Direito Internacional (Público e Privado), bem articulada com o Direito nacional, poderá resguardar o ser humano contra práticas nefastas para sua saúde, dignidade e economia privada, oriundas do seio da produção capitalista e do mercado internacional, em qualquer parte do mundo. Para tanto, é imprescindível um Direito Cosmopolita de Proteção ao Consumidor, que, como será demonstrado, já se encontra em formação.

1. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR COMO PRINCÍPIO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS DE TERCEIRA GERAÇÃO

A importância de se proteger o consumidor assumiu a condição de princípio universal e direito fundamental do ser humano, ao ser reconhecido como tal, na Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), na sua 29ª sessão, em 1973, materializando-se na Resolução da ONU de número 39/248, em 1985, que traçou diretrizes gerais para a proteção do consumidor, no intuito de ajudar os países a alcançar uma proteção adequada à sua população como consumidores. Essa resolução visa coibir condutas antiéticas e abusivas dos fornecedores, além de proporcionar aos consumidores meios que os habilitem a obterem reparação por danos, por meio de procedimentos rápidos, formais ou informais, de baixo custo e acessíveis, devendo os Estados desenvolverem a cooperação internacional, na consecução dos objetivos postos na resolução¹².

Os objetivos onusianos foram ampliados, posteriormente, pela Resolução nº 1.999/7, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, de 26 de julho de 1999, à qual se seguiram outras conferências, no âmbito das Nações Unidas, sobre o tema, e outros intimamente correlatos, como concorrência comercial leal e comércio mundial.

Considerando o sucesso da iniciativa onusiana¹³, conjugado aos esforços de outros organismos nacionais e internacionais e também não governamentais, os quais tornaram realidade a proteção legal especial do consumidor, no plano nacional¹⁴ e regional¹⁵, a Assembleia Geral da ONU, em 22 de dezembro de 2015, acompanhando atentamente o desenvolvimento da sociedade de consumo, promulga nova resolução voltada para a defesa do consumidor: a Resolução n. 176/1986 sobre proteção do consumidor.

A novel resolução traz elencados princípios e diretivas a serem adotados pelos Estados, para a proteção do consumidor, incluindo temas típicos de direito material e processual nacional,

12 Cf. ALLEMAR, Aguinaldo. *Legislação de consumo no âmbito da ONU e da União Europeia*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 25-86, passim.

13 Cf. HOWELLS, Geraint; RAMSAY, Iain; WILHELMSSON, Thomas; KRAFT, David. *Handbook of Research on International Consumer Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2010, p. 13 e s., passim, destacam a importância das UN Guidelines on Consumer Protection para influenciar o desenvolvimento da proteção dos consumidores nos países em desenvolvimento, assim como outros importantes *soft law documents*.

14 Os países que não possuem leis específicas para a proteção e defesa do consumidor, mesmo assim, possuem controles e medidas de cunho sanitário para a preservação da saúde da população, e já procuram desenvolver medidas voltadas à proteção do consumidor, em conformidade com as diretrizes das Nações Unidas, como ocorre nos países do continente africano. Sobre o tema, ver: ALLEMAR, Aguinaldo. Breves anotações sobre tutela estatal à relação jurídica de consumo no Direito estrangeiro. In: JUS NAVIGANDI (*site*). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3251/breves-anotacoes-sobre-tutela-estatal-a-relacao-juridica-de-consumo-no-direito-estrangeiro>. Acesso em: 8 set. 2022.

15 A proteção do consumidor na Comunidade Europeia se materializa em tratados, regulamentos e diretivas, constituindo um grande acervo de normas materiais e processuais de Direito Público, Privado e Internacional Privado, somadas à efetiva cooperação jurisdicional entre os seus membros, e a uma estrutura de órgãos extrajudiciais para a prevenção e solução de demandas consumeristas transfronteiras. O MERCOSUL, em escala bem menor e mais dependente do direito e da estrutura judicial nacional de seus membros, também busca proporcionar efetiva proteção ao consumidor mercosulino.

preocupando-se, principalmente, com o acesso à Justiça e a eficaz reparação ao consumidor lesado. Essa nova resolução também delinea políticas a serem adotadas para propiciar relações mais equânimes, a nível comercial e econômico, entre consumidores e fornecedores, e dispõe como dever do Estado promover e encorajar programas para a educação dos consumidores e para o seu adequado acesso à informação.

A intenção da nova Resolução é que consumidores também adquiram atitude proativa na proteção dos seus interesses, o que inclui o estímulo ao consumo sustentável e a condutas voltadas à preservação do meio ambiente.

A acima citada Resolução assemelha-se a um código de defesa do consumidor, seja em razão da sua estrutura, seja pelos vários e específicos temas que regula, mas não é propriamente coercitiva. Pode ser categorizada como *soft law*. Representa, assim, um marco em direção a um Direito Cosmopolita de Proteção ao Consumidor, em consonância com a proposta feita pelo ora autor em outra obra¹⁶.

Merece também menção a construção do *World Consumer Protection Map* pela United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)¹⁷, no intuito de monitorar a proteção do consumidor, em nível nacional, no mundo.

Como ensina Norberto Bobbio¹⁸, os direitos humanos nascem das circunstâncias históricas, das lutas sociais, gradualmente, sempre para impedir o malefício de velhos ou novos poderes, e para assegurar benefícios em prol do ser humano. E os direitos dos consumidores têm as características marcantes dos direitos humanos: 1) A universalidade, eis que amplamente reconhecidos pelos Estados; 2) A essencialidade para a manutenção da vida e do bem-estar do ser humano; 3) A capacidade de proporcionar efetiva proteção contra os poderosos¹⁹.

No comércio internacional global, a defesa do consumidor se faz, principalmente, no plano político ou vinculado a normas técnicas dentro da estrutura de acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC), francamente inclinadas mais para a liberalização do comércio do que, propriamente, para a proteção dos direitos dos consumidores, em razão da própria missão institucional do órgão internacional.

Na OMC, a proteção ao consumidor é baseada no artigo XX do GATT²⁰, de 1994, e nos acordos de barreiras técnicas e de medidas sanitárias e fitossanitárias, não possuindo um conteúdo principiológico e filosófico autônomo dos que embasam o Direito Internacional do Comércio. Esses princípios e normas para a proteção do consumidor, dispersos nos acordos constitutivos e nos instrumentos que compõem o acervo de Direito da OMC, permitem aos sócios da organização adotarem medidas restritivas ao comércio, para a proteção da saúde e da vida

16 A proposta de um Direito Cosmopolita para a Proteção ao Consumidor é o tema da tese de doutoramento do autor, defendida sob o título *Para uma Teoria do Direito Internacional do Consumidor: A proteção do consumidor no livre-comércio internacional*, em 9 de janeiro de 2010, na UERJ, a qual recebeu nota 10, com distinção e louvor, e foi publicada, em 2012, pela editora Juruá, com o título *Direito Internacional do Consumidor: A proteção do consumidor no livre-comércio internacional*.

17 Cf. Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. Disponível em: <https://unctad.org/topic/competition-and-consumer-protection/consumer-protection-map>. Acesso em: 8 set. 2022.

18 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos Humanos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 18. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5-7; 67-69.

19 Cf. BENÖR, Iris; MICKLITZ, Hans-Wolfgang. Consumer Protection and Human Rights. In: HOWELLS, Geraint; RAMSAY, Iain; WILHELMSSON, Thomas; KRAFT, David. *Handbook of Research on International Consumer Law*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing (ed.), 2010, p. 19-20.

20 General Agreement on Tariffs and Trade (GATT).

das pessoas e dos animais, e para a preservação dos vegetais²¹. Isso gera uma resposta insuficiente para assegurar o livre comércio global com proteção ao consumidor, por não constituir um sistema normativo autônomo.

Princípios e regras próprias para a proteção do consumidor devem vir estipulados em acordo separado dos já existentes no âmbito da OMC, o que lhe daria a autonomia característica de um Direito mundial²².

2. O CONSUMIDOR NA ERA DIGITAL

O turismo “[...] é um dos setores do mercado mundial que mais se desenvolveu nos últimos 50 anos”. Segundo a Organização Mundial do Turismo das Nações Unidas, em 2019 foram 1,5 bilhão de viajantes²³. O crescimento do turismo internacional foi afetado, nos anos seguintes, por conta da pandemia de COVID-19, mas já está em plena recuperação²⁴. O progresso tecnológico tornou as viagens e o turismo fáceis e acessíveis²⁵.

As vendas no varejo do comércio eletrônico mundial, em 2021, foram da ordem de 4,9 trilhões de dólares americanos, e a previsão é que esse valor aumente 50% até 2025²⁶. O aumento mundial no uso da internet levou 2 bilhões de pessoas a comprarem mercadorias ou contratarem serviços *on-line*. Em 2022, estima-se que 66,2% da população mundial utilizou a internet, cerca de 5.251.737.363 pessoas²⁷. Segundo dados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Brasil gera mais de 42% de todo o *e-commerce business to consumer* (B2C) na América Latina: metade da população brasileira já comprou em *websites* internacionais, pelo menos uma vez, e 23% dos brasileiros compram em *websites* dos Estados Unidos da América²⁸.

Portanto, o consumo digital torna-se, a cada dia, um seguimento do comércio internacional dos mais importantes e ativos, e, também, um dos mais complexos para atribuir-se eficaz e efetiva proteção ao consumidor. A sua característica de fácil acessibilidade ao mais modesto consumidor é apta a inseri-lo, fácil e prontamente, em uma relação de consumo transfronteiriça com uns poucos *clicks* no computador ou no *smartphone*.

Ao mesmo tempo, a complexidade da rede de fornecedores e da tecnologia do processo de formação, conclusão e liquidação do negócio eletrônico sequer pode ser imaginada ou mensurada

21 Cf. LOCATELLI, Liliانا. *Proteção ao consumidor & comércio internacional*. Curitiba: Juruá Editora, 2003, p. 84-85.

22 Hodiernamente, existe uma busca concreta de um Direito global, ou mesmo um Direito comum a todos os Estados e povos. A ordem jurídica decorrente dos acordos e códigos da OMC, inclusive, vem sendo considerada como um Direito Comercial Global, *v.g.*, in: FOLSOM, Ralph H; GORDON, Michael Wallace; SPANOGLE, John A. *International Trade and Economic Relations in a Nutshell*. 3. ed. St.Paul: Thomson/West, 2004, p. 6-8.

23 Cf. MARQUES, Claudia Lima; SQUEFF, Tatiana Cardoso. Desenvolvimentos normativos para a proteção dos consumidores turistas à luz do Direito Internacional Privado: Esforços locais, regionais e globais. In: LOPES, Inez et al. (coord.). *Litígios civis internacionais no espaço ibero-americano*. São Paulo: Tirant, 2021, p. 307-334.

24 Cf. notícia da ONU NEWS, jan. 2022. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2022/01/1776962>. Acesso em: 8 set. 2022.

25 Cf. BECKER, Elizabeth. How Hard will the Coronavirus hit the Travel Industry?. In: *National Geographic*, 2 apr. 2020 apud MARQUES, Claudia Lima; SQUEFF, Tatiana Cardoso, *op. cit.*, p. 309.

26 Cf. CHEVALIER, Stephanie. Global Retail E-commerce Sales, 2014-2025. In: *Statista*, 4 fev. 2022. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/379046/worldwide-retail-e-commerce-sales/#statisticContainer>. Acesso em: 22 de mar. 2022.

27 Cf. INTERNET WORLD STATS (*site*). World Internet Usage and Population Statistics, 2022 Year – Q1 Estimates. Disponível em: <https://www.internetworldstats.com/stats.htm>. Acesso em: 22 mar. 2022.

28 Cf. OECDLibrary. A caminho da era digital no Brasil, 26 out. 2020. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/45a84b29-pt>. Acesso em: 8 set. 2022.

pelo consumidor. O consumidor só tem a alternativa de confiar nesta rede de fornecedores que propiciam o negócio eletrônico. Quando o negócio jurídico de consumo é malsucedido – seja por falta de entrega do produto ou serviço contratado, com pagamento eletronicamente adiantado realizado, fornecendo-se o número e os dados do cartão de crédito no *website* do fornecedor; seja por violação dos dados pessoais, creditícios e bancários do consumidor; seja por danos sofridos pelo consumidor, em razão da má qualidade do produto ou serviço adquirido –, esse consumidor sofrerá grandes dificuldades para demandar com um fornecedor estrangeiro²⁹.

A necessidade de proteção ao consumidor internacional, inclusive proteção jurídica, é preocupação de diversos organismos internacionais, como a já citada OCDE, a ONU e a UNCTAD³⁰.

O sucesso do comércio eletrônico no incremento de transações de consumo veio a dinamizar, ainda mais, o estudo para a criação de instrumentos de proteção ao consumidor e a tentativa de regulação desse negócio jurídico, especialmente em instrumentos internacionais de comércio fomentados por organizações internacionais³¹, destacando-se, nesse aspecto, entre outras organizações internacionais, em razão do seu caráter global, a OMC, que, em 1998, adotou a Declaração sobre Comércio Eletrônico Global³². Essa declaração estabelece um programa de trabalho para todas as questões comerciais relacionadas ao comércio eletrônico global.

A OMC fez um interessante estudo, em 1998, sobre o seu papel, diante do aprofundamento do comércio eletrônico³³. A partir desse trabalho, evidencia-se a busca de, no futuro, construir-se uma regulação para o comércio eletrônico em geral, e para o B2C em particular, bem como um sistema de solução de disputas apto a resolver demandas internacionais de consumo organizado, a partir da OMC. O futuro aponta para um Direito Global do Consumidor.

3. DO DIREITO INTERNACIONAL AO DIREITO COSMOPOLITA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

Mireille Delmas-Marty, recentemente falecida, e cujo renome dispensa apresentações, em sua obra *Por um Direito Comum*, ao pensar a respeito de um Direito comum à humanidade, fundado sobre um “direito dos direitos”, com base nos direitos humanos consagrados pela Declaração Universal, constatou que a internacionalização dos padrões em Direito do Consumidor já está ocorrendo³⁴.

Nas pesquisas para a construção da referida tese de doutorado do autor deste trabalho, que resultou na obra publicada em 2012, com o título *Direito Internacional do Consumidor: A proteção do consumidor no livre-comércio internacional*³⁵, constatou-se que os problemas

29 Como dificuldades para determinar a jurisdição, obter efetivo acesso à Justiça; cumprir atos processuais no estrangeiro; reconhecer e executar decisões judiciais no estrangeiro, entre outras, como já explicado no início deste trabalho.

30 A ONU promulgou resoluções importantes sobre a proteção jurídica do consumidor, como a da Assembleia Geral de n. 70/186, adotada em 2015, e publicada em fevereiro de 2016, revisando e atualizando a de n. 39/248 de 1985, entre outras, como já narrado, mais acima, neste trabalho. A UNCTAD também se dedica à proteção do consumidor contra abusos, vide o seu sítio na internet (<https://unctad.org/about>).

31 Sobre o tema, veja-se, também: VIEIRA, Luciane Klein. Governança global e Direito do Consumidor: A multiplicidade de formas de regulação da proteção internacional da parte vulnerável. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 134, mar.-abr. 2021. São Paulo: Thomson Reuters, p. 73-109.

32 Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). Declaration on Global Electronic Commerce. Adopted by the Ministerial Conference on 20 May 1998, WT/MIN(98)/DEC/2.

33 Cf. BACCHETTA, Marc; LOW, Patrick; MATTOO, Aaditya; SCHUKNECHT, Ludger; WAGERAND, Hannu; WEHRENS, Madelon (members of the WTO Secretariat). *Electronic Commerce and the Role of the WTO*. Geneve: WTO Publications, 1998.

34 DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um Direito Comum*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 130 e ss.

35 KLAUSNER, Eduardo Antônio, op. cit.

e as vulnerabilidades dos consumidores eram universalmente similares, e, por isso, as soluções jurídicas tendiam a ser importadas por países e blocos regionais de integração econômica, principalmente dos ordenamentos jurídicos nos quais o consumidor já tinha mais proteção.

Constatou-se, inclusive, na acima citada pesquisa, que, em matéria de legislação sobre a responsabilidade por fato do produto (acidente de consumo, na terminologia brasileira), há uma progressiva e rápida universalização das disposições europeias sobre a responsabilidade por produtos e serviços colocados no mercado³⁶.

O fato é que residem na humanidade valores comuns e mínimos, sobre os quais é possível desejar e pensar em um Direito Comum, mundial e, sobre estes valores, construir racionalmente um pensamento jurídico que elabore uma estrutura teórica a qual suporte um Direito Mundial. Especialistas em Direito Comparado, em 1900, já imaginavam um “[...] direito comum da humanidade civilizada”, e, na mesma época, o jurista chinês Shen Jiaben previa a fusão do Direito chinês com os Direitos ocidentais, conforme nos ensina Delmas-Marty em outra obra, *Três desafios para um Direito Mundial*³⁷.

Existe um processo lento e inelutável na formação deste Direito Comum, diante da progressiva internacionalização das fontes do Direito pela legitimação mundial de organismos internacionais, como a OMC e a ONU³⁸. Há muito já se fala em *Global Trade Law*³⁹. Portanto, a questão da mundialização do Direito não é hipotética, mas real.

Entretanto, é imprescindível evitar que o Direito se mundialize por influência única da economia mais potente, e que ela imponha suas escolhas, seus padrões, seus desejos e conveniências, sem consideração com os demais membros da sociedade internacional, especialmente os mais fracos⁴⁰. Mireille Delmas-Marty considera também imprescindível para esse Direito Comum à humanidade não dissociar direitos humanos dos direitos econômicos, pois, “[...] se os direitos humanos aparecem como nossa bússola, a economia é o verdadeiro motor da mundialização”⁴¹.

Realmente não há como se dissociar, no pensamento jurídico contemporâneo e mundial, a questão dos direitos humanos daquela relativa aos direitos econômicos, mesmo porque o indivíduo é o sujeito emergente no espaço internacional e supranacional, e na construção de um Direito Cosmopolita⁴². Esse Direito cosmopolita se relaciona intimamente com o Direito Internacional Privado, no campo da *lex mercatoria*, da proteção da concorrência, na garantia individual, pessoal e privada dos direitos humanos, e se torna responsável pela nova ordem econômica mundial, na qual se privilegia “[...] a liberdade de iniciativa, a concorrência e o consumo”⁴³.

36 Sobre o tema, ver KELLAN, Jocelym; NOTTAGE, Luke. Europeanisation of Product Liability in the Asia-Pacific Region: A Preliminary Empirical Benchmark. In: *Journal of Consumer Policy*, n. 31, 2008, Netherlands: Springer, p. 217-241.

37 DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, p. 1-6, passim.

38 Este fenômeno de incorporação no Direito nacional de normas internacionais, por mera transposição do seu texto, vem sendo denominado por alguns juristas de transnormatividade, v.g., MENEZES, Wagner. O Direito Internacional e a Teoria da Transnormatividade. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (coord.). *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Prof. Celso D. de Albuquerque Mello*. 2008. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 961-1004.

39 FOLSOM, Ralph; GORDON, Michael Wallace; SPANOGLE, John A., op. cit., p. 6.

40 Neste sentido, DELMAS-MARTY, Mireille, op. cit., p. 4.

41 Idem, ibidem, p. 3.

42 Neste sentido, TORRES, Ricardo Lobo. A afirmação do Direito Cosmopolita. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (coord.), op. cit., p. 924, com base no pensamento de Habermas e Matthias Herdegen.

43 Idem, ibidem, p. 925 e 933.

Parece ser evidente, também, que o Direito Internacional do Comércio, tanto quanto os Direitos Humanos, tornou-se um Direito mundial, e que este Direito cosmopolita que se vislumbra, já está acontecendo de maneira segmentada, conforme os interesses dos agentes da globalização.

Urge, portanto, pesarem-se considerações econômicas e práticas, ligadas aos interesses privados dos consumidores, à saúde e à segurança dos indivíduos, e referentes ao consumo, para se exigir, em matéria de proteção ao consumidor, uma proteção jurídica mais efetiva no comércio internacional, mormente que as diretrizes traçadas em comércio internacional se tornam imperativas no mercado nacional de consumo, sob pena de sanções e retaliações econômicas e comerciais. Os desafios do consumidor na era digital passam, necessariamente, pela construção de um Direito Cosmopolita, capaz de proteger os seus interesses.

No entanto, diante da diversidade de Estados, de interesses, de culturas, de sistemas jurídicos, de poderes econômicos e políticos, e, considerando que o mundo está à mercê de uma ideologia capitalista e pragmática que o pôs refém de um sistema materialista, alimentado pelo excesso de produção e consumo⁴⁴, é plausível e possível se pensar em um Direito comum, em matéria de defesa do consumidor? A resposta a essa indagação passa, obrigatoriamente, pela evidência da necessidade de um Direito comum em matéria de relações de consumo no plano internacional, como já demonstrado mais acima⁴⁵.

Pragmaticamente, pode-se afirmar que, para consumidores que se aventuram digitalmente, assim entendido o consumo por contratação eletrônica via internet, a proteção jurídica efetiva exige padrões normativos globais mais coercitivos do que o modelo onusiano de *soft law*, com resoluções sobre a proteção do consumidor e o consumo sustentável sem coercitividade. Isso por conta da característica da própria internet e do meio digital, que torna o consumidor ainda mais vulnerável no negócio jurídico eletrônico⁴⁶.

O Princípio da Proteção do Consumidor, presente nos Direitos nacionais; no Direito Comunitário europeu e mercosulino; nas resoluções da ONU, da UNCTAD e da OCDE, também está presente no Direito Internacional do Comércio produzido na OMC.

No Direito Internacional do Comércio, cujo objetivo é regular o comércio global sob a autoridade da OMC, a proteção do consumidor é exceção ao livre comércio, expressamente prevista no artigo XX do GATT⁴⁷ e no artigo XIV do GATS⁴⁸. Também existe um conjunto de regras da OMC destinadas à proteção da saúde e da segurança do consumidor, classificadas no conjunto de medidas sanitárias (Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures – SPS),

44 Sobre hiperconsumo, entre outros, LIPOVETSKI, Gilles. *A felicidade paradoxal: Ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo*. Coimbra: Edições 70, 2009.

45 Mireille Delmas-Marty, ao discutir sobre um Direito Mundial, faz três enfoques, inspirada pela concepção plural dos sistemas de Direito que distingue uma validade empírica, uma formal e outra axiológica. A primeira questão é se é possível, na prática, um Direito Mundial; a segunda indagação refere-se à racionalidade jurídica, ou seja, se é “[...] passível de ser pensada como um conjunto ordenado segundo a razão jurídica”, e, por último, se a mundialização do Direito é “eticamente desejável” (DELMAS-MARTY, Mireille, op. cit., 2003, p.5-6). A reflexão da autora citada indubitavelmente inspirou o método ora adotado para a análise proposta neste trabalho.

46 Vulnerabilidades decorrentes, por exemplo: da facilidade da contratação, sem que o consumidor tenha contato material com o produto; do pagamento adiantado eletronicamente por cartão de crédito e inserção de dados pessoais na *web*, sujeitos à utilização indevida e apta a causar grandes prejuízos ao consumidor; das dificuldades para que o consumidor obtenha o cumprimento do contrato inadimplido coercitivamente, ou, para que seja indenizado pelo inadimplemento contratual e danos sofridos, por estar o fornecedor distante ou no estrangeiro.

47 General Agreement on Tariffs and Trade (GATT).

48 General Agreement on Trade in Services (GATS).

ou no conjunto de medidas técnicas (Agreement on Technical Barriers to Trade – TBT), acordos esses que possuem uma aproximação com o artigo XX⁴⁹.

A OMC, desde o ano de 1998, identificou a necessidade de regular globalmente o *e-commerce* e superar desafios, como: prover adequada proteção ao consumidor no acesso à infraestrutura de telecomunicações, assim como privacidade e proteção das informações pessoais ou sensíveis dos consumidores, além de proporcionar previsibilidade legal, jurisdicional e adequados mecanismos judiciais ou extrajudiciais para obter indenizações por danos⁵⁰.

Desde a 11ª Conferência Ministerial, em 2017, um grupo de membros da OMC discute a possibilidade de regras sobre *e-commerce*. Em 2018, a OMC apresentou um amplo relatório sobre como a tecnologia digital estava transformando o comércio global⁵¹.

Em 6 de maio de 2019, representantes de importantes organizações não governamentais para a proteção do consumidor reuniram-se na sede da OMC e enviaram uma forte mensagem de apoio à OMC e ao sistema multilateral de comércio, enfatizando a importância de garantir que as preocupações dos consumidores sejam levadas em consideração nas negociações comerciais e na formulação de políticas. Além disso, apresentaram suas prioridades para o comércio eletrônico, juntamente com recomendações sobre como essas prioridades devem ser abordadas na OMC. Especificamente, foi sugerida, também, a criação de um mecanismo internacional para a solução de controvérsias de natureza consumerista⁵².

A pandemia de COVID-19, ao incrementar o comércio eletrônico, incentivou, ainda mais, a busca por uma cooperação global na matéria, vide a nota informativa de maio de 2020, do Secretariado-Geral (E-commerce, Trade and the Covid-19 Pandemic)⁵³.

Para agilizar esse processo, parece conveniente que a OMC, além de estudo sobre a matéria – como o lançado em 2021⁵⁴ –, se debruce em um *draft*, podendo valer-se das recomendações da OCDE para tanto. A OCDE possui algumas que se destacam, como: 1) Recomendação a respeito das Diretrizes para a Proteção do Consumidor no Contexto do Comércio Eletrônico (1999), na qual se fomenta, entre outras questões, a utilização de vias de solução alternativa de controvérsias, inclusive a partir de plataforma *web*; 2) Recomendação sobre a Resolução de Disputas e Ressarcimento a Consumidores (2007), que procura proporcionar princípios comuns aos Estados, a fim de oferecer aos consumidores uma compensação pelo dano econômico sofrido, sem impor um custo, atraso ou uma carga desproporcional ao valor econômico da mercadoria ou serviço adquirido, recomendando, inclusive, que os Estados adotem procedimentos simplificados para reclamações de menor quantia; 3) A Recomendação sobre a Proteção do

49 Cf. AMARAL JUNIOR, Alberto do; SILVA, Elaine Cristina Gonzaga da; KRAMER, Cynthia; ARBIX, Daniel do Amaral. *O artigo XX do Gatt, meio ambiente e direitos humanos*. 2009, São Paulo: Aduaneiras, 2009, p. 46.

50 Cf. BACCETTA, Marc; LOW, Patrick; MATTOO, Aaditya; SCHUKNECHT, Ludger; WAGERAND, Hannu; WEHRENS, Madelon, op. cit.

51 Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). *World Trade Report 2018: The Future of World Trade: How Digital Technologies are Transforming Global Commerce*. Geneve: WTO Publications. Disponível em: World Trade Report 2018 (wto.org). Acesso em: 8 set. 2022.

52 Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). *Summary of points raised by consumers groups*. Disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/news19_e/summary_of_points_raised_trdia_06may19_e.pdf. Acesso em: 8 set. 2022. Ver, também, *Consumer Groups Express Support for Multilateral Trade, Stress Priorities for E-commerce*. 6 maio 2019. Disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/news19_e/trdia_06may19_e.htm. Acesso em: 8 set. 2022.

53 Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/ecommerce_report_e.pdf. Acesso em: 8 set. 2022.

54 Cf. SMEETS, Maarten (ed.). *Adapting to the Digital Trade Era: Challenges and Opportunities*. Geneve: WTO Publications, 2021. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/adera_e.htm. Acesso em: 8 set. 2022.

Consumidor no Comércio Eletrônico (2016)⁵⁵, que revisa as Diretrizes de 1999 e inclui outros temas, tais como: transações não monetárias; produtos de conteúdo digital; compras efetuadas por dispositivos móveis; riscos na privacidade e segurança dos dados; proteção dos meios de pagamento, e segurança dos produtos⁵⁶.

A OMC tem aumentado o seu campo de atuação para todas as áreas de interesse do comércio internacional; logo, é plenamente possível a institucionalização de um Direito Internacional do Consumidor ou de um Direito Global de Proteção ao Consumidor, a partir da OMC, inclusive com normas típicas de Direito Privado, de Direito Processual Civil, ou de Direito Internacional Privado.

Não será a primeira vez que um acordo na OMC traz, em seu bojo, disposições de tal natureza. O acordo TRIPS (Trade-Related Intellectual Property) inaugurou esta “intrusão” no sistema jurídico nacional⁵⁷, ao uniformizar princípios, conceitos, padrões e direitos privados sobre propriedade industrial, e ao delinear medidas processuais a serem previstas na legislação nacional, para proporcionar a efetiva proteção à propriedade industrial no nível desejado, no acordo multilateral⁵⁸.

Quanto mais assuntos passam a ser pauta da OMC, mais essa organização internacional vai alargando seus objetivos e atribuições, especialmente se a matéria é tipicamente econômica e possui reflexos diretos no comércio internacional. A prova dessa característica da OMC é a sua abertura a novos temas, como o comércio eletrônico; o meio ambiente; as questões referentes aos direitos trabalhistas nos Estados-Partes; a concorrência desleal, entre outros assuntos, os quais passaram a fazer parte da agenda de discussões e de trabalho da citada organização internacionais⁵⁹.

A complexidade de interesses que anima o comércio internacional deve ser organizada dentro de uma estrutura comum dos Estados, na qual todos realmente estejam dispostos a alcançar uma solução definitiva e adequada, sob pena de as normas internacionais que já existam ou que forem criadas não funcionarem.

O grande elo entre os países da sociedade internacional, no sistema da OMC, é o proveito econômico que todos os Estados podem alcançar, em razão das soluções obtidas na sua estrutura institucional, com a vantagem da previsibilidade e da segurança jurídica. O interesse de atribuir-se à OMC a função e competência de reconhecer a existência e estabelecer, normativamente, um Direito Internacional para a Proteção do Consumidor está diretamente relacionada com a futura eficácia e efetividade desse que seria um novo ramo do Direito.

55 Cf. Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). Consumer Protection in E-commerce: OECD Recommendation. Paris: OECD Publishing, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264255258-en>. Acesso em: 8 set. 2022.

56 Cf. OECDi Library. A caminho da era digital no Brasil, 26 out. 2020. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/45a84b29-pt>. Acesso em: 8 set. 2022.

57 Sobre esta característica do TRIPS e, utilizando o termo intrusão, ver TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. *The Regulation of International Trade*. 3. ed. New York e Abingdon: Routledge, 2005, p. 415-416.

58 Cf. PEREIRA, Ana Cristina Paulo. Organização Mundial do Comércio: Uma ameaça à soberania estatal?. In: *Anuário Direito e Globalização*, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 106, afirma que o sistema normativo da OMC “[...] não impõe um direito uniforme aos seus Membros, apenas estabelece as regras e princípios básicos que devem nortear suas condutas, quando da elaboração e aplicação de sua legislação interna atinente ao comércio exterior”; no entanto, há de se reconhecer que a OMC busca padronizar, ao máximo, tudo que possa criar arestas entre os Estados, em matéria de comércio internacional, logo harmonizando e uniformizando princípios e regras, diferentemente do que afirma a citada autora. No TRIPS, os exemplos são muitos, como no prazo vintenário *standard* para a proteção dos direitos decorrentes da patente de invenção, na definição e conceituação dos direitos de propriedade industrial, entre outros.

59 Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). *Understanding the WTO*. 4. ed. Geneve: WTO Publications, 2008, p. 63 e ss.

Não há dúvidas de que a OMC, ao reunir quase todos os países do mundo, ao prever métodos de aprovação de acordos internacionais de maneira prática, ao exigir a aceitação e a ratificação de todos os seus participantes, e ao possuir órgãos jurisdicionais para implementar, coercitivamente, os acordos firmados pelos Estados partícipes, torna-se um foro privilegiado para um Direito Comum Global.

Adotar-se um sistema processual de resolução de disputas *on-line*, associado a um sistema eletrônico que garanta o pagamento dos preços pelos consumidores e o de indenizações pelos fornecedores, não só é tecnicamente viável contemporaneamente, como proporcionará um aumento significativo de transações consumeristas.

Na União Europeia, a prática de atos processuais no estrangeiro, utilizando-se de meios eletrônicos, assim como a construção de um sistema de resoluções de demandas consumeristas transfronteiras, já é uma realidade⁶⁰.

No Brasil, o sistema telepresencial de resolução de disputas pode ser judicial, pois, se podemos tirar o bem do mal que foi a pandemia de COVID-19 no Brasil, esse foi a adoção generalizada do processo judicial eletrônico, da realização de audiências, sessões e julgamentos remotamente por videoconferência. Hoje, a distância física entre as partes e o juiz não precisa ser empecilho para a realização da Justiça, e, conseqüentemente, para proporcionar maior segurança jurídica aos contratos de turismo, aos contratos a distância em geral, inclusive os de *e-commerce*⁶¹.

Como adverte Cappelletti, o acesso à Justiça é requisito fundamental, o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos⁶². A eficiente proteção jurídica dos interesses econômicos do consumidor, no plano internacional ou transfronteiriço, é imprescindível para a participação do consumidor como agente econômico.

Estabelecer uma plataforma processual comum, global e eficiente, para o acesso à Justiça, que permita que o litígio se desenvolva a distância⁶³, e assim não impossibilite economicamente o consumidor de exercer o seu direito de ação e o fornecedor não seja prejudicado em seu direito de defesa, ou arrastado para um litígio cujo custo para o exercício dos seus direitos seja economicamente arrasador para o seu negócio, quando comparado com o valor da demanda, é fundamental. Também é imperioso um reconhecimento facilitado de decisões judiciais estrangeiras, bem como instrumentos adequados para o cumprimento e a execução das mesmas.

Quanto à questão dos direitos materiais, necessário se faz propiciar um mínimo *standard* de princípios jurídicos e regras de direito substantivo uniformes em âmbito global, a fim de se evitar que o consumidor se equivoque grosseiramente, ou que o fornecedor seja injustamente tratado; assim como é necessário um sistema global para a escolha do direito aplicável à lide, em caso de conflito de leis no espaço.

A Comunidade Europeia, em matéria de construção de um Direito Comum, pode e deve ser a referência para a construção deste Direito Global, considerando a experiência amalhada na elaboração de um Direito Comunitário harmonizado e uniformizado, em matéria de defesa do consumidor.

60 Ver KLAUSNER, Eduardo Antônio. *Direitos dos consumidores no MERCOSUL* e na União Europeia: Acesso e efetividade. Curitiba: Juruá, 2006, capítulos 3 e 4; SQUEFF, Tatiana Cardoso; SILVA, Bianca Guimarães, op. cit., 2020, p. 209-236.

61 Sobre o tema, ver ALBARNOZ, Maria Mercedes. *On-line Dispute Resolution (ODR) para el comercio electrónico en clave brasileña*. In: FARIAS, Inez Lopes Matos Carneiro de; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges (org.), op. cit., p. 179-208.

62 Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, op. cit., p.12.

63 Sobre a importância do acesso do consumidor à Justiça e o processo a distância, ver KLAUSNER, Eduardo Antônio, op. cit., 2006, especialmente o último capítulo e o anexo.

Também não se pode olvidar a *expertise* da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, na busca das melhores soluções para um Direito Internacional Privado uniformizado ou harmônico. Cite-se, por exemplo, a recente *Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*, e a esquecida, mas pioneira Convenção sobre Lei Aplicável à Responsabilidade sobre Fato do Produto, de 1973, que ainda não está em vigor no Brasil.

A proteção do consumidor como princípio jurídico elevado ao patamar de direitos humanos, princípio esse de ordem pública mundial, exige que a proteção da saúde, da segurança e da vida do consumidor não seja meramente retórica, mas efetiva e prioritária.

A saúde, a segurança e a vida do consumidor, por outro lado, também possuem conteúdo econômico para os Estados e para os fornecedores, considerando que danos sofridos por consumidores geram custos diretos e indiretos para a sociedade, por conta da perda da força de trabalho e do pagamento de indenizações previdenciárias⁶⁴, e prejuízos aos fornecedores, em razão de condenações ao pagamento de indenizações aos lesados⁶⁵, ou em razão da perda de confiança dos consumidores⁶⁶ no produto ou no serviço, com reflexo direto no fornecimento⁶⁷.

Isto implica, necessariamente, considerar adotar-se o Princípio da Precaução, princípio derivado do Princípio da Proteção do Consumidor, e admitido no Direito Internacional do Comércio, como prevalente em matéria de comércio internacional, e não apenas a título de medida provisória⁶⁸. Jean Calais-Auloy, de maneira lúcida, argumenta e sugere, ao tratar do tema da qualidade de produtos destinados ao mercado de consumo francês, que o controle da qualidade dos produtos deve ser feito também pela OMC⁶⁹.

Também não se pode olvidar que, na OMC, o contexto das barreiras não tarifárias ao livre-comércio e seus reflexos na concorrência internacional é tema sensível e da *expertise* dessa organização internacional. Diante de tantas variações e circunstâncias que envolvem o discernimento entre uma legítima proteção aos consumidores e a prática desleal da barreira não tarifária, valendo-se de normas para a proteção do consumidor, impõe-se um mínimo de princípios e regras universais especificamente sobre o tema, a fim de guiar os partícipes do comércio internacional, assim como os órgãos de solução de controvérsias, na resolução dos conflitos que inevitavelmente surgem destas práticas⁷⁰.

64 Cf. BOURGOIGNE, Thierry. A política de proteção do consumidor: Desafios à frente. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 41, jan.-mar. 2002, p. 429-432.

65 Para aprofundamento sobre a Análise Econômica do Direito, ver SPECTOR, Horacio (compilador). *Elementos de Análisis Económico del Derecho*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

66 Sobre o valor econômico da confiança do consumidor, ler CARPENA, Heloisa. *O consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 207 e s.

67 A questão envolvendo o fornecimento de carne com hormônios julgada na OMC, segundo relatório do *panel*, por conta de um movimento dos consumidores europeus que sentiam a sua segurança e saúde ameaçados, acarretou uma crise mundial no mercado de carnes. Ver: WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R.

68 Sobre o princípio da precaução no Direito Internacional do Comércio, ver PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Comércio internacional e protecionismo: As barreiras técnicas na OMC*. São Paulo: Aduaneiras, 2003, p. 235 e ss., entre outros.

69 Cf. Calais-Auloy, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la Consommation*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 305, nota de rodapé 3.

70 A proteção do consumidor poderá se caracterizar como arbitrária quando levar à discriminação de produtos importados, ou quando, artificialmente, possuir complexa regulamentação técnica sobre produtos estrangeiros, apta a gerar uma confusa profusão de regulamentos técnicos que trazem um custo adicional ao exportador para adquirir as informações necessárias, e para atender as exigências burocráticas para a colocação do seu produto no mercado interno estrangeiro. Sobre o tema, ver: KLAUSNER, Eduardo Antônio, op. cit., 2012, tópico 4.2.1.3, p. 286-292; LOCATELLI, Liliana, op. cit., p. 58; HENDERSON JR., James A.; TWERSKI, Aaron D. *Product Liability: Problems and process*. 5. ed. New York: Aspen

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao elucidar-se sobre um Direito Comum, como o proposto, não há como não se remeter à ideia kantiana de uma comunidade pacífica e perpétua dos povos da Terra, fundada e mantida com base em “certas leis universais de seu comércio possível”⁷¹, que esboça um *jus cosmopoliticum*, e que enseja, contemporaneamente, ideias mais concretas de um Direito Comum, e de um Direito Cosmopolita fundado em valores universais reconhecidos como inalienáveis, especialmente os direitos humanos.

Considerando que o mundo se tornou “o reino das multinacionais”, no qual são “os principais atores” da interdependência econômica mundial⁷² os grandes fornecedores no mercado nacional e internacional, por meio de seus grupos econômicos e *holdings*, o estabelecimento de um Direito do Consumidor uniforme, mínimo e comum, articulado com direitos econômicos e humanos, é fundamental para se evitar, eficazmente, condutas abusivas contra consumidores e, ao mesmo tempo, promover o desenvolvimento econômico em favor do homem.

Como afirma Mireille Delmas-Marty, se o Direito não é uma fonte todo-poderosa para conjurar todos os demônios do mundo, inclusive os “[...] demônios econômicos, na medida em que a extensão sem limite de um mercado mundial cruza o abismo entre os pobres e os ricos, os incluídos e os excluídos”, se não pode “conjurar a intolerância e a injustiça” do mundo de maneira absoluta e definitiva, ele também não é impotente, e por isso deve buscar adequar-se a um mundo complexo de novas relações humanas e econômicas, novos padrões de comportamento social, em que a tecnologia proporciona uma internacionalização de relações individuais, econômicas, políticas, sociais e jurídicas antes nunca experimentada. Para tanto, deve engendrar um novo modelo jurídico, “[...] um modelo segundo dois eixos nos quais se encontrará o tema do pluralismo ordenado”⁷³.

Estruturas mundiais, internacionais, e estruturas estatais, nacionais, trabalhando articuladamente para operar o Direito eficientemente: essa é a proposta que parece adequada para um Direito Mundial, com base na ideia do pluralismo ordenado.

Organismos internacionais, Estados e sociedade civil devem compartilhar competências jurídicas e jurisdicionais de maneira organizada e sistemática, em prol do ser humano, em prol do consumidor. Esta é a proposta de um Direito Cosmopolita de Proteção ao Consumidor. A sua estrutura, a partir de princípios jurídicos, conceitos e instituições reconhecidas e consagradas mundialmente, será capaz de proporcionar segurança jurídica e estabilidade ao sistema sem rigidez, sem “imobilidade”, pois se torna clara o suficiente para permitir aos intérpretes dizer o direito de maneira uniforme e segura, considerando que “[...] num campo coberto pelo direito escrito, a lei é o texto em vigor, tal como as jurisdições competentes a interpretaram”⁷⁴, e considerando que, também no sistema da *common law*, a construção do direito compete, decisivamente, aos juízes.

A ideia central é que o princípio, sendo a expressão de uma consciência jurídica que federa as diversas partes do Direito, possui a capacidade de atravessar as fronteiras que separam as

Publishers, 2004, p. 713.

71 Cf. KANT, Immanuel. *Metaphisik der Sitten. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Werkausgabe Band VIII*. Frankfurt: Suhrkamp, 1977, p. 475 apud TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., p. 922.

72 Cf. DELMAS-MARTY, Mireille, op. cit., 2003, p.134-135.

73 Idem, ibidem, p. 168-169 e ss.

74 Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Acórdão Kruslin v. França, 24.04.1990 apud DELMAS-MARTY, Mireille, op. cit., 2004, p. 77.

“partes e divisões do Direito”⁷⁵, dando vida e sentido às regras e, conseqüentemente, dando eficácia e efetividade ao Direito, formando o conteúdo jurídico-normativo necessário para a aplicação do Direito e resolução do conflito. Por esse motivo, princípios jurídicos universais que perpassam, principalmente, o Direito consumerista e o Direito Internacional Privado, destacando-se, dentre eles, a vulnerabilidade do consumidor, deverão ser a superestrutura sobre a qual será construída essa proteção normativa e cosmopolita ao consumidor, que ora se propõe.

Entre as vantagens da utilização dos princípios diretores na busca de um Direito Comum, como ressalta Mireille Delmas-Marty, encontra-se a “[...] sua aptidão para aproximar sistemas jurídicos diferentes sem, no entanto, impor a unificação das regras. Propriedade de harmonização ou de co/ordenação, que seria a razão de ser dos princípios diretores internacionais”⁷⁶.

A unificação ou uniformização de normas pode acontecer, mas não é imprescindível para a eficiência de um sistema de Direito calcado em valores, cujos resultados podem ser idênticos, embora utilizando-se diferentes regras e meios de prevenção e solução de conflitos.

Alguns instrumentos já existentes, aplicáveis para a resolução de lides decorrentes de consumos transfronteiriços existentes na Comunidade Europeia, por exemplo, também podem ser mundializados, assim como a proposta brasileira para a escolha da lei aplicável em relações de consumo transfronteiriças em curso na Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIP) VII, da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Também podem ser paradigmas para uma plataforma processual que propicie a solução judicial do litígio consumerista a distância ou transfronteiriço; algumas das disposições do Protocolo de Santa Maria (tratado sobre jurisdição internacional em matéria de relações de consumo no MERCOSUL), ainda sem vigor, e o prático sistema de cartas rogatórias executórias do Protocolo de Las Lenãs (tratado de cooperação jurisdicional entre os membros do MERCOSUL), todos exemplos de excelentes soluções para uma Justiça internacional contemporânea mais ágil, barata e efetiva, na qual o indivíduo vulnerável seja o sujeito privilegiado e detentor da máxima proteção dos direitos humanos em sua dignidade.

O cenário que se vislumbra é de incremento à pesquisa e ao estudo do Direito Comparado, ciência imprescindível para viabilizar a criação de regulação, sistemas e plataformas jurídicas aptas a serem mundialmente aceitas, estimuladas e implementadas, especialmente no pertinente ao comércio eletrônico, à proteção do consumidor transfronteiriço e ao desenvolvimento de sistemas telepresenciais (*on-line*) de resoluções de conflitos, considerando que, nesta matéria, há uma pluralidade de fontes normativas nacionais, regionais e internacionais.

O amadurecimento desses estudos de Direito Comparado e o crescente desenvolvimento do B2C levará à construção de um Direito Internacional do Consumidor ou de um Direito Global de Proteção ao Consumidor que conjugará, sob a autoridade da OMC, um sistema normativo composto por princípios e regras de Direito uniforme mundial. Direito esse composto por normas de direito material, de Direito Processual e de Direito Internacional Privado, e por um sistema de solução de controvérsias *on-line* apto a resolver disputas consumeristas e assegurar o pagamento de indenizações, construído sobre o Princípio da Proteção do Consumidor.

A principal função do Direito é proteger os fracos contra os fortes e organizar uma sociedade pacífica. Assim, diante do processo de globalização, contribuir para o desenvolvimento de um Direito Cosmopolita de Proteção ao Consumidor, cimentá-lo sobre critérios de justiça, é um dever do jurista do século XXI. E essa obra já está em construção.

75 Neste sentido, mas com outras palavras, ressalte-se, ver DELMAS-MARTY, Mireille, 2004, p. 78.

76 Idem, ibidem, p. 136.

REFERÊNCIAS

- ALBARNOZ, Maria Mercedes. On-line Dispute Resolution (ODR) para el comercio electrónico en clave brasileña. In: FARIAS, Inez Lopes Matos Carneiro de; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges (org.). *Desafios do Direito Internacional Privado na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2020.
- ALLEMAR, Aguinaldo. *Legislação de consumo no âmbito da ONU e da União Europeia*. Curitiba: Juruá, 2002.
- _____. Breves anotações sobre tutela estatal à relação jurídica de consumo no Direito estrangeiro. In: JUS NAVIGANDI (site). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3251/breves-anotacoes-sobre-tutela-estatal-a-relacao-juridica-de-consumo-no-direito-estrangeiro>. Acesso em: 8 set. 2022.
- AMARAL JUNIOR, Alberto do; SILVA, Elaine Cristina Gonzaga da; KRAMER, Cynthia; ARBIX, Daniel do Amaral. *O artigo XX do Gatt, meio ambiente e direitos humanos*. 2009, São Paulo: Aduaneiras, 2009.
- BACCHETTA, Marc, LOW, Patrick, MATTOO, Aaditya, SCHUKNECHT, Ludger, WAGERAND, Hannu et WEHRENS, Madelon (members of the WTO Secretariat). *Electronic Commerce and the Role of the WTO*. 1998. Geneve: WTO Publications.
- BACCHETTA, Marc; LOW, Patrick; MATTOO, Aaditya; SCHUKNECHT, Ludger; WAGERAND, Hannu; WEHRENS, Madelon (members of the WTO Secretariat). *Electronic Commerce and the Role of the WTO*. Geneve: WTO Publications, 1998.
- BECKER, Elizabeth. How Hard will the Coronavirus hit the Travel Industry?. In: *National Geographic*, 2 apr. 2020 apud MARQUES, Claudia Lima; SQUEFF, Tatiana Cardoso. Desenvolvimentos normativos para a proteção dos consumidores turistas à luz do Direito Internacional Privado: Esforços locais, regionais e globais. In: LOPES, Inez et al. (coord.). *Litígios civis internacionais no espaço ibero-americano*. São Paulo: Tirant, 2021, p. 307-334.
- BENÖR, Iris; MICKLITZ, Hans-Wolfgang. Consumer Protection and Human Rights. In: HOWELLS, Geraint; RAMSAY, Iain; WILHELMSSON, Thomas; KRAFT, David. *Handbook of Research on International Consumer Law*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing (ed.), 2010.
- BENTO XVI (Papa). *Carta Encíclica Caritas in Veritate – 193: Sobre o desenvolvimento humano integral na caridade e na verdade*. São Paulo: Paulinas, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos Humanos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 18. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOURGOIGNIE, Thierry. A política de proteção do consumidor: Desafios à frente. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 41, jan.-mar. 2002.
- Calais-Auloy, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la Consommation*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- CARPENA, Heloisa. *O consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CHEVALIER, Stephanie. Global Retail E-commerce Sales, 2014-2025. In: *Statista*, 4 fev. 2022. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/379046/worldwide-retail-e-commerce-sales/#statisticContainer>. Acesso em: 22 de mar. 2022.
- Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. Disponível em: <https://unctad.org/topic/competition-and-consumer-protection/consumer-protection-map>. Acesso em: 8 set. 2022.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Livro verde sobre o acesso dos consumidores à justiça e a solução de litígios em matéria de consumo no mercado único*, 16 nov. 1993.
- _____. *Guia del consumidor europeo en el mercado único*. 2. ed. Bruxelas: 1996.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Acórdão Kruslin v. França, 24 abr. 1990 apud DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um Direito Comum*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.
- _____. *Por um Direito Comum*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- FOLSOM, Ralph H; GORDON, Michael Wallace; SPANOGLE, John A. *International Trade and Economic Relations in a Nutshell*. 3. ed. St.Paul: Thomson/West, 2004.
- HENDERSON JR., James A.; TWERSKI, Aaron D. *Product Liability: Problems and process*. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 2004.
- HOWELLS, Geraint; RAMSAY, Iain; WILHELMSSON, Thomas; KRAFT, David. *Handbook of Research on International Consumer Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.
- INTERNET WORLD STATS (site). World Internet Usage and Population Statistics, 2022 Year – Q1 Estimates. Disponível em: <https://www.internetworldstats.com/stats.htm>. Acesso em: 22 mar. 2022.
- JOÃO PAULO II (Papa). Discurso à Pontifícia Academia das Ciências Sociais (27 de abril de 2001). In: *Insegnamenti XXIV/1* (2001), 800 apud BENTO XVI (Papa). *Carta Encíclica Caritas in Veritate – 193: Sobre o desenvolvimento humano integral na caridade e na verdade*. São Paulo: Paulinas, 2009.
- KANT, Immanuel. *Metaphisik der Sitten. Metaphysische Afangsgründe der Rechtslehre. Werkausgabe Band VIII*. Frankfurt: Suhrkamp, 1977, p. 475 apud TORRES, Ricardo Lobo. A afirmação do Direito Cosmopolita. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (coord.). *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Prof. Celso D. de Albuquerque Mello*. 2008. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- KELLAN, Jocelym; NOTTAGE, Luke. Europeanisation of Product Liability in the Asia-Pacific Region: A Preliminary Empirical Benchmark. In: *Journal of Consumer Policy*, n. 31, 2008, Netherlands: Springer, p. 217-241.

KLAUSNER, Eduardo Antônio. *Direito Internacional do Consumidor: A proteção do consumidor no livre-comércio internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. *Direitos dos consumidores no MERCOSUL e na União Europeia: Acesso e efetividade*. Curitiba: Juruá, 2006.

LIPOVETSKI, Gilles. *A felicidade paradoxal: Ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo*. Coimbra: Edições 70, 2009.

LOCATELLI, Liliana. *Proteção ao consumidor & comércio internacional*. Curitiba: Juruá, 2003.

MARQUES, Claudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: Primeiras observações sobre os contratos a distância no comércio eletrônico. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 41, jan.-mar. 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____; SQUEFF, Tatiana Cardoso. Desenvolvimentos normativos para a proteção dos consumidores turistas à luz do Direito Internacional Privado: Esforços locais, regionais e globais. In: LOPES, Inez et al. (coord.). *Litígios civis internacionais no espaço ibero-americano*. São Paulo: Tirant, 2021, p. 307-334.

MENEZES, Wagner. O Direito Internacional e a Teoria da Transnormatividade. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (coord.). *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Prof. Celso D. de Albuquerque Mello*. 2008. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 961-1004. OECDLibrary. A caminho da era digital no Brasil, 26 out. 2020. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/45a84b29-pt>. Acesso em: 8 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC, site). Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/inbrief_e/inbr_e.htm. Acesso em: 8 set. 2022.

ONU NEWS, jan. 2022. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2022/01/1776962>. Acesso em: 8 set. 2022.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Consumer Protection in E-commerce: OECD Recommendation. Paris: OECD Publishing, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264255258-en>. Acesso em: 8 set. 2022.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo. Organização Mundial do Comércio: Uma ameaça à soberania estatal?. In: *Anuário Direito e Globalização*, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Comércio internacional e protecionismo: As barreiras técnicas na OMC*. São Paulo: Adua-neiras, 2003.

SMEETS, Maarten (ed.). *Adapting to the Digital Trade Era: Challenges and Opportunities*. Geneve: WTO Publications, 2021. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/adtera_e.htm. Acesso em: 8 set. 2022.

SPECTOR, Horacio (compilador). *Elementos de Análisis Económico del Derecho*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

SQUEFF, Tatiana Cardoso; SILVA, Bianca Guimarães. O aprimoramento da proteção do consumidor: O exemplo europeu da resolução alternativa de conflitos em matéria de consumo. In: FARIAS, Inez Lopes Matos Carneiro de; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges (org.). *Desafios do Direito Internacional Privado na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. A afirmação do Direito Cosmopolita. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (coord.). *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Prof. Celso D. de Albuquerque Mello*. 2008. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. *The Regulation of International Trade*. 3. ed. New York e Abingdon: Routledge, 2005. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). Disponível em: <https://unctad.org/about>. Acesso em: 8 set. 2022.

VIEGAS, Vera Lúcia. Teoria da harmonização jurídica: Alguns esclarecimentos. In: *Novos Estudos Jurídicos*, v. 9, n. 3, dez. 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.14210/nej.v9i3>. Acesso em: 8 set. 2022.

VIEIRA, Luciane Klein. Governança global e Direito do Consumidor: A multiplicidade de formas de regulação da proteção internacional da parte vulnerável. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 134, mar.-abr. 2021. São Paulo: Thomson Reuters, p. 73-109.

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). Declaration on Global Electronic Commerce. Adopted by the Ministerial Conference on 20 May 1998, WT/MIN(98)/DEC/2.

_____. *Understanding the WTO*. 4. ed. Geneve: WTO Publications, 2008.

_____. *World Trade Report 2018: The Future of World Trade: How Digital Technologies are Transforming Global Commerce*. Geneve: WTO Publications. Disponível em: [World Trade Report 2018 \(wto.org\)](https://www.wto.org). Acesso em: 8 set. 2022.

_____. Summary of points raised by consumers groups. Disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/news19_e/summary_of_points_raised_trdia_06may19_e.pdf. Acesso em: 8 set. 2022. Ver, também, Consumer Groups Express Support for Multilateral Trade, Stress Priorities for E-commerce. 6 maio 2019. Disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/news19_e/trdia_06may19_e.htm. Acesso em: 8 set. 2022.

_____. E-commerce, Trade and the Covid-19 Pandemic. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/e-commerce_report_e.pdf. Acesso em: 8 set. 2022.

A jurisdição constitucional brasileira nas questões das famílias: Uma leitura jurídico-político-social

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO¹
MÁRCIA MICHELE GARCIA DUARTE²

Sumário: Considerações iniciais. 1. A jurisdição brasileira contemporânea e o modelo multiportas. 2. O sistema multiportas como *locus* para a realização da jurisdição constitucional. 3. A justiça constitucional nos casos das famílias. Considerações finais.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Brasil é um país de dimensões continentais e de importância singular. Isso se deve a razões múltiplas, incluindo a sua relevância ambiental, por valorizar boas relações com outras nações e se afigurar, politicamente, um Estado Democrático de Direito. Nesse trilhar, mostra-se permeável aos escritos internacionais protetores de direitos humanos, tal como o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos)³. Enquanto Estado-Parte, o Brasil vincula o sistema jurisdicional, imbuindo todos os operadores do Direito no propósito de entrega do justo, sob o prisma humanizado do conceito extraterritorialmente firmado, e a partir de premissas individuais, sem prejuízo da soberania brasileira.

Em relação ao sistema normativo interno, no ano de 1988 o Estado promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988), que conta com 132 Emendas Constitucionais (até o ano de 2023). Esse escrito estabelece elementos básicos orientadores do sistema interpretativo interno, sem abdicar de direitos e garantias instituídos no alcance de matrizes supranacionais.

Dentre o sistema de proteção máxima e integral, no Capítulo sobre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, estabelece a Constituição Federal que a pequena propriedade rural trabalhada pela família não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes

- 1 Professor Titular de Direito Processual Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e no IBMEC. Doutor, Mestre e Graduado pela UERJ. Pós-Doutor pela University of Connecticut School of Law. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). Professor Emérito da FEMPERJ e Conferencista da EMERJ. Editor da *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)* e Coordenador do Grupo de Pesquisa Observatório da Mediação e da Arbitragem (CNPQ). Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP) e da Conferencia Universitaria Internacional para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC).
- 2 Advogada. Mediadora Judicial e Extrajudicial. Professora Associada de Direito Processual Civil na Universidade Federal Fluminense (UFF) e na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora, Mestra e Graduada pela Universidade Estácio de Sá (UESA). Pós-Doutora pela UERJ e pela Universidade de Coimbra (UC). Editora da *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)* e Integrante do Grupo de Pesquisa Observatório da Mediação e da Arbitragem (CNPQ).
- 3 BRASIL. Presidência da República. Decreto n° 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 17 ago. 2024.

de sua atividade produtiva⁴. Na ocorrência de privação de liberdade de qualquer ente familiar, assegura-se à família do preso imediata comunicação e a sua assistência⁵.

Os Direitos Sociais estão albergados na garantia de renda familiar básica ofertada pelo poder público a todo brasileiro em situação de vulnerabilidade, bem como o estabelecimento de salário-mínimo unificado nacionalmente, voltado a fornecer necessidades vitais básicas às famílias⁶. A política urbana possibilita ao possuidor o direito à aquisição do domínio de área utilizada pela família como moradia, quando ocupada por cinco anos ininterruptos e sem oposição⁷. O texto constitucional protege as famílias, ainda, em temáticas de seguridade social⁸, assistência social⁹, educação¹⁰ e acesso à rede de comunicação atenta a valores éticos e sociais¹¹.

A Constituição brasileira assenta a família como a “base da sociedade”, sendo-lhe assegurada “especial proteção do Estado”; determina a criação de mecanismos para coibir a violência, no âmbito das relações familiares, prezando ainda pela proteção expressa às crianças, aos adolescentes, ao jovem e ao idoso.

Esse cenário de notável proteção jurídico-formal comporta atmosferas diversas para a atuação do Estado em prol do acesso à justiça, dentro do espaço do Poder Judiciário ou fora deste, por meio dos matizes extrajudicializados. Assim o é, porque a concepção moderna de jurisdição também desatrela a percepção de “justiça” unicamente daquela adjudicada forma de solução de conflitos da qual são derivados resultados muitas vezes cartesianos.

Ora. Inaplicável o formato lógico às questões incôgnuas naturais às relações e às necessidades das famílias. Soa mais adequado refletir sobre a potencialidade de resolução de conflitos manifestada pelos próprios interessados, segundo sua historicidade, realidade, preferências e sensação real de justiça.

Naturalmente, a tarefa é árdua, na medida em que se construiu o contexto cultural da delegação de soluções com distanciamento da responsabilização por escolhas realizadas. Longe da percepção de racionalidade, contudo, merece atenção a própria aparência social daquilo que se revela como justiça à ótica do senso comum. É inescusável revisitar a lógica técnico-jurídica e despertar para a nova inteligência do que é a real jurisdição, segundo a realidade social hodierna.

Na contemporaneidade, refletir sobre “jurisdição constitucional” exige a verificação da essencialidade do “dizer o direito”, adequável à logicidade de espaços pré-processuais, endo-consensuais, extrajudiciais e preventivos.

Da atuação do Estado, espera-se o incentivo às ferramentas diversas para a conscientização do *empoderamento*¹² e o exercício da *autonomia da vontade*¹³, por parte dos jurisdicionados.

4 Cf. Art. 5º, XXVI, da CRFB/1988. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 ago. 2024.

5 Cf. incisos LXII e LXIII do art. 5º da CRFB/1988.

6 Cf. artigos 6º e 7º da CRFB/1988.

7 Cf. art. 183 da CRFB/1988.

8 Cf. art. 201 da CRFB/1988.

9 Cf. art. 203 da CRFB/1988.

10 Cf. art. 205 da CRFB/1988.

11 Cf. arts. 220 e 221 da CRFB/1988.

12 Cf. Princípio: “Empoderamento – dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição” (Art. 1º, VII, da Resolução n.º 125/2010, do CNJ. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 19 ago. 2024).

13 Cf. Regra: “II – Autonomia da vontade – dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao

Será habitual a inserção de comportamento de modelos multiportas, quanto mais reforçada a aceitação na expressão cultural dessas possibilidades. A praxe pode ser construída, a partir da veiculação da ideia por diversos canais de comunicação, por meio de prática de políticas públicas, e pela realização de campanhas e mobilizações sociais em prol de se edificar caminhos criativos de resolução de conflitos.

Final, o Estado Constitucional não se restringe a atuar apenas com finalidade política e jurídica na defesa de sua independência e território. Deve cumprir a realização da ordem e da justiça como propósitos sociais, realizando a democracia através dos valores de liberdade, igualdade e fraternidade.

Para este estudo, busca-se conferir olhar abrangente sobre o conceito de jurisdição constitucional, propondo a sua expansão como forma de conceber toda prática jurídica que se adequa aos seus preceitos constitucionais preambulares de resolução pacífica de controvérsias, como forma de realização da justiça.

1. A JURISDIÇÃO BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA E O MODELO MULTIPORTAS

A contemporaneidade busca abertura cada vez maior dos espaços dialogais, refletindo na própria conceituação da “jurisdição”, não mais limitada à exclusividade de poder-dever de o Estado-Juiz dizer o direito. Pensa-se em algo que prime pela resolução de conflitos, manejada pelas pessoas diretamente tocadas pelo evento, permitindo que o monopólio da jurisdição se opere pela via adjudicatória ou pela via assecuratória do bom realizar do direito¹⁴. Por isso, propõe-se que esteja ocorrendo a *ressignificação do conceito de jurisdição*, alinhada à democratização do Processo Civil, mediante uma *jurisdição participativa e integrativa*¹⁵.

Não se pode olvidar que a função jurisdicional representa o dever estatal de dirimir conflitos, abarcando as modalidades chiovendiana, de atividade substitutiva¹⁶, e carneluttiana¹⁷. Segundo a construção clássica, o Poder Judiciário dirime conflitos com a imposição de vontade do juiz (modelo adjudicatório), determinando um lado vencedor e outro vencido. Por isso, que apenas atua na forma negativa, resolvendo a controvérsia pela substitutividade.

A principiologia do Código de Processo Civil de 2015¹⁸, contudo, segundo a lógica do art. 3º do CPC/2015, inova, ao permitir outras formas positivas de composição, pautadas no dever de cooperação das partes e envolvendo outros atores para consagrar a nova feição da realização jurisdicional¹⁹.

final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento;” (Art. 2º, II, da Resolução n. 125/2010, do CNJ. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010.

- 14 Desse modo, a jurisdição não seria desatrelada do Estado – embora não precise ser função necessariamente estatal. Persiste certa dependência materializada principalmente para o alcance do cumprimento da decisão não estatal (Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e pacificação*: Limites e possibilidade do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: CRV, 2017, p. 82-83).
- 15 “A desjudicialização não perde a natureza de intervenção estatal – há apenas uma materialização estruturada de forma diversa do processo judicial. Os conceitos de informalização e desjudicialização, em sentido amplo, manifestam-se através de diferentes realidades que permitem prevenir ou resolver o litígio” (Idem, ibidem, p. 89).
- 16 Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. II. Trad. Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 8.
- 17 Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. V. 1. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p. 63.
- 18 BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 jul. 2024.
- 19 Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Martins Silva. A resignificação do princípio do acesso à

A partir desse novo modelo que está sendo implementado e incentivado há quase uma década (pouco, ainda, para substancial mudança cultural), pensa-se que os jurisdicionados que vivenciam o caminho do diálogo criam elos de confiança e de autoconfiança; experienciam a *validação*²⁰ e são recebedores de informações preciosas que podem fazer com que apresentem outro agir, diante de nova situação conflituosa. A partir de uma experiência consensual bem-sucedida (no diálogo e, não necessariamente, na realização de acordos), podem passar a privilegiar as portas consensuais, em detrimento da primeira opção, voltada à porta adjudicatória. Naturalmente, deve-se reforçar a importância moral e ética²¹ da atuação individual, ressaltando-se o compromisso com o desígnio construtivo.

Em compasso com a judicialização consensual (vias pré-processuais e endoprocessuais), a extrajudicialização é revelada como uma ferramenta de racionalização da prestação jurisdicional e ajuste ao cenário contemporâneo. Faz-se necessária releitura e atualização, ou seja, “[...] redimensionamento da garantia constitucional do acesso à justiça, à luz dos princípios da efetividade e da adequação”²². Além do que, todas as “portas” do sistema multiportas estão, de alguma forma, sujeitas ao controle de legalidade, quanto à sua existência e validade.

Veja-se. A sentença arbitral não exige homologação judicial para validade e nem suas sentenças são recorríveis à jurisdição tradicional. Entretanto, ações anulatórias de sentença arbitral, assim como direitos transacionados em câmaras de mediação e de conciliação, podem ser objetos de submissão ao sistema adjudicatório, quando houver reclames de vícios.

Outra válvula de segurança está nas diretrizes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que vinculam todas as câmaras de mediação e de conciliação. As referidas normas dizem respeito à aplicação dos sistemas e à própria criação e estruturação do espaço, tudo sob autorização de funcionamento e controle feitos pelo tribunal local²³.

Portanto, o Conselho Nacional de Justiça integra o Poder Judiciário, e os feitos judiciais ou extrajudiciais seguem sob o mando da jurisdição de igual sorte. À vista disso, compreendemos ser necessário acoplar a nova feição jurisdicional e a narrativa preambular constitucional, a fim de sedimentar a necessidade de ampliar o alcance da justiça constitucional e da própria jurisdição constitucional em si. Isso, à ótica processualista, efetua-se nas formas de resolução de conflitos de proveniências diferentes e em momentos diferentes (endoprocessuais, pré-processuais e extrajudiciais).

justiça à luz do art. 3º do Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista de Processo - RePro*, v. 254, abr. 2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 20.

- 20 Cf. Princípio: “VIII – Validação – dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como serem humanos merecedores de atenção e respeito” (Art. 1º, VIII, da Resolução n. 125/2010, do CNJ. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010).
- 21 Cf. DUARTE, Márcia Michele Garcia. A sanção pedagógica e os aspectos éticos e morais da consensualidade: Em busca da efetividade do modelo multiportas. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. 22, 2021, p. 684-709.
- 22 Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade. In: *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, tomo 1, p. 241-271, set.-dez. 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_241.pdf. Acesso em: 23 jan. 2023.
- 23 Quando o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 125, passou a dispor sobre a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”, tendo por objetivo a boa qualidade dos serviços e a disseminação da cultura de pacificação social. A Resolução inaugurou a era de criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs), nos tribunais, com atribuição de instalar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), onde se concentram a realização das sessões de conciliação e mediação, a cargo de conciliadores e mediadores.

2. O SISTEMA MULTIPORTAS COMO *LOCUS* PARA A REALIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A jurisdição constitucional, costumeiramente, é associada, exclusivamente, à atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal, notadamente na realização do direito por meio do controle de constitucionalidade. A justiça constitucional, no aspecto fundamental, representa muito de atuação do Estado, inclusive em métodos preventivos nos diversos ramos de seus deveres para com o povo. Na concepção tradicional, a jurisdição constitucional acomoda ainda a possibilidade de o tribunal atuar de forma contramajoritária, quando em dada situação concreta houver a necessidade de se assegurar, por meio da força judicante, a salvaguarda de princípios.

Essa conceituação, a nosso ver, refletida processualmente e na cadência da ressignificação da jurisdição, deve incorporar o que ocorre, consensualmente, dentro ou fora do espaço judiciário; concebível abarcar, ainda, as medidas preventivas dos litígios e a primazia da consensualidade.

Compreende-se ser essa a vontade da lei (em sentido amplo) no atual contexto de renovação de valores culturais e, dada a historicidade que demarca a gênese do texto escrito. No mesmo compasso, as circunstâncias fáticas que alavancam os ditames normativos devem encontrar a melhor resposta interpretativa para cada caso em comento. Ou seja, a interpretação de normas jurídicas exige do operador muito além do processo lógico-gramatical, mas, sim, atender com primazia aos preceitos constitucionais.

Assim segue a tônica constitucional ao ancorar a proteção das famílias e a resolução dos conflitos advindos no seio dessas (questões sobre filiação) ou das relações dessas no contexto patrimonial ou social (por exemplo, a proteção da propriedade contra atos constritivos, ou a garantia de vaga em creche).

Pois bem. Em muitos casos concretos, exige-se um exercício bem elástico a respeito da interpretação e a integração normativa. Quando da atuação judicial para pacificação de algumas questões, permite-se o contato direto entre as regras de Direito e a vida social. Pois então que, representando o polo legitimador da dogmática jurídica em um Estado Democrático de Direito, os princípios desempenham importante papel, tanto na atividade do legislador quanto na do operador do Direito, pois traduzem a essência, a razão última e os valores que inspiram um dado ordenamento. Aliado a isso, a locução constitucional preambular reforça a necessidade de se entender a justiça constitucional afora da corte, enunciando-se no manifestar da vontade individual legitimada pelo Estado e amparada pelas técnicas adequadas de resolução dos conflitos.

Em situações específicas, pode-se valer de mecanismos extrajudicializados ou pré-processualizados a serem utilizados, diante do conflito de interesses. Segundo a lógica constitucional, devem ser assegurados os cumprimentos dos direitos e garantias, como manifestações do acesso à justiça. Afinal, a “[...] interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais”²⁴.

Pois bem. Desde quando o Estado chamou para si o monopólio da Jurisdição, remontando à Antiguidade, a atuação jurisdicional mostra-se um mecanismo para assegurar o cumprimento das leis, sendo, essencialmente, uma função estatal²⁵. Deve-se, além do mais, considerar a

24 Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: MIGALHAS (site). Migalhas de Peso, 3 maio 2006. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/24089/neoconstitucionalismo--o-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>. Acesso em: 17 ago. 2024.

25 Cf. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. V. 1, 5. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 69: “[...] função preponderantemente estatal, exercida por um órgão independente e imparcial, que atua a vontade concreta da lei na

singular importância do sentido da vida humana no espaço globalizado e hipercomplexo da sua condição, dado relevante para se alcançar as melhores resultados da jurisdição.

Seguramente, a cultura é elemento massificador de paradigmas²⁶, e a complexidade, um fenômeno marcador de dificuldades, incertezas e de valores, a partir dos quais se erige a cultura, influenciadora das instituições jurídicas e políticas.

No querer constitucional, a adoção de princípios na atividade hermenêutica e o desenvolvimento de uma Teoria dos Direitos Fundamentais edifica-se sobre o fundamento da dignidade humana, propiciando a reaproximação entre o Direito e a Filosofia²⁷. A interpretação integrativa surge, então, como um mecanismo válido para a melhor resposta jurisdicional, frente a situações reais, conferindo caráter teleológico, buscando sentido autônomo e objetivo na finalidade da lei, atendendo, assim, às necessidades da sociedade, e alcançando-se o fim social da norma.

A jurisdição constitucional no Estado contemporâneo influi diretamente na vida das famílias. O agente judicante possui diversas ferramentas à disposição, incluindo uma atuação mais ativa e atenta aos fins sociais do sistema jurídico. Alguns exemplos estão no uso de recursos legislativos e jurisprudenciais para, no emprego do poder geral de cautela, priorizar a efetiva tutela dos direitos fundamentais, julgando com base em princípios, e com foco na primazia da proteção humana integral.

Complementarmente, as formas de resolução amigável dos conflitos ampliam a via dialogal entre particulares, e entre esses e o poder público, refletindo diretamente no atendimento às garantias individuais e à satisfação social. Ou seja, esse é o papel do Estado Jurisdicional Constitucional: escudar direitos e garantias e incentivar a realização do justo.

3. A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NOS CASOS DAS FAMÍLIAS

A coerência de um sistema jurídico se estabelece a partir da Constituição, estando a lei infraconstitucional condicionada pela interpretação à luz da Norma Maior. Mostra-se pertinente que a atividade hermenêutica reconheça o fenômeno de constitucionalização do Direito infraconstitucional, ampliando o conceito de jurisdição constitucional e expandindo seu alcance teórico.

Nessa percepção, a relevância da jurisdição constitucional se revela também a partir da positivação dos direitos sociais-fundamentais. Veja-se que a República Federativa do Brasil, segundo o texto preambular, rege-se pela justiça com valores de uma sociedade fraterna e comprometida com a solução pacífica das controvérsias. Notáveis vieses de proteção às famílias também integram o texto constitucional, extraindo-se dele a insigne proteção integral e dialogal.

Não diferente se move a estruturação infraconstitucional brasileira. As múltiplas portas de resolução de conflitos são priorizadas e valorizadas em diversas frentes. A justiça constitucional para as famílias também se manifesta no texto do Código de Processo Civil de 2015, segundo o qual:

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

justa composição da lide ou na proteção de interesses particulares”.

26 Geertz conceituou “cultura”, utilizando como parâmetro a crença dos indivíduos na criação de uma cultura decorrente da instalação de um modelo de certas ideias surgidas pelo ímpeto intelectual, e hábeis a solucionar imediatamente os problemas e aclarar os pontos obscuros (GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Trad. Fanny Wrobel. Revisão Técnica de Gilberto Velho. Rio de Janeiro: LTC, 2008, p. 3-4).

27 Cf. BARROSO, Luís Roberto, op. cit.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Pela leitura do parágrafo único, constata-se que mesmo questões delicadas e sensíveis – até as indisponíveis, como alguns dos direitos de família afetos a interesses de menores e incapazes – podem ser tratadas nos espaços judicial e/ ou extrajudicial. O construído pelos envolvidos, conforme o caso, constitui título executivo judicial²⁸ ou extrajudicial²⁹ (dispensada homologação judicial), garantindo-se a segurança da exequibilidade.

Veja-se que o princípio insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, se entendido como a única via de resolução de conflito, não se enquadra na concepção contemporânea do Estado Democrático de Direito. Isto porque a extrajudicialização alinha-se com a judicialização, merecendo ser compreendidas como iguais ferramentas de racionalização da prestação jurisdicional.

A concepção do Estado Democrático de Direito pressupõe que a jurisdição exerça a tarefa de guardiã dos valores materiais positivados na Constituição³⁰. A atividade judicial construtiva será atingida por meio da hermenêutica constitucional pautada no enraizamento em razões de cunho filosófico-político. A partir disso, o movimento contemporâneo de ideias tende a reinserir a razão prática da metodologia jurídica, gerando “[...] a possibilidade de se validar essas razões como argumento de fundamentação das decisões judiciais”³¹.

Notadamente em assuntos afetos à intimidade, liberdades referenciais ideológicas, religiosas e comportamentais de toda sorte são regidas por valores individuais e familiares. Decorrência disso é que a exposição das minúcias dos conflitos não tem como ser comportada nas narrativas processuais. Para a solução adjudicada, muitos ângulos dos conflitos podem restar sem o enfrentamento efetivo ou a satisfatória validação dos sentimentos.

Através do portal da mediação, por exemplo, essas singularidades podem ser mais bem escrutinadas, na medida em que predomina a apuração existencial pelo comportamento humano, de onde emergem as dores, falas, fragilidades e vontades, além dos vícios de ideias nocivas e de repetição irrefletida de comportamento. Minimamente, evidencia-se, nas narrativas das peças processuais, a ausência de voz das partes e pouca valorização dos sentimentos.

Para melhor adequação do resultado aos destinatários jurisdicionados, a mediação é potencializada como algo que transcende uma definição teórica. Erige-se como um conjunto de técnicas, experiências e hábitos culturais que vão se estabelecendo na comunidade. Ao pautar-se numa *prática discursiva*, permite que o diálogo, e não a força coercitiva, conduza

28 Cf. Código de Processo Civil. Art. 515: “São títulos executivos judiciais [...] II – a decisão homologatória de autocomposição judicial; III – a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza.”.

29 Cf. Código de Processo Civil. Art. 784: “São títulos executivos extrajudiciais: [...] II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; III – o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas; IV – o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal; [...] § 2º Os títulos executivos extrajudiciais oriundos de país estrangeiro não dependem de homologação para serem executados.”.

30 Cf. STRECK, Lenio. Hermenêutica e concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. In: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (coord.). *A constitucionalização do Direito: A Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 3-41.

31 Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: Uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 299.

à resolução para o conflito. E a legitimidade desse resultado encontra suas bases no próprio *processo comunicativo* que lhe originou³².

O Direito Constitucional representa o tronco da árvore, e o Direito Processual, um de seus ramos. Aglutinam-se esses elementos para conceber uma regra processual inspirada na atmosfera constitucional. Resultado dessa confluência é o direito fundamental à tutela jurisdicional, projetado em duas perspectivas. A primeira, do ponto de vista do legislador e do Executivo; a segunda, a partir da visão do órgão jurisdicional, sendo os princípios vistos como verdadeiras garantias ínsitas ao estabelecimento válido da relação processual³³.

A regulação das relações humanas, desde tempos rudimentares, é fundamental, pois almeja o encontro da paz e busca impedir toda forma de desordem. Para dar azo ao estabelecido como conduta devida, a repreensão, a coerção e a sanção tornam-se parte de um sistema funcional de diretrizes e obediência. Sem prejuízo disso, deve-se descortinar o dever de atuação jurisdicional do Estado, convalidando a autonomia individual e reforçando preceitos culturais, a partir de referenciais morais, éticos, e da valorização da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constitucionalização do Direito marcou o século XX e permitiu a abertura da nova alocação dos indivíduos, frente ao Estado e demais organismos internacionais. Um dos mais significativos marcos da constitucionalização se revela por meio da realização da justiça e da abertura do seu acesso, sendo o Poder Judiciário, sem dúvida, essencial na realização desse primado. A percepção social espera respostas jurisdicionais para os conflitos sociais e, de modo geral, a tutela dos direitos comprometida com valores grifados pela liberdade de manifestação dos indivíduos.

A condição da pessoa humana é a primazia do ordenamento jurídico, formando um elemento nuclear regente de novos ditames socioculturais, jurídicos, antropológicos e bioéticos. A proteção da pessoa humana mostra-se ímpar fonte de investimentos voltados ao caráter assecuratório da sua dignidade, do alto valor da vida humana e da qualidade de vida nas relações com os demais indivíduos.

No trato das questões correlatas aos indivíduos, é significativo o manejo dos princípios fundamentais e da ideia do Direito retórico-argumentativo, superando a forma cartesiana, formalista e estática. Afinal, o propósito é atender às novas demandas e às novas aspirações dos seres envoltos na concepção social, com paradigmas e autonomia individual, ameahando a valorização dos seus sentimentos, para além do aspecto formal dos direitos fundamentais.

Trata-se da personalização e da humanização da tratativa jurisdicional dos direitos individuais, especialmente no recorte dos interesses e garantias das famílias (judicializados ou extrajudicializados), sempre coberto pelo manto da jurisdição constitucional, processualmente observada.

Isto porque, como visto, enquanto forma de realização de justiça, a nova percepção de jurisdição constitucional contempla, inclusive, mecanismos alternativos à jurisdição convencional do Poder Judiciário. Como decorrência disso, variáveis caminhos podem promover o acesso à justiça, seja na forma pré-processual ou na forma extrajudicial, negocial direta entre particulares e envolvendo órgãos públicos; ainda, por meio de políticas públicas preventivas.

Nesse sentir, a interpretação preambular constitucional volta-se, sob a perspectiva processual, não numa construção de sentido, mas, sim, numa reconstrução de significado. Amplifica, desse modo, o seu alcance para compreender a jurisdição constitucional como um fenômeno que contempla as múltiplas portas de resolução de conflitos, em especial na singularidade das

32 Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, op. cit., 2017, p. 178.

33 Idem. *Manual de Direito Processual Civil contemporâneo*. 6. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 91-92.

questões das famílias. Essa percepção interpretativa é atividade essencial do jurista, esperando-se o comprometimento dos setores públicos e privados com valores nobres relacionados aos direitos das famílias em seus diversos desdobramentos, notadamente, em razão da crescente incorporação do sistema multiportas pelo sistema jurisdicional brasileiro.

A nosso ver, somente pela via da jurisdição constitucional realizável como reflexo da justiça constitucional, por intermédio do acesso ao Poder Judiciário ou da jurisdição extrajudicial, poderá ser plenamente cumprido o legítimo e efetivo acesso à justiça. Especialmente, nos casos concretos das famílias, perfaz-se a adequada tutela jurisdicional, por meio da sistemática justa que respeite as particularidades, necessidades, expectativas, historicidade e valorização dos quereres e sentimentos dos membros das famílias. Isso grava a mais lúdima expressão da justiça constitucional.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: MIGALHAS (site). Migalhas de Peso, 3 maio 2006. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/24089/neoconstitucionalismo---o-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>. Acesso em: 17 ago. 2024.
- BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 5 jul. 2024.
- BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015: "Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997". Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13140.htm. Acesso em: 5 jul. 2024.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 19 ago. 2024.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 ago. 2024.
- BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 17 ago. 2024.
- CAPPELLETTI, Mauro [s/ indicação de tradutor]. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. In: *Revista de Processo – RePro* v. 74. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- _____. Problemas de reforma do processo nas sociedades contemporâneas. In: *Revista Forense*. N. 318.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. V. 1. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. II. Trad. Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- DUARTE, Márcia Michele Garcia. *Argumentação participativa – o encontro com a virtuosidade humana*: Motivos para o êxito da justiça restaurativa no combate e prevenção da violência doméstica. Curitiba: CRV, 2016.
- _____. O papel social do advogado no primado da mediação e a argumentação participativa. In: PINTO, Adriano Moura da Fonseca; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DUARTE, Márcia Michele Garcia Duarte; MARTÍN, Nuria Belloso (org.). *Estudos sobre mediação no Brasil e no exterior*. V. 1. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.
- _____. A sanção pedagógica e os aspectos éticos e morais da consensualidade: Em busca da efetividade do modelo multiportas. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. 22, 2021.
- _____. Medidas autocompositivas como instrumentos de paz. In: *Revista Eletrônica OAB/RJ*. Edição Temática Permanente da Comissão de Mediação e Métodos Consensuais. Ano 2. N. 4, jul.-dez. 2021. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabrj.org.br/?artigo=medidas-autocompositivas-como-instrumentos-de-paz>. Acesso em: 17 ago. 2024.
- FAGET, Jacques. La double vie de la médiation. In: *Revue Droit et Société*, Paris, n. 29, 1995.
- FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives. An Introduction to Procedure*. New York: Foundation Press, 2003.
- GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Trad. Fanny Wrobel. Revisão Técnica de Gilberto Velho. Rio de Janeiro: LTC, 2008.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. V. I, 5. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro - ano 15, v. 22, n. 1, jan.-abr. 2021, p. 379-408. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/56701>. Acesso em: 6 maio. 2024.

- LE ROY, Ethiene. *O lugar da juridicidade na mediação*. In: *Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 297-301, jul.-dez. 2012.
- PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milano: Giuffrè, 2007.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Novo CPC e a mediação: Reflexões e ponderações. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 48, n. 190, tomo I, abr.-jun. 2011, p. 219-236.
- _____. A mediação e o Código de Processo Civil projetado. In: *Revista de Processo – RePro*, ano 37, v. 207, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 213-238.
- _____. STANCATI, Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista de Processo – RePro*, v. 254, abr. 2016, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- _____. ALVES, Tatiana Machado. Novos desafios da mediação judicial no Brasil: A preservação das garantias constitucionais. In: *Revista de Informação Legislativa* (RIL), ano 52, número 205, jan.-mar. 2015, p. 55-70.
- _____. *Jurisdição e pacificação*: Limites e possibilidade do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: CRV, 2017.
- _____. DUARTE, Márcia Michele Garcia. Interdisciplinaridade, complexidade e pós-modernidade: Premissas fundamentais para a compreensão do processo civil contemporâneo. In: *RJLB*, n. 4, ano 4, p. 955-999, 2018.
- _____. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade. In: *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, tomo 1, p. 241-271, set.-dez. 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_241.pdf. Acesso em: 23 jan. 2023.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil contemporâneo*. 6. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.
- _____. MAZZOLA, Marcelo. Ação de complementação de sentença arbitral: Alguns aspectos controvertidos. In: *Portal Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/observatorio-da-arbitragem/380451/acao-de-complementacao-de-sentenca-arbitra>. Acesso em: 24 maio. 2024.
- _____. MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.
- RESNIK, Judith. Many doors? Closing doors? Alternative dispute resolution and adjudication, 10. In: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 211, 1995. Disponível em: westlaw.com. Acesso em: 15 mar. 2012.
- SANDER, Frank. E. A. Varieties of dispute processing. In: *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul, USA: West, 1979, p. 65-87.
- SANTOS, Boaventura Sousa. As tensões da modernidade. In: *Fórum Social Mundial*. Disponível em: http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1325792284_As%20tens%C3%B5es%20da%20Modernidade%20-%20Boaventura%20de%20Sousa%20Santos.pdf. Acesso em: 24 jun. 2024.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: Uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- STRECK, Lenio. Hermenêutica e concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. In: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (coord.). *A constitucionalização do Direito: A Constituição como lócus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Mandatory Mediation: Is It the Best Choice? In: *Revista de Processo – RePro*, vol. 225, nov. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Reflexões acerca da interpretação e integração da norma jurídica no Positivismo Jurídico

SÉRVIO TÚLIO SANTOS VIEIRA¹

Sumário: Introdução. 1. O direito e a moral. 2. O conflito entre o Direito Natural e o Direito Positivo. 3. O Positivismo Jurídico. 3.1. A eclosão do Positivismo Jurídico com Thomas Hobbes. 3.2. O Código Civil de Napoleão. 3.3. A Escola de Exegese da França. 3.4. A Escola dos Pandectistas. 3.5. A evolução do pensamento positivista moderno. 4. Interpretação e integração da norma jurídica no Juspositivismo. 4.1. A interpretação da norma jurídica. 4.2. A integração da norma jurídica. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O presente texto procede a uma análise da interpretação e integração da norma jurídica, perante o Positivismo Jurídico. Parte do enfoque sobre o Direito e a Moral, seguido do vetusto conflito entre o Direito Natural e o Direito Positivo. Aborda a filosofia positivista e o Positivismo Jurídico, destacando seu conteúdo e as teorias por ele perfilhadas. Prossegue com apresentação das etapas do pensamento juspositivista moderno, dando ênfase à eclosão do Positivismo Jurídico, com a obra de Thomas Hobbes. Acentua a relevância da edição do Código Napoleônico e das Escolas de Exegese da França e dos Pandectistas, comentando as visões dos mais renomados juspositivistas. Exalta as formas e espécies de interpretação e de integração da norma jurídica, segundo o Positivismo Jurídico. Conclui, relativizando o Positivismo Jurídico puro, que se mostra incompatível com o Direito contemporâneo, cuja interpretação das suas normas não deve se afastar da vinculação que mantém com as ciências sociais.

1. O DIREITO E A MORAL

O indivíduo que vive em sociedade se submete a uma gama de normas. Por isso se diz que ele é participativo, já que sua convivência com outros se dá em sociedade. Se dela participa, subordina-se a um comportamento que se norteia pela Ética – o discurso sistemático que trata da conduta moral dos indivíduos participativos na sociedade –, de índole mais ampla do que o Direito. Isso se deve ao fato de que o indivíduo participativo se sujeita às normas jurídicas e às normas morais. O seu comportamento pode ter relevância ou não para o mundo jurídico. Quando as normas são coercitivas, vale dizer, estão dotadas de imperatividade, interessam ao Direito, pois a violação de seus princípios importa em sanção. Do contrário, só interessa à Moral, por violar a consciência.

1 Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Decano e ex-Vice-Diretor da referida instituição. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF (PPGSD-UFF). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Pós-Doutor em Direito pela UMSA. Doutor em Direitos, Instituições e Negócios pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios da UFF (PPGDIN-UFF).

O Direito e a Moral estabelecem princípios que devem ser absorvidos pelos indivíduos livres, tendo por escopo o bem-estar dos que vivem em sociedade. Deve-se admitir que seus princípios convergem na mesma direção, tendo em vista que, além de se traduzirem em normas de limitação do comportamento, têm supedâneo comum, qual seja, a Ética. Apesar desse entrelaçamento entre a Moral e o Direito, há pensadores que porfiam pela aclamação da Teoria da Separação. São os positivistas e os alternativistas. Max Weber e Hans Kelsen integram a corrente do Positivismo, ao passo que Immanuel Kant e Otto K. Apel são integrantes da corrente do Alternativismo.

Para o positivista Max Weber (2009), o Direito tem racionalidade própria intrínseca, funcionando de modo que as pessoas se sentem seguras. A segurança garante a legitimação, que por sua vez lhe dá legitimidade. Para Weber, é inadmissível um conteúdo simplesmente moral das normas. Com lastro em Thomas Hobbes, ele afirma que no “estado de natureza” não há certo ou errado, vigorando a instabilidade e o estado de guerra permanente. Para afastá-lo, faz-se mister celebrar um contrato que dê legitimidade ao Estado para propiciar paz e segurança, as quais devem ser garantidas pelo Leviatã, que passa a estabelecer os direitos.

O Estado é quem institui a ideia de justiça. Só se deve insurgir contra o Leviatã quando ele não proporciona paz e segurança, por ruptura do pacto. O Direito positivado é o parâmetro para a legalidade que gera a legitimidade. A lei deve ser modificada quando não mais proporciona paz e segurança aos indivíduos. Há uma noção de neutralidade jurídica. Na mesma perspectiva de que o único Direito legítimo é o que decorre da norma jurídica, se apresenta Hans Kelsen. Precursor de um Positivismo Jurídico mais acirrado, como adiante é anotado, é o responsável pela Teoria Pura do Direito.

Para os alternativistas Immanuel Kant (2008) e Otto Apel (2005), há uma forte conexão entre Direito e Moral, cujas normas estão unidas. Na conexão forte, a Moral se traduz no braço armado do Direito, via imperativo categórico. Segundo Kant, o estabelecimento de uma ordem jurídica pode ser gerador de uma obrigação. Pressupõe uma adesão, tanto ao procedimento quanto aos produtos. Robert Alexy (1994, p. 79) é partidário de uma conexão fraca entre Direito e Moral:

Todo positivista puede decir que la incorporación de justamente estos principios se basa en el derecho positivo. En una formulación radical, podría decirse que siempre es una cuestión del derecho positivo el que los principios que pertenecen a un sistema jurídico creen o no una conexión entre derecho y moral. Para responder a esto, hay que distinguir entre dos versiones de la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral: una débil y otra fuerte. En su versión débil, esta tesis dice que existe una relación necesaria entre el derecho y *alguna* moral. Según la versión fuerte, existe una conexión fuerte entre el derecho y la moral *correcta*. Aquí habrá de interesar, por lo pronto, solo la versión débil. Se trata, pues, de la tesis según la cual la presencia necesaria de principios en un sistema jurídico conduce a una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Esta tesis será llamada “tesis moral”.

Além de sustentar uma conexão forte entre Direito e Moral, Kant defende a “lei moral”. Trata-se de uma lei universal, anterior a qualquer experiência, que vale para todos os indivíduos, grupos sociais e para as sociedades em geral. Tem fulcro no *imperativo categórico*, que impõe o mesmo comportamento em todas as situações. O imperativo categórico consagra a obediência à lei moral, que deve ocorrer em qualquer situação, sem comportar exceções admitidas pela lei comum, ou seja, pela lei do Direito. É o reverso do *imperativo hipotético*. Sobre o tema registra Kant (2008, p. 45):

Todos os imperativos ordenam, seja hipotética, seja categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de conseguir qualquer outra coisa que se queira (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria o que nos representasse uma ação objetivamente necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro fim.

Em regra, se o comportamento do indivíduo é reprovado pelo Direito, também o é pela Moral. A recíproca, entretanto, não é verdadeira. A conduta dolosa direcionada, no sentido de danificar o patrimônio alheio, é reprovada pelo Direito e pela Moral. O incesto entre membros maiores e capazes de uma família, no Brasil, não se traduz em comportamento reprovado pelo Direito, mas o é pela Moral, visto que abalroa e colide com os bons costumes. A obrigação natural, como, *exempli gratia*, a dívida atingida pela prescrição – fato jurídico em que se adquire ou se extingue direito subjetivo, em virtude do fluxo do tempo e da inércia do titular –, não pode ser cobrada judicialmente, militando em prol do devedor a liberação do dever jurídico de pagar, eis que o credor preferiu deixar passar *in albis* o prazo para assumir um comportamento positivo. Para o Direito, não há mais dever (jurídico). O devedor pode deixar de pagar. O sujeito passivo da relação jurídica está liberado do comprometimento. Para a moral, entretantes, cumpre ao devedor procurar o credor para solver a prestação, no caso, de dar (entregar quantia certa).

Em resumo, pode ser afirmado que a semelhança entre o Direito e a Moral reside no fato de que suas normas são de comportamento, de lastro ético, direcionadas para o bem-estar dos indivíduos participativos e da sociedade. Diferenças, todavia, podem ser salientadas. Destacando as mais relevantes, pode ser dito que: a) O campo de atuação do Direito é menor que o da Moral; b) O Direito é dotado de coercitividade; a Moral não desfruta dessa característica; c) O Direito tem como escopo impedir que um indivíduo ofenda ou prejudique o outro; a Moral tem por fim afastar o mal, incentivando a prática do bem; d) O Direito é constituído de normas de abrangência bilateral; as da Moral têm abrangência unilateral, direcionando-se aos indivíduos de *per se*, na lembrança dos seus deveres éticos; e) O Direito se apresenta de forma concentrada e definida; a Moral é de caráter difuso; f) O Direito pode reprovar o comportamento do indivíduo, independentemente do motivo que o levou a violar a lei; a Moral reprovava a conduta humana se a motivação não for boa, uma vez que inadmitia a desvinculação da ação do motivo que direcionou o indivíduo a assumir o comportamento reprovável.

Assim, verifica-se que há uma tênue vinculação ou uma conexão mitigada entre Direito e Moral. Daí afirmar Dutra (2008, p. 47), ao comentar sobre a relação entre o Direito e a Moral: “[...] o que se busca, portanto, é atribuir eficácia à moral e legitimidade ao direito, o que só será possível pelo relacionamento entre moral e direito”.

2. O CONFLITO ENTRE O DIREITO NATURAL E O DIREITO POSITIVO

De acordo com a lição de Ulpiano, (*Digesto*, Livro I, Tit. I, fr. 1º, § 3º), Direito Natural é o que a própria natureza ensina a todos os animais (*jus naturale, est quod natura omnia animalia docuit*). Malgrado não se possa dizer o mesmo na Era da Modernidade, por se cogitar de uma época muito distante dos conceitos consagrados pelo Direito Romano, há coerência na vetusta definição do Direito Natural, eis que incute a ideia de um Direito em que os indivíduos civilizados têm consciência do valor dos seus princípios e normas, e do respeito que por eles devem manter. Posteriormente, o Direito Natural passou a ser visto como o Direito fundamentado em leis divinas de matiz eterno, que deve ser respeitado por razões religiosas e morais.

Numa época mais próxima da modernidade, vale dizer, no século XVI, instala-se a Escola do Direito Natural, de Hugo Grocio, que se difunde por toda a Europa, forte em que, acima do

Direito Positivo, há um Direito ideal e eterno, arraigado à consciência e proveniente da razão humana, que não tem supedâneo na vontade do legislador. No direito da Era Moderna, mostra-se mais adequado conceituar o Direito Natural como o Direito não positivado, que o indivíduo deve respeitar, tão logo adquira capacidade intelectual, e cujas normas compõem a ética da vida humana em todas as sociedades.

O Direito Positivo se contrapõe ao Direito Natural, já que este tem esteio numa espécie de estatuto de relações humanas e sociais diverso, mais justo, e que provém da natureza e da vontade divina. O Direito Natural ou Jusnaturalismo tem supedâneo em princípios que se posicionam em plano superior ao Direito Positivo, instituído pelo homem. Dimoulis (2006, p. 81) transcreve preleção de Pettoruti e Scatolini (2005, p. 29), que se ajusta ao tema: “[...] podemos reseñar al jusnaturalismo como aquella postura que sostiene que la esencia de la normatividad halla fundamento en principios anteriores y superiores a toda legislación creada por el hombre”.

O mesmo não ocorre com o Direito Positivo. Para o *Jus Positum*, têm validade para o Direito as normas que estão dentro do sistema jurídico, por haverem sido incorporadas ou ditadas pelo legislador. A validade resulta da vontade da lei, como corolário de uma ordem de coação. Se houver incorporação de regra ou norma do Direito Natural pela lei, também terá validade. Contudo, se não está na lei situa-se fora da ciência jurídica.

Assim, o Direito Positivo pode perfilhar princípios e normas do Direito Natural, quase sempre convolados em direitos fundamentais pelas constituições federais. Ao reverso, quando se quedam fora do ordenamento jurídico, seus ditames não são impostos, nem constituem sua essência. Relevante é a antologia de normas jurídicas que integram o sistema jurídico e foram ditadas pela onipotência do legislador.

A distinção entre Direito Natural e Direito Positivo pode se apresentar levando em conta sua origem. Caso se trate de um direito que advém da natureza humana para consecução de seus objetivos, é natural; se for oriundo do conjunto de leis lastreadas na vontade do legislador, é positivo, fazendo eclodir, de acordo com as circunstâncias, o Positivismo Jurídico. Isto não quer dizer que normas e princípios do Direito Positivo se distanciam do Direito Natural. Ao revés, como foi dito, é bem comum o encontro de normas do Direito Natural emolduradas no Direito Positivado. Em outra obra, Dimoulis (2011, p. 91), desta vez com fulcro em lição de outros autores, enfatiza:

O segundo ponto fundamental diz respeito às relações entre o direito natural e o direito positivo. Os partidários do direito natural adotam uma visão *dualista* do direito (Luño, 1997, p. 71; Troper, 2003, p. 16; Matos, 2005, p. 189-190). Consideram que, ao lado do direito natural, existe o direito positivo, isto é, um conjunto de regras de comportamento criado pela vontade política de um povo ou de seus chefes. O direito positivo nunca corresponde plenamente aos mandamentos do direito natural. Quem cria o direito positivo sempre acrescenta ou retira algo do direito natural, como observa Ulpiano.

Antes do século XVIII, conhecido este como “Século das Luzes”, o Direito Natural prevalecia sobre o Direito Positivo, eis que era tido como ciência jurídica da natureza, de caráter obrigatório. O Direito Positivo era relegado ao segundo plano. Entretanto, ainda que influenciado pelo Direito Natural, Montesquieu publica *Do espírito das leis* (1748), afirmando que as leis não resultam da arbitrariedade dos homens, e sim das relações necessárias da natureza das coisas, expondo uma política racionalista, caracterizada pela busca do equilíbrio entre a autoridade do poder e a liberdade do indivíduo. O iluminista convola-se no responsável pela proclamação da Teoria

da Separação dos Poderes. Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, ocorre o enfraquecimento da predominância do Direito Natural sobre o Direito Positivo. É a Era da Modernidade.

No século XIX não há mais lugar para a prevalência do Direito Natural sobre o Direito Positivo. Todo direito passa a ser posto pelo Estado em nome da sociedade. Não mais se comunga com a ideia de que o Direito (Natural) é irrevogável e eterno. O Direito Moderno é revogável, maleável, composto de leis revistas periodicamente, consoante as mudanças sociais, contínuas e permanentes, que exigem do legislador regulamentação a todo instante.

A hegemonia do Direito Positivo é consagrada, ingressando na Era Pós-Moderna, protraindo-se à Era Contemporânea ou Hipermoderna. As modificações contínuas dos valores sociais exigem mudanças das normas que compõem o texto legal, que, por sua vez, requerem interpretação consoante o momento da sua aplicação. A *modernidade líquida*, segundo Bauman (2007, p. 7), consagra a ideia de que as estruturas “[...] não podem mais manter sua forma por muito tempo (nem se espera que o façam), pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo leva para moldá-las, e uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam”.

3. O POSITIVISMO JURÍDICO

Antes de ingressar no estudo do Positivismo Jurídico, cumpre distinguir a Filosofia Positivista ou Positivismo Filosófico do Positivismo Jurídico. O Positivismo Filosófico, fundado por Augusto Comte, foi influenciado pela Teoria do Positivismo Social, de Saint-Simon. Por Comte restou consagrado, em seu *Curso de Filosofia Positiva*, editado entre 1830 e 1842 – uma das obras mais exponenciais do Século XIX –, que o espírito humano deve se afastar do conhecimento da natureza das coisas, para conhecer as verdades extraídas da observação e da experiência dos fatos. A realidade se caracteriza pela exterioridade, ou seja, o conhecimento científico impescinde da objetividade e do estudo dos fatos ocorridos, mediante observação.

Para Comte, o verdadeiro conhecimento depende da “Lei dos Três Estados”, isto é, de uma cognição que se consolida em três estágios: o Teológico, o Metafísico e o Positivo. No primeiro, se verifica que os fatos dependem da intervenção divina; no segundo, de entidades abstratas, e, no derradeiro, de acordo com a relação de causalidade, através da realidade. Esse estágio, que prestigia a realidade dos fatos, é o mais relevante para o Positivismo Filosófico. De certa forma, se vincula ao Positivismo Jurídico, pois nada mais concreto do que se levar em conta a realidade da norma jurídica posta, prevendo solução para o fato ocorrido.

O Positivismo Jurídico se diferencia do Positivismo clássico; entretanto, com este mantém certa vinculação. Primo, por rejeitar um direito oriundo exclusivamente da natureza ou da divindade; segundo, por reprovar as teses metafísicas e acolher todas que decorrerem da exteriorização de norma expressa de lei. O Positivismo Jurídico se opõe às teses idealistas, notadamente quando se funda exclusivamente no direito que não é posto, como o natural, sede de incorporações de ideias, princípios e normas alheios ao jurídico. Segundo Nader (2010, p. 209), “[...] o positivismo jurídico opera com o método empírico, considerando a experiência, o real, como a fonte de conhecimento”.

O Juspositivismo tem origem no Direito Positivo, vale dizer, no direito posto, oriundo do Estado, que o impõe por intermédio das normas constantes de um diploma legal. Tem como objeto o estudo do Direito que advém do poder político, que pode até compreender normas do Direito Natural, avaliadas pelo poder legiferante que as encartou em texto legal garantidor da segurança jurídica dos indivíduos e da paz social.

Quando o Direito não resulta de normas convencionadas ou se traduz em corolário das que foram ditadas pelos indivíduos participativos, diz-se que ele é Natural; se, ao contrário, decorre das normas integrantes de diploma jurídico vigente, é Positivo. O Direito Positivo se traduz no

ordenamento jurídico vigente numa nação, em determinado momento. O Positivismo Jurídico consiste na Teoria da Filosofia Jurídica Moderna, aclamadora de que a realidade do conteúdo do Direito só é constatada quando ele se afasta do Direito Natural, dos princípios e normas que servem de lastro à moral e às ciências sociais a ele vinculadas, como assevera Habermas (2003, p. 250):

O positivismo pretende, ao contrário, fazer jus à função da estabilização de expectativas, sem ser obrigado a apoiar a legitimidade da decisão jurídica na autoridade impugnável de tradições éticas. Ao contrário das escolas realistas, os teóricos Hans Kelsen e H. L. A. Hart elaboraram o sentido normativo próprio das proposições jurídicas e a construção sistemática de um sistema de regras destinado a garantir a consistência das decisões ligadas a regras e tornar o direito independente da política. Ao contrário dos hermeneutas, eles sublinham o fechamento e a autonomia de um sistema de direitos opaco em relação a princípios não jurídicos. Com isso, o problema da racionalidade é decidido a favor da primazia de uma história institucional reduzida, purificada de todos os fundamentos de validade suprapositivos.

O Juspositivismo se contrapõe ao Jusnaturalismo. Isto se deve ao fato deste se apresentar impregnado de conceitos, argumentos e juízos morais, e daquele se afastar do conhecimento metafísico e do que se vincula ao misticismo. O Juspositivismo está focado no que é jurídico, sendo desinfluyente se a interpretação da norma a ser aplicada é justa. Basta que ela se apoie em diploma jurídico para que tenha validade. Embora o Positivismo Jurídico se traduza em tema da Filosofia do Direito, bem difere da Filosofia Jurídica. Esta se preocupa com o justo para os indivíduos participativos; aquele está voltado para a norma jurídica.

O Positivismo Jurídico se caracteriza pela adoção de teoria que revela o prestígio do próprio Direito. Significa dizer que, na verdade, ele se rege por uma teoria *monista*, que se defronta com a teoria *dualista*, a qual adota a observância de normas e princípios do Jusnaturalismo. Ao longo de mais de um século, a teoria *monista* vem recebendo desdobramentos, fazendo surgir novas teorias que vêm modificando o pensamento juspositivista.

Com o desdobramento da teoria *monista*, pode ser dito que para o Juspositivismo: a) O Direito tem origem no Estado e se vincula ao poder legiferante; b) A validade do sistema jurídico prescinde da inclusão de valores morais e não se preocupa com o justo; c) Só tem validade o que resulta do direito posto, através de normas jurídicas encartadas em diplomas legais; d) O Direito é um florilégio de mandamentos decorrentes da vontade dos indivíduos participativos; e) O Direito Positivo está definitivamente desvinculado do Direito Natural; f) O Direito é um sistema fechado, cujas normas podem ser reproduzidas; vale dizer, desfruta de autonomia para se reproduzir, denominada *autopoiese* (cf. Niklas Luhmann, 2005); g) O Direito deve observar o *realismo jurídico*, consagrando a ideia de que sua realidade advém do que é empiricamente constatado, reconhecendo como relevante o que for decidido pelos tribunais; h) O Direito deve se pautar pela *jurisprudência dos interesses*, em que o julgador ou o aplicador da lei se propõe a reconstruir a vontade do legislador, que, no momento da criação da norma jurídica, tomou a decisão mais adequada para solucionar os interesses em conflito; i) O Direito deve se orientar pelo *pragmatismo jurídico*, decorrendo de interpretação do sistema como este efetivamente é, sem que o julgador ou o aplicador da lei demonstre interesse em corrigir o conteúdo das normas jurídicas, ainda que entenda injusto.

3.1. A eclosão do Positivismo Jurídico com Thomas Hobbes

Considerado o precursor do Positivismo Jurídico – por ter sido o fundador da teoria pioneira sobre o Estado Moderno –, Hobbes combateu o Direito Comum (*common law*) da Inglaterra, vigorante no século XVII. O pensamento hobbesiano se insurge contra a teoria que reverenciava e seguia um direito preexistente ao direito posto e imposto pelo Estado, defendida por Edward Coke, autor da obra *Instituições do Direito Inglês* (1628-1644). O litígio filosófico hobbesiano se funda no poder do soberano de ditar o direito e de impô-lo aos súditos, de modo a assegurar o poder do Estado. Não há direito sem que o Estado dite e imponha.

Consoante Hobbes, no clássico *Leviathan* (1651), antes da instituição do Estado e da sua organização não haveria paz nem ordem entre os indivíduos. Esse entendimento contrariava o pensamento de Hugo Grocio, que apregoava o reverso, pois, segundo Grocio, os indivíduos estariam aptos a se socializar, como característica da natureza humana. No *Leviathan*, Hobbes procura justificar e legitimar o *Jus Positum*, levando em conta a capacidade de que o Estado desfruta, para ordenar as relações entre os indivíduos participativos (agora de uma sociedade). Justifica, assim, a necessidade de um Direito Positivo estatal, pois, no “estado de natureza”, eles se relacionariam de acordo com o Direito Natural, de que cada um entende ser titular. A atuação com total liberdade para fazer o que bem entendem termina por instituir a anarquia, onde se verifica o *bellum omnium contra omnes* (“guerra de todos contra todos”).

Para que possam deixar de lutar pela sobrevivência no “estado de natureza”, os indivíduos devem renunciar ao seu estado primitivo, *jus omnium in omnia* (“o direito de todos em todas as coisas”), e celebrar o contrato social, constituindo uma sociedade comandada pelo Estado (Leviatã), que dita o direito e a eles impõe suas normas. O direito positivado no ordenamento jurídico é instituído – incorporando princípios e normas racionais da modernidade – em benefício dos que participam da sociedade. Assim se dá o nascimento da lei civil, de caráter obrigatório, que se distingue da lei natural, de caráter moral e não vinculativa. Sequaz do absolutismo monárquico e defensor do ordenamento jurídico posto pelo Estado, Hobbes sustenta que os indivíduos devem acatar as normas jurídicas. Desse modo, os princípios e normas do Direito Natural não são abandonados; só que agora constam do ordenamento jurídico posto e imposto pelo Leviatã.

Thomas Hobbes não chega ao extremo de comungar com a estrita obediência a um direito estatutário que se insurge contra a *common law* da Inglaterra, ao tempo em que estava sob o domínio dos soberanos absolutistas Jaime I e Carlos I, os quais negavam aos juízes o poder de decidir os litígios com arrimo no Direito Comum. Entretanto, com a formação do Estado, Hobbes entende que não há mais lugar para a aplicação pura e simples da *common law*, tendo em vista que, daí por diante, o Direito passa a ser o Civil, isto é, posto e imposto pelo Leviatã. Nesse sentido, o político e filósofo inglês (Hobbes, 2007, p. 132) sustenta que, “[...] deste Estado instituído derivam todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido mediante o consentimento do povo reunido”.

3.2. O Código Civil de Napoleão

O comando do Estado francês, a partir de 9 de novembro de 1799 (data do que ficou conhecido como “Golpe do 18 Brumário”), ficou a cargo de Napoleão Bonaparte, obstinado no movimento precursor das codificações. Dita obstinação se devia ao seguinte: as legislações vigentes estavam impregnadas de normas e princípios do período pré-iluminista. A Grande Revolução e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão seriam responsáveis pela concretização de uma codificação civil que marcasse efetivamente a Era Moderna. Além disso, a Constituição de

3 de setembro de 1791 foi expressa, no sentido de que se codificasse a legislação civil; daí a urgência de se elaborar um projeto para se convolar no código da modernidade, com o escopo de ratificar a mudança de paradigma das codificações.

No ano seguinte à Grande Revolução, isto é, em 1790, a Assembleia Nacional Constituinte designou uma comissão – formada por J. Portalis (filósofo e jurista), F. Tronchet (Presidente da *Cour de Cassation*), J. Malleville (juiz da *Cour de Cassation*) e F. Bigot de Préameneu (advogado do Parlamento de Paris), presidida pelo jurista Cambacérès – para elaborar o projeto do Código Civil, o que veio a ocorrer em 1800. Foram elaborados e apresentados quatro projetos, sendo que os dois primeiros (em 1802 e 1803) restaram rejeitados. O terceiro e o quarto – sustenta-se que era o mesmo com duas grandes modificações – contaram com a intervenção direta de Bonaparte, que comandou sua aprovação.

Apesar da dificuldade inicialmente encontrada para conciliar os princípios do Direito Consuetudinário com os princípios do Direito Romano – estes perfilhados no Norte da França, a cargo de Tronchet; aqueles no Sul, a cargo de Portalis –, foi possível encartá-los na codificação civilística, graças à habilidade desses dois grandes juristas. A reunião dos princípios e normas que não contrariavam os da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – alguns oriundos do Jusnaturalismo – erigiu o Código Napoleônico à categoria do mais racional código da modernidade. A Lei de 21 de março de 1804 aprovou o *Code Civil*, diploma legal que, além dos princípios adotados, contou com as doutrinas dos juristas Jean Domat, autor do *Tratado das Leis*, e Robert Joseph Pothier, autor do *Tratado das Obrigações*.

O grande prestígio do *Code Napoléonien* reside no fato de ter sido o primeiro Código Civil da Era Moderna, e de ter aclamado o afastamento da Igreja do Direito Matrimonial, e o individualismo liberal, concretizando a filosofia racionalista e emancipando o Direito Civil, até então tutelado pelo Direito Público. Ele abandonou as normas impregnadas de um jusnaturalismo incompatível com a modernidade, apresentando um novo estilo de codificação das leis civis. O Código Napoleônico é o diploma legal pioneiro do Jusracionalismo e do Juspositivismo.

Os princípios e normas perfilhados pelo *Code Napoléonien* se espalharam, não só pelos países europeus, como por todo o mundo. Influenciou, sobremaneira, o Direito Positivo das nações europeias e de outros continentes. Ele é o marco do Juspositivismo moderno, sendo considerado como a Constituição do Direito Privado.

3.3. A Escola de Exegese da França

Com a promulgação do *Code Napoléonien*, surgiram os juspositivistas franco-belgas, os quais fundaram a École de L'exégèse. Dentre eles, destacavam-se Bonnacase, Alexandre Duranton, Jean Demolombe, Charles Aubry, Frédéric Rau, Baudry-Lacantinerie e Troplong, que pugnavam pelo reconhecimento da validade do Direito, tendo como fundamento o que foi incorporado e ditado pelo legislador. O *Code* passa a ser a única fonte do Direito apta a nortear o jurista, quando do exercício da função de interpretar suas normas.

Para a Escola Jurídica ou de Exegese, a hermenêutica está direcionada, restritivamente, àquele diploma legal, que, de acordo com sua filosofia, não deixava lacunas. A Escola de Exegese tem como princípio geral a completude da codificação. Isto quer dizer que ela prescinde de interpretação e de integração das suas normas, por se tratar de diploma legal sem lacunas, e que prevê todas as situações jurídicas que podem se apresentar, cabendo ao juiz apenas ajustá-la para solucionar o litígio.

A interpretação do *Code Napoléonien*, através dos meios ou métodos adotados, é suficiente, afastando a interpretação científica, no entendimento da Escola. Argumentavam seus sequazes que a interpretação doutrinária explicita entendimentos dedutivos e alheios aos que restaram positivados na codificação. Ditos entendimentos poderiam ser contaminados por opções e ideologias políticas, além do caráter pessoal do intérprete, não assumindo valor jurídico.

A Escola chegava ao extremo de proclamar que o Direito Civil prescindia de ensino jurídico; apenas o *Code Civil* devia ser lecionado. Segundo a Escola de Exegese, a leitura das normas encartadas no Estatuto Civilístico francês não deixava dúvidas vergadas à interpretação. Acrescenta Bobbio (2008, p. 265), ao tratar da completude na sua Teoria do Ordenamento Jurídico:

O caráter peculiar da escola de exegese é a admiração incondicional pela obra realizada pelo legislador, através da codificação, uma confiança cega na suficiência das leis, a crença definitiva de que o código, uma vez emanado, basta completamente a si mesmo, não tenha lacunas, em resumo, o dogma da completude jurídica.

Ao proclamar que o *Code* é a única fonte do Direito, ou seja, que direito é o que nele está positivado, além de consagrar que a interpretação científica não tem valor – por se divorciar dos entendimentos incorporados nas normas jurídicas –, percebe-se que a Escola de Exegese é uma das primeiras afirmações do Juspositivismo moderno, iniciado em 1804, alcançando o seu apogeu em 1840, e iniciando o seu declínio em 1879, ou seja, um século após a deflagração da Grande Revolução. Isto porque há um certo radicalismo quando a Escola proclama a prescindibilidade da interpretação da norma, seja qual for a fonte, e imprescindibilidade do ensino, tão só, do Código Civil francês. Sobre a imediata compreensão do preceito legal, que dispensa qualquer interpretação da norma, destaca Neves (2011, p. 29-30):

Tronchet, o presidente da comissão que elaborou o Código Napoleão (o Código Civil francês, de 1804), orientou-se, na elaboração do trabalho, pela ideia de que os artigos do Código deveriam ser compreendidos por qualquer cidadão; bastaria ao homem comum ler a norma e tomar ciência de como deveria proceder, sem necessidade de recorrer a nenhuma outra fonte.

A Escola, de qualquer modo, teve grande aceitação no mundo jurídico daquele tempo. Isto se deve ao fato de ela afastar os influxos do Jusnaturalismo, que desfrutava de hegemonia na Era Pré-Moderna. O Direito Natural, à época, influenciava renomados juristas contrários ao Juspositivismo, ou seja, avessos ao Direito imposto por diploma legal repleto de normas jurídicas que necessitavam de interpretação e de integração.

Malgrado a grande aceitação do extremo positivismo jurídico perfilhado pela Escola de Exegese, à época, a construção do Direito, exclusivamente pelo Juspositivismo, recebe, atualmente, críticas, como faz Goyard-Fabre. A autora, da mesma nacionalidade dos sectários da sobredita Escola, no estudo sobre “os equívocos do positivismo jurídico” (2002, p. 101), afirma:

[...] por fim, a construção de um direito que, invocando critérios de racionalidade científica, se fechasse dentro das grades de uma legislação abstrata de alcance mais ou menos geral, teria fortes chances de gerar uma sistematização do direito rígida e sem vida.

3.4. A Escola dos Pandectistas

Quase no mesmo diapasão da Escola da Exegese, foi fundada, na Alemanha, no início do século XIX, a Escola dos Pandectistas. Era integrada por juristas que passaram a pesquisar as *Pandectas* ou *Digesto* de Justiniano, objetivando formular princípios e doutrinas, redigir e elaborar normas jurídicas que viessem a ter influência no Direito vigente naquele país. A Escola foi fundada pelos juristas Bernhard Windscheid, Heinrich Dernburg e Ernest Bekker.

A Escola dos Pandectistas foi seguida pela Escola Histórica do Direito, que, desde logo, passou a rejeitar o Jusnaturalismo, notadamente quando fundado no “direito eterno e universal”, reafirmando a relevância do Juspositivismo. Dentre os juristas mais expressivos dessa Escola, podem ser lembrados o seu fundador, Friedrich Karl von Savigny, Gustav Hugo e Georg Friedrich Puchta. Apesar das ideias juspositivistas, o fundador da Escola se insurgia contra a proposta de codificação do Direito alemão, apresentada pelo jurista Thibaut.

O pensamento da Escola dos Pandectistas não foi inútil. Um dos seus maiores seguidores, Windscheid, juntamente com o jurista Plank, participou da comissão legislativa de 1887-1888, designada para a elaboração do projeto que se convolveu no Código Civil alemão, o *Bürgerliches Gesetzbuch*, ou simplesmente BGB, como é conhecido, passando a vigorar a partir de 1º de janeiro de 1900. Nele são encontradas normas jurídicas que resultaram dos estudos realizados pela sobredita Escola, que vieram a influenciar a elaboração de códigos posteriores que perfilharam comandos legislativos nele contidos. A Áustria foi o primeiro país a reverenciá-lo, ao editar leis esparsas, a partir da sua vigência, adotando seus princípios. Em seguida, foi a vez da Hungria e, mais adiante, da Grécia, da Polônia e da Itália. Registra Vieira (2012, p. 22) que “[...] essa nova técnica influenciou também países asiáticos e chegou à América do Sul”.

3.5. A evolução do pensamento positivista moderno

Considerado o fundador do Positivismo Jurídico moderno, instalado após a edição do *Code Napoléonien* – que conseguiu conciliar diversas correntes juspositivistas, notadamente predominantes nas Escolas da Exegese da França e da Alemanha, e no utilitarismo, a cargo de Jeremy Bentham, da Inglaterra –, John Austin é o precursor da *jurisprudence (juris prudentia)* ou jurisprudência analítica (*analytical jurisprudence*). Por esta teoria – também chamada de Teoria Geral do Direito, que deu nome à obra que publicou em 1832, denominada *The province of jurisprudence determined* –, Austin afirma que é necessário estudar “[...] questões teóricas que dizem respeito à natureza das leis e dos sistemas jurídicos, à relação do direito com a justiça e a moralidade, e à natureza do direito”. Os fundamentos do seu positivismo jurídico são três: a) Afastar o Direito da Moral; b) Reconhecer o Direito como oriundo de mandamentos dos indivíduos; c) Considerá-lo imprescindível ao comando advindo de uma autoridade soberana.

O último fundamento é o que mais evidencia a teoria austiniana, por afirmar que o Direito depende da edição de um conjunto de normas ditadas pelo soberano, ou depois de ele ser autorizado a ditá-las, para que os indivíduos participativos possam atingir a felicidade. Esta finalidade caracteriza o Utilitarismo. Austin só não ficou de fora do rol dos positivistas, nem foi taxado de utilitarista, por haver repugnado a filosofia jusnaturalista.

O Juspositivismo austiniano consagra a ideia de que o objeto da jurisprudência analítica é o reconhecimento do Direito como ele se apresenta, por meio das normas jurídicas, que são entendimentos estruturados sob a forma de um comando imposto pelo Estado. Na *jurisprudence* são identificadas as concepções juspositivista, imperialista e estatal do Direito. Também merece atenção a distinção que o autor faz entre o Direito Legislativo e o Direito Judiciário. Essa diferenciação vai ratificar sua concepção juspositivistas, quando ele posiciona o primeiro em plano superior, e o segundo em plano inferior.

O Direito Legislativo, segundo Austin, é o que advém do conjunto de normas gerais e abstratas, destinadas a solucionar um número indeterminado de conflitos de interesse, que vão se apresentar durante o tempo de vigência da lei. O Direito Judiciário é o que provém da reunião de normas particulares, destinadas a solucionar determinado conflito. Por isso, o autor enumera características do Direito Judiciário que o posicionam em plano inferior ao Direito Legislativo, destacando que o

primeiro: a) É pouco conhecido, por não desfrutar de acessibilidade pelos indivíduos que não participaram do litígio; b) Decorre do funcionamento célere da jurisdição, que não pode demorar a tomar a decisão; c) É de caráter individual, não servindo de regra geral; d) Não é de fácil compreensão, em virtude das particularidades do conflito, nem é possível sua imposição geral, pelo mesmo motivo.

Contudo, ele reconhece que, ao proceder a interpretação da norma jurídica, o Direito Judiciário também é estatal, por ter sido construído pelos juízes, que são autoridades subordinadas, porém detentoras de poder delegado pelo Estado.

Ao reverenciar o Direito Legislativo, reconhecendo a validade do Direito Judiciário, ainda que o posicionando em segundo lugar, e vendo em ambos um Direito produzido pelo Estado – o qual emite normas jurídicas impostas aos indivíduos participativos, quer diretamente pela lei, quer pelas resoluções judiciais –, Austin afirma sua condição de juspositivista. Sobre o tema, Bobbio (2006, p. 112) enfatiza que Austin critica o Direito Judiciário porque “[...] deve ser substituído por uma forma superior de direito, isto é, pela codificação”.

Em seguida, pode ser destacado o Juspositivismo de Hans Kelsen, caracterizado pela Teoria do Direito Positivo, que se propõe a conhecer o próprio objeto do Direito, por meio da sua desvinculação do Direito Natural e das Ciências Sociais, para lhe dar validade. A teoria de Kelsen pugna pela garantia de um conhecimento dirigido exclusivamente ao direito posto, afastando qualquer outro que não lhe diga respeito ou esteja desvinculado do seu objeto. De acordo com esse entendimento relevante, se faz encontrar a “pureza” do Direito, para que se alcance escorreita interpretação e adequada integração da norma jurídica. O Direito deve arredar tudo que não estiver direcionado ao seu foco, e não tiver a lei como fonte. Para o autor, inexistente direito, a não ser o que é ditado pelo legislador, como corolário de uma ordem de coação. O que não se encontra na lei está fora da ciência jurídica. Sustenta Kelsen (2006, p. 01) que é necessário “[...] libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental”.

No Positivismo Jurídico kelseniano, os fundamentos do Direito Natural devem ser rejeitados. Além disso, não há lugar para a adoção de pressupostos do que constitui um Direito metafísico-transcendental. Em outro estudo, encartado em apêndice de conhecida obra, sob o título “Positivismo jurídico; Direito e poder”, Kelsen (2005, p. 622-623) registra que o Direito Positivo é um produto humano, inadmitindo especulação jusnaturalista:

Esta é a base filosófica e psicológica da teoria jurídica que rejeita seriamente o pressuposto de um Direito natural e é chamada positivismo jurídico. O seu caráter epistemológico pode ser aqui traçado nos seus elementos essenciais. Enquanto o positivismo recusa qualquer especulação jusnaturalista, ou seja, qualquer tentativa de reconhecer um ‘Direito em si’, ele se restringe a uma teoria do Direito positivo. Desse modo, o Direito positivo é tomado unicamente como um produto humano, e uma ordem inacessível não é, de modo algum, considerada necessária à sua justificação. Ao mesmo tempo, não se reivindica nenhum valor absoluto para o Direito. Ele é considerado como possuindo uma validade hipotético-relativa.

A teoria pura está divorciada de considerações ideológicas, inadmitindo juízo de valor sobre qualquer sistema jurídico. A análise da norma jurídica não pode sofrer influência de estudos sociológicos, políticos, econômicos ou históricos do Direito. De conformidade com preleção do autor, a interpretação da norma jurídica se traduz em procedimento de inteligência, que acompanha o desenvolvimento de aplicação do direito de um órgão superior para um órgão inferior,

ou para uma pessoa. Interpretar é deslindar o conteúdo que deve ser dado à norma que emana de resolução judicial ou de decisão administrativa. Acerca da interpretação, enfatiza Kelsen (2006, p. 387) que consiste em “[...] saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto”.

Na interpretação da lei, em sentido amplo, deve ser levado em conta: a) O significado da resolução judicial ou da decisão administrativa proferida com esteio no diploma legal invocado; b) Os princípios da Constituição Federal no processo legislativo e na edição de decretos e decisões administrativas; c) O conteúdo dos tratados internacionais e normas de Direito Internacional Geral Consuetudinário, quando aplicados por tribunais ou órgãos administrativos internacionais ou nacionais; d) A substância das normas administrativas individuais e dos negócios jurídicos; e) Sua destinação e compreensão pelos indivíduos.

Se a interpretação considera todos os critérios ressaltados, é válido dizer que, de acordo com o Positivismo de Kelsen, a interpretação da norma jurídica pode ser analisada do ângulo objetivo e do ângulo subjetivo. Do ângulo objetivo, a interpretação da norma, *lato sensu*, pesquisa o conteúdo material a se desvendar e conhecer. Do ângulo subjetivo, a interpretação investiga a quem se destina a compreensão e observação, ou seja, quais as pessoas que se obrigam a cumpri-la e a obedecê-la.

No Positivismo Jurídico de Kelsen, a interpretação da norma jurídica não se limita a alcançar um único resultado. O desvendamento do seu conteúdo é plúrimo, apresentando várias soluções. No entanto, nem por isso se afasta do Positivismo *lato sensu*, eis que ao intérprete não é dado invocar, *verbi gratia*, normas da moral, de justiça distributiva, interesse público, valores sociais, ou mesmo o bem comum. Transportando o Juspositivismo kelseniano para o Juspositivismo brasileiro, não haveria lugar para acolhimento da norma insculpida no art. 5º do Decreto-Lei n. 4.657/1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), quando dispõe que, ao aplicar a lei, o juiz deverá atender aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum.

Os fins sociais e o bem comum são objetivos de uma interpretação da lei voltada para o Jusnaturalismo, o Utilitarismo e a Teoria da Justiça. Essa interpretação se funda na tolerância, na justiça política e na justiça distributiva, e adota princípios que se distanciam do Positivismo Jurídico, como, e. g., o Princípio da Perfeição a que alude Rawls (2008, p. 405), quando afirma que “[...] as exigências da perfeição anulam fortes reivindicações da liberdade”.

De acordo com o Positivismo Jurídico kelseniano, a interpretação da norma jurídica, quanto à fonte utilizada, pode ser autêntica e não autêntica. A interpretação autêntica da norma jurídica é aquela em que o próprio texto legal procura esclarecer o seu conteúdo ao intérprete. Isto ocorre através da expedição de um diploma legal posterior ou do exame da norma jurídica subsequente. Nesse caso, pode ser dito que se tem uma interpretação autêntica de índole interna. Esta, em regra, é obtida através do exame da norma jurídica subsequente, constante de uma segunda parte ou de um parágrafo do mesmo preceptivo legal. A interpretação não autêntica é a que se obtém através de estudo e análise do que não conta com o texto legal. Trata-se de interpretação de índole externa. Subdivide-se em científica e jurídica.

Na interpretação não autêntica científica, também conhecida como doutrinária, o desvendamento da lei inadmite conclusão que venha a consagrar direito mais amplo ou, como prefere a Teoria Pura do Direito, um Direito novo, através da jurisprudência dos conceitos. A exacerbação da pureza do Direito, que caracteriza o Positivismo kelseniano, chega ao extremo de repelir o preenchimento da lacuna da lei, na interpretação não autêntica científica, sob o fundamento de que é tarefa atribuída aos órgãos encarregados de aplicar o direito. O objetivo da interpretação não autêntica científica é proclamar os possíveis significados dos textos legais.

Na interpretação não autêntica jurídica, realizada pelos órgãos encarregados de aplicar o direito, admite-se o preenchimento da lacuna da lei. A interpretação em epígrafe se subdivide em administrativa e judicial ou judiciária.

A interpretação não autêntica administrativa é a obtida por meio das decisões proferidas por órgãos administrativos que aplicam a norma. Advém da decisão de órgãos administrativos, através do exame e análise da norma, levando-se em conta as graduações hierárquicas, prevalecendo a que restou proferida na última instância administrativa. Caso não haja impugnação da decisão administrativa na via judicial, a interpretação prevalecerá.

A interpretação não autêntica judiciária é obtida por intermédio das resoluções expedidas pelos órgãos jurisdicionais de qualquer grau, após o seu trânsito em julgado. Os princípios da Teoria Pura do Direito consagram a ideia de que a interpretação não autêntica judiciária é a única que comunga com o preenchimento da lacuna da lei. Mas, enquanto a interpretação não autêntica administrativa desfruta de validade no âmbito interno, a interpretação não autêntica judiciária tem repercussão externa.

Esta assertiva decorre do fato de que a interpretação não autêntica jurídica, procedida por órgãos administrativos que aplicam a lei, não irradia coisa julgada, mesmo quando esgotada a via administrativa, por decisão proferida em recurso hierárquico. Considerando que somente a decisão judicial transitada em julgado irradia *res judicata*, a lacuna da lei deve ser preenchida, exclusivamente, pelos órgãos jurisdicionais. Para tanto, os magistrados ficam autorizados a se servirem da analogia, dos costumes e dos Princípios Gerais de Direito, consoante dispõe o art. 4º do Decreto-Lei n. 4.657/1942. Trata-se de recomendação legal destinada a suprir o vazio da norma legal, uma vez que a solução do conflito de interesses tem que ser dada, ainda que por meio de um complemento que venha a suprir a sobredita lacuna.

Para o Direito Positivo francês, a lacuna da lei – que pode decorrer do seu silêncio, obscuridade ou insuficiência – deve ser suprida pelo dever do juiz de julgar, sob pena de responder funcionalmente por denegação de justiça. Dispõe o art. 4º do *Code Napoléonien*: “[...] le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”. No que diz respeito às fontes e à aplicação da lei, o art. 1º do *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina* estabelece que deve ser levada em conta a finalidade da norma. Os usos, práticas e costumes são vinculantes “[...] cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

O Juspositivismo de Norberto Bobbio se apresenta mais abrandado, admitindo certos pressupostos do Direito Natural, sem se afastar do Direito Positivo. No seu entender, o Direito Positivo pode adotar princípios do Direito Natural, que, no entanto, não constituem sua essência. O Positivismo Jurídico é o resultado da predominância do Direito Positivo sobre o Direito Natural. Isto decorre da luta travada entre os dois, o primeiro arrimando-se em normas jurídicas ditadas pelo legislador; o segundo, nos princípios e pressupostos metafísico-transcendentais. Bobbio (2006, p. 21) sustenta que:

Para dar um último exemplo da distinção entre direito natural e direito positivo, iremos escolhê-lo no limiar da época em que nasce o positivismo jurídico, isto é, aos fins do século XVIII, em Glück, que em seu *Commentario alle Pandette* (Milão, 1888, vol. 1, pp. 61-62) diz: o direito se distingue, segundo o modo pelo qual advém à nossa consciência, em *natural* e *positivo*. Chama-se direito natural o conjunto de todas as leis, que por meio da razão fizeram-se conhecer tanto pela natureza, quanto por aquelas coisas que a natureza humana requer como condições e meios

de consecução dos próprios objetivos... Chama-se direito positivo, ao contrário, o conjunto daquelas leis que se fundam apenas na vontade declarada de um legislador e que, por aquela declaração, vêm a ser conhecidas.

Consoante o autor, a interpretação da norma jurídica é função da jurisprudência, após a edição da lei. No seu entendimento, a atividade relativa ao Direito se divide em dois momentos: o criativo e o cognoscitivo. No momento em que a lei toma corpo e passa a vigor, é disparado o gatilho interpretativo pelos encarregados de desvendar o seu conteúdo. Pessoas físicas e jurídicas, não só acompanham a elaboração da lei, como também se interessam pelos seus princípios, já que poderão aproveitar sua edição para, *exempli gratia*, celebrar negócios jurídicos regidos pelo direito novo que decorre da entrada em vigor do diploma legal. Trata-se de um primeiro momento interpretativo, denominado ativo ou criativo.

Em seguida, vem a atividade interpretativa da ciência jurídica, chamada de atividade cognoscitiva, objetivando sua aplicação. Dá-se através da jurisprudência, cujo objetivo está direcionado para a reprodução do direito, ou seja, explicar, através de meios lógico-racionais, o conteúdo da norma jurídica. Para o Positivismo Jurídico de Bobbio, a função da jurisprudência é a interpretação do direito, e não sua criação, por se traduzir na sua própria atividade. A interpretação reprodutiva do direito dá-se através da atividade jurisdicional, cujo monopólio, entretantes, está limitado ao texto da lei, admitindo-se, quando muito, que ela transborde e se situe fora do texto, sendo descabida a oposição ao legislador. A interpretação jurisprudencial sofre a limitação antes ressaltada, exatamente em decorrência do Positivismo Jurídico.

O que não se admite é a interpretação contra o texto legal, vale dizer, a interpretação antitextual. Nessa espécie de interpretação, o entendimento do intérprete se defronta com a vontade do legislador, que, ao encartar a norma no texto legal, sopesou os interesses em conflito para estabelecê-la. O intérprete, assim agindo, abalroa a jurisprudência dos interesses, isto é, o que foi objeto de deliberação no momento da votação da lei. Por isso, não é demais afirmar que a interpretação antitextual mais condiz com o Jusnaturalismo, do que admite a influência de regras e princípios diversos dos adotados pelo Juspositivismo.

A interpretação jurisprudencial textual deve utilizar os meios que lhe são comuns: o léxico, o teleológico, o sistemático e o histórico.

O meio léxico – que Bobbio admite chamar de gramatical com boa vontade, haja vista que para ele há diferença – utiliza os contextos linguísticos para obter o significado dos termos utilizados pelo legislador. O meio teleológico se lastreia na *ratio legis*, isto é, no motivo ou finalidade da norma jurídica. O meio sistemático utiliza o cotejo das normas, umas com as outras. O meio histórico reconstrói a vontade do legislador, com observação e pesquisa dos trabalhos que antecederam à edição da lei.

No que pertine à interpretação extratextual, o entendimento do autor está direcionado no sentido da sinonímia com a interpretação integrativa ou autointegração da norma jurídica, que deságua na analogia *legis*, consistente na interpretação extratextual que se procede, por intermédio da formulação de uma nova norma jurídica, semelhante à já existente no sistema legal, para disciplinar caso concreto não previsto, porém similar à situação fática apresentada. Situa-se muito próximo da interpretação extensiva, que é uma forma de interpretação de resultado, com ampliação do seu conteúdo para abarcar o caso concreto.

A analogia *legis* só é permitida quando a situação não prevista em lei se identifica com a situação antevista, e essa identificação atende ao espírito da lei (*ratio legis*). Se esses pressupostos não estiverem reunidos, não se pode falar em analogia *legis*. Quando muito em interpretação extensiva, em que a aplicação da norma jurídica a caso não previsto, a

este é estendida. O permissivo para que se adote o procedimento da analogia é a semelhança da hipótese não prevista com a hipótese prevista em lei. Bem dispõe o art. 4º do Código Civil espanhol a respeito: “Procederá la aplicación analógica de las normas quando éstas no contemplan un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

A analogia *juris* é a interpretação extratextual que se procede por meio da incorporação de Princípios Gerais de Direito adotados pelas normas do diploma legal que cuida da matéria, de onde o intérprete procura extrair uma norma de caráter geral, que se presta à aplicação ao caso concreto. Também se emoldura como integração.

A evolução juspositivista chega ao seu termo com Hart. Autor da obra *O conceito de Direito (The Concept of Law)*, publicada em 1961, Herbert Lionel Adolphus Hart – seguidor da Teoria Jurídica Analítica – inovou acerca do Juspositivismo, ao dar importância relativa à imperatividade, à coercitividade e à obrigatoriedade do Direito e absoluta à sua concepção, afirmando que ele se traduz em um sistema de normas sobre normas de conduta e práticas sociais determinadas pelos seus próprios critérios de validade e obrigação decorrentes da normatização. Hart destaca que o Juspositivismo, até então consagrado, não transparece a natureza do caráter obrigatório do Direito, fundado exclusivamente na lei, como meio de manter a ordem e vincular os indivíduos participativos, enquanto que a origem desse caráter obrigatório se deve à estrutura do sistema jurídico moderno, que, ao invés de impor suas normas, faz com que elas sejam aceitas por todos. Para ele, o Positivismo Jurídico se direciona, no sentido de que o Direito é um sistema em que as normas jurídicas comandam os que detêm o poder, e os que governam, não comandam.

O Juspositivismo hartiano consagra a ideia de que a existência do direito impescinde de regras constitutivas do seu sistema jurídico. As regras do sistema jurídico devem ser obedecidas em caráter geral e aceitas pelas autoridades, como normas de comportamento oficial. Hart denomina essas regras de primárias e secundárias, as quais devem ser unidas para que se convoem em obrigações fundamentais e outorguem validade ao Direito. Tendo validade, as regras ganham a característica de regra geral, sendo dirigida às autoridades encarregadas de aplicar o direito.

As regras do Direito positivado podem incluir as que são juridicamente reconhecidas, e as que se referirem ao “conteúdo mínimo de direito natural” (*minimum content of natural law*). Hart afirma que todo sistema jurídico deve contar com elementos normativos, para que adquiram a qualidade de regras jurídicas. Esses elementos podem advir do Jusnaturalismo. São eles: a) Tutela da vida e da integridade física, ou seja, a vulnerabilidade humana; b) Redução das desigualdades, para que os indivíduos participativos se aproximem da igualdade; c) Distribuição dos recursos naturais limitados; d) Limitação da liberdade dos indivíduos participativos, uma vez que as sociedades são caracterizadas por um altruísmo limitado; e) Previsão de sanções a serem cominadas aos que transgredirem as regras, haja vista as imperfeições dos seres humanos. Esses elementos – inspirados na visão hobbesiana – devem ser incorporados ao sistema jurídico, independentemente da vontade do legislador, que, com relação àquelas regras, não dispõe de qualquer poder para recusá-las, pois a ausência delas acarretaria a desordem social.

Assim, o Positivismo Jurídico hartiano consiste em instituir um sistema jurídico composto de regras abrangentes de todas as situações, de modo a impor o que ele chama de *regra de reconhecimento*, para dar validade ao Direito. É uma versão juspositivista consentânea com a Era Contemporânea. Por isso, Morrison (2006, p. 418) acentua que a “[...] obra de H. L. A. Hart é amplamente reconhecida como o apogeu do positivismo jurídico”.

4. INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DA NORMA JURÍDICA NO JUSPOSITIVISMO

A lei é fonte principal ou concreta do Direito Positivo. Ainda que ostente clareza, urge interpretar suas normas. Com o decorrer da sua leitura, a clareza vai se esfumando e o seu conteúdo se tornando nebuloso. Ao se completar a leitura do diploma legal, não é incomum a constatação de que há necessidade de se proceder a uma profunda e meticulosa interpretação. Enfim, a lei não pode ser aplicada sem se desvendar o seu verdadeiro conteúdo, sob pena de não se atingir os fins para os quais foi editada.

As teorias juspositivistas conclamam o prestígio do direito positivado, ou, como se tem dito, do direito posto, ou ainda, das normas jurídicas constantes do texto legal. O Jusnaturalismo, as normas e os princípios das ciências humanas e sociais são posicionados em plano secundário. O sistema jurídico que serve de lastro à aplicação, interpretação e integração da norma é o que se situa em primeiro plano. O intérprete não está dispensado de desvendar o verdadeiro conteúdo das normas, vale dizer, de interpretá-las.

A tarefa de interpretação que lhe foi assinada não requer grande esforço. As situações previstas nas normas jurídicas encartadas no texto legal, prevendo situações *in abstracto*, são apresentadas para consagrar a vontade legal direcionada a solucionar a questão ou o conflito. O intérprete agora vê a situação *in concreto*, que a lei tratava no plano abstrato. De acordo com sua experiência, procede à análise do seu conteúdo para a adequada aplicação de determinada norma integrante do sistema legal.

4.1. A interpretação da norma jurídica

No procedimento de interpretação das normas jurídicas, interessa conhecer o seu verdadeiro conteúdo, como ressaltado. O intérprete quer descobrir seu sentido e seu significado. Como ocorre amiúde, as normas jurídicas integrantes do sistema não são absolutamente claras. Não há lugar para o brocardo *in claris cessat interpretatio* (“A interpretação cessa no claro”). Toda norma jurídica há que ser interpretada. Nenhum preceptivo legal é totalmente claro, a ponto de prescindir do desvendar do seu verdadeiro conteúdo. Dantas (2001, p. 105) registra que “[...] a interpretação procura, entretanto, a finalidade, ou o fundamento da lei, quando se indaga a que efeitos práticos respondeu a criação da lei”. Rabinovich-Berkman (2006, p. 73) enfatiza:

como los preceptos no son absolutamente claros, y hay conductas no exactamente normadas, es necesaria la interpretación. La aplicación de cualquier precepto, por claro que sea, exige interpretarlo, para pasar del enunciado general que trae, al caso concreto que se presenta.

Ao se dedicar ao estudo do *raciocínio judiciário e interpretação*, Rigaux (2003, p. 306) enfatiza:

O problema da interpretação que está no centro do raciocínio judiciário não tem por único objeto a inteligência dos textos normativos escritos, emanantes de uma autoridade pública (lei, regulamento, ato administrativo, decisão judiciária, etc.). O costume, os usos, os atos jurídicos privados, os comportamentos individuais, inclusive aqueles que não se revestem de uma forma oral (gestos, silêncios, ações e inações, omissões), oferecem-se à interpretação judiciária.

Quase todas as normas jurídicas que compõem a lei e integram o Direito Positivo são, em regra, ambivalentes, possibilitando interpretação. A ambivalência dos preceitos legais deve

ser afastada com a interpretação, por meio do elemento histórico e da análise dos debates que antecederam à votação, além do momento em que os interesses foram sopesados e postos, em seguida à votação, no texto legislativo (jurisprudência dos interesses). Outro meio de se arredar a ambivalência do preceito legal é investigar a causa, o motivo para qual a lei restou editada, ou seja, perscrutar o que a norma, dela constante, quis regular ou tratar. Em outras palavras, conhecer sua finalidade. Mais uma vez, Hobbes alerta (2007, p. 204):

Quanto às leis escritas, facilmente serão mal interpretadas se forem breves, devido à diversidade de significações de uma ou duas palavras. Se forem longas, serão ainda mais obscuras, devido à diversidade de significações de muitas palavras. Deduz-se que nenhuma lei escrita, que seja expressa em poucas ou em muitas palavras pode ser bem compreendida sem uma perfeita compreensão das causas finais para as quais a lei foi feita.

De outra parte, a interpretação das normas jurídicas faz-se mister para manter vivo o trabalho do legislador, atualizando a vigência da lei. A interpretação induz a renovação do conteúdo das normas, sem que ela necessite de reforma, por meio de alterações, modificações do texto, nova redação, supressão de parágrafos ou de incisos. É assim que vetustos diplomas legais mantêm sua validade, em arremedo de ultratividade das suas normas, invadindo uma Era além do seu tempo. Leciona Pereira (2009, p. 187) acerca do tema:

Na verdade, só o esforço hermenêutico pode dar vida ao nosso Código Comercial, publicado em 1850, diante da complexidade da vida empresarial de nossos dias; só pela atualização do trabalho do intérprete é possível conceber-se o vigor do Código Napoleão, que vem de 1804, ou a sobrevivência dos cânones da Constituição americana de 1787.

Com isso, se evita a instauração de um movimento reformador da lei, muitas vezes açodado e desnecessário. Se a lei é destituída de movimento renovador, a interpretação a retira da estática. Em consonância com o que sustenta Maximiliano (1979, p. 12):

O intérprete é o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita. Esta é estática, e a função interpretativa, a dinâmica do Direito.

Há um certo momento em que, na vigência de uma lei secular, faz-se mister introduzir alterações, modificações ou supressão de normas jurídicas obsoletas. Isso, contudo, não é o suficiente para revogá-la, restando claro que a hipótese seria de simples reforma, para que não se cometa equívoco irreparável, como ocorreu com a lamentável revogação do Código Bevilacqua, de 1916, pelo Código Reale, de 2002, que, de acordo com o registro de Vieira (2012, p. 36), é parcimoniosa e paradoxal, “[...] por haver mantido ou se preferir dizer, ter reproduzido, com o mesmo conteúdo e a mesma redação ou assemelhada, em torno de 1.340 artigos do Estatuto anterior”.

No retorno do tema, tem-se que, no Positivismo Jurídico, a interpretação é alcançada, utilizando-se as fontes, os meios adequados, e observando-se os resultados obtidos, tal como se precede em qualquer estudo pertinente à interpretação das normas jurídicas. Consequentemente, a interpretação da lei pode ser quanto às fontes, aos meios e aos resultados.

Quanto às fontes, a interpretação pode ser: a) Autêntica ou legislativa; b) Científica ou doutrinária; c) Judicial ou judiciária.

A interpretação é autêntica quando decorre da própria lei, através de norma jurídica subsequente, ou constante de uma segunda parte, ou, ainda, de parágrafo do mesmo preceptivo legal, na busca de explicação do dispositivo anterior ou da primeira parte, ou, ainda, do *caput*, como foi dito anteriormente. O art. 27 do Código Civil, *v. g.*, interpreta quem é considerado “interessado” para requerer a abertura da sucessão provisória do ausente, desvendando o conteúdo do art. 26. O art. 138 do mesmo diploma legal estabelece, em matéria de vício do consentimento ou defeito do negócio jurídico, que este é anulável quando a declaração de vontade emanar de erro substancial (ou essencial). A norma jurídica subsequente, isto é, o art. 139, esclarece em que consiste a espécie de erro que contamina o consentimento, possibilitando a invalidação do negócio jurídico no prazo que estabelece.

Outros exemplos de interpretação legislativa podem ser ressaltados. O parágrafo 1º do art. 500 do Ordenamento Civilístico esclarece o significado de “dimensões enunciativas”, para efeito de caracterizar a venda *ad corpus*, depois de definir, no *caput*, em que consiste a venda *ad mensuram*. O parágrafo 1º do art. 23 da Lei n. 8.245/1991 (Lei do Inquilinato) interpreta o n. XII do mesmo preceito legal, desvendando o significado de “despesas ordinárias de condomínio”, as quais o locatário deve suportar. Como se vê, cogita-se de uma “arrumação interna da casa”, vale dizer, é a própria lei que, *não se olvidando de explicar, fornece ao intérprete* uma norma continuativa, para que ela possa incidir no caso concreto.

A interpretação não autêntica, como foi visto, pode ser jurídica e científica, dividindo-se a primeira em administrativa e judiciária.

No caso brasileiro, a interpretação não autêntica jurídica administrativa é a procedida pelos órgãos administrativos que proferem decisões administrativas de envergadura, com valor no âmbito interno. Dentre outros, podem ser ressaltados como exemplos: o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), os Ministérios da Justiça, Fazenda, Ciência e Tecnologia, Educação, ou ainda, a Secretaria da Receita Federal, os Conselhos da Magistratura dos Estados, os Conselhos de Contribuintes dos Estados, as Secretarias Estaduais, as Juntas Comerciais, as Juntas de Recursos Administrativos e os demais dotados de função assemelhada à jurisdicional, além de outros órgãos e pessoas jurídicas de direito público.

Com a edição da Lei n. 13.655/2018, que acrescentou os arts. 20 a 30 ao Decreto-Lei n. 4.657/1942, a já citada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a interpretação não autêntica jurídica administrativa ganhou mais relevância. O agente público, no exercício das suas funções, deve se abster de decidir com fulcro em valores jurídicos abstratos. Ele há que considerar as efetivas consequências da sua decisão, face ao que dispõe o art. 20 da LINDB. Esse preceptivo legal, inclusive, aproximou a decisão administrativa da decisão emitida por órgão controlador, e da decisão judicial.

Outras normas referentes à interpretação jurídica não autêntica administrativa de relevância restaram introduzidas pela Lei n. 13.655/2018, como, *exempli gratia*, a que estabelece o dever de o agente público indicar, de modo expresso, as consequências jurídicas e administrativas da decisão que invalidar ato, ajuste ou contrato; de considerar os obstáculos, as dificuldades reais e as exigências das políticas públicas, a seu cargo, na interpretação de normas de gestão pública, sem prejuízo dos direitos dos administrados e de atuar de modo a majorar a segurança jurídica na aplicação das normas, por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas (arts. 21, 22 e 30).

A interpretação não autêntica jurídica judiciária, ou simplesmente judiciária, é a que advém dos tribunais. Os órgãos do Poder Judiciário encarregados de proceder à interpretação

não autêntica jurídica judiciária estão emoldurados no art. 92, incisos I a VII, da Constituição Federal, com exceção do Conselho Nacional de Justiça, encartado no inciso I-A, que tem função administrativa e não jurisdicional. O Supremo Tribunal Federal está encarregado de interpretar as normas insculpidas na Constituição Federal. O Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Superiores são incumbidos de interpretar as normas inscritas nas leis federais. Os demais tribunais, que podem ser comuns ou com jurisdição especial, interpretam leis federais, estaduais e municipais.

Quando a interpretação judiciária é realizada pelos órgãos jurisdicionais comuns ou tribunais inferiores, tem valor relativo. Procedida pelos tribunais superiores, tem considerável valor. Quando resulta de súmula de uniformização da jurisprudência da Corte Suprema – que pode ser vinculante, nos termos do art. 103-A, da Carta da República, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/2004 –, além de servir de fonte de interpretação, vale como fonte principal ou imediata do próprio Direito.

A interpretação textual da norma jurídica é a que vincula o intérprete ao legislador. O sentido do texto legal é o norte do juiz. A busca do conteúdo da norma deve ter por finalidade o encontro do seu significado. Rigaux (2003, p. 313-314) preleciona:

Não basta que o juiz tenha compreendido a vontade ou as intenções do legislador (se é que essas noções têm um sentido). Ele deve ainda transformá-las em uma decisão que lhe seja própria ao mesmo tempo que aplica a lei. O que, na falta de melhor, é denominado interpretação, não tem por objeto um texto isolado, mesmo apreendido em seu contexto, outro lugar-comum das doutrinas clássicas. O texto não é um quadro datado e assinado, mesmo inserindo-se na galeria de um colecionador. A aplicação do direito consiste necessariamente em fazer manobrar no interior de um caleidoscópio uma sucessão de operações interpretativas.

A interpretação não autêntica científica, ou simplesmente científica, é a realizada pelos doutrinadores, vale dizer, pelos cientistas jurídicos e autores de obras jurídicas, disciplinas e matérias que integram a Ciência do Direito. O valor da interpretação científica vai depender do reconhecimento público de quem a realiza, perante a comunidade jurídica ou forense. Quanto mais renomado, mais valor terá a interpretação.

Quanto aos meios, a interpretação pode ser: a) Lógica; b) Histórica; c) Teleológica ou finalística; d) Gramatical, literal ou sintática; e) Sistemática.

A interpretação lógica é procedida por intermédio do confronto das normas da lei com outras normas do mesmo diploma legal, sem se proceder à comparação com sistemas legais diversos. A histórica é obtida, levando-se em consideração os momentos e as etapas que antecederam sua edição, tais como os anteprojetos, as emendas, os debates parlamentares, a votação, os vetos e a exposição de motivos da lei. A teleológica leva em consideração a finalidade da lei, vale dizer, a razão da sua edição, ou, em outras palavras, sua causa.

Apesar da recomendação constante do art. 5º da LINDB – direcionada no sentido de que o aplicador deve se utilizar desse meio de interpretação para atingir os fins sociais a que a ela se destina e às exigências do bem comum –, urge ressaltar, mais uma vez, que no Positivismo Jurídico esse recado legal deve ser desprezado. A precitada norma jurídica com ele não se coaduna. O elemento finalístico deve sempre acenar para uma interpretação que considere, apenas, o objetivo da edição da lei.

A interpretação gramatical se traduz na busca do sentido das palavras utilizadas nos preceptivos pelo legislador. É o meio literal de se chegar ao conteúdo da norma. De acordo

com o estudo realizado, trata-se do mais relevante meio, traduzido na verdadeira interpretação textual. A interpretação sistemática é a que resulta do cotejo das normas jurídicas do sistema com os dispositivos legais de outros sistemas vigentes ou revogados, referentes à matéria tratada.

Quanto aos resultados, a interpretação pode ser: a) Declarativa; b) Extensiva; c) Restritiva.

A interpretação é declarativa quando se constata que a lei expressa exatamente o pensamento do legislador. Ainda que o intérprete conclua pela clareza da norma cujo conteúdo foi desvendado, não se pode negar ter sido procedido ao desvendamento da norma.

Na interpretação extensiva, se conclui que a norma poderia ser mais ampla, isto é, abranger situações não previstas. Nessa espécie de interpretação, infere-se que o intérprete pode aplicá-la a casos semelhantes. A interpretação extensiva se aproxima da interpretação extratextual ou integrativa, isto é, da analogia. No entanto, esta se diferencia daquela, por formular uma norma jurídica nova semelhante à já existente.

A interpretação é restritiva, quando se conclui que a lei se aplica apenas aos casos taxativamente previstos. Ela não pode ser estendida para decidir conflitos que se mostram assemelhados aos antevistos por uma de suas normas.

Declarativa, extensiva ou restritiva, relevante é que o intérprete da norma extraia o seu verdadeiro significado, dentro do texto legal. Mas não se trata de tarefa de qualquer um, requerendo autoridade (e intelectualidade) de quem vai desvendar o seu verdadeiro conteúdo, extraindo o seu significado para solucionar o impasse ou a questão submetidos à sua decisão. A propósito da autoridade que vai interpretar a norma para extrair o seu significado, registra Bauman (2010, p. 266):

A ideia de interpretação supõe que a autoridade que constitui o significado resida em outro lugar – no autor ou no texto; o papel do intérprete condensa-se, resume-se em extrair o significado. O bom intérprete é aquele que lê o significado da forma adequada – e não há necessidade (ou assim se pode esperar) de alguém para atestar as regras que orientam a leitura do significado e, deste modo, tornar a interpretação válida ou competente; alguém que peneire as boas interpretações, separando-as das ruins.

4.2. A integração da norma jurídica

O ordenamento jurídico pode se caracterizar pela completude quando a lei faz previsão de todas as situações possíveis de solução pelas suas normas jurídicas, ou pela presença de lacunas, vale dizer, quando ele não é completo, sendo mister proceder à sua integração. Integrar significa preencher a lacuna da lei com outra norma, haja vista sua omissão. Em outras palavras, restando constatado que no ordenamento não há norma jurídica para dar solução à questão apresentada ao juiz ou à autoridade administrativa, a estes fica permitido buscar norma que, ao lado das demais normas jurídicas, venha a se incorporar ao sistema normativo, para que possa ser aplicada ao caso concreto. Preleciona Diniz (2009, p. 97): “[...] essa permissão de desenvolver o direito compete aos aplicadores sempre que se apresentar uma lacuna, pois devem integrá-la criando uma norma individual, dentro dos limites estabelecidos pelo direito (LICC, arts. 4º e 5º)”.

Ao instituto de desenvolvimento do direito dá-se o *nomen juris* de integração, que pode se dar por meio de norma constante do próprio ordenamento ou de ordenamentos diversos. No primeiro caso, diz-se que há autointegração, procedida por meio da utilização de recursos internos; no segundo, heterointegração, que se procede por intermédio de recursos externos, *id est*, de outros ordenamentos jurídicos. Essas duas espécies de integração permitem ao juiz ou à autoridade administrativa proceder à união da norma ao sistema, formando um todo jurídico harmonioso.

A autointegração pode se servir da analogia *legis* e da analogia *juris*; a heterointegração, das normas do Direito comunitário e até mesmo de fontes diversas, como os costumes, a equidade judicial e a doutrina. Na heterointegração, a interpretação das normas jurídicas não é o seu único objetivo. Ainda que o ordenamento jurídico seja composto de diplomas legais, decretos, regulamentos, resoluções, provimentos e atos normativos, há que se buscar mais.

De acordo com o Positivismo Jurídico, na autointegração busca-se norma do próprio sistema; na heterointegração, a busca do suprimento da lacuna se dá pela busca da norma de sistema diferente, que mais se aproxima para dar solução à questão. A integração da norma jurídica é procedida pelo socorro das fontes secundárias do Direito. No Juspositivismo brasileiro se opera, sobretudo, pela analogia, erigida à categoria da mais elevada fonte secundária do Direito no plano hierárquico.

A analogia, consoante a ordem preferencial do legislador, objetivando preencher a lacuna da lei, em primeira mão, situa-se acima dos costumes e dos Princípios Gerais de Direito. A sobredita ordem, estabelecida no art. 4º da LINDB, posiciona a analogia como a via de integração mais hierarquizada. Quase no mesmo sentido, dispunha a Lei Processual Civil de 1973 (art. 126), revogada pelo Código de Processo Civil vigente (art. 140), que só se refere à equidade. Cumpre aludir, ainda, ao art. 108 do Código Tributário Nacional, que não se refere aos costumes como fonte de integração. Em se cogitando de Positivismo Jurídico, a fonte de integração da norma de maior envergadura é a analogia *legis*.

Em continuidade da análise das fontes de integração constantes do rol do art. 4º do DL n. 4.657/1942, tem-se que os costumes assumem a segunda posição, acima dos Princípios Gerais de Direito, que ocupam o terceiro e último lugar. Relevante, no entanto, que o intérprete proceda à integração, ainda que deixe de obedecer à ordem da norma inscrita na Lei de Introdução. Inadmite-se a omissão do intérprete, que se vincula – desde que assumiu o cargo ou função que lhe credencia a aplicar a lei – a dar solução ao que lhe é requerido. Ao tratar dos Modos de Integração do Direito, Ferraz Junior (2007, p. 314) ensina:

Quando se refere aos meios de integração, a doutrina fala em analogia, costumes, equidade, princípios gerais de direito, indução amplificadora, interpretação extensiva etc. A distinção entre eles nem sempre é precisa, ora chamando-se analogia, o que para uns é interpretação extensiva e vice-versa, ora reconhecendo-se como equidade o que para outros é princípio geral de direito.

De acordo com esse entendimento, vê-se que a analogia pode ser acolhida como interpretação extensiva. Para o positivismo jurídico, a integração da norma jurídica é um exercício de interpretação, por se tratar de raciocínio lógico. Assim se pronuncia Bobbio (2006, p. 216):

Ora, o positivismo jurídico sustenta que a integração é uma atividade puramente interpretativa, porque o raciocínio por analogia é um raciocínio lógico, isto é, um raciocínio do tipo silogístico (hoje diríamos um juízo analítico ou uma tautologia), que se limita a evidenciar certas consequências já implicitamente presentes nas premissas dadas.

O legislador encarregou o Poder Judiciário do dever de proceder à integração da norma jurídica, assumindo, através dos seus órgãos, a incumbência da analogia *legis*. Não há referência à autoridade administrativa, que também pode interpretá-la, consoante o disposto no preceptivo inscrito no art. 23 da Lei de Introdução, acrescentado pela Lei n. 13.655/2018. A autoridade administrativa não está autorizada a proceder à integração da norma jurídica. Nenhum preceptivo da Lei n. 13.655/2018, que introduziu no DL n. 4.657/1942 os arts. 20 a 30, a autoriza a preencher a lacuna com analogia, *legis* ou *juris*.

O precitado art. 5º do Decreto-Lei n. 4.657/1942 reconhece no juiz o agente encarregado de conhecer e dizer o direito para solucionar caso concreto não previsto na norma jurídica. Estando o juiz incumbido de adotar a analogia *legis*, após verificar a existência de lacuna, pode tomar por empréstimo norma integrante do sistema legal e aplicá-la à situação não prevista, desde que se identifique com a situação prevista.

Melhor exemplificando, suponha-se que, em decorrência da prática de ato ilícito, o ofensor foi condenado a pagar pensão mensal vitalícia correspondente à redução da capacidade laborativa do ofendido. O Código Civil não dispõe de norma jurídica adequada ao arbitramento de pensão decorrente de comportamento desconforme com o direito, que corresponda à sobredita redução, como se infere da leitura dos arts. 186, 927 e 950, § único, que cuidam da matéria. O juiz pode se servir da norma do art. 1.694, § 1º, do mesmo diploma legal – que cuida dos alimentos do parentesco – e fixar percentual que atenda às necessidades do ofendido e aos recursos econômicos do ofensor.

No Positivismo Jurídico não há lugar para se proceder à integração da norma jurídica através dos costumes. Embora sirvam de relevante fonte de elaboração da norma jurídica, decorrente da prática reiterada de comportamento de um grupo social, os costumes representam a forma do direito não escrito, vale dizer, o Direito Consuetudinário, de nenhum valor para o Juspositivismo. O Direito Positivo adota os costumes como fonte secundária do Direito. O mesmo não ocorre com o Juspositivismo que tem no direito escrito a base da sua filosofia.

A analogia *juris*, via utilização dos Princípios Gerais de Direito, se mostra mais compatível com o Positivismo Jurídico, o que já não ocorre com a utilização dos costumes. Todos são reunidos para o agente aplicador buscar na lei a norma jurídica que serve de paradigma, de modo a extrair uma norma hipotética conclusiva para solucionar o caso submetido à sua apreciação, sem se afastar do conteúdo das normas constantes do sistema legal. Nenhum intérprete pode negar a aplicação do princípio *pacta sunt servanda*, isto é, de que o contrato é lei entre as partes, a casos em que não há norma em sentido contrário – como ocorre com as que constam do Código de Defesa do Consumidor – ou do *nemo censetur ignorare legis*, ou seja, que a ninguém é lícito ignorar a lei para deixar de cumpri-la. São princípios que, ao lado de outros, integram a analogia *juris*, que auxiliam o juiz a solucionar a questão, após proceder à analogia *legis* e não encontrar outra forma de integração da norma jurídica.

CONCLUSÃO

A interpretação e a integração da norma jurídica no Juspositivismo da Era Contemporânea continuam a se pautar pela formalidade, ou seja, pela estrita observância dos seus princípios e dos conceitos perfilhados nos textos analisados. O que estiver fora do sistema jurídico vigente é desinfluyente na busca do resultado perseguido, que é desvendar o conteúdo da norma ou integrá-la para preencher a lacuna da lei.

A interpretação antitextual, como restou analisado, é reprovada pelo Positivismo Jurídico, para não se comungar com a ditadura do intérprete, pois ocasionaria incomensuráveis prejuízos para os destinatários da norma jurídica submetida à interpretação, abalando o Estado Democrático de Direito, de que trata o art. 1º da Constituição Federativa. O mesmo ocorreria se fosse admitida a integração ampla e irrestrita da norma jurídica.

A interpretação e a integração da norma no Juspositivismo credenciam-se a receber mitigações. Embora o Positivismo Jurídico adote multifárias teorias que prestigiam o direito posto pelo Estado nos textos legais, tais como interpretação e integração desvinculadas do Direito Natural, realismo jurídico, jurisprudência dos interesses e pragmatismo jurídico, dentre outras, é forçoso convir que ele equiparou o Direito à lei, na procura de uma objetividade científica, afastando-o da Filosofia. Na Era Pós-Moderna, o Juspositivismo começou a decair, máxime depois da imputação de ter servido de instrumento para governos totalitários, sob o pretexto do permissivo da legalidade.

A adoção do Positivismo Jurídico, pautado na “pureza do direito” do pensamento kelseniano, não se mostra compatível com a Era Contemporânea. Nos dias coevos, o Direito não pode mais se afastar da vinculação que ele mantém com as ciências humanas e sociais (História, Filosofia, Sociologia, Antropologia, Ciências Políticas, Psicologia e Economia Política), em virtude das diversas relações sócio-político-jurídicas que se formam em pouco espaço de tempo no mundo globalizado. Consoante Habermas (2003, p. 323),

O direito não é um sistema fechado narcisisticamente em si mesmo, uma vez que se alimenta da “eticidade democrática” dos cidadãos e da “cultura política liberal”. Isto se torna claro, a partir do momento em que tentamos explicar de que modo o direito legítimo pode surgir da pura e simples legalidade. No entanto, para que o processo democrático de estabelecimento do direito tenha êxito, é necessário que os cidadãos utilizem seus direitos de comunicação e de participação num sentido orientado *também* para o bem comum, o qual pode ser proposto politicamente, porém não imposto juridicamente.

Mais coerente com a Era Hipermoderna, relativizando o Positivismo Jurídico puro, que se mostra incompatível com o Direito contemporâneo, é estimar o Pós-Positivismo, por intermédio da Teoria Estruturante do Direito, defendida por Dimoulis (2006, p. 81) e capitaneada por Müller:

A concretização da norma deve ocorrer levando em consideração elementos históricos e sociais, e exige que o intérprete desempenhe um papel ativo, atribuindo sentido ao texto da norma (*Normtext*) em virtude de considerações relacionadas com particularidades do caso concreto.

A Teoria Pós-Positivista se situa entre as concepções do Juspositivismo e do Jusnaturalismo. Concentra-se na ideia de resgatar valores na interpretação jurídica, fazer distinção qualitativa entre princípios e regras, prestigiar direitos fundamentais, reaproximar o Direito da Ética, promover a igualdade entre os indivíduos participativos e sua inclusão social. O Pós-Positivismo não abdica da reverência ao Direito e, ao mesmo tempo, dialoga com a Filosofia Moral e a Filosofia Política. A postura exclusivamente descritiva é posta em plano secundário, procurando conciliar a descrição com a avaliação do sistema jurídico.

A interpretação e a integração da norma jurídica, com supedâneo no Pós-Positivismo, vai além da legalidade, sem deixar de reverenciar o direito posto; comunga com o moralismo jurídico moderado e não hesita em afastar as proposições metafísicas. No caso brasileiro, a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, com esteio nessa Teoria Pós-Positivista, facilita à República atingir os objetivos que explicita no art. 3º da Lei Fundamental. Dentre eles, figuram: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem-estar de todos, sem quaisquer formas de discriminação.

A adoção do pensamento pós-positivista na interpretação e na integração da norma jurídica, levando em conta, *exempli gratia*, os princípios da dignidade humana, da igualdade e da liberdade, em vista de tudo que foi exposto, se mostra bem compatível com a Era Contemporânea. Consequentemente, os indivíduos participativos, destinatários da norma que está sendo interpretada, certamente darão mais credibilidade ao Direito, sem que isso importe na ressurreição do Jusnaturalismo puro.

REFERÊNCIAS

- ALEX, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1994.
- APEL, Karl-Otto. *Transformação da Filosofia 1: Filosofia Analítica, Semiótica, Hermenêutica*. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- _____. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.
- _____. *Legisladores e intérpretes*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010.
- 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.
- _____. *Estado, governo, sociedade*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- _____. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Denise Agostinetti. Revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e poder*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma Teoria do Direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- _____. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DUTRA, Delamar José Volpato. *Manual de Filosofia do Direito*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.
- FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, Política e Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. *Introdução ao Estudo do Direito*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à História do Direito*. Curitiba: Juruá, 2011.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da Modernidade*. Trad. Raul Filker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Trad. Claudia Berliner. Revisão da Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. V. I e II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HANSEN, Gilvan Luiz. *Modernidade, utopia e trabalho*. Londrina: CEFIL, 1999.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KUMAR, Krishan. *Da sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna*. Tradução de Ruy Jungmann e Carlos Alberto Medeiros (Capítulo I). 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Naffarete. México: Herder, 2005.
- MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2010.
- NEVES, José Roberto de Castro. *Uma introdução ao Direito Civil*. Parte Geral. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. 23. ed. revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2009.
- PETTORUTI, Carlos Enrique; SCATOLINI, Julio César. *Elementos de introducción al derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2005.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Principios generales del derecho latinoamericano*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 3. ed. Nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor: Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- RIGAUX, François. *A lei dos juizes*. Trad. Edmir Missio. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- VIEIRA, Sérgio Túlio Santos. Reflexões acerca da codificação civil brasileira: Da Era Moderna à Era Contemporânea. In: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. V. 93, p. 13-38. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2012.
- _____. *A Administração Pública Contratual: Ética e moralidade discursiva*. Rio de Janeiro: EDS - Instituto de Pesquisa e Estudos de Empresa, Direito e Sociedade, 2021.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva*. V. 1 e 2. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsbare Barbosa. Brasília: Editora UnB, 2009.

Juros e correção monetária em obrigações decorrentes de decisões judiciais

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA¹
THIAGO FERREIRA CARDOSO NEVES²

Sumário: Introdução. 1. Os juros compensatórios, moratórios e a correção monetária. 2. A fixação dos juros e da correção monetária nas decisões judiciais. 3. O montante dos juros moratórios nas decisões judiciais: O que são, enfim, os juros legais. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Juro. Essa palavra, dita na primeira pessoa do singular, impõe ao locutor um compromisso irrevogável, que o obriga até mesmo moralmente, pois muitas vezes assumido sob “o testemunho divino”. Mas o juro, nesse sentido, e sob uma análise sintática, é apenas um verbo, conjugado por muitos de modo indiscriminado.

Neste texto, contudo, cuidar-se-á do juro como substantivo, que comumente é empregado no plural: juros. Esse uso comum talvez se deva – permita-nos o tom jocoso – à sua múltipla incidência, especialmente o elevado montante referente a ele imposto nas obrigações. Poucos têm o benefício de pagar só o juro; para os “pobres mortais”, só restam os juros, e em cascata.

Etimologicamente, a palavra juro, enquanto substantivo e em sentido econômico-jurídico, decorre do latim *jus, juris*. Sim, direito. E essa correlação está diretamente associada ao contrato que confere ao sujeito o direito de usar o dinheiro do outro. Assim, o próprio direito passou a nomear o valor que era pago por esse uso.

Mas, assim como no Direito as controvérsias são intermináveis, no estudo da língua também há divergências. Por isso, existem aqueles que associam o juro ao latim *usura*, que tem origem no *usus*, isto é, o uso: a remuneração pelo uso do dinheiro. Infelizmente, a usura passou a ganhar uma conotação negativa, e não apenas de simples remuneração ou rendimento do capital, o que se deve especialmente à Igreja Católica na Idade Média, que correlacionou os juros aos ganhos extorsivos e escorchantes. Por isso, os juros foram desconjurados. Não há como dissociar a palavra do sentido positivo ou negativo que lhe é atribuído, no âmbito da prática da vida cotidiana.

Mas, a par da polissemia, o juro sempre é visto, e lido, com os piores sentidos. Vilão da economia e pesadelo de devedores, as discussões envolvendo o juro, ou os juros, como passaremos a denominar doravante este instituto, desperta interesses nos mais variados meios, o que não seria diferente no Direito.

- 1 Desembargador Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF/RJ-ES). Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (PPGD-UESA). Professor Titular de Direito Civil do IBMEC. Mestre e Doutor em Direito Civil pela UERJ. Coordenador da Rede de Juizes de Enlace para a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Acadêmico Fundador da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC).
- 2 Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutorando na mesma área na UERJ. Professor Convidado nos cursos de Pós-Graduação da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito da UERJ (CEPED-UERJ). Pesquisador Visitante no Max Planck Institute for Comparative and International Private Law (Hamburg, Alemanha). Acadêmico Fundador da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC). Advogado.

Intermináveis são as polêmicas envolvendo juros, que vão, desde o eventual limite cabível, passando pela possibilidade de sua capitalização, e chegando até às controvérsias sobre o marco inicial de sua incidência.

Dada a complexidade do tema, que comportaria um tratado, este texto se limitará a abordar, objetivamente, o último aspecto: o marco inicial da incidência dos juros moratórios, sobretudo quando da sua fixação em decisões judiciais. Obviamente, também por estar diretamente associada aos juros, se examinará a incidência da correção monetária, verba acessória não menos importante, e que busca corrigir o montante devido e corroído pelas perdas inflacionárias. E vamos iniciar essa caminhada entendendo, propriamente, o que são os juros moratórios e quando são devidos, assim como a correção monetária. Para alguns, infelizmente, esse trajeto pode não ser tão aprazível.

1. OS JUROS COMPENSATÓRIOS, MORATÓRIOS E A CORREÇÃO MONETÁRIA

O tema que envolve os juros é, por mais incrível que pareça, complexo. Embora esteja no dia a dia até mesmo das obrigações mais simples, as discussões que giram em seu entorno reclamam do intérprete e aplicador do Direito um olhar cuidadoso e atento. Em que pese possa parecer óbvio, para a maioria dos juristas, a definição e a diferenciação das espécies de juros, para um melhor enfrentamento do tema objeto deste texto, é imprescindível para o seu desenvolvimento, especialmente por conta da distinção de seus regimes, o que impacta no tratamento jurídico e sua aplicação aos casos concretos.

De um modo amplo, juros são os interesses que o credor auferir do dinheiro – ou pecúnia – que lhe é devido, em compensação da privação de seu uso, e como preço do risco da solvabilidade do devedor³. Dito de outro modo, os juros correspondem àquilo que o credor pode exigir pelo fato de ter emprestado o capital, ou por não ter recebido aquilo que lhe deveria ter sido entregue⁴.

Quanto ao fundamento⁵, os juros se classificam em duas grandes espécies: juros compensatórios e juros moratórios. Os juros compensatórios correspondem à remuneração do capital empregado, isto é, é a remuneração pelo capital que foi entregue pelo credor ao devedor, compensando-o pelo fato de ter sido privado de seus recursos. Como regra, eles decorrem da vontade das partes, que convencionam a sua previsão e o respectivo montante.

Por outro turno, os juros moratórios correspondem à indenização devida ao credor pelo atraso culposo no cumprimento da obrigação, ou seja, são a pena imposta ao devedor por sua mora. Geralmente estão associados à ideia de juros legais, pois previstos comumente na lei. Nada obstante, tal associação não é absoluta, na medida em que podem ser fixados pelas partes, assim como os juros compensatórios também podem decorrer da lei⁶.

Disso se infere que essas duas espécies de juros se diferem pela causa que leva à sua incidência. Os juros compensatórios estão dissociados da ideia de inadimplemento, e visam remunerar o credor pelo capital emprestado. Isso significa que seu objetivo principal é o lucro do credor, caracterizando-se inequivocamente como um fruto civil. Já os juros moratórios

3 Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Vocabulário jurídico*: Com apêndices. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1883, p. 133.

4 Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: Parte Especial. T. XXIV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 2.887.

5 A classificação é proposta por Luiz Antonio Scavone Junior (SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Juros no Direito brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014).

6 Nesse sentido, Sílvio Venosa (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: Obrigações e Responsabilidade Civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 143).

estão umbilicalmente ligados à mora e, conseqüentemente, à culpa⁷, de modo que o devedor, ao não cumprir, culposamente, sua obrigação no prazo, deverá ressarcir o credor por sua impontualidade.

Portanto, para este estudo, é preciso ter em mente que os juros moratórios não visam remunerar o credor, não tendo o propósito de lhe dar um ganho financeiro ou levar ao seu enriquecimento, mas, sim, ressarcir-lo pelos prejuízos sofridos com o atraso do devedor.

A mora do devedor, contudo, não o obriga apenas ao pagamento dos juros. Ao lado deles há a correção monetária, conclusão esta que decorre, inexoravelmente, do art. 395 do Código Civil, segundo o qual o devedor responde pelos prejuízos causados por sua mora, mais juros e atualização monetária, de acordo com os índices oficiais regularmente estabelecidos. Trata-se, pois, dos consectários da mora, isto é, as conseqüências legais do atraso culposo, no cumprimento da obrigação.

Nada obstante, e, ao contrário do que ocorre com os juros moratórios, os quais têm nítido caráter reparatório, a correção monetária é um mecanismo de conservação do valor da moeda, naturalmente corroído pela inflação. Em vista disso, a correção monetária não corresponde, propriamente, a um ganho ou ressarcimento, mas, sim, a um mecanismo que visa evitar a desvalorização do capital do credor: é um *minus* que se evita⁸. Não se trata, pois, de obrigação acessória, mas representa a própria obrigação principal, com o valor pecuniário devidamente atualizado.

Como conseqüência, a correção monetária dispensa previsão contratual e prescinde, até mesmo, de disposição legal (embora prevista, como visto), na medida em que é um efeito natural do atraso, a fim de impedir que o credor sofra mais danos, em decorrência da mora⁹.

Do mesmo modo, e por ser o objeto deste estudo, a correção monetária independe de requerimento do credor, quando do ajuizamento da ação correspondente, caracterizando-se, inexoravelmente, como um pedido implícito, razão pela qual sua determinação, de ofício, pelo juiz ou pelo tribunal, não se consubstancia em julgamento *extra* ou *ultra petita*¹⁰, e, logo, também não viola o princípio da adstrição ou da congruência¹¹.

7 Nesse sentido, Silvio Rodrigues (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 284).

8 Cf. RODRIGUES, Rodrigo Cordeiro de Souza. *Juros e correção monetária judiciais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2023, p. 107.

9 Como observa José de Aguiar Dias, "Só se executa fielmente uma condenação de dívida de valor quando se paga exatamente o valor devido. Não surge problema a respeito, se a moeda conserva o seu valor nominal. Mas se ela não o conserva, torna-se uma fonte de prejuízo quando o devedor teima em não compensar a perda sofrida por esse valor. A fidelidade a uma sentença, por quem a executa, está em dar ao credor aquilo que lhe é devido, sem acréscimo, mas, também, sem redução. A correção monetária é acréscimo apenas em aparência, porque, se não for reconhecida, legitimará uma redução no *quantum* devido e não se pode ter como fiel uma execução que o reduz, dando ao credor moeda que já não vale o que valia, ao tempo em que devia ser entregue e, em fim de contas, premiando o devedor por sua impontualidade ou por sua mora" (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. revisada, atualizada e ampliada de acordo com o Código Civil de 2002 por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 988-989).

10 Nesse sentido, observe-se o Tema Repetitivo n. 235, do STJ, cuja tese jurídica firmada foi a seguinte: "A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão *ex officio*, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento *extra* ou *ultra petita*, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial."

11 Cf. RODRIGUES, Rodrigo Cordeiro de Souza, *op. cit.*, p. 107.

2. A FIXAÇÃO DOS JUROS E DA CORREÇÃO MONETÁRIA NAS DECISÕES JUDICIAIS

O estudo do marco inicial da contagem dos juros e da correção monetária não é algo simples, o que se deve ao fato de existirem inúmeras variáveis que impactam nesse resultado. Assim, a fixação do termo inicial da incidência dos juros e da correção monetária, que será determinada pelo magistrado, quando da sua decisão, depende, primeiro, se o dano decorre de uma relação contratual ou de uma relação extracontratual; neste último caso, quando se tem a chamada responsabilidade aquiliana. Do mesmo modo, esses termos variarão, se o dano sofrido tem natureza patrimonial (material) ou extrapatrimonial (moral), na medida em que a definição acerca do momento da sua ocorrência irá variar.

Dito isso, é possível perceber que a questão precisa ser enfrentada com acuidade, pois cada qual possui suas peculiaridades que não podem deixar de ser observadas, sob pena de se chegar a uma conclusão equivocada, que, indubitavelmente, impactará sensivelmente na vida das partes do processo. Isto porque a definição de um marco inicial mais remoto da incidência dos juros e da correção monetária levará a um maior aumento do valor histórico da dívida, o que beneficia o credor e prejudica o devedor. Por outro lado, a fixação de um termo mais próximo ao da data da decisão que os fixar acabará por beneficiar o devedor, em detrimento do credor. Vê-se, portanto, que a questão é delicada, pois afeta aquela que é, para muitos, a parte mais sensível do corpo humano: o “bolsa”.

A proposta de desenvolvimento do tema é iniciar com o estudo da questão que é de mais simples e fácil solução: aquela que envolve a condenação ao pagamento de indenização por danos patrimoniais ou materiais. E, para essa análise do regime dos juros e da correção monetária, no caso dos danos patrimoniais, faz-se necessário, ainda, dividi-la em duas óticas: a das relações contratuais e a das relações extracontratuais. E ainda, nas relações contratuais, imperioso se faz examinar a questão nos casos de obrigações líquidas e de obrigações ilíquidas.

Para começar, a primeira premissa a ser definida é, logicamente, a da configuração do dano material, pois só assim é possível ter uma melhor compreensão da solução a ser dada. Dano material, de um modo objetivo, é aquele que atinge o patrimônio da pessoa reduzindo-o, como no caso do dano emergente, ou impedindo o seu acréscimo, como no caso dos lucros cessantes. Portanto, no caso dos danos materiais há uma conduta, comissiva ou omissiva, que afeta diretamente o patrimônio do sujeito, acarretando sua redução ou obstaculizando o seu aumento.

Nessa esteira, se o dano material é aquele que reduz o patrimônio da vítima ou impede o seu crescimento, a regra, logicamente, é a de que é a partir da conduta danosa que se deve iniciar a contagem dos juros e da correção monetária, pois é no momento da lesão que nasce o direito à reparação, o qual, não sendo imediatamente satisfeito, coloca o devedor em mora, além de punir ainda mais a vítima¹². E é com essa visão que se chega à solução do problema sem maiores dificuldades.

Na responsabilidade extracontratual ou aquiliana, em que as partes, antes da conduta e, conseqüentemente, do dano, não possuem um vínculo jurídico contratual, a ideia anteriormente desenvolvida se aplica à perfeição. Nesses casos, o dever de reparar nasce da conduta lesiva, isto é, do ato ilícito, de modo que os juros passam a fluir a partir do momento em que o agente

12 Nas palavras de Arnoldo Wald, “[...] se a vítima não é completamente indenizada, sacrificamos um interesse individual a outro, provocando verdadeiro enriquecimento sem causa em favor do responsável pelo ato ilícito, que pagará uma quantia inferior ao atual valor do prejuízo. Ora, a distribuição da justiça e o interesse social exigem que haja uma reparação integral do dano, reintegrando-se a vítima na situação anterior ao ato ilícito” (WALD, Arnoldo. *Aplicação da teoria das dívidas de valor às pensões decorrentes de atos ilícitos*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959, p. 41).

causador do dano tem a obrigação de indenizar e não o faz, caracterizando-se a mora como *ex re*¹³. Logo, os juros fluem imediatamente a partir do evento danoso, cumprindo, assim, a função de plena e integral reparação do dano.

Essa é a conclusão que se extrai do art. 398 do Código Civil, segundo o qual “Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou”. Por essa razão, o Superior Tribunal de Justiça acabou por consolidar o seu entendimento no Enunciado n. 54 de sua Súmula de Jurisprudência, no sentido de que: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”.

Quanto à correção monetária, o raciocínio não pode ser diverso. Se é a partir do evento lesivo que nasce a obrigação de reparar o dano, é neste momento que o valor da indenização da vítima passa a ser corroído pela inflação. Logo, é da data da lesão que começa a fluir a correção monetária. Assim também se sedimentou a jurisprudência do STJ, que, em seu verbete sumular n. 43, firmou a seguinte orientação: “Incide correção monetária sobre a dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo”.

Solução diversa é aquela aplicável aos danos materiais provenientes de infração contratual, em que o termo inicial da incidência dos juros se aferirá diferentemente, nos casos de obrigações líquidas e de obrigações ilíquidas. Desse modo, nos casos de responsabilidade contratual, o regime é variado, não seguindo uma regra comum em todas as hipóteses.

No caso de obrigações líquidas, certas e exigíveis, o mero descumprimento da obrigação no prazo já constitui automaticamente o devedor em mora. Isso significa que, tal como ocorre na responsabilidade extracontratual, nas relações contratuais com termo certo, a mora é *ex re*, não dependendo, pois, de interpelação do devedor. Como consequência, é aplicável o art. 397 do Código Civil, segundo o qual “O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor”.

Isso significa que, se a mora se constitui a partir do momento em que a obrigação líquida é descumprida, os juros passam a fluir deste instante, isto é, do vencimento da obrigação, como também já se consolidou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁴. Por consequência lógica, também é deste marco que passa a incidir a correção monetária, a fim de impedir a corrosão do valor da dívida pela inflação, aplicando-se, igualmente, o verbete sumular n. 43 do STJ¹⁵.

Diverso é o regime, contudo, nas obrigações ilíquidas. Em tais situações a mora é, como regra, *ex persona*, dependendo, assim, de interpelação do infrator para se constituir¹⁶, consoante o disposto no parágrafo único do art. 397 do Código Civil, o qual prevê que: “Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial”.

13 Cf. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*: Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 320.

14 Nesse sentido, ver, exemplificativamente, o AgInt nos EDcl no REsp 1932164 / RS. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Primeira Turma. DJe 28/09/2023: “[...] os juros de mora são contados a partir do primeiro dia do inadimplemento do pagamento, por se tratar de obrigações líquidas, certas e exigíveis, consoante as disposições do art. 397 do Código Civil. No caso, verifico que o acórdão recorrido contrariou entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual, havendo cláusula contratual estipulando, de forma expressa, um termo para o adimplemento contratual, fica o devedor automaticamente constituído em mora, a partir do vencimento da obrigação inadimplida. Recurso Especial provido.”.

15 Cf. AgInt no AREsp 1529404 / SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. DJe 19/08/2021: “A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, ‘nas obrigações positivas e líquidas, com vencimento certo, os juros de mora e a correção monetária fluem a partir da data do vencimento’ (REsp 1651957/MG, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 30/03/2017)”.

16 Cf. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*: Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 320.

Portanto, seguindo a mesma linha de raciocínio que vem sendo desenvolvida, de que é a partir do momento em que se constitui a mora que incidem os juros, estes fluirão da data da interpelação, da notificação ou da citação, na forma do art. 405 do Código Civil, segundo o qual: “Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.”.

Assim, nas ações judiciais, e não tendo havido a interpelação do devedor em momento anterior, esta se dará com a citação, sendo a partir da efetivação do ato processual que começam a fluir os juros de mora, o que se reforça pelo disposto no art. 240 do Código de Processo Civil, segundo o qual a citação válida, ainda que ordenada por Juízo incompetente, constitui o devedor em mora.

Quanto à correção monetária, e segundo entendimento também consolidado na jurisprudência do STJ, esta passa a correr da data em que o valor é devido, evocando, assim, a aplicação do Enunciado n. 43 da Súmula de Jurisprudência da Corte Superior¹⁷. Isso quer dizer que, nas obrigações ilíquidas, a correção monetária flui do momento em que é liquidado o montante e, conseqüentemente, apurado o valor¹⁸. Isto porque, diferentemente dos juros, a correção monetária se presta à atualização do valor devido, de modo que seu termo inicial é a data em que as bases monetárias tenham sido determinadas para o arbitramento do valor.

Consolidando todos esses entendimentos, interessante e elucidativa é a ementa dos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial n. 502.132, decidido pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça¹⁹, no qual se resumiu tudo o que foi dito da seguinte forma:

CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. AÇÃO MONITÓRIA. TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS. DÍVIDA POSITIVA, LÍQUIDA E COM TERMO CERTO. MORA *EX RE*. JUROS INCIDENTES A PARTIR DO VENCIMENTO. RECURSO PROVIDO. 1. Não é o meio judicial de cobrança da dívida que define o termo inicial dos juros moratórios nas relações contratuais, mas sim a natureza da obrigação ou a determinação legal de que haja interpelação judicial ou extrajudicial para a formal constituição do devedor em mora. 2. Interpretando-se os arts. 960, 961 e 962 do CC de 1916 (correspondentes aos arts. 390, 397 e 398 do CC/2002), infere-se que a mora do devedor pode-se configurar de distintas formas, de acordo com a natureza da relação jurídico-material estabelecida entre as partes, ou conforme exigência legal. Assim, em caso de: (I) responsabilidade contratual, relativa à obrigação positiva e líquida e com termo certo, da qual resulta a mora *ex re*, os juros moratórios incidem a partir do vencimento; (II) responsabilidade contratual que não possui termo previamente determinado ou que a lei exige interpelação, na qual o inadimplemento leva à mora *ex persona*, o termo inicial dos juros de mora será, normalmente, a data da notificação ou protesto, quando for exigida interpelação extrajudicial, e a data da citação, quando exigir-se a interpelação judicial; (III) obrigação de não fazer, negativa, o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que pratica o ato que lhe era vedado, ficando, assim, constituído em mora nesta data; (IV) responsabilidade extracontratual, os juros de mora fluem a partir do evento danoso

17 Cf. AgRg no Ag 1344906 / MS. Relator: Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. DJe 15/03/2011: “É entendimento do STJ que, no caso das obrigações ilíquidas, os juros de mora incidem a partir da citação válida; e a correção monetária, desde quando devido o débito.”.

18 No mesmo sentido, Luiz Antonio Scavone Junior (SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio, op. cit., p. 369-370).

19 EAREsp 502132 / RS. Relator: Ministro Raul Araújo. Corte Especial. DJe 03/08/2021.

(Súmula 54/STJ). 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Especial, ainda que o débito seja cobrado por meio de ação monitória, se a obrigação for positiva e líquida e com vencimento certo, devem os juros de mora fluírem a partir da data do inadimplemento – a do respectivo vencimento –, nos termos em que definido na relação de direito material. Precedentes (REsp 1.250.382/RS).
[...]

Ultrapassado o exame do regime dos juros moratórios e da correção monetária, no caso de danos patrimoniais, a próxima questão a ser enfrentada é a do marco inicial dos juros moratórios e da correção monetária nos danos extrapatrimoniais, os quais são objeto de intensa discussão.

Na doutrina, a questão sempre foi objeto de intensa disputa²⁰. Em relação aos juros de mora, há aqueles que defendem que estes correm a partir do fato danoso, juntamente com o próprio dever de indenizar, na medida em que é esse o momento em que nasce o direito à compensação pelos danos extrapatrimoniais sofridos. Por outro turno, há vezes no sentido de que os juros começam a fluir da citação, por interpretação do art. 205 do Código Civil, e do art. 240 do Código de Processo Civil, uma vez que é só nesse instante que o agente que praticou a conduta tem plena ciência de que a lesão ocorreu. Por fim, há ainda o entendimento de que, dada a incerteza do montante a ser pago, a título de reparação por danos morais, os juros só podem ser contados da data da decisão que arbitrou o *quantum* da reparação, pois antes desse marco não era devido nenhum valor, a título de compensação pelos danos morais.

A questão, como é possível perceber, não é de fácil solução na doutrina, e isso se reflete também na jurisprudência dos tribunais, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, em que se encontram decisões em sentidos diametralmente opostos.

A título de exemplo, é possível mencionar o julgamento do Recurso Especial n. 903.258/RS, da relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti. Nele se firmou o entendimento de que, no dano moral puro, a indenização só passa a ter expressão monetária a partir da decisão judicial que a arbitrou, razão pela qual os juros moratórios devem fluir, assim como a correção monetária, a partir da data do julgamento em que foi arbitrada a indenização²¹.

No entanto, pouco tempo depois do referido julgado, o Superior Tribunal de Justiça, no âmbito de sua Segunda Seção, voltou a enfrentar o tema e, no julgamento do REsp 1.132.866/SP, também da relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, decidiu de modo diverso, fazendo prevalecer o entendimento que já vinha se consolidando na Corte, anteriormente à decisão

20 Sobre o tema, ver NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *O termo inicial dos juros e da correção monetária: A saga continua*. In: ESTADO DE DIREITO (site), 09 jun. 2015. Disponível em <http://estadodedireito.com.br/o-termo-inicial-dos-juros-e-da-correcao-monetaria-a-saga-continua/>. Acesso em: 23 fev. 2024.

21 “[...] A indenização por dano moral puro (prejuízo, por definição, extrapatrimonial) somente passa a ter expressão em dinheiro a partir da decisão judicial que a arbitrou. O pedido do autor é considerado, pela jurisprudência do STJ, mera estimativa, que não lhe acarretará ônus de sucumbência, caso o valor da indenização seja bastante inferior ao pedido (Súmula 326). Assim, a ausência de seu pagamento desde a data do ilícito, não pode ser considerada como omissão imputável ao devedor, para o efeito de tê-lo em mora, pois, mesmo que o quisesse, não teria como satisfazer obrigação decorrente de dano moral, sem base de cálculo, não traduzida em dinheiro por sentença judicial, arbitramento ou acordo (CC/1916, art. 1064). Os juros moratórios devem, pois, fluir, no caso de indenização por dano moral, assim como a correção monetária, a partir da data do julgamento em que foi arbitrada a indenização, tendo presente o magistrado, no momento da mensuração do valor, também o período, maior ou menor, decorrido, desde o fato causador do sofrimento infligido ao autor e as consequências, em seu estado emocional, desta demora.”. (Cf. REsp 903.258 / RS. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. DJe 17/11/2011.

antes mencionada. Neste julgamento, venceu a tese suscitada pelo Ministro Sidnei Beneti, Relator para o Acórdão, segundo a qual a mora do devedor, no caso do dano moral, se configura desde o evento danoso, e não do pronunciamento judicial²².

Logo, o cenário atual, e mais condizente com o regime da responsabilidade civil, é o de que, na reparação por dano moral, os juros de mora correm da data do evento lesivo, pois é deste instante que nasce a obrigação de compensar a vítima pela lesão à sua dignidade, o que configura o dano moral.

Por outro turno, como se trata de quantia ilíquida, só arbitrada quando da prolação da decisão judicial, o montante indenizatório só passa a ser devido no momento em que aquela é prolatada, razão pela qual é a partir daí que incide a correção monetária, como também já se sedimentou a jurisprudência do STJ, em seu verbete sumular n. 362, segundo o qual: “A correção monetária do valor da indenização por dano moral incide desde a data do arbitramento.”.

3. O MONTANTE DOS JUROS MORATÓRIOS NAS DECISÕES JUDICIAIS: O QUE SÃO, ENFIM, OS JUROS LEGAIS

Último ponto a ser abordado, após o enftretamento do termo inicial da incidência dos juros moratórios e da correção monetária, é aquele atinente ao montante dos juros que serão aplicados nas decisões judiciais. A dúvida que exsurge é sobre o sentido da expressão *juros legais*.

A questão atinente aos juros sempre suscitou intensa controvérsia. Com a edição do Código Beviláqua no Brasil, houve a primeira normativa, propriamente brasileira, sobre juros, isto porque, antes da edição do Código Civil de 1916, a remuneração do capital era regulada pelas Ordenações Filipinas. Sob forte influência do Liberalismo, o Código trazia um regime peculiar: estabelecia-se um limite de juros, o qual apenas incidia no caso de as partes não convencionarem, no contrato, a taxa que seria aplicável à relação.

Nessa esteira, e quanto aos juros moratórios, previam os art. 1.062 e 1.063 do Código Civil de 1916, que, uma vez não convencionados expressamente no negócio, seriam eles de 6% (seis por cento) ao ano, sendo esta também considerada como a taxa legal para os casos em que partes previssem no contrato a incidência de juros, mas não fixassem o seu percentual²³.

Já no tocante aos juros remuneratórios, previa o art. 1.262 do Código Civil de 1916 que era permitida a sua cobrança nos contratos de empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis, juros esses que poderiam ser fixados abaixo ou acima da taxa legal²⁴ prevista no mencionado art. 1.063, a saber, 6% (seis por cento) ao ano.

22 “[...]O fato de, no caso de dano moral puro, a quantificação do valor da indenização, objeto da condenação judicial, só se dar após o pronunciamento judicial, em nada altera a existência da mora do devedor, configurada desde o evento danoso. A adoção de orientação diversa, ademais, ou seja, de que o início da fluência dos juros moratórios se iniciasse a partir do trânsito em julgado, incentivaria o recorrimo por parte do devedor e tornaria o lesado, cujo dano sofrido já tinha o devedor obrigação de reparar desde a data do ato ilícito, obrigado a suportar delongas decorrentes do andamento do processo e, mesmo de eventuais manobras processuais protelatórias, no sentido de adiar a incidência de juros moratórios.”. (Cf. REsp 1.132.866 / SP. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Relator para Acórdão: Ministro Sidnei Beneti. Segunda Seção. Dje 03/09/2021).

23 “Art. 1.062. A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de seis por cento ao ano.”. “Art. 1.063. Serão também de seis por cento ao ano os juros devidos por força de lei, ou quando as partes os convencionarem sem taxa estipulada.”.

24 “Art. 1.262. É permitido, mas só por cláusula expressa, fixar juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis. Esses juros podem fixar-se abaixo ou acima da taxa legal (art. 1.062), com ou sem capitalização.”.

O que se percebe da regulamentação trazida pelo Código Civil de 1916 é que havia uma ampla liberdade para as partes, que só era limitada se elas não convencionassem os juros que pretendiam fazer incidir, de modo que, não estipulando os sujeitos do contrato uma taxa de juros, esta seria necessariamente de 6% (seis por cento) ao ano.

Essa liberdade, contudo, embora parecesse benéfica, não o era. Isso porque a experiência humana nos revela que toda liberdade, quando ausentes os limites necessários, leva inexoravelmente ao abuso. E isso não seria diferente nas relações negociais, especialmente envolvendo capital. Em verdade, onde há dinheiro envolvido aflora-se o maniqueísmo, e foi isso que se viu nesses casos. Os donos do capital passaram a abusar da sua posição e a exigir juros extorsivos e usurários, colocando os indivíduos que necessitavam de recursos em posição de absoluta submissão.

Sensível aos abusos perpetrados pelo mercado, o então Presidente Getúlio Vargas, Chefe do Governo Provisório, e com poderes de legislador, editou o Decreto n. 22.626/1933, com força de lei, que ficou conhecido como “Lei da Usura”²⁵.

A Lei da Usura foi um verdadeiro marco, no tocante à limitação dos juros no Brasil, estabelecendo um percentual máximo que serviu de parâmetro para diversas legislações subsequentes. Seu caráter marcante se revela logo no artigo inaugural, que prevê que: “É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. 1.062)”²⁶.

Desse modo, já em seu art. 1º, o Decreto n. 22.626/1933 previu que a taxa de juros não poderia exceder, em nenhuma hipótese, o montante de 12% (doze por cento) ao ano, percentual esse correspondente ao dobro da taxa de 6% (seis por cento), prevista nos art. 1.062 e 1.063 do Código Civil de 1916.

Assim, a partir da sua edição, a tão festejada liberdade das partes estava limitada, pois, ainda que quisessem, não poderiam fixar juros acima do limite imposto pela lei, sob pena de cometerem crime de usura, posteriormente tipificado no art. 4º da Lei n. 1.521/1951.

A referida limitação perdurou por mais de 40 anos, até o advento da Lei n. 4.595/1964, que regulamenta o Sistema Financeiro Nacional. A partir dela, a estipulação de limites às taxas de juros, particularmente no âmbito do sistema financeiro, passou a ficar a cargo do Conselho Monetário Nacional, na forma do seu art. 4º, IX. Este órgão, através do Banco Central do Brasil, editou, em 1976, a Resolução n. 389, a qual previa, em seu inciso I, que às operações ativas dos bancos comerciais aplicar-se-ia a taxa do mercado. Assim, com a edição da norma regulamentadora, os juros seriam livremente fixados pelo mercado, não havendo limitação legal para a sua cobrança, de modo que não seriam mais aplicáveis, às instituições financeiras, os limites da Lei da Usura.

25 Luiz Antonio Scavone Junior levantou outra importante questão que também levou à edição do referido Decreto. Seguindo ele, “[...] em virtude da crise econômica do café, sob o argumento de que a remuneração exacerbada do capital implicava impedimento do desenvolvimento da produção e do emprego – o que é verdade –, contrariando os interesses do país, seguindo tendência das legislações alienígenas, que passavam a afastar o liberalismo econômico do século XIX, surgiu o Decreto 22.626, de 07/04/1933, também denominado ‘Lei da Usura’, que limitou os juros a 1% e vedou o anatocismo com periodicidade inferior à anual” (SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio, op. cit., p. 40).

26 Cf. Decreto nº 22.626/1933: “Art. 1º É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. 1.062). [...] § 1º Essas taxas não excederão de 10% ao ano se os contratos forem garantidos com hipotecas urbanas, nem de 8% ao ano se as garantias forem de hipotecas rurais ou de penhores agrícolas. [...] § 2º Não excederão igualmente de 6% ao ano os juros das obrigações expressa e declaradamente contraídas para financiamento de trabalhos agrícolas, ou para compra de maquinismos e de utensílios destinados à agricultura, qualquer que seja a modalidade da dívida, desde que tenham garantia real. [...] § 3º A taxa de juros deve ser estipulada em escritura pública ou escrito particular, e não o sendo, entender-se-á que as partes acordaram nos juros de 6% ao ano, a contar da data da propositura da respectiva ação ou do protesto cambial.”.

Tal entendimento se reforçou com a edição, no ano de 1977, do Enunciado n. 596 da Súmula de Jurisprudência do STF, cuja redação dispõe que:

As disposições do Decreto 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional. Assim, segundo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, não era possível submeter, às instituições financeiras, em suas operações creditícias, os limites impostos pela Lei da Usura.

Desse modo, conjugando-se a legislação, as normas regulamentadoras desta e as decisões do Poder Judiciário, chegou-se à conclusão de que os juros remuneratórios, especialmente no âmbito das relações envolvendo instituições financeiras, não tinham limites legais para sua cobrança, sendo livremente fixados pelo mercado.

A situação permaneceu nestes termos até a promulgação da Constituição Federal de 1988. Esta, com um viés protetivo dos indivíduos, estruturando o Estado sob o pilar da dignidade da pessoa humana, estabeleceu no § 3º do seu art. 192 que as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações, direta e indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderiam ser superiores a 12% ao ano. Previa-se ainda, no mesmo dispositivo, que a cobrança acima deste limite tipificaria crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinasse. Com o advento da Constituição, surgiu uma luz no fim do túnel e um fio de esperança para os indivíduos, especialmente os milhões de consumidores de crédito de nosso país.

No entanto, a alegria do tão sofrido povo brasileiro, que convivia, à época, com uma inflação galopante que ultrapassava os três dígitos percentuais ao ano, durou pouquíssimo. Isto porque o então Presidente da República José Sarney, no dia seguinte à promulgação da Constituição, aprovou parecer encomendado à Consultoria Geral da República que afastava a aplicação plena e imediata do § 3º do art. 192 da própria Constituição. O Parecer SR-70, aprovado com caráter normativo, por força do art. 22, § 2º, e do art. 23 do Decreto nº 92.889/1986, concluiu pela não autoaplicabilidade do art. 192, § 3º, da Constituição Federal, de modo que sua plena eficácia dependia da edição de lei.

Tal conclusão decorria da regra do art. 192, *caput*, da Constituição, segundo a qual o Sistema Financeiro Nacional deve ser regulado por lei complementar. Assim, em que pese o § 3º do art. 192 prevísse expressamente que a taxa de juros reais era de 12% (doze por cento) ao ano – norma, portanto, de eficácia plena²⁷ –, concluiu-se no referido parecer que

27 Na clássica lição de José Afonso da Silva, as normas constitucionais de eficácia plena se caracterizam pela completude, isto é, “[...] será a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta. Todas as normas regulam certos interesses em relação a determinada matéria. Não se trata de regular a matéria em si, mas de definir certas situações, comportamentos ou interesses vinculados a determinada matéria. Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz. Isso se reconhece pela própria linguagem do texto, porque a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 99). No caso da norma prevista no art. 192, § 3º, da Constituição Federal, assim dispunha o texto constitucional: “As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”. O que se percebe, é que o texto constitucional dispunha, de modo direto e objetivo, acerca do comportamento, não impondo qualquer condição. A disposição

esta previsão não poderia se descolar da regra do *caput* que exige lei complementar para a regulamentação do SFN.

Mas a atribuição de força normativa ao referido parecer abriu margem para a discussão de sua constitucionalidade. Tendo ele a natureza de ato normativo, acabou por ser atacado por uma das primeiras ações diretas de inconstitucionalidade propostas sob a égide da atual Constituição.

Foi assim que, no dia 12/10/1988, apenas 6 dias após a publicação do Parecer SR-70, e 5 dias após a publicação do ato, atribuindo-lhe caráter normativo, o Partido Democrático Trabalhista (PDT), então sob a Presidência de Leonel Brizola, ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal a ADI n. 04.

A referida Ação Direta, após longa discussão, foi julgada, no dia 07/03/1991, improcedente, por maioria de votos no Pleno do STF,²⁸ reconhecendo-se, assim, a constitucionalidade formal e material daquele Parecer e, conseqüentemente, a não autoaplicabilidade do § 3º do art. 192 da Constituição, de modo que se fazia necessária a previsão, em lei complementar, daquele limite de juros já expressamente previsto no texto constitucional²⁹.

Com isso, o debate acerca do limite de juros nas operações envolvendo instituições financeiras se enfraqueceu, e praticamente desapareceu com a edição da Emenda Constitucional n. 40/2003, que revogou o § 3º do art. 192 da Constituição, suprimindo a previsão constitucional da taxa de juros reais a 12% (doze por cento) ao ano.

Ainda assim, mesmo posteriormente à revogação do texto original da Constituição, o STF voltou a se manifestar sobre a matéria, desta vez editando o Enunciado n. 648 de sua Súmula de Jurisprudência, datado de 13/10/2003, cuja redação dispõe que “A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC nº 40/03, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de Lei Complementar”. A mesma redação foi repetida na Súmula Vinculante n. 07, editada em 20/06/2008, que resultou da conversão da Súmula n. 648.

De tudo isso, é possível concluir que não há, hoje, um limite legal sobre a taxa de juros remuneratórios, cobrados no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, e, particularmente, nas operações envolvendo instituições financeiras.

da Constituição era expressa ao afirmar que a taxa de juros “[...] não poderá ser superior a doze por cento ao ano”, sob pena de ser “[...] conceituada como crime de usura”. Tinha-se, portanto, preceito e sanção, a caracterizar completude da norma jurídica de eficácia plena e imediata. Nesse sentido, e como observa Noberto Bobbio, o que diferencia uma norma jurídica de uma norma meramente científica é a previsão de uma sanção, isto é, “[...] o expediente por meio do qual se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias; é, portanto, uma consequência do fato de que em um sistema normativo, diferentemente do que ocorre em um sistema científico, os princípios dominam os fatos, em vez de os fatos, os princípios. Essa diferença, aliás, reconduz-nos ao que tivemos ocasião de afirmar outras vezes, isto é, que sistema científico e sistema normativo diferenciam-se pelo critério diverso, com base no qual se estabelece a pertinência das proposições no sistema, valendo, no primeiro caso, o critério da verificação empírica e, no segundo caso, o princípio da autoridade” (BOBBIO, Noberto. *A teoria da norma jurídica*. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: Edipro, 2016, p. 151).

28 Cf. ADI 4/DF. Rel. Min. Sydney Sanches. Tribunal Pleno. DJ 25/6/1993.

29 A interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao Parecer CRG fez assombrar, logo após a entrada em vigor da nova Constituição, o já conhecido fantasma da *insinceridade normativa*, que permeava nossas Constituições anteriores, com disposições fantasiosas e não dotadas de sinceridade, na medida que asseguravam direitos que nunca foram cumpridos. Sobre o fenômeno, assim leciona Luís Roberto Barroso: “Não é incomum a existência formal e inútil de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido. [...] Todas essas normas, que ressoam preciosamente inócuas, padecem de um mesmo mal: não são eficazes na prática, não se realizam efetivamente no dia a dia da vida das pessoas. O ideário constitucional torna-se, assim, vazio e vão” (BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 61-62).

Já quanto aos juros moratórios, a situação é diversa. Isto porque, desde o advento do Código Civil de 2002, e conforme o disposto em seu art. 406, o nosso ordenamento jurídico prevê uma taxa de juros legais. Segundo o referido dispositivo, os juros serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, de modo que o legislador delegou a outra fonte normativa a função de delimitar a taxa de juros a ser aplicada, que é aquela que estiver em vigor para a mora do pagamento dos impostos devidos à Fazenda Nacional³⁰.

A questão, contudo, que suscita intensa controvérsia é aquela que diz respeito à adequada interpretação da expressão constante no art. 406 do Código Civil “[...] segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”. Desta expressão, duas correntes se formaram.

Para uma primeira parcela da doutrina, a taxa em vigor para a mora do pagamento dos impostos devidos à Fazenda Nacional é a taxa SELIC, que é a taxa referencial adotada no Sistema Especial de Liquidação e Custódia para os títulos públicos federais, consoante o disposto no art. 13 da Lei n. 9.065/1995, que alterou as Leis n. 8.847/1994 e 8.981/1995.

A taxa SELIC está relacionada ao mercado secundário de negociação de um título federal, criada na década de 1970, de modo a simplificar a sistemática de movimentação e de troca de custódia dos títulos públicos no mercado. De modo a promover o lançamento de um título público no mercado (a primeira venda do título), o Banco Central do Brasil realiza o leilão primário, no qual os interessados fazem suas ofertas para aquisição de tais papéis. Os participantes desse leilão primário são instituições financeiras que se valem de tais títulos públicos para compor suas carteiras de investimentos, permitindo preservar a rentabilidade de aplicações oferecidas aos seus clientes; daí a razão pela qual os títulos públicos são instrumento de lastro para outras operações realizadas pelas instituições financeiras. Como a instituição financeira não é obrigada a permanecer com o título adquirido no leilão do Banco Central, até a época do seu vencimento, revela-se comum a negociação do título com outras instituições financeiras ou investidores isolados, formando o denominado mercado secundário³¹.

Diante de tais operações, a taxa SELIC ganhou importância como típica taxa de mercado, em que a rentabilidade da maior parte dos títulos emitidos tem como referencial a taxa média dos financiamentos verificados na SELIC, em relação aos títulos públicos federais. A taxa SELIC é definida pela média das taxas cobradas no referido mercado. As operações de negociação do título federal permitem a verificação dos juros primários da economia brasileira, que, assim, servem como referência para as demais taxas de juros. Ocorre que a SELIC é composta, não apenas por uma parte remuneratória do capital, mas também por outra que corresponde à atualização monetária. A atuação estatal relativamente à SELIC é retratada nas deliberações do Comitê de Política Monetária do Banco Central do Brasil (COPOM/BACEN), que se reúne, periodicamente, para traçar metas para a taxa SELIC³².

A crítica que se faz à aplicação da taxa SELIC, como *taxa legal* de juros, é exatamente o fato de ser ela híbrida, por abranger, não apenas os juros, como também a correção monetária. Logo, o Código Civil, ao se referir, em seu art. 406, aos juros praticados pela Fazenda Pública, não poderia estar se referindo à SELIC³³.

30 Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*. V. II. 28. ed. rev. e atual. por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 333.

31 Idem, *ibidem*, p. 334.

32 Idem, *ibidem*.

33 Cf. MARTINS-COSTA, Judith. Os juros (moratórios legais): Para uma interpretação do art. 406 do Código Civil. In: MIGALHAS

Por isso, uma segunda parcela da doutrina defende que a taxa de juros aplicável às obrigações da Fazenda Pública é aquela prevista no § 1º do art. 161 do CTN, ou seja, o percentual de 1% (um por cento) ao mês, que perfaz o montante máximo de 12% (doze por cento) ao ano. Essa corrente doutrinária, inclusive, foi encampada na I Jornada de Direito Civil do CJF, cujo Enunciado n. 20 assim dispõe: “A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, um por cento ao mês.”.

Na jurisprudência, a questão também não se revela pacífica. No âmbito do STJ, inúmeros precedentes têm adotado o entendimento de que é aplicável, no caso, a SELIC, como se infere, exemplificativamente, do antigo EREsp 727.842/SP, sob a relatoria do saudoso Ministro Teori Albino Zavascki³⁴. Posteriormente, e no julgamento do Tema Repetitivo n. 112, o STJ reafirmou seu posicionamento, defendendo a aplicação da taxa SELIC³⁵, como se infere da tese firmada: “A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 do CC/2002 é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC”.

Nada obstante, e quando a questão parecia ter sido consolidada, o STJ voltou a enfrentar o tema, como se infere do Recurso Especial n. 1.081.149³⁶, no qual se discute

[...] a incidência ou não da Taxa Selic nas dívidas civis, especialmente quando relacionadas a reparações de danos contratuais e extracontratuais, tendo em vista os diferentes marcos iniciais dos juros moratórios e da correção monetária embutidos na Selic.

A matéria foi afetada à Corte Especial, com proposta do Relator de revisão da interpretação do Tribunal, de modo a aplicar a taxa de 1% (um por cento) ao mês, prevista no art. 161, § 1º, do CTN. No entanto, o processo acabou desafetado e restituído à Quarta Turma, na qual foi sobrestado para aguardar o julgamento do Recurso Especial n. 1.795.982, que foi afetado à Corte Especial em 26/10/2021, e que ainda se encontra pendente de julgamento. Até agora já votaram o Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, que defende a aplicação da taxa prevista no Código Tributário Nacional, e o Ministro Raul Araújo, que entende pela aplicação da taxa SELIC. Em síntese: no âmbito da atuação judicial do STJ, a questão ainda se revela polêmica e não resolvida.

(site). Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/1426/os-juros-legais--para-uma-interpretacao-do-art--406-do-codigo-civil>. Acesso em: 23 fev. 2024.

34 “CIVIL. JUROS MORATÓRIOS. TAXA LEGAL. CÓDIGO CIVIL, ART. 406. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. 1. Segundo dispõe o art. 406 do Código Civil, ‘Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional’. 2. Assim, atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (art. 13 da Lei 9.065/1995; 84 da Lei 8.981/1995; 39, § 4º, da Lei 9.250/1995; 61, § 3º, da Lei 9.430/1996, e 30 da Lei 10.522/2002). 3. Embargos de divergência a que se dá provimento. EREsp 727.842 / SP. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Corte Especial. DJe 20/11/2008.”.

35 O Tema Repetitivo 112 se originou do Recurso Especial n. 1.110.547 / PE, sob a relatoria do Ministro Castro Meira, e decidido pela Primeira Seção, com publicação em 04/05/2009.

36 REsp 1.081.149 / RS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Corte Especial. DJe 18/06/2019.

CONCLUSÃO

Tratar de juros é sempre um tema sensível. Isto porque há uma variedade de interesses envolvidos de ambas as partes da relação jurídica. Credores buscam sempre defender a mais ampla incidência deste consectário da mora, enquanto devedores visam encurtá-lo, diminuindo, assim, o valor da sua dívida. Por isso, inúmeras controvérsias se instauram e a jurisprudência oscila como um pêndulo: uma hora defende a sua extensa aplicação, e em outro momento restringe sua incidência.

Por essa razão, e a fim de conferir maior segurança jurídica e estabilidade às relações, a aplicação dos juros, assim como da correção monetária, deve se dar segundo a melhor técnica possível, de acordo com a natureza dos institutos e o regime jurídico que lhes é aplicável.

Interesses econômico-financeiros devem ser deixados de lado, pois estes variam ao sabor do vento e das conjecturas políticas e econômicas que se alteram com o tempo e o lugar. Não há certezas: só dúvidas e insegurança que tornam a relação credor-devedor ainda mais conflituosa.

Disto se infere a relevância de se estabelecer critérios objetivos e definitivos para a definição do marco inicial dos juros e da correção monetária, assim como o montante dos juros, pois isso faz com que credores e devedores saibam, de antemão, a que farão jus e o que terão de pagar, no caso de inadimplemento. O que se quer dizer é que as regras do jogo devem estar claras antes de ele começar. Não sendo assim, o sentimento de inconformismo, não importa o resultado, sempre pairará, fato este que, evidentemente, não condiz com um sistema jurídico justo e seguro.

Estudo sobre um julgamento: Como a espécie de inadimplemento interfere no cabimento da execução civil

ANTONIO ADONIAS A. BASTOS¹
CECÍLIA ANDRADE MAGALHÃES²

Sumário: Introdução. 1. O caso concreto. 2. O princípio da maior (ou da máxima) coincidência possível (ou da execução específica). 3. A *alegação* de inadimplemento como requisito necessário para realizar qualquer execução. 4. Do inadimplemento das obrigações: Inadimplemento absoluto *versus* relativo. 5. A importância da espécie de inadimplemento para a identificação do tipo de execução cabível. 6. O julgamento do caso concreto.

Introdução

A partir da análise de um caso concreto, em que o primeiro autor deste texto lançou voto-
-vista, o presente artigo visa demonstrar que a espécie de inadimplemento da obrigação
de fazer, de não fazer ou de entregar coisa diversa de dinheiro, influi no cabimento do
tipo de execução civil, ainda que o CPC/2015 não exija a comprovação do descumprimento da
prestação, como requisito para a deflagração da atividade satisfativa.

Para tanto, situaremos o leitor em relação ao caso que foi julgado. Em seguida, passaremos à exposição do princípio da execução específica, como um dos vetores fundamentais da garantia à tutela efetiva.

Depois disso, vamos analisar por que o legislador não exigiu a prova do inadimplemento como requisito para o ajuizamento e o prosseguimento válido da execução, indicando apenas o título e a exigibilidade da obrigação como tal. Na oportunidade, evidenciaremos que a *alegação* do inadimplemento (e não a sua *demonstração*) também deve ser levada em consideração para a admissibilidade do feito executivo, mesmo não estando prevista expressamente pela legislação.

Adentraremos, então, ao estudo do descumprimento da obrigação, com ênfase na distinção entre o inadimplemento absoluto e o relativo.

Depois de estabelecidas essas premissas, enfrentaremos o problema central deste artigo e exporemos o desfecho do caso concreto.

1 Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor de Teoria Geral do Processo e de Direito Processual Civil na Graduação da UFBA e em Pós-Graduações *Lato Sensu* de diversas instituições do país. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Instituto Ibero-Americano de Derecho Procesal (IIDP). Membro Fundador da Associação Norte e Nordeste de Professores de Direito Processual (ANNEP). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA). adonias@ufba.br.

2 Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de Direito (FBD). Assessora no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA). ceamagalhaes@tjba.jus.br.

1. O CASO CONCRETO

Numa ação de reconhecimento e dissolução de união estável, as partes ajustaram que o ex-companheiro permaneceria com o bem em que o casal residira na constância da vida conjugal. De outro lado, acordaram que a ex-companheira deveria escolher um outro imóvel para residir, cabendo ao ex-convivente adquiri-lo para ela, desde que o preço correspondesse a, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) do valor do bem que possuíam em conjunto, e que permaneceu com ele após a dissolução do vínculo. As partes fixaram o prazo para cumprimento dessa obrigação – tanto no que diz respeito à escolha a ser realizada por ela como ao pagamento a ser efetuado por ele. A autocomposição foi homologada pelo Juízo de 1º grau.

No ano seguinte ao trânsito em julgado da sentença homologatória, a demandante ingressou com o cumprimento de sentença, afirmando que (i) realizou a escolha do bem, tendo cientificado o acionado acerca das negociações para a aquisição da coisa; e (ii) o ex-companheiro frustrou a compra, tendo se negado a celebrar o compromisso de compra e venda, e a efetuar o pagamento do valor que lhe cabia, o que deveria ter sido feito diretamente para a proprietária do bem.

Como a promessa de compra e venda do bem não foi concluída por inadimplemento do ex-convivente, a exequente deu início ao cumprimento de sentença, requerendo o recebimento da quantia correspondente ao valor do imóvel, devidamente atualizada com os consectários legais.

Opondo-se ao procedimento executivo, o demandado sustentou a impossibilidade de o cumprimento de sentença seguir o rito de obrigação de pagar, uma vez que a obrigação constante no acordo homologado judicialmente se referiu a uma prestação de fazer.

Daí surgia a questão referente à influência da espécie de inadimplemento no cabimento do tipo de execução civil quando a obrigação diz respeito a um fazer, não fazer ou entregar coisa.

2. O PRINCÍPIO DA MAIOR (OU DA MÁXIMA) COINCIDÊNCIA POSSÍVEL (OU DA EXECUÇÃO ESPECÍFICA)

O processo deve atender plenamente ao seu escopo pacificador e deve ser apto, tanto para a certificação de direitos como para o seu cumprimento. O acesso à Justiça envolve a garantia de obter o bem da vida perseguido, não se restringindo ao ingresso da demanda perante o órgão jurisdicional, nem à obtenção de um provimento que afirme a existência do direito a uma prestação. O alcance da ordem jurídica justa se dá com a realização dos direitos, de maneira que haja a máxima coincidência possível entre o que *deve ser* (preceito normativo – seja ele geral e abstrato, como acontece com as leis; ou individual e concreto, como acontece nos títulos executivos) e o que *é* (plano dos fatos)³, em observância à garantia fundamental à tutela jurídica efetiva, que consiste numa consequência do direito de ação e da inafastabilidade da jurisdição, positivados pelo art. 5º, XXXV, da Magna Carta⁴.

3 Ainda durante a vigência do CPC/1973, Luiz Guilherme Marinoni (O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Processual Civil*. V. 8, n. 28. Curitiba: Gênese, abr.-jun. 2003, p. 303) afirmava que, sob o pálio da efetividade em sentido estrito, o direito à sentença engloba, não só o direito ao provimento, mas também aos meios executivos capazes de efetivá-lo. Em lição já referente ao CPC/2015, Otávio Ribeiro Coelho (Direito à efetividade da jurisdição: Técnicas e tutelas diferenciadas no Processo Civil. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. V. 129, ano 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev. 2022, p. 291) afirma que “[...] as técnicas processuais e o procedimento não se esgotam em tutelar mera garantia de participação ou formal atendimento ao devido processo legal (constitucional). Há necessidade de conferir efetividade à tutela jurisdicional. Técnicas e o próprio procedimento são teleológicos: visam à efetiva tutela”.

4 Rosa Júlia Plá Coelho (*Mecanismos de proteção dos direitos fundamentais na União Europeia*. Brasília: OAB, 2005,

Com a promulgação da Constituição de 1988, a primeira interpretação do referido dispositivo visava assegurar o acesso ao Judiciário, vedando a exclusão da alegação de qualquer lesão ou ameaça a direito da apreciação jurisdicional⁵. Cogitava-se a *universalidade da tutela jurisdicional*⁶, sem restrições econômicas⁷, sociais ou jurídicas⁸. Pavimentava-se aí o direito de *apresentar demandas perante os órgãos do Judiciário*.

A par dessa relevante leitura do comando constitucional, o aprofundamento da garantia levou a uma concepção mais ampla, com a finalidade de assegurar o alcance da *ordem*

- p. 151) explica tratar-se de tendência sedimentada no constitucionalismo moderno: “O princípio da tutela jurisdicional efetiva ganha *status* constitucional na história do constitucionalismo moderno, podendo ser observada a sua inserção na *Lex Fundamentalis* da maioria dos Estados democráticos do planeta; os primeiros registros, entretanto, encontram-se plasmados nas Constituições italiana (1947) e alemã (1949), como forma de garantir aos seus cidadãos a vedação dos abusos e desvios anteriormente cometidos por governos de índole despótica, devolvendo-lhes, por conseguinte, a confiança perdida na segurança jurídica. Na mesma linha, a Constituição espanhola (1978) e a Carta Magna da República Portuguesa (1976), respectivamente em seus artigos 24 e 20, n. 1, 1ª parte. Valendo o registro de que ambos os países viveram também sob o jugo de regimes de exceção.” (Itálico existente na versão original).
- 5 Eis a lição de Cândido Rangel Dinamarco, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (*Teoria Geral do Processo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2023, p. 268): “O princípio da inafastabilidade (ou princípio do controle jurisdicional), expresso na Constituição (art. 5º, inc. XXXV) e reiterado no art. 3º, *caput*, do Código de Processo Civil, garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela. Não pode a lei ‘excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito’ (art. cit.), nem pode o juiz, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, escusar-se de proferir decisão (CPC, art. 140)”. Já Leonardo Greco (*Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. V. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 183) explica a acepção da “[...] ação como direito cívico, relacionada à garantia fundamental do amplo acesso à justiça”, afirmando tratar-se do “[...] direito de postular e de defender-se perante o Poder Judiciário, dele recebendo uma resposta sobre determinada pretensão. Essa compreensão do direito de ação tem maior relevância no âmbito do direito constitucional, ainda que mencionada por alguns processualistas”.
- 6 Cândido Rangel Dinamarco (*A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 323-324) ensina que: “A *universalidade da tutela jurisdicional* constitui acentuadíssima tendência generosa da atualidade e está presente nas preocupações e nos movimentos dos processualistas mais modernos. As tradicionais limitações ao ingresso na Justiça, jurídicas ou de fato (econômicas, sociais), são óbices graves à consecução dos objetivos processuais e, do ponto de vista da potencial clientela do Poder Judiciário, constituem para cada qual um fato de decepções em face de esperanças frustradas e insatisfações que se perpetuam; para a sociedade, elas impedem a realização de práticas pacificadoras destinadas ao estabelecimento de clima harmonioso entre os seus membros; para o Estado, é fator de desgaste de sua própria legitimidade e da dos seus institutos e do seu ordenamento jurídico”.
- 7 Mauro Cappelletti e Bryant Garth (*Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 9) registram que “[...] nos Estados Liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia individualista dos direitos, então vigorante”, de maneira que a prestação jurisdicional “[...] só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte”. Visando a superar tal obstáculo, a Constituição de 1988 prevê que “[...] o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV), além de atribuir à Defensoria Pública o *status* de “[...] instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados” (art. 134). Outros diplomas legislativos integram esse sistema, a exemplo da Lei 1.060/1950, que “[...] estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados”.
- 8 Em função da bilateralidade do processo e da postulação, a garantia também contempla o direito de defesa, a ser exercido pelo réu. É o que preconiza José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 434): “O art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude da defesa, agora mais incisivamente assegurada no inc. LV do mesmo artigo: *aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

*jurídica justa*⁹⁻¹⁰. No âmbito judicial, a acepção da expressão “acesso à justiça” se expandiu dos aspectos relativos ao ingresso das demandas para abranger também a produção dos resultados da prestação jurisdicional¹¹ – tanto no curso¹² como ao fim do processo. O acesso à ordem jurídica justa exige uma prestação qualificada, que se desdobra em algumas vertentes, como a da razoável duração do processo¹³, a da diferenciação/especificidade da tutela e a da efetividade da atividade judicial¹⁴.

- 9 Sob esse enfoque, busca-se a tutela dos direitos, não somente pela via judicial, mas também por outros meios, como a mediação, a negociação, a conciliação e a arbitragem. Cuidam-se dos meios adequados à solução dos conflitos (ADRs ou ODRs, quando envolvem a tecnologia, a inteligência artificial e as plataformas *on-line*).
- 10 Mariângela Guerreiro Milhoranza (Tempo, processo e efetividade da prestação jurisdicional. In: TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix (org.). *Tempestividade e efetividade processual: Novos rumos do Processo Civil brasileiro*. Estudos em homenagem à Professora Elaine Harzheim Macedo. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 610) explica que “[...] a busca pela efetividade do processo advém do direito constitucional, da garantia constitucional de acesso à adequada tutela jurisdicional”. Tratando do acesso à Justiça na seara judicial, Cândido Rangel Dinamarco (op. cit., 2008, p. 361-362) explica: “Nem a garantia do contraditório tem valor próprio, todavia, apesar de tão intimamente ligada à ideia de processo, a ponto de hoje dizer-se que é parte essencial deste. Ela e mais as garantias do ingresso em juízo, do devido processo legal, do juiz natural, da igualdade entre as partes – todas elas somadas visam a um único fim, que é a síntese de todas e dos propósitos integrados no direito processual constitucional: o acesso à justiça. Uma vez que o processo tem por escopo magno a pacificação com justiça, é indispensável que todo ele se estruture e seja praticado segundo essas regras voltadas a fazer dele um canal de condução à *ordem jurídica justa*” (itálicos existentes no original).
- 11 Mauro Cappelletti e Bryant Garth (op. cit., p. 8) consideram que “[...] a expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”. Luis Alberto Reichelt (Reflexões sobre o conteúdo do direito fundamental ao acesso à Justiça no âmbito cível em perspectiva contemporânea. In: *Revista de Processo*. V. 296, ano 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2019, p. 23) afirma que “[...] o alcance do direito fundamental ao acesso à justiça compreende: a) o direito à presença de um conjunto de meios projetados com vistas à solução de litígios e/ou à reivindicação de direitos; b) o direito à obtenção de resultados específicos em sede de solução de litígios e/ou de reivindicação de direitos. Da mesma forma, é possível afirmar desde logo que o direito fundamental ao acesso à justiça impõe o respeito à igualdade em favor dos seus titulares”.
- 12 Exemplifica-se com as técnicas da tutela provisória (arts. 294 a 311 do CPC/2015) e do cumprimento provisório da sentença (art. 520 do CPC/2015).
- 13 Eis a lição de Humberto Theodoro Júnior (*Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum*. V. 1. 60. ed. 2. reimpr.. Rio de Janeiro: Forense, 2019) sobre o assunto: “É evidente que sem efetividade, no concernente ao resultado processual cotejado com o direito material ofendido, não se pode pensar em processo justo. Não sendo rápida a resposta do juízo para a pacificação do litígio, a tutela não se revela efetiva. [...] Daí porque, sem necessidade de maiores explicações, se compreende que o Estado não pode deixar de combater a morosidade judicial e que, realmente, é um dever primário e fundamental assegurar a todos quantos dependam da tutela da Justiça uma duração razoável para o processo e um empenho efetivo para garantir a celeridade da respectiva tramitação”. Neste sentido, também ensina Gisele Mazzoni Welsch (A razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88) como garantia constitucional. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (org.). *Constituição, Jurisdição e Processo: Estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica*. V. 01. Porto Alegre: Notadez, 2008, p. 359-360): “Os motivos que levaram o legislador a erigir a questão do tempo do processo ao nível de garantia fundamental mostram-nos uma insatisfação da sociedade com a prestação da tutela jurisdicional e o entendimento de que a jurisdição não deve ser apenas ‘prestada’ pelo Estado como decorrência do direito de ação, mas que a tutela jurisdicional deve ser efetiva, tempestiva e adequada, sendo atribuição do Estado alcançar este objetivo. [...] Nesse sentido, torna-se necessário conceber a ideia de processo como instrumento não apenas de realização do direito material, mas como instrumento da jurisdição. Além disso, a visão da sociedade como sociedade em crise/conflito exige do legislador novas formas de minimizar o ‘necessário’ tempo do processo, que é aquele mínimo imprescindível para que sejam respeitadas as demais garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da motivação dos atos processuais, entre outros”.
- 14 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (*Curso de Processo Civil: Teoria do Processo*

Esse adensamento interpretativo foi explicitado no art. 4º do CPC/2015, que consigna que “[...] as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, completando a ideia trazida pelo art. 3º do mesmo Código, cujo *caput* positivou, em nível infraconstitucional, a inafastabilidade da jurisdição. Em conjunto, os dois dispositivos assentam o pleno acesso ao Judiciário, que se estende, desde os aspectos relativos à universalização do ajuizamento das demandas, até os concernentes à entrega da prestação jurisdicional com efetividade.

A perfeita compreensão do dispositivo legal traduz a noção de que, versando o conflito sobre o direito a uma prestação, a solução do mérito envolve a atividade satisfativa, estando diretamente relacionada à prática de atos voltados à sua concretização¹⁵. Essa garantia inclui a efetividade da execução, que se dará com a previsão normativa de técnicas processuais aptas a transformar a realidade¹⁶, e com a utilização, em cada caso, dos instrumentos adequados para o cumprimento do direito que está certificado no título¹⁷.

Civil. V. 1. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020) explicam que “[...] o direito de ação não é apenas o direito de afirmar um direito material em juízo ou o direito de formular um pedido de tutela do direito material com base em fundamentos de fato e direito. A ação não se resume ao ato estático que invoca a jurisdição. Não é um ato solitário, uma simples demanda, como se o direito de ação pudesse ser restringido ao requerimento inicial de tutela jurisdicional, sendo antes um complexo de posições jurídicas previstas ao longo de todo o procedimento que visa tendencialmente à tutela do direito mediante uma decisão justa e passível de adequada efetivação”.

- 15 Fazendo referência à lição de Moacyr Amaral Santos (*Ações cominatórias no Direito brasileiro*. Tomo I. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1962, p. 21) explicava que: “[...] frequentemente não basta declarar o que deve ser (finalidade do processo de conhecimento) mas sim de obter que seja o que deve ser”.
- 16 Rodrigo Reis Mazzei e Marcelo da Rocha Rosado (A cláusula geral de efetividade e as medidas indutivas no CPC/15. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V. 11. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 501-502) lecionam: “Essencial entender, também, que a cláusula que garante o acesso à jurisdição em nosso ordenamento (art. 5º, XXXV, CF/88), em sua noção mais moderna, possui dimensão que lhe confere eficácia que vai além de garantir uma simples resposta do Poder Judiciário, pois também remete à necessidade de se municiarem o jurisdicionado e o próprio órgão jurisdicional com técnicas processuais adequadas para a tutela do direito material, com efetiva transformação da realidade – meta assumida pelo CPC/2015. Portanto, para a concretização do direito fundamental do acesso à jurisdição, é essencial que o sistema seja moldado de forma a que o processo seja instrumento a garantir uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos. [...] A solução integral do mérito se refere à atividade do juiz para a revelação da norma jurídica concreta aplicável ao caso individual ou coletivo litigioso, enquanto que a atividade satisfativa deve ser entendida como a realização prática da norma concreta revelada em anterior atividade cognitiva, ou retratada em título executivo extrajudicial. Da leitura da norma em referência [art. 4º do CPC/2015], podemos inferir que é importante a idealização de técnicas processuais diferenciadas para a tutela do direito material, inclusive com flexibilização procedimental para a adaptação do instrumento ao caso concreto, a fim de se alcançar o provimento jurisdicional almejado. Essa resposta da jurisdição, contudo, muitas vezes não basta, pois também é preciso assegurar meios eficientes para a efetivação, no plano dos fatos, da tutela jurisdicional, pois, realmente, ‘as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo’. É estreme de dúvidas, portanto, que a tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva é aquela que não apenas assegura o provimento jurisdicional devido, mas também assegura os meios para a realização prática da norma concreta retratada no título”.
- 17 Nesse sentido, explica Cassio Scarpinella Bueno (*Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 43-44): “O art. 4º reproduz, no plano infraconstitucional, o ‘princípio da economia e eficiência processuais’ constante do art. 5º, LXXVIII, da CF, incluído pela EC n. 45/2004. A expressa menção a ‘atividade satisfativa’ é digna de destaque para evidenciar que a atividade jurisdicional não se esgota com o reconhecimento (declaração) dos direitos, mas também com sua concretização. Até porque, nos casos de título executivo *extrajudicial*, o que o exequente busca perante o Estado-juiz é a *satisfação* do seu direito e não o reconhecimento de que ele existe. Cabe ao executado, nestes casos, se este for o caso, requerer o contrário, isto é, o reconhecimento de que o direito subjacente ao título *não existe*. E mais: é regra que permite compreender mais adequadamente o ‘processo *sinérgico*’, indubitavelmente albergado pelo novo CPC, assim compreendido como o processo que se divide em fases (ou etapas) sem solução de continuidade, nas quais se distribuem ‘atividades cognitivas’ (de conhecimento) e ‘atividades satisfativas’ (de cumprimento ou de execução) de

A partir dessas premissas, depreende-se a existência de um direito fundamental à tutela executiva, que deve ser observado e preservado, em prol do interesse público à pacificação, acentuando a posição do credor que possui a certificação de uma obrigação em seu favor, estampada num título. Avulta-se aí a distinção entre a atividade judicial cognitiva e a satisfativa. Nesta, pressupõe-se que o exequente esteja numa situação de vantagem jurídica, devendo o sistema contar com mecanismos adequados para a realização da prestação, pondo-os à sua disposição. O título executivo traz consigo uma presunção de certeza do direito, autorizando o início e o desenvolvimento da atividade voltada para a prática de atos concretos de invasão no patrimônio jurídico do executado e/ou do terceiro que possui responsabilidade.

Sob a ótica do credor, trata-se de uma garantia em face do Estado – de demandar e de obter uma resposta adequada e tempestiva. Sob o ponto de vista deste último, consiste num poder-dever que se desenvolve em duas frentes: (a) a de aparelhar-se com os instrumentos hábeis para o atingimento do resultado mais próximo daquele que teria sido obtido, caso tivesse havido adimplemento espontâneo e perfeito da obrigação¹⁸; e (b) a de praticar os atos adequados e pertinentes para propiciar a satisfação do direito, despendendo-se o mínimo de tempo e de energia possíveis para tanto¹⁹, vedando-se o *non factibile*. Em analogia à proibição do *non liquet*, a expressão cunhada por Marcos Youji Minami impõe ao Estado o dever de “[...] realizar o comando decisório ou a prestação contida em título executivo extrajudicial”²⁰, remontando às garantias do devido processo legal e do acesso à Justiça²¹. O instituto diz respeito à segurança que deve existir no cumprimento da ordem

diversa ordem, mas sempre com a finalidade principal de verificar para quem a tutela jurisdicional deve ser prestada e também criar condições de sua efetiva prestação, isto é, a satisfação do direito tal qual reconhecido existente pelo Estado-juiz”.

- 18 Cf. Rodrigo Reis Mazzei e Marcelo da Rocha Rosado (op. cit., p. 502) afirmam que: “Em outro ângulo, é possível afirmar que, se as partes, preenchidas a condições do direito abstrato de ação, têm direito à tutela jurisdicional com solução integral do mérito e realização da atividade satisfativa, deve-se reconhecer, até como inerente função estatal desenvolvida, o dever do órgão jurisdicional de conferir concretização a esse direito fundamental. E é justamente para permitir o desempenho adequado da função estatal e o atingimento do escopo do processo que o ordenamento deve conferir ao órgão jurisdicional diversos poderes para consecução dos seus deveres. Como tais poderes só existem e se justificam como meios para consecução dos deveres atribuídos ao órgão jurisdicional, é adequado falar em poderes-deveres”.
- 19 Ao discorrer sobre o abuso de direito e seu combate no Processo Civil brasileiro, Humberto Theodoro Júnior (Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 110-111) afirma existir a necessidade de que: “[...] (a) os instrumentos de tutela sejam ‘adequados’ aos direitos a resguardar; (b) sejam ‘praticamente utilizáveis’ pelos titulares dos direitos de cuja preservação ou reintegração se cogita; (c) ao julgador sejam asseguradas condições de convencimento, tanto quanto possível, fiel à ‘realidade’; (d) ‘em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo’ há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica *utilidade* a que faz jus segundo o ordenamento; e (e) possa ser atingido semelhante resultado ‘com o mínimo dispêndio de tempo e energias’”.
- 20 Marcos Youji Minami (Uma justificativa às medidas executivas atípicas: Da vedação ao *non factibile*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.), op. cit., p. 61).
- 21 Assim explica Marcos Youji Minami (ibidem, p. 61-63): “A decisão, no sentido de um ato do juiz vazado em texto, não é o que o jurisdicionado busca em grande parte das vezes que aciona a atividade estatal jurisdicional. Nesse aspecto, mesmo havendo mecanismos para impedir o *non liquet*, se o comando do dispositivo não se concretizar, ocorrerá, ainda assim, vedação de acesso à justiça. Ao juiz é defeso deixar de julgar alegando não estar convencido da tese vencedora ou não saber qual o direito aplicável ao caso – o que, como visto, é chamado de vedação ao *non liquet* –, mas também a ele não se permite deixar de realizar o comando decisório ou a prestação contida em título executivo extrajudicial afirmando não ser viável sua realização – o que aqui se batiza de vedação ao *non factibile*. Proibir o *non liquet*, mas permitir o *non factibile* seria uma contradição. A proibição *non factibile* é decorrência lógica do devido processo legal, da própria razão de criação do judiciário encontrando ainda respaldo no princípio do acesso à justiça e da efetividade”.

jurídica, para que ela se concretize no plano fático²², modificando a realidade. Marcelo Lima Guerra desdobra a garantia em três aspectos, todos interligados entre si: (1) a interpretação das normas de execução deve direcionar-se para a extração da maior efetividade possível; (2) na atuação executiva, o juiz possui o dever-poder de adotar os meios necessários à prestação integral da tutela satisfativa; e (3) também o dever-poder de deixar de aplicar uma norma que restrinja a atuação de um mecanismo executivo, sempre que tal limitação não se mostre proporcional, como forma de proteção a outro direito fundamental²³.

Todos esses aspectos conformam e norteiam a interpretação do princípio da maior (ou da máxima) coincidência possível.

A execução forçada²⁴ deve propiciar ao credor precisamente aquilo que ele teria obtido, caso a obrigação tivesse sido satisfeita espontaneamente pelo devedor e na forma estatuída pela norma de acerto. O referido princípio, também conhecido como o da execução específica, traduz a ideia de que “[...] o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”²⁵, e aplica-se à satisfação de qualquer tipo de obrigação – tanto a de pagar como as de fazer, não fazer ou entregar coisa.

Na primeira, o bem devido é dinheiro, e qualquer coisa penhorável, fungível ou não, pode nele ser convertida, mediante a sua expropriação. No contexto da execução voltada para o pagamento de quantia, a questão, em regra, está mais relacionada com a identificação de bens passíveis de constrição (arts. 831 a 834 do CPC/2015), com a respectiva ordem de preferência (art. 835 do CPC/2015), e com a razoável duração do processo, na medida em que a aludida disposição se baseia na maior facilidade/agilidade em converter os bens penhorados em dinheiro (ou seja, no seu grau de liquidez no mercado²⁶).

Na tutela das obrigações de fazer, de não fazer ou de entregar coisa diversa de dinheiro, o mencionado princípio ganha um relevo especial: afinal, a pacificação só acontecerá quando aquele que tem direito a uma das mencionadas prestações obtiver o adimplemento da obrigação tal qual estatuída, e não o recebimento de quantia como seu substitutivo²⁷.

-
- 22 Assim explica Luiz Carlos Souza Vasconcelos (A jurisdição sob o prisma da tutela efetiva dos direitos e sua relação com a atipicidade dos meios executivos. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.), op. cit., p. 814): “[...] valida-se a ideia de que o processo é um instrumento eficaz de acesso à justiça, visando a uma ordem jurídica justa, de maneira que ali se extraia o maior proveito possível quanto aos resultados esperados, dentro de um tempo considerado razoável, com a efetiva concretização dos direitos. Cabe à jurisdição, enfim, como atividade pública estatal, garantir a eficácia social desses direitos, objetivando-se a convivência harmônica entre os indivíduos”.
- 23 Marcelo Lima Guerra (*Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 103-104).
- 24 Alexandre Freitas Câmara (*Manual de Direito Processual Civil*. 1. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 640) afirma que “[...] a execução de que se trata no Direito Processual Civil é, sempre, forçada. Esse adjetivo estará sempre (pelo menos) subentendido quando se fala de execução no campo processual civil. E é explicitamente utilizado no art. 778 e no art. 788”.
- 25 Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 2. 2. ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 46.
- 26 O conceito de “liquidez” aqui utilizado é o da Economia, que a considera como a facilidade com que um ativo pode ser convertido em dinheiro. O grau de agilidade de conversão de um investimento sem perda significativa de seu valor é a medida da sua liquidez. Nesse sentido, a liquidez de um ativo é tanto maior quanto mais fácil for a sua transformação em dinheiro. A liquidez é a medida de interesse que o mercado tem em negociar esse ativo.
- 27 Cândido Rangel Dinamarco (*Execução civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 319) diz que “[...] o que torna específica a execução para entrega e a das obrigações de fazer ou não fazer é a especificidade do objeto do direito a satisfazer” (itálico já existente no original), contrapondo-a à execução genérica, cuja conversão da obrigação em pecúnia é aceitável sem maiores obstáculos.

A sua aplicação traduz verdadeira garantia qualificada do acesso à Justiça, de base constitucional. Em certas situações, somente a tutela específica realmente salvaguardará a fruição do bem da vida devido, a exemplo do que acontece na proteção dos direitos fundamentais, como os da saúde, da educação e do meio ambiente²⁸. Ilustre-se com a determinação de realização de um procedimento cirúrgico indispensável para a manutenção da saúde de alguém. Somente o cumprimento da obrigação de fazer propriamente dita será adequado para tal fim. A execução genérica, voltada ao pagamento de certa quantia em detrimento da cirurgia, será inapta para preservar o referido direito.

A existência de diversos dispositivos legais que realçam o *princípio da efetividade da execução forçada* evidencia o prestígio que o nosso sistema jurídico emprestou ao instituto²⁹. O *caput* do art. 497 do CPC/2015 diz que, na ação que tenha como objeto a “[...] prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”. O art. 536 afirma que, no cumprimento

[...] de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

No campo das obrigações de entregar coisa distinta de dinheiro, o *caput* do art. 498 afirma que, na “[...] ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação”. A seu turno, o art. 538 estabelece que, “[...] não cumprida a obrigação de entregar coisa no prazo estabelecido na sentença, será expedido mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse em favor do credor, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel”.

Apesar dessas vantagens, a dinâmica da sua aplicação se mostra mais complexa em relação às prestações de fazer ou não fazer, já que ninguém pode ser coagido a prestar um fato³⁰, sobretudo em se tratando de pessoa natural. Diante de tal limitação, as técnicas de execução indireta e a possibilidade de o próprio credor cumprir a obrigação, ou de contratar um terceiro para tanto, correndo a execução às expensas do devedor (arts. 817 a 820 do CPC/2015), atuam como importantes mecanismos para a obtenção do resultado específico, somando-se ao poder geral de efetivação positivado pelo art. 139, IV, do CPC/2015. Na linha da garantia fundamental à efetividade da tutela judicial, o ordenamento deve ser dotado de técnicas aptas a conceder especificamente a prestação devida ao credor, da mesma maneira (ou o mais próximo possível) do que ele teria obtido caso o réu houvesse cumprido a obrigação de maneira voluntária e perfeita³¹.

28 Cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Execução por quantia certa contra devedor solvente*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 23.

29 Cf. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 838.

30 Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. II. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 152-153.

31 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, op.cit.: “A adequação da técnica executiva é imprescindível para prestação da tutela efetiva. A efetiva atuabilidade da tutela do direito depende da previsão de técnicas executivas idôneas. Nesse particular, o direito processual civil brasileiro conta com um sistema praticamente atípico: ressalvada a execução contra a Fazenda Pública, que conta com o precatório como técnica típica (art. 100 da CF), o art. 139, IV, refere textualmente que todas as técnicas processuais estão disponíveis para tutela de todo e qualquer espécie de direito. A atipicidade da técnica executiva, que mais interessa para prestação de tutela jurisdicional adequada

A previsão normativa de tais instrumentos está intrinsecamente vinculada ao interesse público, afinal o cumprimento das normas jurídicas na sua exatidão contribui para a pacificação social, quer diga respeito às disposições gerais e abstratas, como as da legislação, quer às das previsões concretas, como as dos títulos executivos. Alberga-se, ainda, o interesse do credor, que busca ver o seu direito satisfeito, tal qual previsto no título. Também consiste num direito fundamental do devedor, na medida em que lhe assegura uma limitação ao poder de invasão do Estado sobre sua esfera jurídica, que só poderá atingir os bens jurídicos necessários para o alcance da tutela específica, não devendo avançar sobre outros, o que representaria um agravamento da situação do sujeito passivo do vínculo obrigacional. Por exemplo: se a obrigação for de entregar certo imóvel, em regra não haverá motivo, nem utilidade em realizar a constrição sobre outros bens que integram o acervo do devedor. Considerando que a execução civil visa à satisfação do direito constante no título, os atos judiciais devem ficar adstritos ao que é indispensável para alcançar o cumprimento da obrigação certificada. Aqueles desprovidos de utilidade ou que extrapolem os limites da cártula devem ser evitados ou corrigidos, por não trazerem vantagem alguma para a prestação jurisdicional devida e adequada³².

3. A ALEGAÇÃO DE INADIMPLEMENTO COMO REQUISITO NECESSÁRIO PARA REALIZAR QUALQUER EXECUÇÃO

Ao tratar dos requisitos necessários para realizar qualquer execução, o CPC/2015 indica como tais apenas o título executivo (arts. 783 a 785) e a exigibilidade da obrigação (arts. 786 a 788), não tendo aí incluído o inadimplemento do devedor, como fazia o CPC/1973, especialmente nos seus arts. 580 a 582.

Na realidade, se bem cotejarmos os arts. 786 a 788 do diploma em vigor com os arts. 580 a 582 do anterior, constataremos que eles possuem fundamentalmente o mesmo conteúdo. Assim, o que o legislador de 1973 intitulava de “inadimplemento do devedor”, o de 2015 denominou de “exigibilidade da obrigação”.

aos direitos, tem a sua maior expressão nos arts. 139, IV, e 536 a 538. Para além da possibilidade de imposição de astreintes (art. 537), as posições jurídicas que se concretizam mediante imposições de fazer e não fazer e aquelas que visam à tutela do direito à coisa contam com tutelabilidade a partir das ‘medidas necessárias’ – busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial, são apenas exemplos”. Na mesma linha: RODRIGUES, Marcelo Abelha, op. cit., p. 22-24.

32 O STJ já sedimentou o entendimento de não aplicação das astreintes, quando o cumprimento específico da obrigação se tornar impossível, pois haveria prejuízo inútil para o executado, sem qualquer vantagem para a prestação jurisdicional executiva: “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TELEFONIA. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INVIABILIDADE DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS. PREJUDICIALIDADE DAS ASTREINTES.

1. Inviabilidade do cumprimento específico da obrigação de subscrever as ações oriundas dos contratos de participação financeira.

2. Conversão da obrigação em perdas e danos com base na cotação das ações na data do trânsito em julgado. Precedente da Segunda Seção.

3. Prejudicialidade das astreintes ante a inviabilidade do cumprimento específico da obrigação.

4. Inocorrência de coisa julgada quanto às astreintes. Precedente. 5. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO (STJ, 3.ª Turma, AgRg no REsp 1.351.033/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 20.03.2014, DJe 26.03.2014).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÕES. PREJUDICIALIDADE. ALCANCE. SUSPENSÃO. PRAZO. FLEXIBILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. IMPOSSIBILIDADE. CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS. MULTA. AFASTAMENTO.

(...)

4. Se revelando impossível o cumprimento específico da obrigação, esta se converte em perdas e danos, afastando-se a incidência da multa cominatória do art. 461, § 4º, do CPC.

5. Recurso especial provido (STJ, 3.ª Turma, REsp 1.230.174/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2012, DJe 13.12.2012).”.

A alteração da redação tem sua razão de ser, afinal, em regra, o que o credor precisa demonstrar para acessar a via executiva é que a eficácia da obrigação disposta no título está ativa, seja pelo alcance do termo ou pelo implemento da condição suspensiva³³.

Em boa parte dos casos, a prova do inadimplemento pode ser revelar impossível, sobretudo quando a prestação for positiva e o descumprimento advier da inércia do devedor. Ilustrativamente, é o que sucede quando o credor busca o pagamento de certa quantia, a entrega de coisa distinta de dinheiro ou um determinado fazer, e o sujeito passivo simplesmente deixou de adotar qualquer conduta atinente ao adimplemento. O exequente não tem como provar a ocorrência de um fato negativo³⁴. Cumprir-lhe-á demonstrar que possui título e que a obrigação nele constante já opera seus efeitos, não devendo recair sobre si o ônus de evidenciar que a outra parte simplesmente não adotou o comportamento ativo que estava prevista no título executivo³⁵. Será do executado o encargo de provar que adimpliu ou que houve motivo para ter deixado de fazê-lo. O credor só conseguirá demonstrar o inadimplemento se o titular da prestação expressar que não irá cumpri-la, que não a cumpriu ou, ainda, se realizá-la de maneira incompleta ou diversa, e incompatível, daquela que está prevista no título, como pode acontecer com o pagamento a menor. Também será possível comprová-lo quando a obrigação consistir numa abstenção, vedando a prática de certo ato pelo devedor. Aqui, o descumprimento deriva de uma conduta ativa: infringe-se um não fazer, realizando o ato desautorizado pelo título.

Muito embora o legislador não tenha exigido o inadimplemento como requisito para a admissibilidade da ação executiva, entendemos que deve haver, pelo menos, a *alegação* do descumprimento. Essa é a *causa de pedir* da demanda satisfativa³⁶. Não há motivo para praticar atos invasivos sobre o acervo do executado ou do responsável, se eles não se mostrarem necessários. Esse requisito será preenchido com a afirmação de que a prestação não foi adimplida voluntariamente. Aí reside o interesse processual – necessidade para a demanda satisfativa. A atividade voltada para o cumprimento forçado de uma obrigação só é útil na medida em que existe alegação de inadimplemento, conformando o conflito jurídico que reclama solução na atividade satisfativa. O litígio se dá em torno de uma pretensão insatisfeita. Eis o mérito da execução.

A alegação de inadimplemento está diretamente associada à exigibilidade do direito à prestação. Embora distintas, não se cogita a ocorrência daquela sem, antes, verificar se a eficácia da obrigação está ativa. A exigibilidade diz respeito ao poder do credor de reclamar a conduta do devedor, e consiste num pressuposto à atualidade do dever de adimplir³⁷. Ela está no plano da eficácia da obrigação certificada no título. Só se pode cogitar o

33 Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas (*O Novo Processo Civil brasileiro*. 8. ed., rev. e atual. Barueri: Atlas, 2022, p. 331): “[...] a verdadeira exigência para que se instaure e se desenvolva o procedimento executivo não é a de que efetivamente exista uma obrigação não adimplida. Isto porque é perfeitamente possível que o executado demonstre que a obrigação a rigor nem existe (e, claro, se não existe não pode ser exigível). A verdadeira exigência é a de que o exequente, ao demandar a execução, afirme a existência de obrigação certa, líquida e exigível representada por título executivo, sob pena de se considerar ausente o interesse de agir *in executivis*”.

34 O STJ já decidiu que, “[...] na colisão de um fato negativo com um fato positivo, quem afirma um fato positivo tem de prová-lo, com preferência a quem afirma um fato negativo” (STJ – AgRg no Ag: 1181737 MG 2009/0024110-6, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 03/11/2009, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/11/2009).

35 José Henrique Mouta Araújo (In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.792) entende ter sido correta a alteração legislativa.

36 Cf. ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 959-960.

37 Cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha, op. cit., 2015, p. 168.

inadimplemento, em abstrato, se a obrigação for exigível. Se a sua eficácia estiver ativa, a prestação poderá ter sido adimplida ou não. Caso contrário, não se pode sequer aventar o descumprimento³⁸. Assim, a possibilidade de inadimplemento, em abstrato (e a pertinência da respectiva alegação), pressupõe a verificação da exigibilidade do título e da obrigação³⁹. Esta, por sua vez, será encontrada no exame do título e dos demais documentos que devem instruir a petição que deflagra o procedimento executivo.

Contudo, não basta que o credor demonstre que a eficácia da obrigação já se encontra ativa. É necessário, ao menos, que ele alegue que o devedor não a cumpriu. Tanto é assim que o art. 786 do CPC/2015 exige, expressamente, a narração do inadimplemento, ao afirmar que “[...] a execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível consubstanciada em título executivo”⁴⁰ (destacamos). Sem tal argumento, não terá sido declinado, sequer em tese, um conflito que justifique a atuação judicial com a prática de atos concretos de invasão no patrimônio do executado. A primeira parte do art. 788 também trata, expressamente, da alegação de inadimplemento como requisito para a execução. Ao afirmar que “[...] o credor não poderá iniciar a execução ou nela prosseguir se o devedor cumprir a obrigação”, o texto legal evidencia que não é só a exigibilidade que autoriza o início da atividade satisfativa, mas a alegação de não cumprimento da obrigação que autoriza a sua instalação.

Cuidando-se de requisitos para a instauração e o desenvolvimento válido da prestação jurisdicional executiva, eles podem ser examinados de ofício e no início da fase satisfativa ou do respectivo feito (conforme o regime processual seja o sincrético ou o autônomo), podendo (e devendo) a sua verificação voltar a ser realizada ao longo de todo o trâmite processual. Sendo positiva e mantendo-se dessa maneira, a atividade judicial avançará rumo à efetivação do direito alegado pelo autor, que se presume existente.

-
- 38 Cf. ABELHA, Marcelo, op. cit., 2016, p. 961. Confira-se, ainda, a lição de Sérgio Shimura sobre o assunto (*Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 62): “A exigibilidade (vencimento da dívida), embora em geral ocorra simultaneamente com o inadimplemento (com o vencimento, o devedor torna-se inadimplente), representa realidade distinta. Basta pensar na seguinte hipótese: o vencimento da dívida, relativo a uma nota promissória, ocorrerá no dia tal; todavia, pode suceder que, nesse dia, o devedor já tenha efetuado o pagamento antecipadamente. A exigibilidade constitui-se em elemento que deriva do próprio título executivo, ao passo que o inadimplemento decorre de comportamento do devedor. Quem analisa o título, em si mesmo considerado, em princípio pode perfeitamente entrever se é exigível ou não. Mas para constatar se houve ou não o inadimplemento, mister se faz a análise de outras circunstâncias, ligadas diretamente à conduta do devedor”.
- 39 Idem, *ibidem*, p. 960-961. Já Cândido Rangel Dinamarco (op. cit., 2000, p. 414) sintetiza que, “[...] para ocorrer o interesse-necessidade, basta que chegue o momento da exigibilidade (vencimento da dívida, notificação do obrigado etc.). É inexacto afirmar que o interesse é dado pelo inadimplemento, ou pela lesão ao direito, como a doutrina frequentemente assevera, pois aí já passa para o terreno do mérito” (itálico proveniente do original).
- 40 Comentando o art. 786 do CPC/2015, Gelson Amaro de Souza (In: TUCCI, José Rogério Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. *Código de Processo Civil anotado*. Rio de Janeiro: GZ Editora/LMJ Mundo Jurídico, 2016, p. 786) cogita a prova do inadimplemento (e não a sua mera alegação) como requisito de admissibilidade da execução: “O *caput* deste artigo repete a redação do art. 580 do CPC/1973, reafirmando que a execução somente poderá ser instaurada quando verificada a inadimplência do devedor. Isto é, quando ele não cumprir, a tempo e modo, obrigação certa, líquida e exigível. Sem a prova de inadimplência do devedor, não há razão para iniciar-se a execução. A execução tem por objetivo a satisfação da obrigação. Quando esta é satisfeita voluntariamente pelo devedor, não haverá motivo para a execução, faltando assim, ao credor, interesse de agir em processo de execução. Toda e qualquer execução somente pode ser proposta quando o devedor não adimpliu a obrigação. Também deve ser extinta quando iniciada e posteriormente o executado cumprir a obrigação objeto da execução”.

4. DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES: INADIMPLEMENTO ABSOLUTO *VERSUS* RELATIVO

Regulado pelos arts. 389 a 420 do CC/2002, o inadimplemento consiste em assunto afeito ao direito material, não estando situado na seara processual.

A sua ocorrência se dá no plano da relação obrigacional, com o não cumprimento da prestação pactuada e – para os fins do presente estudo – constante no título executivo.

Quando a prestação for positiva, como acontece nas obrigações de dar, pagar e fazer, ele pode decorrer da simples inércia do sujeito passivo do liame substancial ou da prática de ato em dissonância com o que estava estabelecido na cártula, ou ainda porque a conduta adotada pelo devedor foi diversa ou incompleta, em relação ao preceito constante no título.

Se a obrigação for negativa, o art. 390 do CC/2002 afirma que “[...] o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster”.

O art. 389 do CC/2002 estabelece as consequências da inexecução, imputando ao devedor “[...] as perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”, salvo se ela resultar de caso fortuito ou força maior, assim considerado o “[...] fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” (parágrafo único do art. 393 do CC/2002). Nessas circunstâncias, o titular da obrigação só responderá se tiver assumido a responsabilidade por eles de maneira expressa (*caput* do art. 393 do CC/2002).

A classificação do inadimplemento pode se dar por diversos critérios. Para a finalidade desse texto, importa-nos diferenciar o absoluto do relativo (que consiste na mora), a partir da possibilidade de o cumprimento tardio da obrigação permanecer útil ou deixar de sê-lo. Consoante preceitua Luiz Edson Fachin (Fato de força maior e o adimplemento contratual. In: *Revista dos Tribunais Online*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2012):

O inadimplemento consiste na inexecução da obrigação imputável ao devedor. Há, como se sabe, ao menos duas modalidades de inadimplemento, cada qual com suas próprias consequências jurídicas: o inadimplemento relativo, qualificado como mora, e o inadimplemento absoluto ou definitivo, também denominado inadimplemento propriamente dito ou inadimplemento *stricto sensu*. [...] Tanto na mora quanto no inadimplemento absoluto pode-se afirmar que a prestação devida por força de uma relação obrigacional não foi realizada na forma ou no tempo exigíveis. [...] O que diferenciará uma figura de outra é que, enquanto na figura denominada mora o adimplemento ainda é possível e ainda atende ao interesse de credor, ainda que realizado a destempo, o inadimplemento absoluto ou definitivo é aquele causado pela perda do interesse do credor, resultante do fato de a prestação não ter sido cumprida no tempo, no lugar ou na forma exigíveis.

A utilidade ou a inutilidade da obrigação para o credor não decorre exclusivamente da sua escolha, devendo ser analisada sob uma perspectiva objetiva, considerando o que as partes dispuseram no negócio jurídico firmado e a real possibilidade de preservar a relação pactuada, em observância ao princípio da conservação dos atos e dos negócios

jurídicos, procedimento interpretativo que permite a preservação válida do ajuste⁴¹⁻⁴², devendo ser prestigiado, por se tratar de uma das diretrizes do Código Civil em vigor⁴³.

5. A IMPORTÂNCIA DA ESPÉCIE DE INADIMPLEMENTO PARA A IDENTIFICAÇÃO DO TIPO DE EXECUÇÃO CABÍVEL

Ainda que o legislador não tenha exigido a demonstração do inadimplemento como requisito para a instalação e o prosseguimento da atividade satisfativa, o credor poderá evidenciá-lo, o que se mostrará relevante para identificar o tipo de execução cabível.

Havendo inadimplemento, o titular do crédito poderá utilizar os instrumentos de tutela previstos pelo CC/2002 e pelo CPC/2015. O inadimplemento absoluto também se distingue do relativo neste ponto, que diz respeito às suas consequências. Quando há mora, o credor pode exigir o cumprimento forçado da obrigação, tal qual estatuída pelo título, com a incidência dos encargos pelo atraso na satisfação da prestação, e mais as perdas e danos, nos termos dos arts. 394 e 395 do CC/2002. Aqui, deve-se preservar o princípio da execução específica, como garantia fundamental voltada, tanto para a tutela do interesse público como para a do interesse das partes, conforme já explicamos. Se houver inadimplemento absoluto, cabe ao credor requerer a resolução do contrato ou a execução pelo equivalente, a teor do art. 475 do CC/2002.

41 Cuida-se de uma limitação interpretativa, que não se confunde com a conversão, que importaria a mudança de qualificação do negócio jurídico. Neste sentido: SCHREIBER, Anderson. In: _____; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil comentado: Doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.106.

42 Antônio Junqueira de Azevedo (*Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 66) explica: “Tanto dentro de cada plano quanto nas relações entre um plano e outro há um princípio fundamental que domina toda a matéria da inexistência, invalidade e ineficácia; queremos referir-nos ao *princípio da conservação*. Por ele, tanto o legislador quanto o intérprete, o primeiro, na criação de normas jurídicas sobre os diversos negócios, e o segundo, na aplicação dessas normas, devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos – existência, validade e eficácia –, o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente. O princípio da conservação consiste, pois, em procurar salvar tudo o que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência quanto da validade, quanto da eficácia. Seu fundamento prende-se à própria razão de ser do negócio jurídico; sendo este uma espécie de fato jurídico, de tipo peculiar, isto é, uma declaração de vontade (manifestação de vontade a que o ordenamento jurídico imputa os efeitos manifestados como queridos), é evidente que, para o sistema jurídico, a autonomia da vontade produzindo autorregramentos de vontade, isto é, a declaração produzindo efeitos, representa algo de juridicamente útil. A utilidade de cada negócio poderá ser econômica ou social, mas a verdade é que, a partir do momento em que o ordenamento jurídico admite a categoria negócio jurídico, sua utilidade passa a ser jurídica, visto vez que somente em cada negócio concreto é que adquire existência a categoria negócio jurídico”. Colha-se, ainda, a lição de Leonardo Mattietto (*Invalidez dos atos e negócios jurídicos*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 352-353): “O direito contemporâneo caminha, portanto, no sentido de assegurar os efeitos do negócio celebrado entre as partes, tanto quanto seja isto possível, em um autêntico favor *contractus*. Espera-se, afinal, que as partes tenham contratado para que o negócio valha e produza normalmente os seus efeitos, e não o contrário”. Na mesma linha, Eduardo Correia (*A conversão dos negócios jurídicos ineficazes*. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. V. XXIV. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1948, p. 360) explica: “A ordem jurídica não é tabu que fulmine totalmente tudo que lhe não é conforme, mas, muito ao contrário, meio de garantir a consecução dos interesses do homem e da vida social; não é inimiga da modelação dos fins dos indivíduos – mas ordenadora e coordenadora da sua realização. Por isso, só nega proteção, ou vistas as coisas por outro lado, só sanciona, quando e até onde os valores ou interesses que presidem a tal coordenação ou ordenação o exigem. E a ideia domina toda a teoria dos negócios jurídicos”.

43 Nesse sentido, preconiza o Enunciado n. 162 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF): “A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor”.

A resolução do negócio extingue a relação jurídica material, com o retorno ao *status quo ante*. As partes devem restituir, uma à outra, aquilo que eventualmente receberam em decorrência do contrato. Surge, ainda, o direito de pleitear perdas e danos.

Examinemos a segunda hipótese, relativa à execução pelo equivalente. Em que pese o artigo 475 do Estatuto Reale preveja que “[...] a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento”, entende-se que a expressão “exigir-lhe o cumprimento” não se refere à execução específica, mas à execução pelo equivalente, o que ensejará o cabimento de uma execução voltada ao pagamento de certa quantia, e não mais a forçar a conduta de fazer, não fazer ou entregar coisa distinta de dinheiro, tal qual consta no título. Não se cogita uma ofensa ao princípio da execução específica, já que o inadimplemento absoluto fulminou a possibilidade de cumprimento da prestação na forma estatuída na cártula. Na realidade, os procedimentos satisfativos voltados para a tutela daquelas espécies de obrigação se revelarão incabíveis, sendo conferido ao credor outros instrumentos de tutela.

É o que ensina Aline de Miranda Valverde Terra (Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: Repercussões sobre a responsabilidade civil. In: *Revista Brasileira de Direito Civil Online* – RBDCivil. V. 18. Belo Horizonte: Editora Fórum, out.-dez. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/305>. Acesso em: 12 jun. 2023):

Ora, se execução específica e resolução se baseiam em suportes diferentes (mora e inadimplemento absoluto respectivamente), não é possível admitir que a opção facultada ao credor pelo art. 475 seja entre esses dois remédios. Ou se está diante de mora, que admite a execução específica e não autoriza a resolução, ou se está diante de inadimplemento absoluto, que autoriza a resolução e não admite a execução específica. *Tertium non datur*. Se, de um lado, a resolução é remédio extremo, que só se justifica diante de inadimplemento absoluto, de outro, como se poderia executar o que se impossibilitou, ou para que exigir o que se tornou inútil? Para que o credor possa escolher, potestativamente, entre dois instrumentos de tutela, é imprescindível que ambos tenham o mesmo suporte fático. E o instrumento que se baseia no mesmo suporte fático da resolução é a execução pelo equivalente. Logo, a escolha a ser feita pelo credor, com base no art. 475, é entre a resolução e o cumprimento pelo equivalente.

O Superior Tribunal de Justiça também se posiciona dessa maneira⁴⁴:

44 Confira-se, ainda, julgados dos Tribunais de Justiça de Goiás e de São Paulo: RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM INDENIZAÇÃO. TELEFONIA. CDC. DESCUMPRIMENTO DE OFERTA. IGUALDADE NAS CONTRATAÇÕES. DANO MORAL. VALOR INDENIZATÓRIO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. AUTONOMIA DA EXECUÇÃO PELO EQUIVALENTE PECUNIÁRIO PERANTE A RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA MANTIDA. [...] Os instrumentos de tutela, a serem qualificados pelo Estado-Juiz, podem ocorrer por execução específica (proveniente da mora) ou pelo equivalente pecuniário (que advém do inadimplemento absoluto), medidas que angariam previsões distintas no Código Civil, veja-se: art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos. Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente. Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça elucida: Assim, ao credor é permitido exigir do devedor o exato cumprimento daquilo que foi avençado. Se houver mora, além da execução específica da prestação, o credor pode pleitear eventuais perdas e danos. *Na hipótese de inadimplemento definitivo, o credor poderá escolher entre a execução pelo equivalente ou a resolução da relação jurídica contratual*. (TJ-GO 53582106620218090051, Relator: FERNANDO RIBEIRO MONTEFUSCO, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais, Data de Publicação: 02/02/2022) (grifamos). Inadimplemento contratual. Loteamento irregular. Omissão do loteador na regularização do empreendimento. Pretensão da adquirente do lote na rescisão do contrato, por inadimplemento. Devida a repetição das parcelas pagas. *Diante do*

Nas hipóteses de inadimplemento contratual, contudo, a regra geral é a execução específica. Assim, ao credor é permitido exigir do devedor o exato cumprimento daquilo que foi avençado. Se houver mora, além da execução específica da prestação, o credor pode pleitear eventuais perdas e danos decorrentes da inobservância do tempo ou modo contratados (arts. 389, 394 e 395 do CC/02). Na hipótese de inadimplemento definitivo (art. 475 do CC/02), o credor poderá escolher entre a execução pelo equivalente ou, observados os pressupostos necessários, a resolução da relação jurídica contratual. Em ambas alternativas, poderá requerer, ainda, o pagamento de perdas e danos eventualmente causadas pelo devedor. (STJ – EREsp: 1280825 RJ 2011/0190397-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 27/06/2018, S2 – SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 02/08/2018).

Optando o credor pela execução do equivalente, cumpre ao devedor pagar o valor correspondente ao benefício econômico que a parte teria direito caso a obrigação tivesse sido pontualmente adimplida. Haverá uma sub-rogação da obrigação pelo montante em dinheiro e o credor receberá o valor referente à prestação inicialmente ajustada. Ela não se confunde com as perdas e danos, instituto relacionado à responsabilidade civil, em que há indenização em favor daquele “[...] que experimentou um prejuízo, uma lesão em seu patrimônio material ou moral, por força do comportamento ilícito do transgressor da norma”⁴⁵. A distinção é evidenciada pela própria redação do art. 475 do CC/2002. O mencionado dispositivo legal afirma que “[...] a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”. Depreende-se que o credor tem a opção de pôr fim ao negócio ou de exigir o seu cumprimento, tendo o direito às perdas e danos em ambas as situações, o que evidencia que a resolução ou o cumprimento não se confundem com a indenização⁴⁶. Se não escolher a resolução, poderá exigir o equivalente, sem prejuízo das perdas e danos.

O inadimplemento absoluto também dispensa a interpelação do devedor. Na medida em que o objeto pactuado não é mais útil ao credor, tal ato se revela inócuo, até porque sua finalidade é constituir o devedor em mora⁴⁷. Ele é relevante apenas nos casos de inadimplemento relativo, pois, nessa hipótese, o cumprimento da prestação contratada ainda se afigura possível. Ainda assim, ele só é pertinente quando a mora é *ex persona*, referindo-se às obrigações não quantificadas ou que não possuem termo fixado para cumprimento. Em tal hipótese, o credor precisa providenciar a interpelação da outra parte, dando conhecimento do atraso da prestação, para

inadimplemento definitivo, o credor poderá exigir a execução pelo equivalente ou a resolução contratual e, em ambos os casos, o pagamento de indenização que lhe for devida, igualmente pelo prazo de dez anos. Impossibilidade de usufruir do imóvel. Repetição pela empresa ré dos valores pagos a título de IPTU e taxa asfáltica. Afastada a responsabilidade solidária do município. Dano moral fixado em R\$ 5.000,00, incidindo juros de 1% ao mês a partir da citação e correção monetária tabela prática do TJSP, a partir do arbitramento. Razoabilidade e proporcionalidade. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido. (TJ-SP – RI: 10057954020178260368 SP 1005795-40.2017.8.26.0368, Relator: Leopoldo Vilela de Andrade Silva Costa, Data de Julgamento: 23/02/2021, Turma Recursal Cível e Criminal, Data de Publicação: 23/02/2021). (Grifamos).

45 Cf. STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil*. V. Único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 565.

46 Cf. TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 1034.

47 Nesse sentido, ensina Carlos Roberto Gonçalves (*Direito Civil brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. V. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 386): “Sendo o caso de inadimplemento absoluto e não de mora, desnecessária se torna a notificação do devedor. Com efeito, a notificação tem por objetivo a constituição do devedor em mora e, por outro lado, possibilitar a sua purgação. Ora, sendo inviável o cumprimento da obrigação, em vista de sua inutilidade ao credor, desnecessária se torna a notificação do devedor. A purgação da mora, nesse caso, torna-se impossível”.

assim constituiu-a em mora. Enquanto isso não ocorrer, a dívida não se considera vencida, não incidindo os respectivos encargos. Diferentemente, na *mora ex re*, aplica-se o brocardo *dies interpellat pro homine*, não se exigindo providência do credor, pois o mero decurso do prazo configura o inadimplemento nas obrigações positivas, líquidas e com termo implementado⁴⁸.

6. O JULGAMENTO DO CASO CONCRETO

No caso concreto, o executado se opôs ao procedimento executivo por meio de impugnação ao cumprimento de sentença. O Juízo de 1º grau rejeitou os seus argumentos, determinando o prosseguimento do feito executivo pelo rito da obrigação de pagar quantia certa, tal qual requerido pela exequente.

No agravo de instrumento interposto conta a mencionada decisão, o recorrente sustentou a impossibilidade de o cumprimento de sentença seguir na referida modalidade, apresentando quatro fundamentos: (i) o objeto do acordo firmado entre as partes ter consistido numa obrigação de fazer, de maneira que ele deveria ter sido citado para satisfazê-la, nos termos do artigo 815 do CPC/2015; (ii) a obrigação só poderia ser convertida em perdas e danos se houvesse pedido da exequente e inadimplemento do executado no bojo da própria execução; (iii) não há liquidez no título executivo; e (iv) as perdas e danos não se presumem, devendo haver comprovação, de modo que o valor pleiteado pela recorrida não poderia ser enquadrado como tal.

Na transação celebrada entre as partes na ação de reconhecimento e dissolução de união estável, o executado se obrigou a proceder à aquisição de imóvel residencial, em nome da ex-convivente, a ser escolhido por ela, no montante mínimo equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor do apartamento em que as partes residiam conjuntamente.

No cumprimento de sentença, a exequente aduziu ter escolhido o bem dentro do prazo fixado no acordo homologado judicialmente, e que o ex-convivente estava ciente de tal ato, até porque esteve presente nas negociações. Contudo, o executado frustrou a aquisição, não tendo celebrado o negócio com a promitente-vendedora, nem realizado o respectivo pagamento. A demandante acostou aos fólios a cópia da notificação extrajudicial enviada ao agravante, na qual afirmava que, uma vez cientificado da escolha do apartamento, e tendo participado das negociações para a aquisição do bem, o recorrente não celebrou o compromisso de compra e venda, nem realizou o pagamento à promitente vendedora, inadimplindo o acordo celebrado pelas partes em Juízo. Ante a não conclusão do referido contrato, pleiteou o equivalente em dinheiro.

Em contranotificação extrajudicial, o agravante reconheceu o descumprimento do acordo, e o justificou sob o fundamento de que as partes teriam realizado pacto verbal, no sentido de que o recorrente primeiro vendesse o imóvel em que o casal residira, para, posteriormente, cumprir a transação homologada judicialmente.

Além de a minuta da autocomposição judicial não conter nenhuma condição para o adimplemento da obrigação titularizada pelo agravante, ele não comprovou que as partes tivessem firmado o mencionado ajuste verbal.

48 Eis o que ensinam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber (*Fundamentos do Direito Civil: Obrigações*. V. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021): "Em contraposição à *mora ex re*, há a *mora ex persona*: se a obrigação não tem termo de vencimento, sua execução pode ser exigida a qualquer tempo pelo credor (CC, art. 331). Em tais casos, compete ao credor interpelar o devedor exigindo o cumprimento da obrigação. A *interpelação*, que pode ser judicial ou extrajudicial (CC, art. 397, p. ú.), é aí indispensável para a constituição do devedor em mora. O propósito único da interpelação é o de dar ciência ao devedor de que o credor deseja ver cumprida a obrigação, sob pena daquele incorrer em mora e, conseqüentemente, arcar com os encargos desta. Conforme ressalta Agostinho Alvim, a cientificação do devedor deve ser precisa e clara, de modo que ele saiba não só o dia em que deverá cumprir a obrigação, mas, ainda, o modo, lugar e hora, caso seja necessário especificar essas circunstâncias" (grifamos).

Assim, remanesceu incontroverso que a exequente praticou o ato que lhe cabia, individualizando o bem objeto da obrigação do recorrente, em observância ao que fora pactuado pelas partes. Por conseguinte, cabia ao ex-companheiro proceder à aquisição do imóvel residencial escolhido, com o respectivo pagamento. De outro lado, ficou demonstrado que o comportamento do recorrente resultou na impossibilidade da aquisição do bem, ocasionando o descumprimento da obrigação constante na transação realizada entre as partes e homologada judicialmente.

Cuidou-se de inadimplemento absoluto da obrigação, afinal não subsistia mais o interesse da agravada na prestação tardia, já que o imóvel escolhido não poderia mais ser adquirido. Nos termos do art. 475 do CC/2002, a ex-companheira optou pela execução do equivalente em dinheiro, quanto à prestação originalmente pactuada entre as partes, iniciando a fase de cumprimento de sentença, com a finalidade de obter o pagamento do valor mínimo do imóvel que deveria ter sido adquirido pelo ex-convivente.

Ao proferir o seu voto-vista, o primeiro autor deste texto entendeu ser prescindível a adoção do rito referente às obrigações de fazer (artigo 815 do CPC/2015), para, somente diante da constatação do inadimplemento em Juízo, ser realizada a conversão em obrigação de pagar. A utilização do mencionado procedimento não propiciaria resultado útil para a exequente, já que o imóvel inicialmente escolhido não estava mais disponível para que o executado o adquirisse.

Quanto ao argumento de que a obrigação só poderia ser convertida em perdas e danos se tivesse havido pedido neste sentido, o acórdão distinguiu o referido instituto da execução pelo equivalente, frisando que o pleito da agravada não versou sobre qualquer indenização. Pelo contrário, a exequente ressaltou em sua peça executiva que a buscaria em ação apartada. Realmente, não seria cabível o cumprimento de sentença em derredor de tal objeto, até porque não havia obrigação certa, líquida e exigível neste sentido, dependendo de produção de prova acerca da sua ocorrência, o que ensejaria o cabimento de uma demanda de conhecimento. O voto-vista realçou que o procedimento adotado pela agravada baseou-se na opção dada pelo art. 475 do CC/2002, e decorreu do inadimplemento absoluto da obrigação pelo recorrente. O inadimplemento absoluto perpetrado pelo agravante – ao deixar de adquirir o imóvel residencial escolhido – conferiu à recorrida a opção de resolver o acordo ou exigir o equivalente pecuniário da prestação de fazer. Tendo ela escolhido esta última alternativa, não houve qualquer vício na conduta da exequente, ao iniciar o cumprimento de sentença, visando ao pagamento de quantia certa.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. II. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- _____. *O Novo Processo Civil brasileiro*. 8. ed., rev. e atual. Barueri: Atlas, 2022.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. 1. ed. Barueri: Atlas, 2022.
- CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 2. 2. ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.
- COELHO, Rosa Júlia Plá. *Mecanismos de proteção dos direitos fundamentais na União Europeia*. Brasília: OAB, 2005.
- COELHO, Otávio Ribeiro. Direito à efetividade da jurisdição: técnicas e tutelas diferenciadas no Processo Civil. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. V. 129, ano 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev. 2022.
- CORREIA, Eduardo. A conversão dos negócios jurídicos ineficazes. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. V. XXIV. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1948.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Teoria Geral do Processo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2023.
- FACHIN, Luiz Edson. Fato de força maior e o adimplemento contratual. In: *Revista dos Tribunais Online*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. V. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. V. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Processual Civil*. V. 8, n. 28. Curitiba: Gênesis, abr.-jun. 2003.
- _____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. V. 1. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- MATTIETTO, Leonardo. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MAZZEI, Rodrigo Reis; ROSADO, Marcelo da Rocha. A cláusula geral de efetividade e as medidas indutivas no CPC/15. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V. 11. Salvador: JusPodivm, 2018.
- MINAMI, Marcos Youji. Uma justificativa às medidas executivas atípicas: Da vedação ao *non factibile*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V. 11. Salvador: JusPodivm, 2018.
- MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Tempo, processo e efetividade da prestação jurisdicional*. In: TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix (org.). *Temporidade e efetividade processual: Novos rumos do Processo Civil brasileiro*. Estudos em homenagem à Professora Elaine Harzheim Macedo. Caxias do Sul: Plenum, 2010.
- REICHEL, Luis Alberto. Reflexões sobre o conteúdo do direito fundamental ao acesso à Justiça no âmbito cível em perspectiva contemporânea. In: *Revista de Processo*. V. 296, ano 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, out/2019.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Execução por quantia certa contra devedor solvente*. Indaiatuba: Foco, 2021.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações cominatórias no Direito brasileiro*. 1º Tom. 3. ed. São Paulo: Max Limonard, 1962.
- SCHREIBER, Anderson. In: _____. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil comentado: Doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.
- STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil*. V. Único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- SOUZA, Gelson Amaro de Souza. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. *Código de Processo Civil anotado*. Rio de Janeiro: GZ Editora/LMJ Mundo Jurídico, 2016.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.
- TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do Direito Civil: Obrigações*. V. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: Repercussões sobre a responsabilidade civil. In: *Revista Brasileira de Direito Civil Online - RBDcivil*. V. 18. Belo Horizonte: Editora Fórum, out.-dez. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/305>. Acesso em: 12 jun. 2023.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum*. V. 1. 60. ed. 2. reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- _____. Abuso de Direito Processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- TUCCI, José Rogério Cruz; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. *Código de Processo Civil anotado*. Rio de Janeiro: GZ Editora/LMJ Mundo Jurídico, 2016.
- VASCONCELOS, Luiz Carlos Souza. A jurisdição sob o prisma da tutela efetiva dos direitos e sua relação com a atipicidade dos meios executivos. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V. 11. Salvador: JusPodivm, 2018.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- WELSCH, Gisele Mazzoni. A razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88) como garantia constitucional. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO Sérgio Gilberto (org.). *Constituição, Jurisdição e Processo: Estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica*. V. 01. Porto Alegre: Notadez, 2008.

Pragmatismo e Juiz de Garantias: Uma análise da Lei 13.964/2019 e do julgamento das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e ADI 6.305, pelo STF, sob perspectiva pragmática

ANDERSON DE PAIVA GABRIEL¹

CARLA RAMOS MACEDO DO NASCIMENTO²

ALESSANDRA GOMES FARIA BALDINI³

ETIENE COELHO MARTINS⁴

Sumário: Introdução. 1. Pragmatismo como paradigma jurisdicional. 2. O julgamento das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e ADI 6.305 pelo STF. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, ao longo de onze sessões realizadas nos meses de junho e agosto de 2023, julgou quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade, ajuizadas em face de dispositivos da Lei 13.964/2019 que modificavam o Código de Processo Penal, no que se convencionou denominar como “Pacote Anticrime”.

As ações foram propostas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE); pelo PODEMOS e pelo CIDADANIA; pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL) e pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP).

Em síntese, as ações diretas impugnavam (i) os artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal (CPP), no que se convencionou chamar de “juiz das garantias”; (ii) o artigo 28, *caput*, do CPP (alteração da sistemática de arquivamento do inquérito policial); (iii) artigo

- 1 Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Juiz Auxiliar no Supremo Tribunal Federal (STF). Foi Juiz Auxiliar na Presidência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Coordenador Processual, ambos na gestão do Ministro Luiz Fux (2020-2022). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ). Professor de Direito Processual Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Presidente do Fórum Permanente de Inovações Tecnológicas no Direito e membro do Fórum Permanente de Métodos Adequados de Resolução de Conflitos e do Fórum Permanente de Direito e Economia, todos da EMERJ.
- 2 Doutoranda em Direito do Estado na Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Ciências Penais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Especialista em Criminologia e Segurança Interna pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna de Lisboa (ISCPIS). Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal.
- 3 Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Especialização em Direito *Lato Sensu* pela Fundação da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Juíza Federal. Atualmente exerce a função de Juíza Instrutora no STF.
- 4 Juiz Federal. Doutorando na Universidade de Oxford. Mestre em Direito pela Universidade de Harvard. Juiz Instrutor no Supremo Tribunal Federal (jul. 2021-set. 2023).

28-A, incisos III e IV, e §§ 5º, 7º e 8º do CPP (acordo de não persecução penal); (iv) 157, § 5º, do CPP (impedimento automático do juiz ao conhecer de prova ilícita); (v) 310, § 4º, do CPP (audiência de custódia no prazo de 24 horas, sob pena de soltura do preso); e (vi) artigo 20 da Lei n. 13.964/2019 (*vacatio legis* de 30 dias).

Embora boa parte dos processualistas penais advogassem que as mudanças gerariam apenas benesses para a Justiça Criminal, aperfeiçoando o sistema pátrio à luz de experiências do Direito Comparado, havia, de outro lado, quem destacasse o açodamento e o irrealismo das normas impugnadas, que teriam desconsiderado o cenário nacional, com imensa maioria de comarcas pequenas localizadas em áreas isoladas, além de manifesta carência de juízes, razão pela qual poderiam ensejar um cenário caótico, reprodutor de nulidades e de impunidade. Não à toa, chegou-se a considerar que a reforma seria um “presente de grego”, em alusão ao famoso cavalo de troia⁵.

O julgamento pelo STF, ao fim, alcançou a unanimidade na grande maioria dos dispositivos impugnados e não contou sequer com mais de dois votos divergentes em poucas normas pontuais, a revelar que, ao contrário do que fazia crer o discurso dominante nos meios especializados, as previsões legais efetivamente continham teratologias, erros legísticos e absolutas irrazoabilidades.

Exemplo claro de disfunção insculpida na lei consistiu no prazo de *vacatio legis* de meros 30 dias, ainda que fosse patente a necessidade de implementação de radicais mudanças na Justiça Criminal. O descompromisso deste prazo com a realidade e com as funestas consequências que poderiam advir (paralisação de todas as ações penais em andamento no país) era claro e manifesto. Não à toa, o Supremo Tribunal Federal decidiu suspender a vigência da lei, liminarmente, em janeiro de 2020, inicialmente por ordem do então Presidente da Corte, Ministro Dias Toffoli, e, em seguida, do Ministro Luiz Fux, na qualidade de relator das ações.

Realizado o julgamento três anos depois, a Suprema Corte, por unanimidade, fixou prazo extra de 2 anos (12 meses, renováveis por mais 12 meses), a contar da publicação da ata do julgamento, para que se promovessem as adequações legislativas e administrativas, inclusive nas diferentes leis de organização judiciária de competência dos Estados-Membros, necessárias à efetiva implantação e ao efetivo funcionamento do juiz das garantias em todo o país, tudo conforme as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça, e sob sua supervisão.

Também por unanimidade, declarou-se, ainda, a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do referido art. 20 da Lei 13.964/2019, que previa prazo de 30 dias para a instalação dos juizes das garantias, fixando-se regra de transição para impedir sua repercussão retroativa ou imediata nas ações penais em andamento, *in verbis*: “[...] quanto às ações penais já instauradas no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação do juízo competente”.

No presente artigo, sustentamos que o pragmatismo foi um dos fios condutores, tanto do voto do relator, Ministro Luiz Fux, como do próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal. A sábia advertência de Eduardo Cambi, alertando que os processualistas devem “[...] deixar de lado a pureza e cientificidade de sua disciplina para se ocupar, também, dos problemas da administração da justiça”, nunca fez tanto sentido⁶.

5 Neste sentido: GABRIEL, Anderson de Paiva; LIMA, Larissa Pinho de Alencar. Um presente de grego no Natal de 2019: A Lei Anticrime (13.964/19) como um cavalo de Troia na Justiça Criminal brasileira. In: JOTA (site), Brasília, 27 dez. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/presente-de-grego-garantias-27122019>. Acesso em: 17 set. 2023.

6 CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no Processo Civil*: Compreensão crítica. Curitiba: Juruá, 2003, p. 119.

1. PRAGMATISMO COMO PARADIGMA JURISDICIONAL⁷

Antes de nos debruçarmos sobre o julgamento, mostra-se forçosa uma breve análise introdutória sobre o pragmatismo como paradigma jurisdicional.

O Pragmatismo filosófico teve origem nos Estados Unidos⁸, no fim do século XIX, ao longo das reuniões do autodenominado “Metaphysical Club” (Clube Metafísico)⁹, composto por um grupo de alunos e professores da Universidade de Harvard (Cambridge, EUA), dentre os quais merecem destaque: Charles Sanders Peirce¹⁰ (químico e matemático que alcançou renome como filósofo), William James¹¹ (médico), John Dewey¹² (psicólogo e também filósofo), Francis Ellingwood Abbot (teólogo), John Fiske Green (historiador), Chauncey Wright (matemático), Joseph Warner (jurista), Nicholas St. John Green (jurista) e Oliver Wendell Holmes¹³ (juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América entre 1902 e 1932)¹⁴.

Para um pragmatista, a relevância e o significado de uma teoria só podem ser compreendidos e adequadamente percebidos à luz das alterações e consequências produzidas fenomenologicamente no mundo dos fatos. Essa orientação intelectual compreende que a produção acadêmica não deve se desvincular da realidade fática, sob pena de se tornar estéril ou meramente utópica e, portanto, inútil¹⁵.

Corroborando essa compreensão crítica no âmbito jurídico, Richard Posner salienta que:

Hoje em dia, muitos professores de direito, especialmente os mais prestigiados das mais renomadas universidades, pensam em si mesmos primeiramente como membros de uma comunidade acadêmica interessada em dialogar com outros membros dessa comunidade, e não com os juízes¹⁶.

Na mesma linha, anotou em outra obra:

Um número cada vez maior de juízes acredita que os acadêmicos de direito não estão sintonizados no mesmo comprimento de onda que eles; que os acadêmicos não estão interagindo com a magistratura e com os demais profissionais práticos do direito, mas sim correndo atrás do próprio rabo e do rabo dos outros professores¹⁷.

- 7 Cf. GABRIEL, Anderson de Paiva. *O Pragmatismo como paradigma do Direito Processual Penal contemporâneo: Tecnologia, consenso e whistleblowing*. Londrina: Thoth, 2022.
- 8 Cf. BILHIM, Renata da Silveira. *Pragmatismo e justificação da decisão judicial: Argumentação consequencialista como fundamento de validade da justa decisão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 16.
- 9 Cf. MENAND, Louis. *The Metaphysical Club: A Story of Ideas in America*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001, p. 226 e 274.
- 10 Cf. LANCASTER, Robert S.. A Note on Peirce, Pragmatism, and Jurisprudence. In: *Journal of Public Law*, v. 7, n. 1, Spring 1958, p. 13-19.
- 11 Cf. DESAUTELS-STEIN, Justin. At War with the Eclectics: Mapping Pragmatism in Contemporary Legal Analysis. In: *Michigan State Law Review* 565, 2007. Disponível em: <http://scholar.law.colorado.edu/articles/323/>. Acesso em: 17 set. 2023.
- 12 Cf. FRANK, Jerome. Modern and Ancient Legal Pragmatism – John Dewey & Co. vs. Aristotle: I. In: *Notre Dame Lawyer*, v. 25, n. 2, Winter 1950, p. 207-257.
- 13 Cf. GREY, Thomas C.. Holmes and Legal Pragmatism. In: *Stanford Law Review*, v. 41, n. 4, Apr. 1989, p. 787-870.
- 14 Cf. GABRIEL, Anderson Paiva. O Pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo. In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael Gaia (org.). *Temas de análise econômica do Direito Processual*. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 99-136.
- 15 Idem, ibidem, p. 99-136.
- 16 POSNER, Richard A.. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 204-229.
- 17 Idem. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

Consubstancia-se, assim, a imperiosa necessidade de uma virada empírica da agenda filosófica tradicional estabelecida originalmente por Platão¹⁸. Defende-se a solução de problemas e a aproximação entre ideias e instituições, rejeitando-se as puras abstrações e os dogmas¹⁹.

Não se trata, contudo, de um pensamento revolucionário ou totalmente novo. Segundo Schiller, pensador pragmático britânico, o filósofo grego Protágoras (século V a.C.) teria sido um dos primeiros pragmatistas. Não à toa, o famoso livro de William James sobre o Pragmatismo apresenta o seguinte sugestivo subtítulo: “Um novo nome para algumas antigas maneiras de pensar”²⁰.

Em suas diversas vertentes, o pensamento pragmático, indubitavelmente, apresenta um núcleo comum, fundamentado em três alicerces²¹: 1 – o antifundacionalismo ou, em nossa concepção, antidogmatismo; 2 – o contextualismo; e 3 – o consequencialismo²². Como sintetizava um dos pais do pragmatismo, William James, o pensamento pragmático “[...] não tem dogmas, não tem doutrinas, só tem um método”²³.

O Antifundacionalismo²⁴ (que, *grosso modo*, pode ser sintetizado como antidogmatismo²⁵) consiste na constante rejeição de teses abstratas, entidades transcendentais e verdades apriorísticas, refutando-se a ideia de certezas imutáveis, mediante a valorização do dinamismo do pensamento e da ininterrupta transformação dos conceitos²⁶.

Com efeito, nenhuma questão deve ser sepultada: como verdadeiro método científico, aspira-se ao cíclico reexame dos problemas, à luz de críticas recorrentes. No ponto, aproxima-se do empirismo, em oposição ao racionalismo, ensejando que todo e qualquer raciocínio seja ininterruptamente alimentado por evidências, que podem corroborá-lo ou esmorecê-lo e levar à sua superação²⁷.

Assim, a investigação deve ser permanente e não há uma verdade final a ser alcançada, devendo prosseguir por meio do confronto entre as respostas alcançadas, sempre parciais e temporárias, conjugadas com a realidade momentânea e a experiência de cada participante do processo investigatório, em permanente postura de rejeição de abstrações²⁸.

Por contextualismo, entende-se que qualquer investigação ou processo, quiçá uma conclusão ou decisão, deve se dar devidamente embebida na cultura em que se realiza, refletindo, em certo aspecto, o ambiente social, econômico, político e cultural de que emerge²⁹.

18 Cf. BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Filosofia do Direito*. 3. ed. Londrina: Thoth, 2019, p. 58-60.

19 Cf. POSNER, Richard A.. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 230-232.

20 Cf. WAAL, Cornelis de. *Sobre Pragmatismo*. São Paulo: Loyola, 2007, p. 17-18.

21 Cf. POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: Teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 14-15.

22 Cf. GABRIEL, Anderson Paiva, op. cit., 2021, p. 99-136.

23 JAMES, William. What Pragmatism Means. In: _____, *Pragmatism and Other Writings*. London: Penguin Books, 2000, p. 28.

24 Cf. POGREBINSCHI, Thamy, op. cit., p. 26-37.

25 O *Dicionário Michaelis* apresenta, entre as diversas acepções, dogma, como sendo: “Qualquer doutrina (religiosa, política, filosófica etc.) sustentada por princípios indiscutíveis e que devem, portanto, ser aceitos por todos como expressão da verdade”, bem como: “Qualquer opinião ou proposição apresentada sem argumentos racionais e difundida por métodos sem fundamentos lógicos”, e, ainda, “Na Grécia antiga, decisão política inquestionável, provinda de um soberano ou de uma assembleia” (*Dicionário On-Line Michaelis*). Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/dogma/>. Acesso em: 12 fev. 2022.

26 Cf. MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do Pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

27 Cf. GABRIEL, Anderson Paiva, op. cit., 2021, p. 99-136.

28 Cf. POGREBINSCHI, Thamy, op. cit., p. 26-37.

29 Cf. GABRIEL, Anderson Paiva, op. cit., 2021, p. 99-136.

Ainda que, no cenário atual, a globalização e a tecnologia tenham proporcionado relativa uniformização cultural, especialmente no mundo ocidental, verifica-se que mesmo essas tendências e as novas dinâmicas, incluindo as disruptivas, não poderiam ser compreendidas dissociadas do tempo, espaço e sociedade contemporâneos.

As ideias dominantes em determinado momento influenciam sobremaneira a realidade social e mesmo o desenvolvimento e a tomada de decisões sobre seus rumos. Assim, torna-se imperioso visualizarmos qualquer questão sob a ótica do Estado e do contexto histórico e social em que se encontra inserido³⁰.

Em síntese, como apontou Dewey,

[...] o contexto está tão arraigado às nossas vidas, especialmente às nossas práticas comunicativas, que o tomamos como dado, ignorando-o de certa forma. Disto deriva o fato de que o contexto é essencial para o pensamento como um todo, e não apenas para a lógica ou a filosofia³¹.

O último e talvez mais característico pilar do pragmatismo é o Consequencialismo³². Peirce cunhou, ainda no fim do Século XIX, a máxima pragmática de que “[...] as consequências ou efeitos de significado prático, que presumivelmente podemos atribuir ao objeto de nossas representações, constituem a totalidade de nossa compreensão deste objeto”³³. Em verdade, o pragmatismo almeja facilitar a compreensão de ideias e conceitos, por meio de sua efetividade e utilidade. Assim, reitera-se que consiste em um verdadeiro método de pensamento³⁴.

Debates muitas vezes obscuros podem ser iluminados à luz do pragmatismo e, em especial, com a realização do “teste consequencialista”. Qual é a distinção prática entre o acolhimento de uma posição ou de outra? Quais são as consequências que a adoção desta ou daquela colocação acarretaria? Se nenhuma alteração será produzida na realidade, evidencia-se que a querela é inútil, isto é, estéril. Em outro giro, sendo produzidas consequências, essas devem ser dimensionadas e aferidas, dando azo à provável resolução da contenda, por meio da análise dos benefícios e eventuais desvantagens ocasionados³⁵.

O Direito é produto da experiência, voltando-se para a resolução de problemas sociais e a satisfação das necessidades humanas, sendo, contudo, as circunstâncias em que se desenvolve a vida humana continuamente mutáveis. Nesse passo, não pode o Direito ser simplesmente deduzido a partir de princípios absolutos e eternos, resultantes de reflexões abstratas. O dinamismo contemporâneo reforça essa necessidade de se ponderar a respeito

30 Cf. TARUFFO, Michele. Cultura e processo. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 63, n. 1. Milano: Giuffrè, 2009, p. 63-92.

31 POGREBINSCHI, Thamy, op. cit., p. 49-37.

32 Frazão destaca que “[...] o termo consequencialismo é normalmente utilizado para designar a ética das consequências, por meio da qual, em oposição à ética deontológica ou de matriz kantiana, condutas são julgadas e decisões são tomadas não pelo seu valor intrínseco, mas tão somente pelas suas consequências” (FRAZÃO, Ana. A importância da análise de consequências para a regulação jurídica. In: JOTA (site), 12 jun. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-importancia-da-analise-de-consequencias-para-a-regulacao-juridica-parte-iii-12062019>. Acesso em: 28 fev. 2022.

33 Cf. PEIRCE, Charles Sanders. How to Make Our Ideas Clear. In: _____. *The Essential Peirce*, v. I (1867 - 1893). Selected Philosophical Writings. Edited by Nathan Houser and Christian Kloesel. Bloomington: Indiana University Press, 1992, p. 132.

34 Cf. GABRIEL, Anderson Paiva, op. cit., 2021, p. 99-136.

35 Idem, ibidem.

dos sucessivos arranjos sociais e econômicos, cotejando-os, permanentemente, com os fins juridicamente concebidos³⁶.

Richard Posner defende que:

O pragmatismo significa olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência do “caráter local” do conhecimento humano, da dificuldade das traduções entre culturas, da inalcançabilidade da “verdade”, da consequente importância de manter abertos diferentes caminhos de investigação, do fato de esta última depender da cultura e das instituições sociais e, acima de tudo, da insistência em que o pensamento e ação sociais sejam válidos como instrumentos a serviço de objetivos humanos tido em alto apreço, e não como fins em si mesmos³⁷.

A utilização de um método científico, que permita a observação das consequências causadas por determinado instituto jurídico, e, portanto, sua eficiência como meio de regulação social das atividades humanas, pode contribuir para aumentar a capacidade adaptativa do Direito³⁸.

Em sede doutrinária, Luiz Fux e Bruno Bodart registram a convergência metodológica entre o Direito e outras disciplinas do ramo das Ciências Sociais, como a Economia, atentas à realidade empírica das relações na sociedade:

A vida em sociedade constitui um emaranhado de relações intrincadas entre indivíduos e grupos, motivo pelo qual os diversos ramos da ciência social não passam de mero fatiamento artificial da realidade. Há algumas décadas, o que distinguia a Economia das demais ciências sociais era a sua metodologia diferenciada, mas os problemas enfrentados eram frequentemente os mesmos sobre os quais se debruçavam estudiosos de outras matérias. Atualmente, contudo, muitas das sofisticadas ferramentas adotadas pelos economistas são também compartilhadas por cientistas políticos, psicólogos, sociólogos e demais interessados na análise científica da interação humana em suas variadas nuances. Portanto, a tendência é de contínua convergência entre as disciplinas, para que formem um campo unificado da ciência social³⁹.

Nesse sentido, ainda que diferentes institutos jurídicos sejam passíveis de aplicação, em tese, a determinado fenômeno social, apenas a avaliação de dados empíricos sobre as consequências práticas ensejadas por cada um pode permitir a seleção daquele que se mostre mais adequado, bem como minimizar erros e fracassos, ao mesmo passo em que estreita a distância entre o Direito, que constitui o campo do dever ser, e a realidade em si⁴⁰.

Imperioso reconhecer, portanto, o caráter científico do Direito, constituindo, em verdade, ciência social aplicada. Nesse sentido, o pragmatismo pode contribuir sobremaneira para o seu desenvolvimento, sendo o método mais apropriado para dimensionar de forma

36 Idem, ibidem.

37 POSNER, Richard A.. *Problemas de Filosofia do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 620-621.

38 Cf. GABRIEL, Anderson Paiva, op. cit., 2021, p. 99-136.

39 FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 25.

40 Cf. GABRIEL, Anderson Paiva, op. cit., 2021, p. 99-136.

adequada a permanente evolução que o Direito deve observar para regular as complexas relações jurídicas que envolvem o tecido social, maximizando a sua efetividade, enquanto instrumento destinado a possibilitar a justiça e a harmonia⁴¹.

Posner defende que as discussões acadêmicas que não se aproximem da realidade e dos fatos não são relevantes para a solução efetiva de casos judiciais⁴².

O Ministro Luís Roberto Barroso, em um de seus votos, já aduziu que:

[...] hoje em dia, mais valor do que as valorações puramente abstratas ou ideológicas têm aquelas que se baseiam em pesquisas empíricas – é a virada empírico-pragmática que eu gosto de defender para a interpretação do Direito, desde que não haja um direito fundamental em jogo sendo prejudicado [...]⁴³.

Depreende-se que defendemos, portanto, que o acerto de uma proposição não pode ser apontado em abstrato, de forma que refutamos verdades dogmáticas de cunho ideológico⁴⁴, que não possam ser testadas permanentemente, e que institutos jurídicos que não se mostrarem exitosos em solver os problemas a que se propõem e hábeis a satisfazer as necessidades vitais humanas, devem ser modificados ou substituídos⁴⁵.

De fato, há de se gizar que o Direito jamais pode se desconectar do mundo fático, sob pena de se tornar mera utopia⁴⁶. Nesse sentido, Dinamarco defende que “[...] os tempos exigem uma figura de juiz que vivencie os dramas sociais sobre os quais é chamado a atuar no processo”, intitulando-o de juiz-cidadão⁴⁷. George Ripert já afirmava que “Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o Direito”⁴⁸.

O desafio contemporâneo consiste na integração das consequências na norma. Na análise de uma norma, devemos cotejar, à luz do contexto em que ela se aplica, as consequências que provavelmente decorrerão de sua aplicação, com o efeito esperado da previsão normativa, para concluir sobre sua validade ou não, no caso concreto⁴⁹.

Portanto, para alcançar o fim desejado pelo juiz pragmático, muitas vezes se faz necessário recorrer à Análise Econômica do Direito e à Economia comportamental – com suporte da Economia, Psicologia, Sociologia, entre outras –, para estimar, com um mínimo de racionalidade, quais os efeitos reais que resultariam da aplicação de uma norma ou de outra, e assim encontrar o melhor resultado, à luz da Constituição e do ordenamento jurídico, como um todo.

41 Idem, *ibidem*.

42 POSNER, Richard, *op. cit.*, 2012.

43 STF. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE 888815 – Repercussão Geral – Mérito (Tema 822) – Relator: Min. ROBERTO BARROSO. Redator do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Julgamento: 12/09/2018. Publicação: 21/03/2019.

44 Cf. MARÇAL, Antonio Cota. Pragmatismo e Direito: Qual Pragmatismo e o quê interessa no Pragmatismo?.. In: *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Sero*, n. 3, jun. 2010, p. 68-102. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSero/article/view/1998/2181>. Acesso em: 10 nov. 2018.

45 Idem, *ibidem*.

46 Cf. GABRIEL, Anderson Paiva, *op. cit.*, 2021, p. 99-136.

47 DINAMARCO, Cândido Rangel. O futuro do Processo Civil brasileiro. In: _____. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 753.

48 RIPERT, Georges. *Le régime démocratique et le droit civil moderne*. Paris: Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1936.

49 Cf. GABRIEL, Anderson Paiva, *op. cit.*, 2021, p. 99-136.

Se o Código de Processo Civil de 2015 já havia buscado tornar nosso processo mais pragmático e, portanto, mais eficiente e menos utópico, imperioso reconhecer que o Brasil progrediu nessa direção, ainda mais, com a alteração na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – DL 4.657/1942), por meio da Lei nº 13.655, promulgada em 2018 e regulamentada pelo Decreto nº 9.830/2019, que expressamente consagra o Pragmatismo, preconizando, de maneira categórica, todos os seus alicerces (antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo)⁵⁰.

De acordo com o art. 20, por exemplo, mesmo na esfera judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos, sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

A vedação a decisões fulcradas em valores jurídicos abstratos consubstancia a clara imposição, pelo legislador, do antifundacionalismo, assim como a necessidade de que sejam consideradas as consequências práticas exalta o consequencialismo⁵¹.

Maria Helena Diniz, comentando a novel lei, ressalta que a interpretação da norma deve considerar, tanto a apreciação de fatos e valores que a originam quanto os que a ela sejam supervenientes⁵², assim como Miguel Reale aduz que o significado concreto da norma deve resultar de uma visão retrospectiva, a partir dos fatos e valores que constituíram o ordenamento, e de uma visão prospectiva, em função dos fatos e valores supervenientes à interpretação da norma⁵³.

Timm e Caon narram ter realizado pesquisa empírica junto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por meio da utilização de técnicas qualitativas e quantitativas, com base na metodologia de análise de conteúdo, conforme formulada por Laurence Bardin⁵⁴, e com apoio na obra de Epstein e Martin⁵⁵, localizando “[...] trinta e nove acórdãos em que foi utilizado o raciocínio econômico pelo STF, como fundamento para as decisões, no período de 1991 a 2019”⁵⁶.

Indubitavelmente, desde então, o Pragmatismo se difundiu em diversos acórdãos⁵⁷, inclusive em razão de sua positivação legal na LINDB.

Bruno Salama sustenta, à luz da visão posneriana, que:

A missão do juiz pragmático é a de decidir de maneira razoável. Isso quer dizer que o juiz deve sopesar as prováveis consequências das diversas interpretações que o texto permite, mas a elas não deve se fiar cegamente. O juiz deve igualmente defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes. A eficiência é então uma consideração; uma, dentre diversas outras⁵⁸.

50 Idem, op. cit., passim, 2022.

51 Idem, ibidem.

52 DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro interpretada*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 183.

53 REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 293-294.

54 BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Trad. Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2016.

55 EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D.. *An Introduction to Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

56 O corpus de análise foi formado a partir de buscas na página de pesquisa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, foram localizados os julgados identificados na revisão bibliográfica e, posteriormente, foram realizadas pesquisas com a utilização de diversos termos relacionados à Análise Econômica do Direito, bem como com os nomes de autores consagrados da área (tais como Coase, Posner, etc.). Cf. TIMM, Luciano Benetti; CAON, Guilherme Maines. Análise Econômica do Direito e o Supremo Tribunal Federal. In: JOTA (site), 25 set. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/analise-economica-do-direito-e-o-supremo-tribunal-federal-25092020?utm_campa%E2%80%A6. Acesso em: 28 fev. 2022.

57 Cf. GABRIEL, Anderson de Paiva, op. cit., 2000.

58 SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: *Revista do*

Evidentemente, o pragmatismo, embora um paradigma adjudicatório contemporâneo, não deve ser tratado como uma panaceia para todos os problemas jurisdicionais, que dirá o consequentialismo, mas o relevo destes é, justamente, rechaçar certo nefelibatismo que vinha prevalecendo, e conferir balizas mais adequadas e realísticas para o processo decisório e para realização dos valores propalados pela Constituição⁵⁹.

2. O JULGAMENTO DAS ADIS 6.298, 6.299, 6.300 E ADI 6.305 PELO STF

Na análise do julgamento das ações diretas, destacaremos os fundamentos alinhados ao pensamento pragmático registrados no acórdão.

O primeiro dos dispositivos impugnados nas ações diretas de inconstitucionalidade foi o artigo 3º-A, introduzido no Código de Processo Penal, o qual, embora inserido em nosso ordenamento, concomitantemente à figura do Juiz de Garantias, não guarda relação com este instituto. O texto encontra-se assim redigido: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”.

Por unanimidade, nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, conferiu-se interpretação conforme a Constituição ao artigo 3º-A. Destacou-se, em primeiro lugar, que o princípio acusatório é norma fundamental do nosso processo penal, revelando-se “Indubitável que a estrutura de nosso processo penal, desde a CRFB/1988, é acusatória”. Gizou-se, ainda, a existência de diversos precedentes assentando a vedação à iniciativa do juiz, na fase de investigação, e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Nada obstante, sublinhou-se que, também nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento processual penal autoriza o magistrado a “[...] determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (artigo 156, II), a oitiva de uma testemunha (artigo 209), e complementar a sua inquirição (artigo 212), ou a “[...] proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição” (artigo 385)⁶⁰.

Parte da doutrina vinha sustentando que o advento do artigo sepultava tais possibilidades, ainda que amparadas em expressas previsões legais, que não foram revogadas pela Lei 13.964/2019. Este conflito normativo certamente ensejaria uma avalanche de impugnações e recursos para questionar decisões judiciais baseadas no próprio Código de Processo Penal, não fosse a percuciente decisão da Suprema Corte.

Não se descure, aqui, de que o processo penal é um instrumento de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Neste sentido, restam inafastáveis os fundamentos apresentados pelo então decano da Corte, Ministro Celso de Mello, em voto proferido no julgamento do RE 971959, segundo o qual

Instituto do Direito Brasileiro, v. 1, 2012, p. 435.

59 Cf. GABRIEL, Anderson de Paiva, op. cit., passim, 2000.

60 Em recente julgamento no STJ, o Ministro Rogério Schietti também afirmou que “[...] as posições contingencialmente adotadas pelos representantes do Ministério Público no curso de um processo não eliminam o conflito que está imamente, permanente, na persecução penal, que é o conflito entre o interesse punitivo do Estado, representado pelo *Parquet*, Estado-acusador, e o interesse de proteção à liberdade do indivíduo acusado, ambos sob a responsabilidade do órgão incumbido da soberana função de julgar, por meio de quem, sopesadas as alegações e as provas produzidas sob o contraditório judicial, o Direito se expressa concretamente. A submissão do magistrado à manifestação final do Ministério Público, a pretexto de supostamente concretizar o princípio acusatório, implicaria, em verdade, subvertê-lo, transmutando o órgão acusador em julgador e solapando, além da independência funcional da magistratura, duas das basilares características da jurisdição: a indeclinabilidade e a indelegabilidade” (REsp n. 2.022.413/PA, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator para acórdão: Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 7/3/2023.)

O dever de proteção das liberdades fundamentais asseguradas no texto da Constituição da República representa encargo constitucional de que este Supremo Tribunal Federal não pode demitir-se, sob pena de frustração de conquistas históricas que culminaram, após séculos de lutas e reivindicações do próprio povo, na consagração de que o processo penal traduz instrumento garantidor de que a reação do Estado à prática criminosa jamais poderá constituir reação instintiva, arbitrária, injusta ou irracional. [...] Na realidade, a resposta do poder público ao fenômeno criminoso, resposta essa que não pode manifestar-se de modo cego e instintivo, há de ser uma reação pautada por regras que viabilizem a instauração, perante juízes imparciais e independentes, de um processo que assegure o exercício, pelo réu, das liberdades fundamentais de que é titular. [...]. O processo penal – não constitui demasia relembrar – figura como exigência constitucional (“nulla poena sine iudicio”) destinada a limitar e a impor contenção à vontade do Estado, cuja atuação sofre, necessariamente, os condicionamentos que o ordenamento jurídico impõe aos organismos policiais, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário⁶¹.

Ao mesmo tempo, a consagração da “estrutura acusatória” demanda compreensão pragmática (não dogmática, contextual e consequencialista), não cabendo considerá-la como vetor único e absoluto a ser considerado, ao interpretar a Constituição e construir a Justiça Criminal brasileira. Conforme frisou o Ministro do STJ, Rogerio Schietti Cruz, em percuciente voto proferido no julgamento do REsp n. 2.022.413/PA:

É preciso, então, louvar os benefícios que decorrem da adoção do processo com estrutura acusatória – grande conquista de nosso sistema pós-Constituição de 1988 – sem, todavia, cairmos no equívoco de, por ilações contraditórias em setores doutrinários, desconsiderarmos que o processo penal, concebido e mantido acima de tudo para proteger o investigado/réu contra eventuais abusos do Estado em sua atividade persecutória e punitiva, também tutela outros interesses, igualmente legítimos, como o da proteção da vítima e, mediadamente, da sociedade em geral. [...] É dizer, ao Estado tanto interessa punir os culpados quanto proteger os inocentes, o que faz por meio de uma jurisdição assentada em valores indissociáveis, ainda que não absolutos, tais quais a verdade e a justiça.

[...] Prof. Orlandino Gleizer adverte que “Com a finalidade de buscar um equilíbrio sobre esses dois ganhos de racionalidade, o de que culpados possam ser punidos e inocentes, absolvidos, o sistema precisa buscar um equilíbrio e não uma mera preservação da separação das atividades processuais”. E conclui: “No lugar de afirmar, de forma maniqueísta, a ilegitimidade de um elemento processual por sua relação histórica com um processo específico, o que nos cumpre é submeter institutos e máximas processuais ao controle da razão. É esse exercício que nos aproximará do que buscamos: um processo que encontre o correto balanço entre a necessidade de condenar culpados e o imperativo de absolver inocentes”. [...] É preciso, portanto, considerar que a praxe judiciária não tem acolhido dogmas ou princípios de modo absoluto. As idiosincrasias de nosso país e do sistema de justiça criminal acabam por engendrar soluções sensíveis a argumentos de

61 RE 971959, Relator: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/11/2018.

cunho prático. E não se há de identificar essa postura, necessariamente, como algo negativo, pois *cada país precisa construir um complexo normativo que, sem desconsiderar as experiências estrangeiras, seja funcional e adaptado às características de nossa realidade.*” (REsp n. 2.022.413/PA, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 7/3/2023).

No caso do julgamento sob análise, o STF, pragmaticamente, afastou-se do dogmatismo puro e atribuiu interpretação conforme ao art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito, vencidos, no ponto, os Ministros Cristiano Zanin e Edson Fachin.

Em seguida, a Corte passou a analisar o desenho institucional conferido ao denominado “juiz de garantias”, regulamentado entre os artigos 3º-B e 3º-F. Registre-se que a *vexata quaestio* não consiste tão somente na criação da função de “juiz de garantias”, mas na abrupta imposição, com *vacatio legis* de 30 dias, não só ignorando o volume de processos e a carência de magistrados do nosso país, como presumindo a parcialidade daqueles que atuarem durante a investigação.

Nos moldes propostos, seria necessário um Juízo específico para fase investigativa em cada comarca brasileira (quando 65,6% das comarcas brasileiras são providas com apenas uma vara⁶² abrangendo todas as competências), e que o magistrado que zelasse pelos direitos fundamentais do investigado ficasse impedido de funcionar no processo, pois estaria “contaminado” pelas decisões que, no exercício da jurisdição, houvesse proferido. Evidentemente, esta previsão criaria um pandemônio em uma Justiça Criminal, que padece com problemas graves e diversos, entre eles a duração desarrazoada dos processos.

Além disso, o acórdão do Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de manifestos erros legísticos na lei impugnada, produto da sua açodada e extemporânea introdução em projeto que já se encontrava na fase final de discussão, no âmbito de grupo de estudos criado para examinar as matérias do denominado Pacote Anticrime, seguida da sua aprovação sem o debate exigido para uma matéria de tal envergadura, envolvendo normas com impactos jurídicos e econômicos incalculáveis, afetando a regularidade de todas as ações penais em andamento no nosso país. Com efeito, havia manifesto potencial para anular ou, no mínimo, paralisar milhares de feitos, não se tendo mensurado as consequências sistêmicas sobre a jurisdição penal brasileira, cuja proverbial lentidão impede a adequada realização dos fins do processo.

A aprovação apressada das normas que tratam do juiz das garantias foi revelada, nos autos das ações diretas, em manifestação do *amicus curiae* Frente Parlamentar Mista de Combate à Corrupção, composta por 197 deputados federais e 4 senadores⁶³:

[...]

29. O processo legislativo correto teria trazido uma proposição com todo o peso de informações e conhecimentos do Poder Judiciário sobre como implementar o juiz de garantias.

62 Cf. JUSTIÇA EM NÚMEROS 2021. In: Conselho Nacional de Justiça (*site*). Brasília: CNJ, 2021, p. 214-220. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 9 set. 2021, p. 76.

63 FRENTE PARLAMENTAR MISTA DE COMBATE À CORRUPÇÃO. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=54320>. Acesso em: 27 abr. 2023.

30. Em vez disso, tivemos um texto aprovado às pressas que, como já dissemos, chega quase a inviabilizar a proteção que o direito penal e o direito processual penal trazem para o cidadão.

31. Registre-se que a emenda que deu origem ao juiz de garantias surgiu no âmbito do GT Penal, ele mesmo um grupo de trabalho que já funcionou com algum grau de informalidade relativamente às normas do processo legislativo, constitucionais ou regimentais.

32. *Essa emenda foi aprovada no dia 19 de setembro de 2019, mas seu texto só fora divulgado aos membros do referido GT no dia 11 de setembro de 2019, e mesmo assim por meio do aplicativo WhatsApp*, conforme a transcrição dos debates orais da sessão de aprovação demonstram [...].

33. Portanto, a criação do juiz de garantias, no seu texto em vigor, foi feita às pressas. Os deputados do GT Penal foram formalmente informados por WhatsApp da proposta no dia 11 de setembro, e no dia 19 de setembro ela já foi colocada em votação.

34. Na mesma reunião do dia 19 de setembro, alguns membros do GT Penal protestaram contra o que lhes parecia inclusive ser uma matéria estranha ao objetivo do GT e propuseram que a discussão fosse remetida à “Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, do Senado Federal, que trata do Código de Processo Penal”, onde o assunto poderia ser tratado com mais profundidade e visto sob uma perspectiva sistêmica.

[...]

Entre os muitos casos de patente erro legístico, destacou-se o texto do artigo 3º-D, precisamente o dispositivo que introduzia a mais impactante das alterações no modelo processual penal brasileiro (presunção absoluta de parcialidade de todos os juízes que atuaram no inquérito, criando regra de impedimento para atuação na fase da ação penal) e cujo teor, eivado de erros e de inconstitucionalidades, justificou a suspensão da eficácia do denominado “juiz das garantias”.

O texto original do artigo 3º-D previa o seguinte: “O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.”.

Ora, as previsões insculpidas nos artigos 4º e 5º do Código de Processo Penal⁶⁴ consistem

64 “Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1º O requerimento a que se refere o nº II conterá sempre que possível:

a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;

b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer;

c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.

§ 2º Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia.

§ 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

§ 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

§ 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem

em atribuições da polícia judiciária, especificamente do delegado de polícia, e não em competências do juiz. Portanto, em razão do manifesto erro legístico, o dispositivo era inaplicável.

Da mesma maneira, o artigo 3º-C estabelecia que a competência do juiz das garantias cessaria com o recebimento da denúncia ou queixa, fazendo alusão ao art. 399 do CPP. Ocorre que o artigo não trata do recebimento da denúncia, mas sim do início da instrução processual. Doutrina e jurisprudência já consagraram, há muito, que o recebimento da denúncia ocorre no momento insculpido no art. 396 do CPP.

Na mesma linha, o STF declarou a inconstitucionalidade do inciso XIV do art. 3º-B do CPP, da expressão “[...] recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código”, contida na segunda parte do *caput* do art. 3º-C do CPP, e do termo “Recebida”, contido no seu § 1º, bem como do termo “recebimento”, contido no § 2º do art. 3º-C do CPP, atribuindo interpretação conforme para assentar que a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia, e que as questões pendentes nesse momento serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento, o qual também deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias, vencido apenas o Ministro Edson Fachin.

Quanto à presunção absoluta de parcialidade dos magistrados que atuaram no inquérito, unicamente em razão do exercício da função jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade da previsão, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux. Em seu voto, o Relator rechaçou o chamado “viés de confirmação” e revelou a absoluta incompatibilidade da regra de impedimento, introduzida pelo artigo 3º-D, com a Constituição brasileira, por manifesta violação do princípio da proporcionalidade:

O pressuposto justificador da criação de uma nova figura judicial, voltada a atuar exclusivamente na fase do inquérito, assenta-se na ideia de que um juiz, pela única razão de ter decidido pedidos deduzidos pelas partes, em fases anteriores do procedimento, desenvolveria um viés de confirmação das decisões pretéritas e, portanto, estaria contaminado em sua imparcialidade objetiva. Por esta razão, defende-se que ele seja considerado impedido de atuar na fase seguinte, qual seja, da instrução da ação penal e consequente julgamento do mérito. [...] Estabeleceu-se, assim, a presunção legal absoluta (*juris et de jure*, e não *juris tantum*) de parcialidade do juiz que, no exclusivo exercício da função jurisdicional, tenha exercido a fiscalização judicial do inquérito. [...] Parte-se do pressuposto de que todos os indivíduos, em razão de suas próprias limitações, estão sujeitos a um *viés cognitivo de confirmação* de suas decisões pretéritas. [...] Consequentemente, segundo este entendimento, a lei deve considerar impedido de julgar um juiz que esteja comprometido com um conhecimento prévio sobre os fatos da investigação, para preservar “a *aparência de imparcialidade*”. [...] Ora, a imparcialidade do juiz é um dos valores que fundamentam a organização do Poder Judiciário brasileiro. Embora não expressamente mencionada na Constituição de 1988, trata-se de uma garantia do jurisdicionado no Estado Democrático e Constitucional de Direito, que deriva dos direitos fundamentais ao julgamento pela autoridade competente (princípio do juiz natural, contemplado no artigo 5º, LIII), ao devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), ao contraditório e à ampla defesa (artigo 5º, LV), bem como da vedação ao julgamento por juiz ou tribunal de exceção (artigo 5º, inciso XXXVII). [...] A imparcialidade norteia o exercício

tenha qualidade para intentá-la.”.

da magistratura brasileira, integrando o Código de Ética da carreira [...]. Nesta linha, o sistema processual penal pátrio protege concretamente a imparcialidade judicial, nas suas dimensões objetiva e subjetiva, prevendo instrumentos adequados para que, em caso de dúvida quanto à imparcialidade do juiz, sejam opostas exceções de impedimento e de suspeição por qualquer das partes. [...] Na legislação processual penal brasileira, a posição de todo e qualquer juiz, na fase do inquérito, é fundamentalmente uma posição de garante, de verdadeiro juiz das garantias. [...] Eventual violação do dever de imparcialidade pode advir de atitudes e comportamentos pessoais, subjetivos, caso em que a nulidade de todo o procedimento poderá ser alegada pelas partes. Neste sentido, a legislação processual penal brasileira estabelece regras voltadas a garantir a imparcialidade do juiz tanto em sua dimensão *subjetiva* quanto na *objetiva*. [...] A imparcialidade subjetiva é garantida mediante a previsão de declaração, pelo próprio juiz, de sua suspeição por motivo de foro íntimo, independentemente da presença das causas objetivas de impedimento. [...] Na dimensão objetiva, a imparcialidade é garantida: (1) por meio da separação entre as funções de investigar, acusar e julgar; (2) por meio das regras de impedimento e de suspeição definidas nos artigos 252 e 254 do Código de Processo Penal, as quais se aplicam ainda que, pessoal e subjetivamente, se o juiz se considerasse apto a proferir uma decisão imparcial nas hipóteses ali previstas. [...] Ademais, o ordenamento confere instrumentos às partes, voltados a tornar normativamente efetiva a garantia de imparcialidade, a exemplo das exceções de suspeição e de impedimento.

Por sua vez, com relação às consequências que a validação da norma traria para os tribunais, advertiu-se que:

A considerar-se a premissa de que o juiz das garantias, que atua na fase do inquérito, deve ficar impedido para participar do julgamento do mérito da ação penal, esta mesma razão levaria à conclusão de que o órgão colegiado que tenha tomado decisões na fase do inquérito estaria contaminado pelos acórdãos anteriormente proferidos, nos processos e julgamentos perante os órgãos colegiados. [...] No mínimo, haveria presunção de que o Relator estaria, em razão do *viés de confirmação* das suas decisões tomadas na fase do inquérito, impedido de prosseguir na relatoria, a partir do recebimento da denúncia, e também impedido de participar do julgamento do mérito, por ter atuado na fase do inquérito. [...] Paradoxalmente, porém, tem-se defendido a interpretação de que o dispositivo não se aplica aos julgamentos colegiados (inquéritos e ações penais nos tribunais), o que torna incompreensível, do ponto de vista da coerência interna da lei, a presunção de parcialidade do magistrado, fundada em estudos que comprovariam o viés cognitivo de confirmação que inflige a todos os seres humanos.

Nesse passo, a Suprema Corte, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade do *caput* do art. 3º-D do CPP, que previa o impedimento, e atribuiu interpretação conforme à primeira parte do *caput* do art. 3º-C do CPP, para esclarecer que as normas relativas ao juiz das garantias não se aplicam às seguintes situações: a) processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei nº 8.038/1990; b) processos de competência do tribunal do júri; c) casos de violência doméstica e familiar; e; d) infrações penais de menor potencial ofensivo.

Com relação ao impedimento dos magistrados, tão somente por terem tido contato com prova ilícita, previsto no § 5º do art. 157 do CPP, o Supremo Tribunal Federal também declarou sua inconstitucionalidade (vencido, em parte, o Ministro Cristiano Zanin), nos termos do voto do Relator, forte na doutrina de Eugenio Pacelli e Douglas Fischer:

Pressupor o comprometimento inevitável do juiz que tiver contato com a prova ilícita — apreciação e valoração de tal circunstância (ilicitude ou não da prova trazida aos autos) — é também reduzir a muito pouco as virtudes da dialética processual, do contraditório e da capacidade de eficácia da norma que determina e exige que toda decisão seja fundamentada. E, sobretudo, agora, a partir da nova redação do art. 315, § 2º, do CPP, aplicável a todas as modalidades de decisões no processo (e na investigação), em que se especifica, com clareza satisfatória, o que não se considera decisão fundamentada. A regra, aliás, alinha-se às disposições sobre a matéria no CPC. [...] Não se pode esquecer ainda que, ao contrário do que sustentado em alguns posicionamentos no Brasil, as decisões das Cortes de Direitos Humanos (especialmente O TEDH) são expressas no sentido de que a imparcialidade se presume e a parcialidade deve ser provada no caso concreto. [...] De outra parte, mas não menos relevante, também os julgadores de instâncias superiores poderiam se encontrar impedidos de apreciar o recurso de mérito de eventual condenação, sempre que a discussão acerca da ilicitude da prova tiver precedido (via *habeas corpus*) a via ordinária recursal (apelação, por exemplo). E assim em diante. Sem falar nas hipóteses em que o juiz recusar a ilicitude da prova e o Tribunal afirmá-la, em recurso da acusação. Nesse caso, o juiz poderia não estar impedido, mas o Tribunal sim⁶⁵.

Outro ponto a merecer atenção foi a convergência unânime entre os Ministros, quanto à aceitação da tecnologia da videoconferência, como meio válido e adequado à Constituição, para a realização da audiência de custódia. O artigo 3º-B, § 1º, vedava, em absoluto, seu emprego. Além disso, a redação dada ao artigo 310, § 4º, determinava que a não realização de audiência de custódia em 24 horas, sem motivação idônea, acarretaria a ilegalidade da prisão, a ser obrigatoriamente relaxada pela autoridade competente.

No ponto, registre-se que o § 1º do artigo 3º-B foi objeto de veto presidencial, posteriormente derrubado pelo Congresso Nacional⁶⁶. Cumpre trazer à baila a mensagem, também de natureza pragmática:

A propositura legislativa, ao suprimir a possibilidade da realização da audiência por videoconferência, gera insegurança jurídica ao ser incongruente com outros dispositivos do mesmo código, a exemplo do art. 185 e 222 do Código de Processo Penal, os quais permitem a adoção do sistema de videoconferência em atos processuais de procedimentos e ações penais, além de dificultar a celeridade dos atos processuais e do regular funcionamento da justiça, em ofensa à garantia da

65 OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e a sua jurisprudência*. 15. ed. São Paulo: Editora Juspodvim, 2023, p. 42.

66 Cf. SENADO NOTÍCIAS (site). Vetos derrubados do pacote anticrime são promulgados. 30 abr. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/30/vetos-derrubados-do-pacote-anticrime-sao-promulgados>. Acesso em: 8 jun. 2023.

razoável duração do processo, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RHC 77580/RN, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/02/2017). Ademais, o dispositivo pode acarretar em aumento de despesa, notadamente nos casos de juiz em vara única, com apenas um magistrado, seja pela necessidade de pagamento de diárias e passagens a outros magistrados para a realização de uma única audiência, seja pela necessidade premente de realização de concurso para a contratação de novos magistrados, violando as regras do art. 113 do ADCT, bem como dos arts. 16 e 17 LRF, e ainda do art. 114 da Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2019 (Lei nº 13.707, de 2018).

No voto do Relator, acompanhado, por unanimidade, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, constam os seguintes fundamentos filiados ao pensamento pragmático:

Ora, não se mostra razoável admitir a realização de audiência de instrução criminal por videoconferência, oitiva de testemunhas e até interrogatório do réu, isto é, a própria produção de prova, com prolação de sentença condenatória e imposição de pena privativa de liberdade, e não se tolerar a realização de audiência de custódia por idêntico sistema. [...] É importante lembrar que o Brasil é um país continental. A título de exemplo, o Estado do Amazonas tem uma extensão territorial de 1.559.161,682 quilômetros quadrados, equivalendo ao território de quatro dos maiores países europeus somados: França, Espanha, Suécia e Grécia. Se fosse considerado um país, o Amazonas seria um dos vinte maiores países do mundo. Até mesmo os nossos menores Estados são maiores que alguns países. [...] Assim, ainda que se atribua eventual superioridade ao contato presencial, inegável que o contato virtual permite maior agilidade na realização da audiência de custódia, não se justificando que a audiência deixe de ser realizada em 24 horas, para que ocorra com a presença física de todos em uma mesma sala. [...] Com efeito, dependendo da localidade em que ocorreu a prisão, demanda-se o transcurso de inúmeras horas apenas para transportar um preso até o Juízo competente, sem falar no dispêndio temporal necessário para a própria organização de operação desta monta, o que pode levar a extrapolação do prazo legal ou a sua não realização, como ocorreu durante a pandemia. Cumpre observar que a própria realização da audiência também exige todo um aparato de segurança, com o intuito de evitar fugas e resgates. [...] Na grande maioria das delegacias do País, como naquelas situadas em pequenas comarcas, sequer há um fluxo constante de presos, e o transporte e escolta de um custodiado pode demandar mais que o efetivo diário da unidade, prejudicando a atividade policial. Raciocínio análogo se aplica às unidades penitenciárias. Considerando o número diário de audiências, em cada Estado, forçoso admitir que há uma enorme perda de efetivo policial e penitenciário por dia, em razão das prisões e audiências. [...] Em tempos de transformação tecnológica, não se pode tratar a apresentação física como um dogma e impossibilidades fáticas como meros detalhes [...]. Primordial, portanto, reconhecer a legitimidade do uso da videoconferência para a realização da audiência de custódia, sendo inconstitucional sua peremptória vedação, já que aquela contribui para a desburocratização, agilização e economia da Justiça, além de evitar delongas na prestação jurisdicional, à luz dos problemas enfrentados pelo Poder Executivo na remoção e apresentação dos presos em Juízo. [...] Assim, em moldes similares aos que propus à época da já mencionada

Resolução nº 357/2020, assevero a possibilidade de se realizar as audiências de custódia por videoconferência, ressaltando, no entanto, ser preferível fazê-lo de forma presencial, quando possível, no prazo de 24 horas, em especial quando se tratar de audiência de custódia decorrente de prisão em flagrante.

Nesse passo, o STF, por unanimidade, atribuiu interpretação conforme ao § 1º do art. 3º-B do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para estabelecer que o preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz das garantias, no prazo de 24 horas, salvo impossibilidade fática, momento em que se realizará a audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, cabendo, excepcionalmente, o emprego de videoconferência, mediante decisão da autoridade judiciária competente, desde que este meio seja apto à verificação da integridade do preso e à garantia de todos os seus direitos.

Também por unanimidade, a Suprema Corte atribuiu interpretação conforme ao *caput* do art. 310 do CPP, para assentar que o juiz, em caso de urgência e, se o meio se revelar idôneo, poderá realizar a audiência de custódia por videoconferência, e conforme ao § 4º do art. 310 do CPP, para estabelecer que a autoridade judiciária deverá avaliar se estão presentes os requisitos para a prorrogação excepcional do prazo ou para sua realização por videoconferência, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.

Refutou-se, assim, a interpretação de que o simples transcurso do prazo de 24 (vinte e quatro) horas *in albis*, “[...] sem que tenha sido aposta motivação idônea ou realizada audiência de custódia, ensejaria automática ilegalidade da prisão, a ser necessariamente relaxada”.

Outro dispositivo cuja constitucionalidade foi analisada, à luz do pragmatismo, foi o art. 3º-B, § 2º, do CPP, nos termos do qual, se o investigado estivesse preso, o juiz das garantias somente poderia prorrogar *uma única vez* a duração do inquérito, por até 15 (quinze) dias. Decorridos 30 dias, se ainda assim a investigação não se encerrasse, a prisão cautelar deveria ser imediatamente relaxada, sem margem para considerações sobre o caso concreto.

Mais uma vez, a previsão legal não guardava consonância com a realidade, sendo manifesta a exiguidade do prazo de 15 dias para o encerramento de uma investigação policial, especialmente em casos complexos.

Não por outra razão, mais uma vez por unanimidade, o Supremo atribuiu interpretação conforme ao dispositivo, consignando que: a) o juiz pode decidir de forma fundamentada, reconhecendo a necessidade de novas prorrogações do inquérito, diante de elementos concretos e da complexidade da investigação; e b) a inobservância do prazo previsto em lei não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o Juízo competente ser instado a avaliar os motivos que a ensejaram, nos termos da ADI nº 6.581.

Em seus diversos incisos, o artigo 3º-B estabelecia competir ao juiz das garantias:

[...]

IV – ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;

VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;

VII – decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;

VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;

IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

No tocante aos incisos IV, VIII e IX do art. 3º-B do CPP, a Corte assentou, de forma unânime, que todos os atos praticados pelo Ministério Público como condutor de investigação penal se submetam ao controle judicial (HC 89.837/DF, Rel. Min. Celso de Mello), fixando o prazo de até 90 (noventa) dias, contados da publicação da ata do julgamento, para os representantes do Ministério Público encaminharem, sob pena de nulidade, todos os PICs e outros procedimentos de investigação criminal, mesmo que tenham outra denominação, ao respectivo juiz natural, independentemente de o juiz das garantias já ter sido implementado na respectiva jurisdição. A par de considerações principiológicas, verifica-se a vertente pragmática do antidogmatismo, especialmente em relação ao princípio acusatório puro, advogado pelo Pacote Anticrime, neste ponto.

Já em relação aos incisos VI e VII (audiência pública e oral antes da renovação de qualquer medida cautelar), era possível constatar, *primu ictu oculi*, que as imposições legais redundariam em significativo prejuízo para a duração razoável dos processos, tornando-os ainda mais morosos, além de significativamente mais custosos.

Conforme destacou o Ministro Luiz Fux:

[...] na Justiça Estadual, que responde por mais de 92% da demanda, só nas duas primeiras instâncias, o processo criminal já leva, em média, absurdos três anos e meio. O cenário é ainda pior na Justiça Federal, com assombrosa média de 3 anos e 10 meses para um processo criminal percorrer o primeiro e segundo grau de jurisdição⁶⁷.

Também de forma unânime, o STF atribuiu interpretação conforme ao inciso VI do art. 3º-B do CPP, para prever que o exercício do contraditório será preferencialmente (e não obrigatoriamente) em audiência pública e oral, e ao inciso VII, para estabelecer que o juiz pode deixar de realizar a audiência quando houver risco para o processo, ou diferi-la em caso de necessidade, revelando, também aqui, boa dose de pragmatismo.

Por fim, o artigo 3º-C, § 3º, estabelecia que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficariam acautelados na secretaria desse Juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não seriam apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

A previsão, insculpida sob o nefelibata argumento de que o magistrado se contaminaria com os elementos da investigação, acarretaria uma série de problemas práticos, seja qual fosse a interpretação adotada, quanto ao momento em que se encerraria a competência do juiz de garantias. Como poderia o juiz analisar a presença da justa causa necessária para o recebimento da denúncia, ou mesmo verificar a presença dos requisitos previstos no artigo 312 do CPP, seja

67 Cf. JUSTIÇA EM NÚMEROS 2022. In: Conselho Nacional de Justiça (site). Brasília: CNU, 2022. Disponível em: [justica-em-numeros-2022-1.pdf](https://www.cnu.gov.br/justica-em-numeros-2022-1.pdf) (cnj.jus.br). Acesso em: 9 set. 2021..

para revogar, manter ou decretar uma prisão cautelar, ou ainda para substituí-la por medidas cautelares diversas, desconhecendo o que havia sido carreado aos autos até o momento? E caso os autos não seguissem automaticamente, mas fosse possível às partes juntarem as peças que desejassem, que benefício teríamos, salvo um processo mais burocrático, moroso e confuso?

Por unanimidade, o STF declarou a inconstitucionalidade, com redução de texto, dos §§ 3º e 4º do art. 3º-C do CPP, atribuindo interpretação conforme para entender que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias serão remetidos ao juiz da instrução e julgamento, sepultando os múltiplos problemas que adviriam da obtusa previsão.

Em outro giro, com o intuito de evitar designações casuísticas e rechaçar o risco de manipulação dos juízes de garantia, o Supremo, também de forma unânime, atribuiu interpretação conforme ao art. 3º-E do CPP, para assentar que o juiz das garantias será investido, e não designado, conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal.

Registre-se, em relação ao art. 3º-F, que o STF reconheceu a constitucionalidade do *caput*, atribuindo interpretação conforme ao parágrafo único, para assentar que a divulgação de informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso, pelas autoridades policiais, pelo Ministério Público e pela magistratura, deve assegurar a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão.

A previsão legal guarda relação com o que, nos Estados Unidos, convencionou-se chamar de *Perp Walk*, sendo objeto de julgamento no Second Circuit, no caso “Lauro v. Charles”:

O “*perp walk*” – como é popularmente conhecido – é uma prática policial bastante difundida na cidade de Nova York, na qual o suspeito de cometer um crime, após ser preso, é obrigado a “caminhar” em frente à imprensa para ser fotografado ou filmado. [...] A caminhada do criminoso divulga os esforços da polícia no combate ao crime e fornece à imprensa uma ilustração dramática para acompanhar as histórias sobre a prisão. [...] Não surpreende, portanto, que a polícia e a imprensa muitas vezes cooperem para garantir que os *perp walks* ocorram. Mas, embora as caminhadas beneficiem tanto a polícia quanto a mídia, seu efeito sobre os suspeitos pode ser menos benigno. Embora a caminhada do acusado geralmente ocorra antes de qualquer decisão judicial de que um suspeito realmente cometeu o crime pelo qual foi preso, ou mesmo que haja provas suficientes para justificar um julgamento, um suspeito algemado sendo conduzido a uma delegacia é uma imagem poderosa de culpa. De fato, a *perp walk* foi descrita como “uma degradação ritual que sinaliza publicamente a mudança de *status* [do preso] de um cidadão comum”⁶⁸.

Importante destacar que o zelo pela observância das regras para o tratamento dos presos, bem como o dever de buscar impedir o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa, para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, é uma obrigação de todos os magistrados, não apenas daqueles que estiverem atuando como juiz das garantias.

Nessa linha, cumpre anotar que a Lei de Execução Penal (LEP) já consagrava, em seu art. 41, VIII, constituir direito do preso a proteção contra qualquer forma de sensacionalismo,

68 Cf. CASETEXT. Lauro v. Charles, 219 F.3d 202 / Casetext Search + Citator. Disponível em: <https://casetext.com/case/lauro-v-charles>. Acesso em: 12 fev. 2022.

bem como a possibilidade de a conduta configurar crime de abuso de autoridade⁶⁹, nos termos do art. 13 da Lei 13.869/2019.

A Lei nº 13.964/2019 alterou também a sistemática do arquivamento das investigações, modificando a redação do artigo 28 do CPP, nos seguintes termos:

Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.

Mais uma vez, imperioso colacionar excerto do voto do relator:

Por meio da nova redação, o arquivamento passa a tramitar exclusivamente no âmbito interno do Ministério Público, impondo-se, como forma de controle e mecanismo de transparência, que seja feita comunicação à vítima, ao investigado e à autoridade policial, antes do encaminhamento aos autos, para fins de homologação, para a instância de revisão ministerial. [...] A inovação se mostra salutar, empoderando a vítima, incluindo o Delegado de Polícia e estabelecendo de maneira expressa a necessidade de comunicação ao investigado. [...] Todavia, forçoso assentar que a constitucionalidade do dispositivo exige que também ocorra a comunicação ao juízo competente, antes do encaminhamento dos autos, para fins de homologação, à instância de revisão ministerial. [...] Observe-se que a Lei 13.964/2019, nos termos do artigo 3º-B, expressamente estabeleceu que o juízo competente deve ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal, sendo mera decorrência lógica que também o seja com relação ao arquivamento. [...] Ademais, o arquivamento pode se dar por variadas razões, entre as quais a atipicidade dos fatos investigados, hipótese em que a confirmação por meio de decisão judicial permite a formação não só da coisa julgada formal, cuja natureza é endoprocessual, mas também da material, que se projeta para fora do processo, produzindo verdadeira intangibilidade jurídica. Assim, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da duração razoável dos processos (e procedimentos), imperativo reconhecer que o controle judicial remanesce necessário. [...] Evita-se assim, por exemplo, que arquivamentos sejam equivocadamente fundados em falta de justa causa e não em atipicidade, tão somente para permitir a hipotética reabertura das investigações,

69 Cf. Art. 13: “Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a:

I - exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;

II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;

[...]

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.”.

mantendo-se, dessa forma, a espada de Dâmocles sobre a cabeça de investigados. [...] Com efeito, incumbe aos magistrados zelar pelos direitos fundamentais, não só dos investigados como também da sociedade, sendo evidente que, muitas vezes, as vítimas, por falta de condições econômicas ou mesmo de mínimo conhecimento jurídico, irão se encontrar em papel de absoluta vulnerabilidade para exercer essa função de controle do exercício da ação penal. [...] Nesse sentido, a interpretação que considera que não deve ser realizada comunicação da manifestação de arquivamento aos magistrados competentes, ou que essa só deve ocorrer após homologado o arquivamento pelo órgão revisor do Ministério Público (como defendido pelo CNPG e o GNCCRIM), é inconstitucional, por afrontar o disposto no art. 5º, XXXV, da CRFB/1988, que garante que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. [...] Ademais, forçoso registrar, de forma pragmática, que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal recentemente consagrou a necessidade de que remanesça alguma forma de controle judicial dos arquivamentos, como forma de evitar possíveis teratologias, nos termos da decisão proferida, em 24/08/2021, pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, no bojo do Inquérito 4.781 [...]. Assim, imperiosa a realização de interpretação conforme, para consagrar que a única interpretação do artigo 28 que se mostra compatível com a integralidade do texto constitucional, em especial o disposto no artigo 5º, XXXV, da CRFB/1988, é a de que ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público deverá imediatamente comunicar ao juízo competente, à vítima, ao investigado e à autoridade policial, encaminhando, em seguida, os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, sendo possível ao magistrado suscitar a revisão, em especial quando se tratar de vítima vulnerável.

No ponto, o Supremo Tribunal Federal atribuiu interpretação conforme:

1. Ao *caput* do art. 28 do CPP, para assentar que, ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público submeterá sua manifestação ao juiz competente e comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial, podendo encaminhar os autos para o Procurador-Geral ou para a instância de revisão ministerial, quando houver, para fins de homologação, na forma da lei, vencido, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que incluía a revisão automática em outras hipóteses.

2. Ao § 1º do art. 28 do CPP, por unanimidade, para assentar que, além da vítima ou de seu representante legal, a autoridade judicial competente também poderá submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, caso verifique patente ilegalidade ou teratologia no ato do arquivamento.

CONCLUSÃO

O World Justice Project (WJP) Law Index 2022, um relatório anual que mede o Estado de Direito em 140 países, com base nas perspectivas e experiências de mais de 154.000 pessoas comuns, e de 3.600 operadores do Direito, categoriza dados em oito diferentes predicamentos: Restrições ao Poder Governamental, Ausência de Corrupção, Abertura do Governo, Direitos Fundamentais, Ordem e Segurança, Cumprimento das leis, Justiça Civil e Justiça Criminal⁷⁰.

70 Cf. World Justice Project (WJP) Rule of Law Index 2022 report. Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law>

O Brasil figura na 81ª posição geral, dentre os 140 países pesquisados; contudo, no tocante à Justiça Criminal, amarga a trágica 112ª colocação, sendo este o item de pior desempenho nacional⁷¹.

O saudoso Ministro Paulo de Tarso Sanseverino certa feita declarou que

[...] era necessário alterar o CPC de 1973 por ele ter sofrido várias reformas a partir da década de 90, a ponto de ficar assistemático. E uma das principais características de um código de processo é ele ser sistemático, orgânico, para não atrapalhar a sua correta aplicação⁷².

Nesse passo, sustenta-se que:

[...] se o nosso Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) havia se tornado um Frankenstein⁷³, violado em sua essência e desprovido de um espírito, em razão da CRFB/88 e de diversas reformas, forçoso reconhecer que o CPP/1941 (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) é uma verdadeira Quimera⁷⁴ (criatura mitológica com cabeça e corpo de leão, com duas cabeças anexas, uma de cabra e outra de dragão, cauda de serpente e asas). A analogia se faz necessária, pois ainda havia alguma harmonia no CPC/1973, enquanto o Código de Processo Penal afronta a razoabilidade, consistindo num diploma oriundo da década de 40, em que vigorava a “Polaca”, e que ainda atravessou uma ditadura militar e a redemocratização. [...] Evidente, portanto, que no âmbito do processo penal a situação é ainda mais dramática. A tentativa de adaptá-lo às diferentes realidades que o diploma atravessou, levou à promulgação de um sem-número de leis com o fim de efetivar reformas pontuais, acarretando o desvirtuamento do diploma legal e um infundável número de contradições e antinomias⁷⁵.

O Juiz de Garantias, tal qual aprovado pelo Congresso Nacional, chegou a ser incensado por parte da doutrina nacional, como se fosse uma fórmula mágica capaz de alterar a difícil situação da Justiça brasileira, fechando os olhos para seus manifestos erros legísticos, violações da proporcionalidade e desdém, quanto às consequências nefastas para a prestação da jurisdição penal no nosso país.

Um exame atento dos dispositivos inseridos pela Lei 13.964/2019 no CPP/1941 já denotava que nosso Processo Penal demanda mais que uma reforma pontual, açodada, assistemática

-law-index/downloads/WJPIIndex2022.pdf. Acesso em: 2 mar. 2023.

71 Idem.

72 SANSEVERINO, Paulo de Tarso apud CANARIO, Pedro; GALLI, Marcelo. Novo CPC exigirá aprofundamento da análise dos recursos repetitivos – Entrevista com o Ministro Paulo Moura Ribeiro. In: CONJUR (site), Brasília, 31 mai. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-31/entrevista-paulo-tarso-sanseverino-ministro-stj>. Acesso em: 27 abr. 2021.

73 Cf. SHELLEY, Mary. *Frankenstein*. Trad. Doris Goettems. São Paulo: Ed. Landmark, 2016.

74 Cf. BULFINCH, Thomas. *O Livro de Ouro da Mitologia*: Histórias de deuses e heróis. 12. edição. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, p. 152-155. A figura mítica faz parte da mitologia greco-romana: “A quimera era um monstro horripilante, que expelia fogo pela boca e pelas narinas. A parte anterior de seu corpo era uma combinação de leão e cabra, e a parte posterior, a de um dragão”.

75 Cf. GABRIEL, Anderson de Paiva. *O contraditório participativo no Processo Penal*: Uma análise da fase pré-processual à luz do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 15-21.

e antinômica, sob pena de piorarmos o já grave cenário com conflitos legais diversos e, por conseguinte, mais insegurança jurídica, injustiça e impunidade.

É imperativo reconhecer que o nosso vetusto e quimérico Código de Processo Penal merece ser substituído por um diploma moderno e harmônico, construído à luz da Constituição Federal de 1988 (CRFB/1988), e que possa, de forma eficiente, assegurar um processo criminal justo, atento ao fenômeno contemporâneo das provas digitais, e que transcorra em tempo razoável, zelando pela observância das garantias fundamentais dos investigados e réus, mas sem descuidar das vítimas (fortalecendo, por exemplo, a Justiça Restaurativa), nem resultar em frequente impunidade.

Conta-se que um jovem entregou um soneto ao célebre poeta português Manuel Maria Barbosa du Bocage, pedindo que este assinalasse seus erros com cruces. Diante de tantas incorreções na escrita do mancebo, o poeta devolveu o soneto incólume, alegando que “a emenda sairia pior do que o soneto”. O julgamento das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e ADI 6.305 pelo STF, por unanimidade, na grande maioria dos dispositivos, demonstra os evidentes equívocos da Lei 13.964/2019 na emenda do CPP, fazendo ressoar o célebre adágio.

REFERÊNCIAS

- BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Filosofia do Direito*. 3. ed. Londrina: Thoth, 2019.
- BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Trad. Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2016.
- BULFINCH, Thomas. *O Livro de Ouro da Mitologia: Histórias de deuses e heróis*. 12. edição. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.
- BILHIM, Renata da Silveira. *Pragmatismo e justificação da decisão judicial: Argumentação consequencialista como fundamento de validade da justa decisão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no Processo Civil: Compreensão crítica*. Curitiba: Juruá, 2003.
- CANARIO, Pedro; GALLI, Marcelo. Novo CPC exigirá aprofundamento da análise dos recursos repetitivos – entrevista com o Ministro Paulo Moura Ribeiro. In: CONJUR (site), Brasília, 31 mai. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-31/entrevista-paulo-tarso-sanseverino-ministro-stj>. Acesso em: 27 abr. 2021.
- CASETEXT. Lauro v. Charles, 219 F.3d 202 / Casetext Search + Citator. Disponível em: <https://casetext.com/case/lauro-v-charles>. Acesso em: 12 fev. 2022.
- DESAUTELS-STEIN, Justin. At War with the Eclectics: Mapping Pragmatism in Contemporary Legal Analysis. In: *Michigan State Law Review* 565, 2007. Disponível em: <http://scholar.law.colorado.edu/articles/323/>. Acesso em: 17 set. 2023.
- Dicionário On-Line Michaelis*. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/dogma/>. Acesso em: 12 fev. 2022.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. O futuro do Processo Civil brasileiro. In: _____. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro interpretada*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D.. *An Introduction to Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- FRANK, Jerome. Modern and Ancient Legal Pragmatism – John Dewey & Co. vs. Aristotle: I. In: *Notre Dame Lawyer*, v. 25, n. 2, Winter 1950.
- FRAZÃO, Ana. A importância da análise de consequências para a regulação jurídica. In: JOTA (site), 12 jun. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-importancia-da-analise-de-consequencias-para-a-regulacao-juridica-parte-iii-12062019>. Acesso em: 28 fev. 2022.
- FRENTE PARLAMENTAR MISTA DE COMBATE À CORRUPÇÃO. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalle.asp?id=54320>. Acesso em: 27 abr. 2023.
- GREY, Thomas C. Holmes and Legal Pragmatism. In: *Stanford Law Review*, v. 41, n. 4, Apr. 1989.
- GABRIEL, Anderson Paiva. O Pragmatismo como paradigma jurisdiccional contemporâneo. In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael Gaia (org.). *Temas de análise econômica do Direito Processual*. Rio de Janeiro: GZ, 2021.
- _____. *O Pragmatismo como paradigma do Direito Processual Penal contemporâneo: Tecnologia, consenso e whistle-blowing*. Londrina: Thoth, 2022.
- _____. *O contraditório participativo no Processo Penal: Uma análise da fase pré-processual à luz do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.
- _____; LIMA, Larissa Pinho de Alencar. Um presente de grego no Natal de 2019: A Lei Anticrime (13.964/19) como um cavalo de Troia na Justiça Criminal brasileira. In: JOTA (site), Brasília, 27 dez. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/presente-de-grego-garantias-27122019>. Acesso em: 17 set. 2023.
- JAMES, William. What Pragmatism Means. In: _____. *Pragmatism and Other Writings*. London: Penguin Books, 2000.



JUSTIÇA EM NÚMEROS 2021. In: Conselho Nacional de Justiça (site). Brasília: CNJ, 2021, p. 214-220. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 9 set. 2021.

JUSTIÇA EM NÚMEROS 2022. In: Conselho Nacional de Justiça (site). Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: [justica-em-numeros-2022-1.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/relatorio-justica-em-numeros-2022-1.pdf) (cnj.jus.br). Acesso em: 9 set. 2021.

LANCASTER, Robert S. A Note on Peirce, Pragmatism, and Jurisprudence. In: *Journal of Public Law*, v. 7, n. 1, Spring 1958.

MARÇAL, Antonio Cota. Pragmatismo e Direito: Qual Pragmatismo e o quê interessa no Pragmatismo?. In: *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, n. 3, jun. 2010, p. 68-102. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1998/2181>. Acesso em: 10 nov. 2018.

MENAND, Louis. *The Metaphysical Club: A Story of Ideas in America*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do Pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e a sua jurisprudência*. 15. ed. São Paulo: Editora Juspodvim, 2023.

PEIRCE, Charles Sanders. How to Make Our Ideas Clear. In: _____. *The Essential Peirce*, v. I (1867 – 1893). Selected Philosophical Writings. Edited by Nathan Houser and Christian Kloesel. Bloomington: Indiana University Press, 1992.

POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: Teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

_____. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

_____. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

_____. *Problemas de Filosofia do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIPERT, Georges. *Le régime démocratique et le droit civil moderne*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1936.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 1, 2012.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso apud CANARIO, Pedro; GALLI, Marcelo. Novo CPC exigirá aprofundamento da análise dos recursos repetitivos – Entrevista com o Ministro Paulo Moura Ribeiro. In: *CONJUR (site)*, Brasília, 31 mai. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-31/entrevista-paulo-tarso-sanseverino-ministro-stj>. Acesso em: 27 abr. 2021.

SENADO NOTÍCIAS (site). Vetos derrubados do pacote anticrime são promulgados. 30 abr. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/30/vetos-derrubados-do-pacote-anticrime-sao-promulgados>. Acesso em: 8 jun. 2023.

SHELLEY, Mary. *Frankenstein*. Trad. Doris Goettems. São Paulo: Ed. Landmark, 2016.

TARUFFO, Michele. Cultura e processo. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 63, n. 1. Milano: Giuffrè, 2009.

FRAZÃO, Ana. A importância da análise de consequências para a regulação jurídica. In: *JOTA (site)*, 12 jun. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-importancia-da-analise-de-consequencias-para-a-regulacao-juridica-parte-iii-12062019>. Acesso em: 28 fev. 2022.

TIMM, Luciano Benetti; CAON, Guilherme Maines. Análise Econômica do Direito e o Supremo Tribunal Federal. In: *JOTA (site)*, 25 set. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/analise-economica-do-direito-e-o-supremo-tribunal-federal-25092020?utm_campaign=E2%80%A6. Acesso em: 28 fev. 2022.

WAAL, Cornelis de. *Sobre Pragmatismo*. São Paulo: Loyola, 2007.

World Justice Project (WJP) Rule of Law Index 2022 report. Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/downloads/WJPIIndex2022.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2023.

Mediazione e giudici in Italia, 2019¹

GIOVANNI MATTEUCCI²

Secundo il Parlamento europeo (9.12.2017) *“L'Italia utilizza la mediazione sei volte più del resto d'Europa”*. La mediazione obbligatoria è stata normata in Italia nel 2010 ed è entrata in vigore nel 2011. Opposizione serrata da parte degli avvocati, disinteresse apparentemente benevolo da parte dei giudici. A fine 2012 ne segna una battuta d'arresto la dichiarazione di incostituzionalità, per riprendere poi quota con la reintroduzione nel 2013, con la possibilità di *“Opt-Out”* dal procedimento.

Risultati:

- . 2011 – 60.810 mediazioni, 9.912 accordi, tasso di successo 16%;
- . 2018 – 151.923 mediazioni, 20.965 accordi, tasso di successo 14%.

20.965 è il più alto numero di accordi di mediazione mai raggiunto in Italia. Nelle procedure svoltesi con tutte le parti presenti e proseguite oltre il primo incontro, la percentuale di successo nel 2018 è stata del 45%. Tuttavia, la mediazione è cresciuta ben al di sotto delle sue potenzialità: i nuovi giudizi iniziati nei tribunali italiani nel 2018, infatti, sono stati 3.220.928.

In Italia la mediazione, intesa quale condizione obbligatoria di procedibilità, è limitata a materie che corrispondono all' 8% circa di tutte quelle oggetto di contenzioso giudiziale. In TUTTE le questioni relative ai diritti civili disponibili, invece, i giudici possono ordinare alle parti di attivare la mediazione (mediazione demandata, ex art. 5, c.2, D.Lgs. 28/2010) e/o possono proporre una soluzione della controversia basata sull'equità (proposta di conciliazione del giudice, ex art. 185-*bis* c.p.c.), proposta che le parti possono accettare o rifiutare (arbitrato non obbligatorio). Quando la mediazione obbligatoria fu introdotta, i magistrati la guardarono con apparente benevolo distacco, ma a partire dal 2015 è grazie ai giudici che la mediazione italiana è cresciuta; le mediazioni demandate sono ammontate al 2% (di tutte le procedure avviate presso gli organismi di mediazione) nel 2011, 10% nel 2015, 11% nel 2016, 13% nel 2017, 15% nel 2018.

Indice: Introduzione. 1. Le innovazioni introdotte dai giudici. 1.a. Tribunale di Roma, *Alternative Sentence Resolution*. 1.b. Tribunale di Bari, conciliazione integrata. 1.c. Università e Tribunale di Firenze, mediazione effettiva e giustizia semplice. 1.d. Mediazione guidata. 1.e. Mediazione demandata come mezzo di gestione del processo. Conclusioni.

1 Pubblicato in Mondo ADR 9.3.2020, <https://www.mondoadr.it/articoli/mediazione-e-giudici-in-italia-2019.html>.

2 Mediatore civile italiano e formatore alla mediazione. JurisDoctor, Dottore in Economia e Commercio, Diploma di Economia – Mediatore civile e commerciale e formatore in mediazione, abilitato dal Ministero della Giustizia dal 2006 e formatore dal 2011; mediatore presso ADRCenter (Italia); Centro di mediazione congiunto MHJMC Cina continentale-Hong Kong e Centro di mediazione internazionale KIMC Corea. È specializzato nell'utilizzo della mediazione per prevenire i conflitti in caso di crisi finanziaria aziendale. giovannimatteucci@alice.it.

INTRODUZIONE

Il Sole 24 Ore, 6.11.2019, pag. 19 – *“Mediaset, ultimatum del giudice, entro il 22 l'accordo con Vivendi – Al via il tentativo di conciliazione sui punti stabiliti dal Tribunale – A questo punto Mediaset e Vivendi hanno tempo fino al 22 novembre per capire se si può trovare una quadra e mettere la parola fine alla battaglia giudiziaria, che si sta consumando attorno al destino di Mfe, il progetto di holding internazionale di Mediaset. / Ieri dal Tribunale di Milano è arrivato quello che a buon diritto può essere qualificato come colpo di scena. Il giudice Elena Riva Crugnola.... ha dato tempo fino al 22 novembre in un tentativo di conciliazione che, a quanto ricostruito dal Sole 24 Ore, era stato suggerito da Mediaset ma messo a punto, nei contenuti, dal giudice (...)”*.

Purtroppo tali *“colpi di scena”* non sono frequenti presso i tribunali italiani. L'ordinamento (innanzitutto nell'art. 185 c.p.c.) prevede il tentativo di conciliazione effettuato dal giudice, ma il suo utilizzo è a macchia di leopardo e limitato. Molti magistrati non hanno una naturale inclinazione ad esperirlo e sembra mancare una specifica formazione; eppure è uno strumento che può dare buoni risultati, considerato che può essere combinato con la regolamentazione delle spese del processo (art. 91 c.p.c.). Il D.Lgs. 28/2010, l'entrata in vigore dell'art. 185-bis e il richiamo alla riduzione del numero delle controversie pendenti, da parte di Ministero della giustizia e Consiglio Superiore della Magistratura, stanno lentamente modificando questo approccio culturale³.

Nel 2009, in Italia, si registravano:

- Un numero enorme di cause civili pendenti in tutto il sistema giudiziario, 5.700.105, il più alto di sempre;
- Un gran numero di nuove cause civili 5.012.000 (quelle presso i tribunali 2.779.000);
- Durata di una causa civile 1.066 giorni.

Nel 2010 la mediazione obbligatoria fu introdotta dal D.Lgs. 28/2010, in materie che rappresentavano l'8% di tutte le controversie civili dinanzi ai giudici italiani (opposizione furiosa da parte dell'avvocatura e apparente benevolo disinteresse da parte dei giudici); entrò in vigore nel 2011, con la possibilità per gli accordi raggiunti in mediazione di divenire esecutivi. Dal 2011 al 2018, nell'ambito delle procedure di mediazione, sono stati conclusi accordi per un totale di 130.438. Nel 2018 il numero di nuovi contenziosi civili presso i tribunali era diminuito a 2.001.508 (principalmente a causa della crisi finanziaria iniziata nel 2008: redditi più bassi, meno contenzioso) e le cause civili pendenti erano ridotte a 3.443.105⁴.

Il 12.12.2012 la Corte Costituzionale dichiarò incostituzionale la mediazione obbligatoria per eccesso di delega, e non per violazione del diritto di difesa da parte dei cittadini. Sotto la

3 Vaccari Massimo, *“L'art. 185 bis c.p.c.: un nuovo impulso alla conciliazione giudiziale?”*, in [ilcaso.it](http://www.ilcaso.it/articoli/410.pdf) 12.2.2014, <http://www.ilcaso.it/articoli/410.pdf>. Per un tentativo di mediazione effettuato da un magistrato, prima del 2010, leggere la descrizione da parte di Marcello Marinari (già presidente del Tribunale di Montepulciano) in Fragomeni Tiziana, Caradonna Marcella, De Berti Giovanni, Marinari Marcello e Patti Yoga, *Il metodo della mediazione per la gestione dei conflitti*, in CELT Casa Editrice La Tribuna, 2011. Tramma Diana, *Intervista al 'Giudice mediatore'*, Maria Grazia Fiori – *“Premetto che il nostro codice civile prevede la conciliazione giudiziale, in relazione agli articoli relativi alla comparizione delle parti (185 c.p.c.), all'interrogatorio libero (art. 117 c.p.c.), alla conciliazione non contenziosa (art. 322 c.p.c.), in quella di appello (art. 350 c.p.c.), nelle controversie di lavoro (art. 410 c.p.c.), nei procedimenti tra coniugi (art. 708 c.p.c.) e nelle spese (art. 92 c.p.c.). Quello di cui mi sono occupata io ... (Tribunale di Milano, sez 7° civile, appalti, lavori opere e forniture e contratti atipici) è stato di effettuare degli incontri di conciliazione / mediazione, nell'ambito di procedure giudiziarie, per le quali ero stata all'uopo delegata”*, in *Blog Mediazione civile* 2019, <https://www.dianatramma.com/intervista-al-giudice-mediatore/?fbclid=IwAR0vS0bW5V-xjGesByZa0pFAG5A-JZlBRy8Xy12loEu8Z9y1QW0XZw6Rc>.

4 Ministero della giustizia, *Monitoraggio della giustizia civile*, anni 2003 / 1° trim.2019 (12.7.2019), https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST1287132&previousPage=mg_2_9_13.

pressione della UE la mediazione obbligatoria fu reintrodotta dal D.Lgs. 69/2013⁵. Il numero dei conflitti giudiziari, nelle materie oggetto di mediazione obbligatoria, era aumentato del 9% dopo la dichiarazione di incostituzionalità, diminuì del 15% con il ripristino⁶.

Come detto, a fine 2013 fu reintrodotta la mediazione condizione obbligatoria di procedibilità. Ma la forte pressione esercitata dagli avvocati su governo e parlamento fece introdurre cambiamenti rilevanti rispetto alla precedente normativa. Tra gli altri:

- Gli avvocati sono mediatori “ope legis” (e per quasi due anni è stato chiesto loro di seguire un corso di formazione di base di sole 15 ore!);
- Assistenza (cioè, presenza in mediazione) obbligatoria degli avvocati alle parti;
- Un primo incontro “informativo” e gratuito; la parte invitata partecipa e può dichiarare se iniziare o no la mediazione (*Opt-Out*), che da quel momento diviene totalmente volontaria (secondo un’errata interpretazione della legge, il soggetto invitato potrebbe non partecipare al primo incontro, presenti l’attivante ed il mediatore);

Giusta il D. Lgs. n. 28/2010, prima versione, la mediazione poteva iniziare anche su invito del giudice. Il D. Lgs. n. 69/2013 introdusse la possibilità per i giudici:

- Di ORDINARE ai contendenti di attivare una mediazione in TUTTE le controversie (non solo quelle soggette a mediazione obbligatoria) relative a diritti civili inalienabili (mediazione demandata⁷, art. 5, c.2, D.Lgs. 28/2010);
- Di fornire una proposta di soluzione secondo equità (proposta di conciliazione del giudice, art. 185-*bis* c.p.c) in TUTTE le controversie (non solo quelle oggetto di mediazione obbligatoria) relative a diritti civili inalienabili, rimanendo le parti libere di accettare o rifiutare (arbitrato non vincolante).

In alcuni casi i giudici combinano queste due opzioni: propongono una soluzione e, se la proposta viene rifiutata, ordinano una mediazione obbligatoria (*Arb-than-Med*, arbitrato-e-mediazione).

Nel tempo, i magistrati hanno pure elaborato innovazioni interessanti (ed efficienti): le “*Alternative Sentence Resolutions*”, la “conciliazione integrata”, la “mediazione effettiva – giustizia semplice” e la “mediazione guidata”. Inoltre, l’uso combinato di proposta di soluzione e mediazione demandata può essere utilizzato pure come strumento di gestione efficace dei procedimenti giudiziari.

1. LE INNOVAZIONI INTRODOTTE DAI GIUDICI

Tra il 2010 ed il 2013 i giudici italiani guardarono alla mediazione con apparente benevole distacco, considerandola “Figlia di un Dio Minore”⁸. Le principali perplessità da parte loro erano probabilmente le seguenti:

-
- 5 De Palo Giuseppe, *Mandatory mediation is back in Italy with new parliamentary rules*, in *Mondo ADR* 22.10.2013. <https://www.mondoadr.it/articoli/mandatory-mediation-italy-parliamentary-rules.html>. De Palo Giuseppe e D’Urso Leonardo, *Achieving a Balanced Relationship between Mediation and Judicial Proceedings*, in European Parliament, *The implementation of the mediation directive*, 29.11.2016, http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA%282016%29571395_EN.pdf.
 - 6 Ministero della giustizia, *Statistiche sulla mediazione*, 2015, pag. 3, [https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Civil%20mediation%20in%20l%20Italia%20-%20Year%202015%20\(ENG\).pdf](https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Civil%20mediation%20in%20l%20Italia%20-%20Year%202015%20(ENG).pdf).
 - 7 Questo tipo di procedura è denominata, alternativamente, demandata, delegata o disposta dal giudice.
 - 8 Matteucci Giovanni, *Conciliazione endoprocessuale e mediazione delegata: per la magistratura italiana ‘figlie di un Dio minore’*, in *Mondo ADR* 8.12.2014, <https://www.mondoadr.it/articoli/conciliazione-endoprocessuale-mediazione-delegata-la-magistratura-italiana-figlie-di-dio-minore.html>.

- Introduzione nell'ordinamento italiano, le cui radici risalgono al diritto romano, di una procedura tipica di altre culture (presupposto infondato; la mediazione fa parte della storia e della cultura giuridica italiana, purtroppo ce ne siamo dimenticati⁹;
- Metamorfosi del sistema, in cui le controversie vengono inizialmente gestite con tecniche basate sulla psicologia e non sulle garanzie costituzionali; preferenza per un avvocato come mediatore (concezione basata su una conoscenza molto modesta della mediazione);
- Interferenza tra mediazione e giurisdizione (ragionevole preoccupazione);
- Avanzamento di carriera del magistrato, che dipende in gran parte dal numero di sentenze da lui pronunciate; se i criteri di progressione di carriera includessero anche il numero di controversie risolte attraverso la mediazione (procedura più rapida), i giudici potrebbero trascurare la loro funzione giurisdizionale (discutibile e irragionevole preoccupazione, che non tiene conto del carico di lavoro medio di ciascun giudice e dell'enorme arretrato della giustizia italiana).

Tuttavia, alcuni magistrati iniziarono ad analizzare la mediazione e il suo possibile utilizzo. Mi riferisco principalmente a:

- “Progetto Conciliamo”, lanciato nel 2005 presso il Tribunale di Milano¹⁰;
- “Progetto Nausicaa”, avviato nel 2009 presso il Tribunale e l'Università di Firenze. Entrambi i progetti focalizzati sull'analisi della mediazione e volti a migliorarne la conoscenza tra le professioni legali;
- L'esperienza di Modugno, Articolazione del Tribunale di Bari, che dal 2011, e sotto il coordinamento del suo dirigente, giudice Mirella Delia, ha promosso la “conciliazione integrata”;
- L'esperienza di Ostia, Sezione Distaccata del Tribunale di Roma, il cui dirigente, giudice Massimo Moriconi, grazie ad un uso intensivo di invito alla mediazione, durante il periodo 2012-2013 ridusse di almeno il 10% le cause nel suo ruolo¹¹.

1.a Tribunale di Roma, *Alternative Sentence Resolution*

Quale metodo ha utilizzato il Dr. Moriconi? Il giudice analizzava tutti i nuovi casi e, quando pensava che le parti avrebbero potuto raggiungere un accordo, le invitava, insieme ai loro avvocati, ad attivare una procedura di mediazione. I fattori di successo identificati sono stati:

“a. qualità elevata degli organismi di mediazione in tutti i loro componenti (struttura logistica appropriata a rispettare tempistiche concentrate, coordinato e adeguato apparato di supporto tecnico-giuridico ai mediatori, elevata competenza e professionalità di questi ultimi, consapevolezza che un consistente numero di accordi portati a compimento costituirà elemento sintomatico a testimonianza della reale capacità di buon funzionamento di un organismo, il che si accompagna al ripudio ed al contrasto di un vuoto formalismo burocratico)”;

“b. leale collaborazione degli avvocati con l'organismo ed il mediatore, con le controparti e con il giudice”;

“c. piena comprensione delle potenzialità dell'istituto della mediazione ed energico impulso alla mediazione da parte del giudice”;

9 Scamuzzi Lorenzo, *Conciliatore – Conciliazione giudiziaria*, in Digesto Italiano, 1886. Matteucci Giovanni, *La mediazione: mimesi di legislazioni altrui o recupero delle nostre tradizioni?*, in *Temi Romana* (quadrimestrale dell'Ordine degli avvocati di Roma), anno LVIII n. 1-3, gennaio/dicembre 2010, <http://www.ordineavvocati.roma.it/Documenti/temi%20romana-1-3-2010.pdf>. Matteucci Giovanni, *Cenni storici sulla mediazione*, in *Academia.edu* 2014, https://www.academia.edu/8642790/Cenni_storici_sulla_mediazione_-_Short_history_of_mediation.

10 Buffone Giuseppe, *La mediazione demandata o disposta dal giudice come sistema omeostatico del processo civile: il progetto dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano* ilcaso.it, 2014, <http://www.ilcaso.it/articoli/404.pdf>.

11 Biolchini Maria Cristina, *Resoconto del convegno: Il ruolo del giudice nella mediazione*, in *Mondo ADR* 17.6.2013 <http://www.mondoadr.it/cms/articoli/resoconto-del-convegno-il-ruolo-del-giudice-nella-mediazione.html>.

“d. predilezione concettuale dello strumento della mediazione delegata su quello della mediazione obbligatoria”;

“e. periodicità degli incontri fra Organismi, Foro e Magistratura per l'affinamento degli strumenti di mediazione e per l'elaborazione di protocolli operativi di raccordo fra i vari momenti e soggetti che operano nel sistema del procedimento di mediazione”¹².

La *moral suasion* risultò efficace. Come già sottolineato, nel periodo 2012-2013 nella Sezione staccata di Ostia le cause a ruolo del dirigente furono ridotte del 10%.

Dal 23.9.2013 al 10.10.2014, nel Tribunale di Roma, il Dr. Moriconi ha avuto a ruolo circa 700 cause, 200 delle quali riteneva potessero essere gestite con i metodi ADR. Più precisamente, in 121 casi ha fatto ricorso all'art. 185-bis c.p.c. (arbitrato non vincolante), in 35 alla mediazione demandata e in 46 al 185-bis e alla mediazione delegata (*Arb-than-Med*). Nel 58% dei casi le parti hanno raggiunto un accordo. Per quanto riguarda le controversie a ruolo, riduzione dell'8%.

Dato il continuo uso di questi strumenti, il Dr. Moriconi ha denominato i suoi provvedimenti *ASR Alternative Sentence Resolution*: 110 nel 2017, di cui 57 (48%) risolti con accordo¹³.

1.b – Tribunale di Bari, conciliazione integrata

Atra esperienza di rilievo è stata intrapresa presso il Tribunale di Bari. Nel 2011 il magistrato coordinatore della Sezione Distaccata di Modugno, giudice Mirella Delia, avviò la “conciliazione integrata”¹⁴ basata sul seguente provvedimento

REPUBBLICA ITALIANA
 TRIBUNALE CIVILE DI BARI
 IL GIUDICE

- *Condotta nel contraddittorio breve discussione sui punti salienti della controversia;*
- *Valutata, con l'adesione delle parti, l'opportunità di avviare fra loro un percorso conciliativo;*
- *Letto l'art. 185, comma 1, cpc (come modif. dalla L. n. 263/2005), in vigore dall'1.3.2006;*
- *Richiamate le recenti riforme normative in materia di conciliazione e mediazione nel processo civile;*

INVITA

Le parti a depositare e scambiare via fax, entro il, proposte e/o offerte per la definizione bonaria della controversia, ed entro il a depositare e scambiare via fax eventuali controproposte, assegnando ulteriore termine sino al, per tenere fra loro un incontro assistite dai legali (ed eventualmente presso gli organismi preposti all'attività conciliativa ai sensi della L. n. 69/2009), finalizzato ad esaminare le ipotesi transattive articolate, avendo cura di documentarne l'esito mercé la redazione di apposito processo verbale da depositarsi sino a 10 gg prima dell'udienza di rinvio e di cui potrà tenersi conto, nel merito, al momento della regolamentazione delle spese processuali.

RINVIA

12 Moriconi Massimo, *La mediazione, profili operativi e problematiche operative*, 2011. <http://www.adrmaremma.it/moriconi01.pdf>.

13 Moriconi Massimo, *Decalogo ASR: conoscibilità, predibilità e predittività della giurisdizione*, MondoAdr 1.6.2018. <https://www.mondoadr.it/articoli/decalogo-asr-conoscibilita-prevedibilita-e-predittivita-della-giurisdizione.html>.

14 L'idea della conciliazione integrata nacque dall'analisi di un progetto simile francese, gestito dal Simone Gaboriau, presidente del Tribunale di Limoge, che operava in un contesto socio economico analogo a quello di Modugno.

Il presente procedimento all'udienza del , ore , disponendo per quella data la comparizione delle parti innanzi a sé al fine di poter svolgere, in ossequio al dettato del citato art. 185 cpc ed ove ancora possibile, il tentativo giudiziale di conciliazione.

Bari,

IL GIUDICE¹⁵

L'iniziativa – basata su art. 111 Costituzionale (principio del “giusto processo”), art. 5 della Direttiva Europea 2008/52/CE e combinato disposto degli artt. 185 e 185-bis del codice di procedura civile italiano¹⁶ – è stata resa possibile grazie alla partecipazione di avvocati del foro locale e la collaborazione di giovani laureati, che stavano conducendo un periodo di formazione presso il Tribunale.

Da allora l'esperimento ha proseguito presso il Tribunale di Bari, con il coinvolgimento di altri giudici e fino ad affinarsi nel 2015 in forza di un vero e proprio Protocollo proteso alla gestione del processo civile attraverso l'impiego rafforzato degli istituti di giustizia partecipata e, in particolare, delle ordinanze ex art. 185-bis c.p.c..

Si è così registrato un trend in crescita fra le proposte conciliative 185-bis c.p.c. emesse nel Tribunale di Bari:

- 15 nel 2015;
- 914 nel periodo 1.1.2016 / 30.6.2018; per 414 di essi le procedure sono state definite, di cui 332 (80%) senza ulteriori interventi del giudice (accordo o rinuncia al contenzioso), e solo 82 (20%) con sentenza ovvero altra modalità contenziosa¹⁷.

Inoltre, è stato creato un *database online* gratuito (identificato dall'acronimo “BDDC”, che sta per Banca Dati Digitale Conciliativa), ove confluisce una selezione di accordi e provvedimenti ex art. 185-bis nonché di mediazione demandata, completamente gestito in ambiente giudiziario¹⁸;

15 Delia Mirella, *Ufficio del processo, ragionevole durata e best practice conciliativa: estensione nazionale della banca dati conciliazione elaborata presso la Corte di Appello di Bari*, in *La Nuova Procedura Civile*, 18.6.2018 <http://www.lanuovaproceduracivile.com/delia-ufficio-del-processo-ragionevole-durata-e-best-practice-conciliativa-estensione-nazionale-della-banca-dati-conciliazione-elaborato-presso-la-corte-di-appello-di-bari>.

16 Delia Mirella, *Proposte programmatiche sulla conciliazione del Tribunale di Bari – sezione distaccata di Modugno*, Foro Italiano 2/2012, Monografie e varie, pag. 59.
 Delia Mirella, *Il giudice e le nuove combinazioni endoprocessuali nei moduli della mediazione; gli artt. 185 e 185 bis c.p.c.*, in *La Nuova Procedura Civile*, 6.2.2015.
https://www.lanuovaproceduracivile.com/wp-content/uploads/2015/02/delia_mediazione.pdf.

17 Delia Mirella, *La conciliazione fra organizzazione, formazione e tecnologia*, in *Quaderni di conciliazione* a cura di Carlo Pilia, Edizioni AV, n.10, pagg. 35-82, Cagliari 2019.
<https://www.lafeltrinelli.it/libri/quaderni-conciliazione-cdrom-vol-10/9788883741418>.

Nella stessa pubblicazione:

Fazio Laura, *L'efficacia della conciliazione endoprocessuale: l'esperienza del distretto della Corte d'Appello di Bari*, pagg. 83-103, Spagnoletti Valeria, *La rilevazione statistica della conciliazione endoprocessuale: l'esperienza del monitoraggio informatico presso il Distretto di Corte d'Appello di Bari*, pagg. 105-126.

Maurelli Pasquale, *Il ruolo del CTU negli istituti di giustizia partecipata e ausilio della BDDC*, pagg.127-138.

Brienza Rosita Stella, Sportelli Davide e De Tullio Francesca Romana, *La comunicazione a servizio della banca dati digitale conciliativa*, pagg. 139-134.

18 http://www.giustizia.bari.it/buone_prassi_menu.aspx.
 Corte di Cassazione, *Le buone pratiche in materia di mediazione extra ed endoprocessuale*, 6.6.2018.
http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/SLIDES_SSM_6.6.2018_LE_BUONE_PRATICHE_IN_MATERIA_DI_MEDIAZIONE_ENDOPROCESSUALE_def.pdf.

database condiviso ad oggi, per la sua spiccata componente formativa, da numerosi Tribunali e dalle Università di Bari, Cagliari, Firenze, Napoli e Cosenza¹⁹.

Il progetto è parte delle “*Best practices*”, registrata n. 2526 e selezionata dal Consiglio Superiore della magistratura nell’apposito Manuale delle buone prassi giudiziarie ritenute esportabili (delibera CSM del 18.6.2018), in quanto dotata di apposito sistema di tracciabilità informatica in grado di misurare il percorso conciliativo ed i suoi risultati.

La componente organizzativa di questa esperienza punta alla stretta collaborazione fra gli uffici dei magistrati informatici e il Cisia, per offrire ai Capi Ufficio un supporto statistico attendibile ai fini della valutazione dell’impegno conciliativo profuso negli uffici giudiziari in vista del conseguimento degli obiettivi e dei carichi esigibili nei c.d. programmi di gestione ex art. 37.

1.c – Università e Tribunale di Firenze, mediazione effettiva e giustizia semplice

Nel 2009 l’Università (Prof.a Paola Lucarelli) e il Tribunale (giudice Luciana Breggia) di Firenze, nonché l’Osservatorio della giustizia civile (associazione di giudici e avvocati), l’ordine degli avvocati e la Camera di commercio hanno lanciato il progetto Nausicaa, relativo alla mediazione demandata, con tre obiettivi:

- Fornire informazioni sulla mediazione attraverso un ufficio, situato nel tribunale;
- Fornire ai giudici il supporto di giovani borsisti di ricerca, esperti di mediazione, per individuare le controversie gestibili tramite questa procedura;
- E monitorare l’evolversi della mediazione demandata dal giudice²⁰.

Nel 2012 i primi risultati dell’esperimento: se tutte le parti erano presenti nella mediazione, sono stati raggiunti accordi nel 46% dei casi; accordi di fuori del quadro di mediazione raggiunti nel 27% dei casi²¹.

Come riportato in precedenza, nel 2013 il primo incontro di mediazione “informativo”, gratuito, è stato introdotto nella legislazione italiana, con la possibilità per le parti di recedere dal procedimento (la mediazione vera e propria, del tutto volontaria, inizia dopo la prima riunione informativa). La parte invitata, secondo una errata interpretazione degli avvocati, potrebbe astenersi dalla procedura non partecipando al primo incontro (con l’attivante e il mediatore) o partecipare (non di persona, ma rappresentata da avvocati) solo per dichiarare che non è interessato a perseguire la mediazione.

Il Tribunale di Firenze, seguito da molte altre corti, ha interpretato fedelmente la norma, sottolineando che gli avvocati sono mediatori “*ope legis*”, quindi “*ope legis*” dovrebbero conoscere la mediazione, la necessità della presenza personale delle parti e l’importanza di una efficace interazione fra di loro. In altre parole, i giudici hanno sottolineato che la mediazione deve essere “effettiva”.

19 Delia Mirella, *L’Ufficio del processo e la BDDC*, in AA.VV., *Il processo telematico* AA.VV. Key Editore, pagg. 401-423, maggio 2019 <https://www.keyeditore.it/libri/il-processo-telematico>.

20 Mellersh Natasha, *Ask An Expert: Luciana Breggia*, *Imimmediation* 23.6.2017, <https://www.imimmediation.org/2017/06/23/ask-an-expert-luciana-breggia/> Mellers Natasha, *The ingenious judge – A children’s book*, *Imimmediation* 30.7.2017. <https://www.imimmediation.org/2017/05/30/ingenious-judge-childrens-book>.

21 Giovannucci Orlandi Chiara, *The Florence Experience: A Culture Of Mediation*, *Imimmediation* 20.5.2017 <https://www.imimmediation.org/2017/05/20/the-florence-experience-the-culture-of-mediation/> Università di Firenze, *I numeri della mediazione su invito / ordine del giudice a Firenze*, *Diritto24 Il sole24Ore* 28.11.2014 http://www.diritto24.ilsole24ore.com/_Allegati/Free/Monit_Marinaro.pdf. Lucarelli Paola, *Mediazione su ordine del giudice a Firenze*, Wolters Kluwer, 2015. Lucarelli Paola e Tonarelli Annalisa, *Giustizia Semplice, report di monitoraggio parziale, febbraio/dicembre 2018*, Università degli Studi di Firenze 1.2.2019 <http://met.cittametropolitana.fi.it/public/misc/20190401132704088.pdf>.

Inoltre, dal 2017 il Tribunale (Dr.a Marilena Rizzo, presidente) e l'Università (Prof.a Paola Lucarelli) di Firenze, unitamente a Camera di Commercio, Città metropolitana, principali organismi ordinistici di mediazione e la Fondazione Cassa di Risparmio hanno avviato il progetto "Giustizia semplice" con il triplice scopo di migliorare l'efficienza del "servizio giustizia" (riduzione dell'arretrato e processi più rapidi), realizzare (insieme al Dipartimento di ingegneria - informatica) un algoritmo che valuti la mediabilità del contenzioso e la probabilità del risultato, analizzare l'impatto sociale dell'iniziativa. Le sezioni del tribunale coinvolte sono state il Tribunale delle imprese e la Sezione III civile (controversie contrattuali). I giudici sono stati affiancati da dieci stagisti, cui è stata riconosciuta una borsa di studio. Nei primi dieci mesi di vita del progetto sono stati analizzati circa 6.500 fascicoli, 1.296 controversie sono state oggetto di mediazione demandata, per il 72% è stata avviata la mediazione; di queste ultime si è raggiunto accordo nel 46% dei casi. La Sezione III civile nel 2017 registrava circa 9.400 cause pendenti, 7.400 circa a luglio 2019²².

Progetto analogo (Tribunale, Università, Ordine degli avvocati, Camera di commercio, banca) è stato annunciato a febbraio 2019 a Perugia²³.

1.d – Mediazione guidata

La mediazione è una procedura informale, molto flessibile, che permette anche la presenza di un consulente tecnico, su richiesta di tutte le parti e nominato dall'organismo di mediazione, spesso richiesto dal giudice nell'ambito della mediazione demandata. Se non viene raggiunto un accordo, la perizia elaborata dal consulente tecnico può essere utilizzata nel successivo giudizio, con risparmio di tempo e denaro²⁴.

22 E' stato inoltre trovato il modo di registrare in procedura informatica del Ministero della giustizia i processi, oggetto del progetto "Giustizia semplice", e la loro evoluzione.

Alla base del tutto, ricerca della qualità, non semplice tentativo di disfarsi di pratiche.

Con i soggetti coinvolti nell'iniziativa è stata costituita una cabina di regia. Nell'ambito di essa sono state individuate alcune tipologie di processi, per le quali si è ritenuto illogico pensare alla mediazione demandata: procedimento contumacia (assoluto buonsenso, che invece difetta nel D.M 180/2010, art. 7 c.2 lett. b, che prevede, nell'ambito della mediazione, la possibilità per il mediatore di effettuare una proposta in contumacia di una parte I), processi arrivati all'udienza di discussione con la precisazione delle conclusioni, controversie per le quali era già stata esperita la mediazione (per quest'ultimo aspetto, in altri Tribunali alcuni magistrati sono di diverso parere).

Effettuata questa scrematura, gli stagisti hanno analizzato tutte le altre pratiche, redigendo una scheda con gli elementi a favore e quelli contrari all'invio in mediazione. Analisi da parte del magistrato titolare del processo e decisione finale. I giudici hanno anche armonizzato il contenuto dell'ordinanza di invio in mediazione, cercando di adattarlo alle varie tipologie del contenzioso. Tutti i procedimenti analizzati, sia quelli inviati in mediazione, sia quelli scartati, sono stati poi riesaminati dall' università. Tutti i fascicoli sono divenuti oggetto di analisi da parte del Dipartimento di ingegneria-informatica per la compilazione di un algoritmo, che valuti la mediabilità di una controversia e le probabilità di accordo. Algoritmo che possa essere di ausilio ai giudici, che non dispongono di un aiuto da parte di stagisti, e ad avvocati e cittadini per individuare il modo più opportuno di gestire una controversia.

Da ultimo si sta analizzando l'impatto sociale del progetto, valutando le ricadute sul territorio, sulle imprese e sugli operatori del diritto in generale.

Università di Firenze, *Gestione conflitti, progetto fiorentino premiato al Forum PA 2019*,

<https://www.unifimagazine.it/gestione-conflitti-progetto-fiorentino-premiato-al-forum-pa-2019>.

Rizzo Marilena, *Progetto Firenze*, congresso organizzato da MedyaPro part. III Lecce, 7.6.2019 VIDEO.

<https://www.youtube.com/watch?v=OoDmB3EqyIU&iist=PLvELWtNJaOIULjYxe-qihqLsWDXQrZGvL&index=3>.

23 "Tribunale di Perugia, taglio del contenzioso e mediazioni: arrivano borsisti a supporto dei giudici – Il progetto coinvolge i Dipartimenti di Giurisprudenza di Perugia e Firenze, Regione, Tribunale, Fondazione Cr Perugia e Camera di commercio", *Umbria 24*, 4.2.2019.

http://www.umbria24.it/attualita/tribunale-perugia-taglio-del-contenzioso-mediazioni-arrivano-borsisti-supporto-dei-giudici?fbclid=IwAR3Gy4WhKRIZgqK_IKFDuq-hQ1ecnWfeT6RnHdlmKAmkaC3FQ-jrSWHzgal.

24 Matteucci Giovanni, *Consulente tecnico in mediazione: una guida operativa*, *Altalex 24.9.2019*. <https://www.altalex>.

E c'è un'altra opportunità. Durante il processo il giudice può chiedere l'intervento di un consulente tecnico e, sulla base della sua perizia, ordinare alle parti di attivare una mediazione demandata, sottolineando, alle parti ed al mediatore, i "paletti" entro cui cercare l'accordo (inviando, inoltre, al mediatore tutti i documenti disponibili). Questo tipo di procedura è chiamata mediazione demandata guidata.

Secondo alcuni studiosi questo approccio andrebbe contro l'autonomia della mediazione e del mediatore. A mio avviso, al contrario, esso comporta solo l'individuazione della ZOPA (*zone of possible agreement* – area del possibile accordo) effettuata dal giudice e non dalle parti, semplificando così l'attività iniziale del mediatore. E nulla impedisce che, durante la mediazione, vengano presi in considerazione argomenti ulteriori (gli "interessi" oltre le posizioni) e che si raggiunga un accordo oltre i "paletti" originariamente fissati.

Una delle prime applicazioni di tale tipologia di mediazione è dovuto alla Dr.a Laura Fazio, giudice in un processo tra banca e cliente, relativo al calcolo degli interessi su un conto corrente. Il magistrato ordinò una consulenza tecnica, ma la perizia non fugò tutti i dubbi e, pertanto, non le fu possibile prendere una decisione o fare una proposta vincolante (art. 185-*bis* c.p.c.). Il giudice, quindi, elencò i punti controversi rimasti e inviò le parti di mediazione, indicando una serie dettagliata di "paletti", di cui avrebbe dovuto tener conto il mediatore. In caso di mancanza di accordo, il magistrato avrebbe chiesto al consulente tecnico una nuova perizia, con costi aggiuntivi e allungamento dei tempi per giungere ad una soluzione²⁵.

Un uso diffuso ed un'analisi della mediazione demandata guidata è stato fatto dal già citato giudice Dr. Massimo Moriconi²⁶. Fino ad ordinare, a luglio 2019, una mediazione guidata "con range": studiato il caso, analizzati gli aspetti legali, esaminato il contenuto di una probabile sentenza, giunse alla conclusione che il processo poteva durare anni, comportare costi consistenti ed essere oggetto di appello. Convinto che le parti potessero raggiungere un accordo, ordinò loro di attivare una mediazione demandata, sottolineando il "range" del possibile importo del risarcimento²⁷.

1.e – Mediazione demandata come strumento di gestione del processo

La mediazione demandata può divenire anche strumento di "case management" del processo. Questa possibilità, ancora poco studiata in Italia, è stata evidenziata nel 2013 e 2014 dal Dr. Marcello Marinari, già presidente del Tribunale di Montepulciano.

Con la possibilità della mediazione demandata (più precisamente "disposta dal giudice") e della proposta non vincolante di accordo, il potere del magistrato diviene "... uno strumento

com/documents/news/2019/09/24/consulente-tecnico-in-mediazione-guida-operativa.

25 Fazio Laura, Tribunale di Bari, Sezione stralcio, Articolazione di Altamura, *Mediazione delegata e poteri di indirizzo del giudice*, 26.2.2016 <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/14526.pdf>. Vedi anche, Mariani Paola, Tribunale di Ascoli Piceno, 18.4.2017 <http://www.adrmaremma.it/news427.pdf>.

26 Orsola Arianna, *Giurisprudenza e consulenze tecniche in mediazione: intervista al dottor Massimo Moriconi*, in *Blogmediazione* 5.2.2016. <https://blogmediazione.com/2016/02/05/giurisprudenza-e-consulenze-tecniche-in-mediazione-intervista-al-dottor-massimo-moriconi>. Moriconi Massimo, *Le potenzialità della mediazione guidata*, in *SPFMediazione* 18.4.2016. <https://www.spfmediazione.it/2016/04/18/le-potenzialita-della-mediazione-guidata-secondo-il-giudice-massimo-moriconi>.

27 Moriconi Massimo, *Mediazione guidata con range, ordinanza 4.7.2019*, in *Non solo sentenze* 29.7.2019. <https://ne-np.facebook.com/nonsolosentenze/posts/2310917582481327>. Moriconi Massimo, *Mediazione demandata e proposta del giudice, art. 185-bis c.p.c.*, congresso organizzato da MedyaPro part. IV Lecce, 7.6.2019 VIDEO. <https://www.youtube.com/watch?v=5LEe8BQimjg&list=PLvELWtNJaOIULjYxe-qihqLsWDXQrZGvL&index=4>.

di case management, inteso non nel significato generico e vago con il quale viene spesso usato in Italia, ma nel senso, che possiede negli ordinamenti di common law dove è nata l'espressione, di una gestione individualizzata del processo anche attraverso l'uso di poteri discrezionali esercitabili anche d'ufficio".

"(...) si tratta (...) di uno sviluppo veramente innovativo, nel contesto giurisprudenziale italiano. Alcune (...) ordinanze, nel motivare la scelta del 'referral', entrano in qualche modo nel merito della causa, per valutare la stessa opportunità della mediazione ed, anche senza pronunciarsi sulla fondatezza delle domande ed eccezioni, ne evidenziano talvolta le ricadute sul piano processuale, con le possibili complicazioni sul piano probatorio, mettendo in questo modo in rilievo, almeno indirettamente, la stessa difficoltà di accoglimento delle une e delle altre, in tal modo incentivando le parti alla mediazione, e fornendo loro importanti strumenti di lettura".

"In sostanza, l'ordinanza di mediazione, nel motivare sulla opportunità del 'referral', può e forse 'deve' creare una cornice di riferimento per le parti che le possa agevolare nella ricerca di una soluzione concordata. Ma se questa giurisprudenza rappresenta uno sviluppo (nuovo) di uno strumento già noto, quella in materia di articolo 185-bis c.p.c. e di proposta conciliativa del Giudice può determinare un ulteriore salto qualitativo. Mi riferisco, in particolare, ai casi nei quali la proposta del Giudice si accompagna alla previsione di un successivo tentativo di mediazione, nel caso in cui le parti non accettino la proposta del Giudice. In questo caso, siamo in presenza di un meccanismo, di creazione giurisprudenziale, la cui efficacia complessiva è certamente superiore, a mio giudizio, a quella che i due istituti (proposta e mediazione disposta dal Giudice) possiedono separatamente".

"La combinazione dei due strumenti configura quello che si può definire come uno strumento non più di risoluzione alternativa, ma di risoluzione integrata delle controversie, in parte attuata con un provvedimento giudiziario ed in parte con un accordo conciliativo"²⁸.

CONCLUSIONI

In Italia, nel 2010, il D.L. 28/2010 ha disciplinato la mediazione obbligatoria in materie che rappresentavano l'8% circa di tutte le controversie civili dinanzi ai giudici italiani, è divenuta operativa nel 2011, è stata dichiarata incostituzionale il 12.12.2012 ed è stata reintrodotta alla fine del 2013.

In un primo momento, i magistrati – con pochissime eccezioni – erano estremamente scettici, se non ostili, alla nuova normativa. Anno dopo anno, tuttavia, hanno cominciato a usare i nuovi strumenti, inizialmente per ridurre l'arretrato cronico nel contenzioso civile, poi anche per fornire un "servizio giustizia" più adatto alle esigenze della società.

Ciò è confermato dai dati statistici prodotti dal Ministero della giustizia. La percentuale di mediazioni delegate dai giudici, sul totale del numero di procedure attivate presso gli organismi di mediazione, è stata del 3% nel 2011, il 2% nel 2013, l'8% nel 2014, 10% nel 2015, 11% nel 2016, 13% nel 2017 e 15% nel 2018. Ma queste cifre sottovalutano i risultati raggiunti dalla magistratura, perché non includono il numero dei giudizi perenti a seguito di accordo concluso dalle parti in conflitto, dopo un invito/ordine del giudice, al di fuori di un organismo di mediazione.

28 Marinari Marcello, *Mediation and case management*, in GEMME, The Annual Conference 2013, Bucharest, 5.10.2013. <https://ecjleadingcases.files.wordpress.com/2013/11/draft-paper.pdf>. Marinari Marcello, *Giurisdizione e mediazione, dalla risoluzione alternativa alla risoluzione integrata delle controversie?*, in *Mondo ADR* 20.2.2014. <http://www.mondoadr.it/cms/articoli/giurisdizione-mediazione-dalla-risoluzione-alternativa-alla-risoluzione-integrata-delle-controversie.html>. Marinari Marcello, *Civil and commercial mediation in Italy, the implementation of the 2008/52/EU Directive*, GEMME, European Conference, 5/6.6.2014. <https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2015/07/mediation-road-of-peace-for-justice-in-europe.pdf>.

Per quest'ultima attività, purtroppo, non v'è una rilevazione statistica uniforme nei vari tribunali e i giudici che hanno agito (e ancora agiscono) come pionieri, non si sono accordati su un metodo unico di rilevazione. Richiamo quindi i dati, riportati nel precedente paragrafo:

- Tribunale di Roma, *Alternative Sentence Resolution*: il giudice Moriconi;
- Tra il 2012 ed il 2013 ha ridotto almeno del 10% le controversie a ruolo;
- Dal 23.9.2013 al 10.10.2014 aveva a ruolo circa 700 giudizi; di questi ritenne che 200 potevano essere gestiti con metodi ASR, lo fece per 121: proposta di soluzione (art. 185-bis) n. 40, mediazione demandata n. 35, proposta di soluzione e mediazione delegata (*Arb-than-Med*) n.46. Nel 58% dei casi le parti raggiunsero un accordo. Diminuzione di controversie a ruolo 8%;
 - Nel 2017, giudizi gestiti con metodi ASR n. 110, accordi in 57 casi, 48%;
 - Tribunale di Bari, casi di conciliazione integrata: 15 nel 2015; 914 tra il 1.1.2016 ed il 30.6.2018; di cui 414 procedure definite, e di queste 332 (80%) senza alcun intervento ulteriore da parte del magistrato (accordo o rinuncia al contenzioso), 82 (20%) con un provvedimento formale (sentenza o altra modalità contenziosa);
 - Tribunale e l'Università di Firenze – mediazione effettiva: nel 2012, se tutte le parti erano presenti nella mediazione, sono stati raggiunti accordi nel 46% dei casi; accordi di fuori della procedura di mediazione raggiunti nel 27% dei casi. Nel 2018, 1.296 casi sono stati inviati in mediazione, le parti hanno convenuto di avviare la procedura nel 72% dei casi ed è stato raggiunto un accordo nel 46% di questi ultimi.

In Italia, i giudici sono in prima linea nell'uso dei metodi ADR. Alcuni di loro hanno operato come pionieri e tracciato un percorso. Altri seguono, ma ci vorrà molto tempo prima che il potenziale dello strumento sia pienamente sfruttato.

BIBLIOGRAFIA

- Biolchini Maria Cristina, *Resoconto del convegno: Si Ruolo del Giudice Nella Mediazione*, in *Mondo ADR* 17.6.2013. <http://www.mondoadr.it/cms/articoli/resoconto-del-convegno-il-ruolo-del-giudice-nella-mediazione.html>.
- Brienza Rosita Stella, Sportelli Davide e De Tullio Francesca Romana, *La comunicazione a servizio della banca dati digitale conciliativa*, in *Quaderni di Conciliazione* a cura di Carlo Pilia, Edizioni AV, n.10, pagine 139 -134, Cagliari 2019. <https://www.lafeltrinelli.it/libri/quaderni-conciliazione-cdrom-vol-10/9788883741418>.
- Buffone Giuseppe, *La Mediazione demandata o disposta o dal giudice come sistema omeostatico del processo civile: il progetto dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano, 2014, in ilcaso.it*. <http://www.ilcaso.it/articoli/404.pdf>.
- Corte di Cassazione, *Le buone pratiche in materia di mediazione extra ed endoprocedurale*, 6.6.2018. http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/SLIDES_SSM_6.6.2018_LE_BUONE_PRATICHE_IN_MATERIA_DI_MEDIAZIONE_ENDOPROCESSUALE_def.pdf.
- Council of Europe, European Commission for the Efficiency of Justice, *Cepej studies n. 26*, 9.2018 related to 48 countries, reference 2016. <https://www.coe.int/en/web/cepej/special-file-publication-2018-edition-of-the-cepej-report-european-judicial-systems-efficiency-and-quality-of-justice>.
- De Palo Giuseppe, *Mandatory mediation is back in Italy with new parliamentary rules*, in *Mondo ADR* 22.10.2013. <https://www.mondoadr.it/articoli/mandatory-mediation-italy-parliamentary-rules.html>.
- De Palo Giuseppe e D'Urso Leonardo, *Achieving a Balanced Relationship between Mediation and Judicial Proceedings*, in Parlamento Europeo, *The Implementation of the Mediation Directive*, 29.11.2016. http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA%282016%29571395_EN.pdf.
- Delia Mirella, *Proposte programmatiche sulla Conciliazione del Tribunale di Bari – Sezione distaccata di Modugno*, in *Foro Italiano* 2/2012, Monografie e Varie, pagina 59.
- Delia Mirella, *Il giudice e le nuove combinazioni endoprocedurali nei moduli della mediazione; gli artt. 185 e 185 bis cpc*, in *La Nuova Procedura Civile*, 6.2.2015. https://www.lanuovaproceduracivile.com/wp-content/uploads/2015/02/delia_mediazione.pdf.
- Delia Mirella, *Ufficio del processo, ragionevole durata e best practice conciliativa: estensione nazionale della banca dati conciliazione elaborata presso la Corte di Appello di Bari*, in *La Nuova Procedura Civile*, 18.6.2018. <http://www.lanuovaproceduracivile.com/delia-ufficio-del-processo-ragionevole-durata-e-best-practice-conciliativa-estensione-nazionale-della-banca-dati-conciliazione-elaborato-presso-la-corte-di-appello-di-bari>.

- Delia Mirella, *La conciliazione fra organizzazione, formazione e tecnologia*, in *Quaderni di conciliazione* a cura di Carlo Pilia, Edizioni AV, n.10, pagine 35-82, Cagliari 2019. <https://www.lafeltrinelli.it/libri/quaderni-conciliazione-cdrom-vol-10/9788883741418>.
- Delia Mirella, *L'Ufficio del Processo e la BDDC*, in AA.VV. "Il processo telematico", Editore Key, pagg. 401-423, maggio 2019. <https://www.keyeditore.it/libri/il-processo-telematico>.
- European Parliament, "Implementation of the Mediation Directive - European Parliament resolution of 12 September 2017 on the implementation of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters (the 'Mediation Directive') (2016/2066(INI)), P8_TA(2017)0321, point A. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0321+0+DOC+PDF+V0//EN>.
- Fazio Laura, *Mediazione delegata e poteri di indirizzo del giudice, in ilcaso.it* 26.2.2016. <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/14526.pdf>.
- Fazio Laura, *L'efficacia della conciliazione endoprocessuale: l'esperienza del distretto della Corte d'Appello di Bari*, in "Quaderni di conciliazione" a cura di Carlo Pilia, Edizioni AV., n.10, pagg. 83-103, Cagliari 2019. <https://www.lafeltrinelli.it/libri/quaderni-conciliazione-cdrom-vol-10/9788883741418>.
- Fragomeni Tiziana, Caradonna Marcella, De Berti Giovanni, Marinari Marcello e Patti Yoga, *Il metodo della mediazione per la gestione dei conflitti*, in CELT Casa Editrice La Tribuna, 2011.
- Giovannucci Orlandi Chiara, *The Florence Experience: A Culture Of Mediation*, Imimmediation 20.5.2017. <https://www.imimmediation.org/2017/05/20/the-florence-experience-the-culture-of-mediation>.
- Lucarelli Paola, *Mediazione su ordine del giudice a Firenze*, Wolters Kluwer 2015.
- Lucarelli Paola e Tonarelli Annalisa, *Giustizia Semplice, report di monitoraggio parziale, febbraio/ dicembre 2018*, Università degli Studi di Firenze 1.2.2019. <http://met.cittametropolitana.fi.it/public/misc/20190401132704088.pdf>.
- Mariani Paola, Tribunale di Ascoli Piceno, 18.4.2017. <http://www.adrmaremma.it/news427.pdf>.
- Marinari Marcello, *Mediation and case management*, Contribution to the The Annual Conference 2013 of the Romanian Section of GEMME, pages 233-246 Bucharest, 5.10.2013. <https://ecjleadingcases.files.wordpress.com/2013/11/draft-paper.pdf>.
- Marinari Marcello, *Giurisdizione e mediazione, dalla risoluzione alternativa alla risoluzione integrata delle controversie?*, in *Mondo ADR* 20.2.2014. <http://www.mondoadr.it/cms/articoli/giurisdizione-mediazione-dalla-risoluzione-alternativa-alla-risoluzione-integrata-delle-controversie.html>.
- Marinari Marcello, *Civil and commercial mediation in Italy, the implementation of the 2008/52/EU Directive*, in GEMME, European Conference, 5/6.6.2014. <https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2015/07/mediation-road-of-peace-for-justice-in-europe.pdf>.
- Matteucci Giovanni, *La mediaconciliazione: mimesi di legislazioni altrui o recupero delle nostre tradizioni ?*, in *Temi Romana* (quadrimestrale dell'Ordine degli avvocati di Roma), anno LVIII n.1-3, gennaio / dicembre 2010 <http://www.ordineavvocati.roma.it/Documenti/temi%20romana-1-3-2010.pdf>.
- Matteucci Giovanni, *Cenni storici sulla mediazione*, in *Academia.edu* 2014. https://www.academia.edu/8642790/Cenni_storici_sulla_mediazione_-_Short_history_of_mediation.
- Matteucci Giovanni, *Conciliazione endoprocessuale e mediazione delegata: per la magistrature italiana "figlie di Dio un Dio minore"*, in *Mondo ADR* 8.12.2014. <https://www.mondoadr.it/articoli/conciliazione-endoprocessuale-mediazione-delegata-la-magistratura-italiana-figlie-di-dio-minore.html>.
- Matteucci Giovanni, *Il mediatore in Italia: un ausiliario del giudice?!?!*, in *Academia.edu* 7.3.2015. https://www.academia.edu/16656311/ADR_Matteucci_2015.07.03_The_civil_mediator_in_Italy_an_auxiliary_of_the_judge.
- Matteucci Giovanni, *Mediazione civile, come farla decollare; l'esperienza italiana. Statistiche 2011/ 2016*, in *Revista da EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 19, n. 4, 2017. http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista19_n4/revista19_n4_78.pdf.
- Matteucci Giovanni, *Consulente tecnico in mediazione: una guida operativa*, in *Altalex* 24.9.2019. <https://www.altalex.com/documents/news/2019/09/24/consulente-tecnico-in-mediazione-guida-operativa>.
- Maurelli Pasquale, *Il ruolo del CTU negli istituti di giustizia partecipata e ausilio della BDDC*, in *Quaderni di conciliazione* a cura di Carlo Pilia, Edizioni AV., n.10, pagg. 127-138, Cagliari 2019. <https://www.lafeltrinelli.it/libri/quaderni-conciliazione-cdrom-vol-10/9788883741418>.
- Mellersh Natasha, *Ask An Expert: Luciana Breggia*, in *Imimmediation* 23.6.2017. <https://www.imimmediation.org/2017/06/23/ask-an-expert-luciana-breggia>.
- Mellers Natasha, *The ingenious judge - A children's book*, in *Imimmediation* 30.7.2017. <https://www.imimmediation.org/2017/05/30/ingenious-judge-childrens-book>.

Ministero della giustizia, *Statistiche sulla mediazione*, 2015, pag. 3. [https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Civil%20mediation%20in%20Italy%20-%20Year%202015%20\(ENG\).pdf](https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Civil%20mediation%20in%20Italy%20-%20Year%202015%20(ENG).pdf).

Ministero della giustizia, *Monitoraggio della giustizia civile*, anni 2003 / 1° trim. 2019 (12.7.2019). https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST1287132&previousPage=mg_2_9_13.

Moriconi Massimo, *La Mediazione, profili operativi e problematiche operative*, in *ADR Maremma* 25.11.2011. <http://www.adrmaremma.it/moriconi01.pdf>.

Moriconi Massimo, *Le potenzialità della mediazione guidata*, in *SPFMediazione* 18.4.2016. <https://www.spfmediazione.it/2016/04/18/le-potenzialita-della-mediazione-guidata-secondo-il-giudice-massimo-moriconi>.

Moriconi Massimo, *Decalogo ASR: conoscibilità, prevedibilità e predittività della Giurisdizione*, in *Mondo ADR* 1.6.2018. <https://www.mondoadr.it/articoli/decalogo-asr-conoscibilita-prevedibilita-e-predittivita-della-giurisdizione.html>.

Moriconi Massimo, *Mediazione demandata e proposta del giudice, art. 185 bis cpc*, congresso organizzato da MedyaPro part. IV Lecce, 7.6.2019 VIDEO. <https://www.youtube.com/watch?v=5LeE8BQimjg&list=PLvELWtNJaOIULjYxe-qihqLsWDXQrZGvL&index=4>.

Moriconi Massimo, *Mediazione guidata con 'range', ordinanza 4.7.2019*, in *Non solo sentenze* 29.7.2019. <https://ne-np.facebook.com/nonsolosentenze/posts/2310917582481327>.

Orsola Arianna, *Giurisprudenza e consulenze tecniche in mediazione: intervista al dottor Massimo Moriconi*, in *Blog Mediazione* 5.2.2016. <https://blogmediazione.com/2016/02/05/giurisprudenza-e-consulenze-tecniche-in-mediazione-intervista-al-dottor-massimo-moriconi>.

Rizzo Marilena, *Progetto Firenze*, congresso organizzato da MedyaPro, pat. III Lecce, 7.6.2019 VIDEO. <https://www.youtube.com/watch?v=0oDmB3EqyIU&list=PLvELWtNJaOIULjYxe-qihqLsWDXQrZGvL&index=3>.

Scamuzzi Lorenzo, *Conciliatore - Conciliazione giudiziaria*, in *Digesto Italiano* 1886.

Spagnoletti Valeria, *La rilevazione statistica della conciliazione endoprocessuale: l'esperienza del monitoraggio informatico presso il Distretto di Corte Appello di Bari*, in *Quaderni di Conciliazione* a cura di Carlo Pilia, Edizioni AV., n.10, pagg. 105-126, Cagliari 2019. <https://www.lafeltrinelli.it/libri/quaderni-conciliazione-cdrom-vol-10/9788883741418>.

Tramma Diana, *Intervista al 'Giudice mediatore' Maria Grazia Fiori*, in *Blog Mediazione Civile*, 2019. <https://www.dianatramma.com/intervista-al-giudice-mediatore/?fbclid=IwAR0vSOBw5V-xjGesByZaOpFAG5AJZlBx8Y8Xy12loIEu8Z9y1QW0XZW6Rc>.

Università di Firenze, *I numeri della mediazione su invito/ordine del giudice a Firenze*, in *Diritto24 Il Sole* 24 Ore 28.11.2014.

http://www.diritto24.ilsole24ore.com/_Allegati/Free/Monit_Marinaro.pdf.

Università di Firenze, *Gestione conflitti, progetto fiorentino premiato al Forum PA 2019*, in *Unifimagazine*. <https://www.unifimagazine.it/gestione-conflitti-progetto-fiorentino-premiato-al-forum-pa-2019>.

Vaccari Massimo, *L'art. 185 bis c.p.c: un nuovo impulso alla conciliazione giudiziale?*, in *ilcaso.it* 12.2.2014. <http://www.ilcaso.it/articoli/410.pdf>.

Título executivo europeu e cooperação judiciária civil: Revisitação e leitura jurisprudencial¹

LURDES VARREGOSO MESQUITA²

Sumário: Introdução. 1. Título executivo europeu como concretização da cooperação judiciária civil no espaço europeu. 1.1. Enquadramento do título executivo europeu nos princípios da cooperação judiciária civil. 1.2. Noção, efeitos e pressupostos da certificação do título executivo europeu. 1.2.1. Incontestabilidade do crédito. 1.2.2. Cumprimento dos “mínimos processuais” ou “garantias mínimas”. 2. Meios de reação do devedor à certificação do título executivo europeu. 2.1. (Ir) Recorribilidade da decisão de certificação como título executivo europeu. 2.2. Procedimentos de retificação e revogação da certidão de título executivo europeu. 3. Considerações sobre a aplicação doméstica do título executivo europeu. 3.1. Procedimento de certificação do título executivo europeu. 3.2. Execução do título executivo europeu. 3.2.1. Oposição em sede de acção executiva. 3.2.2. Fundamentos de oposição à execução no ordenamento português. 3.2.3. Suspensão ou limitação da execução. Nota final.

Introdução

O título executivo europeu para créditos não contestados, aprovado pelo Regulamento (CE) n.º 805/2004, de 21 de abril de 2004³, será sempre o símbolo da abolição do *exequatur* no espaço europeu de justiça e a manifestação real do princípio do reconhecimento mútuo, em matéria civil e comercial. Foi a peça-chave na livre circulação de decisões judiciais e na atenuação das fronteiras jurídicas entre os Estados-Membros da União Europeia, numa manifestação da consolidação da justiça transfronteiriça e da efetiva cidadania europeia. Este instituto constitui, ainda, uma manifestação da aproximação jurídica entre os Estados-Membros, como reflexo da harmonização indireta que procurou provocar na legislação doméstica. Além disso, a criação do título executivo europeu é um elemento importante na cobrança de dívidas e na flexibilização da execução transfronteiriça⁴.

- 1 Este trabalho corresponde ao capítulo, com o mesmo título, da obra colectiva organizada por P. R. Suárez Xavier, & A. M. Vicario Pérez (Dirs.), *Cooperación judicial civil y penal en La Union Europea: Retos pendientes y nuevos desafíos ante la transformación digital del proceso*, Barcelona, Bosch Editor, 2023, pp. 29-55.
- 2 Doutora em Direito. Professora Adjunta do Politécnico do Porto; Professora Auxiliar da Universidade Portucalense. Investigadora Integrada do Instituto Jurídico Portucalense (IJP); Investigadora Colaboradora do Centro de Inovação e Investigação em Ciências Empresariais e Sistemas de Informação (CIICESI). mlcm@estg.ipp.pt; Lvm@upt.pt.
- 3 Doravante, Regulamento 805/2004.
- 4 Isso não significa que seja um instrumento exclusivo dos litígios transfronteiriços. Na medida em que a dimensão transfronteiriça de um litígio pode manifestar-se apenas após o decurso do processo declarativo, não se deve considerar tratar-se de uma figura aplicável exclusivamente a processos que *ab initio* têm dimensão internacional, mas também

A globalização e a integração europeia alargaram o mercado e, reflexamente, o espectro da má cobrança, o que aguçou a preocupação com a criação de meios judiciais eficazes além-fronteiras. O título executivo europeu, juntamente com injunção de pagamento europeia⁵ e o processo europeu para ações de pequeno montante⁶, são os procedimentos de segunda geração criados com esse fim. Estes instrumentos, de aplicação direta, proporcionam a obtenção, por vias diversas, de um título executivo cujos efeitos executórios vão além das fronteiras do Estado-Membro em que foi formado, podendo circular livremente no espaço europeu de justiça. Privilegia-se, assim, o direito de acesso à justiça, sendo que alguns desses procedimentos podem mesmo ser usados pelas partes sem necessidade de constituição de mandatário, o que é um sinal evidente da flexibilização e agilização que se pretende nos procedimentos de cobrança transfronteiriça.

Aflorar o âmbito de aplicação do título executivo europeu e os requisitos da certificação, com especial atenção às decisões judiciais, é o ponto de partida do presente trabalho, com vista a visitar alguns aspectos relevantes deste instituto, com o olhar nos contributos que a jurisprudência – dos Tribunais Portugueses e do Tribunal de Justiça – foram trazendo à aplicação do Regulamento 805/2004, designadamente na certificação do título e na execução do título certificado.

1. TÍTULO EXECUTIVO EUROPEU COMO CONCRETIZAÇÃO DA COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA CIVIL NO ESPAÇO EUROPEU

1.1. Enquadramento do título executivo europeu nos princípios da cooperação judiciária civil

A cooperação judiciária europeia, em matéria civil e comercial, desenvolveu-se ao longo da construção da União Europeia e migrou das meras relações intergovernamentais para as matérias comunitarizadas, desde o Tratado de Amesterdão, a partir do qual é assumida como um dos pilares da União Europeia. O Conselho Europeu de Tampere, de outubro de 1999, foi o principal marco na construção do espaço europeu de justiça, e do princípio do reconhecimento mútuo, que, na sua vertente processual, é a pedra angular do novo paradigma do sistema de reconhecimento e execução das decisões, em matéria civil e comercial, na União Europeia.

A cooperação judiciária pode ser apelidada de “mãe” da quinta liberdade de circulação – a circulação de decisões judiciais e documentos autênticos no espaço comunitário – a par de ser instrumento essencial na abolição das últimas fronteiras ainda persistentes – as fronteiras jurídicas – talvez as mais difíceis de transpor. Além disso, uma união económica e monetária só poderá vingar se não for retraída, constantemente, pelas dificuldades geradas pelas assimetrias e desigualdades dos vários ordenamentos jurídicos.

A evolução desta matéria foi assumida pelas instituições europeias como um processo faseado, cujo objetivo final seria a plena abolição do *exequatur*.

A garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos europeus, em particular o direito de acesso à justiça, tem sido o motor da abolição das fronteiras jurídico-processuais no espaço europeu de justiça. O cidadão e a proteção dos seus interesses, aliados à consolidação da integração político-económica da União Europeia, impulsionam e são o centro da cooperação judiciária europeia em matéria civil e comercial e, em particular, da abolição do *exequatur*, conforme se assumiu no Programa de Estocolmo⁷.

aos que vêm a revelar essa dimensão na fase executiva.

5 Regulamento (CE) n.º 1896/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006.

6 Regulamento (CE) n.º 861/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007.

7 JO C 115 de 4.5.2010.

Como explica Garcimartín Alférez⁸, quando atuamos ao nível do comércio internacional, porque nos encontramos num contexto de “*fracionamento jurídico*”, pese embora a partilha do princípio da responsabilidade patrimonial, a soberania estadual trava a articulação mundial desse princípio e, por seu lado, a livre circulação do património do devedor atraiçoa, muitas vezes, os intentos do credor.

Agudizam-se as dificuldades quando o credor tem de fazer um périplo pelos Estados, aí desencadeando os meios adequados até satisfazer o seu crédito, seja através de sucessivos processos declarativos, seja por intermédio da obtenção da declaração de executoriedade, no Estado onde o devedor tem património, sobre uma decisão obtida no Estado competente, e que previamente declarou o crédito e condenou o devedor no pagamento. Nestas circunstâncias, o que poderia parecer uma simples cobrança pode transformar-se numa “*odisseia*” capaz de pôr em causa o direito à tutela judicial efetiva e o princípio da eficiência⁹.

Os trabalhos tendentes à criação do título executivo europeu surgem em 1995, momento em que a Comissão iniciou uma reflexão sobre a oportunidade da manutenção do procedimento de *exequatur* previsto pela Convenção de Bruxelas e a definição dos eventuais contornos jurídicos de um título executório que circularia sem entraves entre os vários Estados-Membros. Posteriormente, o Conselho reitera este propósito, indicando a necessidade de criar um título executivo europeu como uma prioridade nas questões relacionadas com a cooperação judiciária, em matéria civil, designadamente nas suas Resoluções de 14 de outubro de 1996¹⁰ e de 18 de dezembro de 1997¹¹.

1.2. Noção, efeitos e pressupostos da certificação do título executivo europeu

Conforme se retira da conjugação do art. 1.º com o art. 2.º, n.º 3, do Regulamento 805/2004¹², o título executivo europeu é criado para certificar decisões, transacções judiciais e instrumentos autênticos que, após a certificação, possam circular em todos os Estados-Membros e neles serem executados sem necessidade de ser efectuado qualquer procedimento intermédio, sendo que se entende por Estado-Membro qualquer Estado-Membro da União Europeia, à exceção da Dinamarca.

A certificação como título executivo europeu tem por efeito conferir força executória, dispensando procedimentos de *exequatur* no Estado de execução, mas, além disso, tem-se entendido que os seus efeitos abrangem, ainda, no caso das decisões judiciais, o reconhecimento em sentido estrito¹³, que se encontra implícito no regime jurídico do título executivo europeu, conforme decorre do art. 5.º do Regulamento 805/2004, onde se diz que a decisão certificada como título executivo europeu será *reconhecida e executada* nos outros Estados-Membros *sem necessidade de declaração da executoriedade ou contestação do seu reconhecimento*, conjugado

8 Cfr. *El Título Ejecutivo Europeo*. Navarra: Editora Thomson-Civitas, 2006, pp. 11-16.

9 Neste sentido, BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar; DURÁN AYAGO, Antonia. *Luces y Sombras del Título Ejecutivo Europeo Sobre Créditos No Impugnados*. In: CALVO CARAVACA; AREAL LUDEÑA (Dir.), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Madrid: Colex, 2005, p. 43.

10 JO C 319, de 26.10.1996.

11 JO C 11, de 15.01.1998.

12 Doravante, as normas legais desacompanhadas da indicação de diploma legal correspondem a disposições do Regulamento 805/2004.

13 Neste sentido, CONSALVI, Ettore. *Il Titolo Esecutivo Europeo in Materia di Crediti non Contestati*. *Judicium*, www.judicium.it, ponto 4; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El Título Ejecutivo Europeo para Créditos no Impugnados*. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 36-39.

com o art. 1.º, onde igualmente o legislador se reporta ao *reconhecimento* e à *execução*. As referências ao reconhecimento terão sido, inequivocamente, intencionais, e com elas o legislador pretendeu, à semelhança do regime que já estava em vigor ao abrigo do Regulamento Bruxelas I, corroborar o reconhecimento automático e, além disso, blindá-lo contra qualquer impugnação. Estará subjacente a ideia de que *a maiori, ad minus*.

Verificados os requisitos exigidos e proferida a certificação, forma-se o título executivo europeu, considerado um título executivo complexo, composto pelo título executivo nacional certificado e a decisão de certificação emitida pela autoridade competente, através da qual aquele título executivo nacional passa a “certificado como título executivo europeu”. Mas é o conjunto dos dois elementos que compõe o título executivo europeu¹⁴.

Este instrumento serve as matérias civis e comerciais, independentemente da natureza da jurisdição, isto é, sem atender à natureza do tribunal que internamente proferiu a decisão certificanda. Mas dessas são excluídas: a) O estado ou a capacidade das pessoas singulares, os direitos patrimoniais decorrentes de regimes matrimoniais, de testamentos e de sucessões; b) As falências e as concordatas, em matéria de falência de sociedades ou de outras pessoas coletivas, os acordos judiciais, os acordos de credores ou outros procedimentos análogos; c) A segurança social; d) A arbitragem (art. 2.º, n.º 2). Para além disso, o Regulamento que criou o título executivo europeu também não abrange, nomeadamente, as matérias fiscais, aduaneiras e administrativas, nem a responsabilidade do Estado por atos e omissões no exercício do poder público (“*acta iure imperii*”).

A obtenção de um título executivo europeu depende, ainda, da verificação de determinados requisitos, os quais podem dividir-se em dois grupos: o dos requisitos gerais e o dos requisitos específicos da certificação do título executivo europeu.

No primeiro grupo, tomam lugar as condições que, em qualquer caso, têm de verificar-se para ser aplicável o regime jurídico do título executivo europeu. Neste âmbito geral, o credor terá que ser titular de um crédito cujo objecto seja uma obrigação pecuniária, certa, líquida e exigível; esse crédito tem que ser considerado não contestado e tem que constar de um documento certificável – uma decisão judicial, uma transacção judicial ou um documento autêntico –, devendo esse documento constituir, necessariamente, título executivo no Estado de origem.

Mas não bastam estes requisitos ditos gerais, será ainda necessário que, conforme o tipo de título executivo que está a ser objeto da certificação, se cumpram os respetivos requisitos específicos, que têm sobretudo que ver com a forma como se materializa o carácter não contestado do crédito em causa, e ainda, no caso particular das decisões judiciais, com as exigências relacionadas com os “mínimos processuais” que devem estar garantidos no ordenamento de onde emana a decisão, por forma a assegurar, sobretudo, os direitos de defesa do devedor.

Vejamos alguns desses pressupostos, em particular no caso da certificação de decisões judiciais, procurando salientar questões relevantes suscitadas na jurisprudência.

1.2.1. Incontestabilidade do crédito

Por forma a blindar o conceito, o legislador europeu estabeleceu o critério da “incontestabilidade do crédito” assente numa dupla vertente. Assim, tanto uma atitude positiva (ativa) como uma atitude negativa (passiva) poderão determinar que um crédito seja considerado não contestado:

– Por ação, quando o devedor reconhece e aceita o crédito, seja por declaração expressa num documento público com força executiva, seja no âmbito de um processo judicial, por confissão ou através de transacção judicial.

14 Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Ibidem*, p. 28.

– Por omissão, quando o devedor não contraria o crédito, ou seja, não exerce o seu direito de defesa no âmbito de um processo, desde que seja legítimo concluir que o devedor dele teve conhecimento, assim como de todo o conteúdo do crédito reclamado.

Tratando-se de decisão judicial, o conceito de crédito “não contestado” revela-se mais complexo, na medida em que, para além dos casos em que o reconhecimento da dívida é ativamente manifestado, pode também resultar de uma atitude passiva (omissão) do devedor, sendo necessário encontrar os parâmetros dentro dos quais essa passividade integra aquele conceito.

Do texto legal extraem-se as possibilidades seguintes, no que respeita aos tipos de situações que determinam a “não contestação do crédito”, conforme as als. a), b) e c) do n.º 1 do art. 3.º:

- i) O devedor ter admitido expressamente a dívida, por meio de confissão; ou,
- ii) O devedor nunca ter deduzido oposição, de acordo com os requisitos processuais relevantes, ao abrigo da legislação do Estado-Membro de origem; ou,
- iii) O devedor não ter comparecido nem feito representar na audiência relativa a esse crédito, após lhe ter inicialmente deduzido oposição durante a ação judicial, desde que esse comportamento implique uma admissão tácita do crédito ou dos factos alegados pelo credor, em conformidade com a legislação do Estado-Membro de origem.

Destes, o segundo caso merece uma referência interpretativa que auxilie à sua aplicação, considerando o Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), de 16 de junho de 2016, no caso *Pebros Servizi srl v. Aston Martin Lagonda Ltd.*. Foi aí decidido que as condições segundo as quais, em caso de sentença à revelia, um crédito é considerado “não contestado”, devem ser determinadas de maneira autónoma, apenas nos termos do Regulamento. Afirma-se, no referido aresto, que o Regulamento 805/2004 não define o conceito de “crédito não contestado”, mediante uma remissão para os direitos dos Estados-Membros, sendo um conceito autónomo do direito da União, pelo que abrange todas as situações em que o credor, estabelecida a não contestação pelo devedor quanto à natureza ou dimensão de um crédito pecuniário, tenha obtido, nomeadamente, uma decisão judicial contra o devedor. Naquela situação, o Tribunal pronunciou-se no sentido de que a circunstância de, no Direito italiano, uma condenação à revelia não equivaler a uma condenação por um crédito não contestado, era irrelevante para a integração do conceito. Mais se concluiu, que a remissão expressa para as regras processuais do Estado-Membro, prevista no artigo 3.º, n.º 1, segundo parágrafo, alínea b), do Regulamento 805/2004, não visa as consequências jurídicas da falta de participação do devedor no processo, uma vez que estas são objeto de uma qualificação autónoma, nos termos do Regulamento, mas diz, exclusivamente, respeito às modalidades processuais segundo as quais o devedor se pode eficazmente opor ao crédito.

A opção que o legislador comunitário fez foi no sentido de ligar um comportamento processual omissivo do devedor à natureza “não contestada” do crédito; logo, ao seu reconhecimento tácito, para efeitos de certificação da decisão enquanto título executivo europeu. Nota-se aqui uma aproximação do regime do título executivo europeu aos sistemas da *ficta confessio*, mas sem prejuízo dos sistemas da *ficta contestatio*¹⁵, não se impondo que os Estados-Membros partilhem do mesmo regime quanto à matéria da revelia. O que o Regulamento prevê é que, nessa circunstância omissiva do devedor, o crédito seja considerado “não contestado”, e que a decisão que venha a proferir-se possa ser executada no espaço europeu, mediante a respectiva certificação. E isso sucederá, sem que esse requisito se confunda com o regime da revelia adotado em cada ordenamento jurídico.

15 Sobre as diferentes soluções adotadas por vários ordenamentos europeus, no que respeita às consequências da omissão de defesa, ver FREITAS, José Lebre de. Le Respect des Droits de la Défense lors de l'Introduction de l'Instance. In: LEVAL, G.; CAUPAIN, M. T. (Dir.), *L'Efficacité de la Justice Civile en Europe*. Bruxelles: Larcier, 2000, pp. 24-30.

1.2.2. Cumprimento dos “mínimos processuais” ou “garantias mínimas”

A certificação do título executivo europeu depende, ainda, do cumprimento e obediência de determinados requisitos processuais, enunciados no Capítulo III do Regulamento 805/2004, sempre que esteja em causa um crédito não contestado na aceção das alíneas b) ou c) do n.º 1 do artigo 3.º. Esses “*minimum standards*”, foram introduzidos pelo legislador comunitário como forma de garantir a proteção dos direitos da defesa em todos os casos em que a apreciação de um crédito como não contestado tem por base a não participação do devedor no processo judicial. Convém garantir que o devedor foi devidamente informado do decorrer do processo, das condições de contestação do crédito e das consequências da sua inobservância. E, ainda, que dispõe de mecanismos que assegurem a sua defesa, em especial a possibilidade de revisão, quando a falta de apresentação de defesa tenha sido causada por circunstâncias excecionais. Ou seja, da existência, no ordenamento jurídico de origem e em termos gerais e abstratos, de mecanismos de revisão adequados às exigências do art. 19.º

Há, assim, três aspetos considerados essenciais:

- i) As modalidades de citação ou notificação admissíveis;
- ii) A informação sobre o crédito e sobre as diligências processuais necessárias para contestar o crédito;
- iii) A existência de mecanismos de revisão em casos excecionais. Que se resumem, na prática, a dois atos processuais: o ato de chamamento do devedor à ação (ou procedimento) e o recurso.

a) Condições mínimas da citação ou notificação

A citação ou notificação tem que ter sido realizada por uma das modalidades previstas nos arts. 13.º e 14.º, do Regulamento 805/2004, salvo se for possível prescindir, ao abrigo do art. 18.º, caso em que a falta fica sanada.

No art. 13.º estão previstas as formas de “citação ou notificação com prova de receção pelo devedor” e no art. 14.º as formas de “citação ou notificação sem prova de receção pelo devedor”. Aí se mencionam, exaustivamente, os meios através dos quais se dá a conhecer ao devedor “o documento que dá início à instância ou ato equivalente”, havendo aqui uma referência suficientemente vaga para abranger qualquer ato que dê início à instância, independentemente da fórmula utilizada por cada um dos Estados-Membros, dado que o Regulamento se dirige a uma série de ordenamentos jurídicos diferentes entre si. Ficam excluídas, por sua vez, todas as modalidades de citação que se baseiem numa mera ficção legal, como sucede com a citação edital.

Por outro lado, a fim de assegurar que o devedor foi devidamente informado sobre o crédito, o documento que der início à instância, ou ato equivalente, deve incluir: a) Os nomes e endereços das partes; b) O montante do crédito; c) Se forem exigidos juros sobre o crédito, a taxa de juro e o período em relação ao qual são exigidos, salvo se ao capital forem aditados automaticamente juros legais, por força da legislação do Estado-Membro de origem; d) Uma declaração sobre a causa de pedir (art. 16.º do Regulamento 805/2004).

Nesta vertente das garantias mínimas, o Tribunal de Justiça tem sido chamado a pronunciar-se, por várias vezes. Vejamos alguns casos:

– Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção), de 27 de junho de 2019, referente ao caso *RD v. SC*, onde ficou decidido que não é permitido certificar como título executivo europeu uma decisão judicial relativa a um crédito, caso o órgão jurisdicional não tenha logrado obter o endereço da demandada, apesar de a decisão ter sido proferida na sequência de uma audiência a que não compareceram, nem a demandada nem o curador *ad litem*, nomeado para os fins do processo. É essencial que o endereço do devedor seja conhecido com segurança.

- No mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção), de 15 de março de 2012, no caso *G v. Cornelius de Visser*, conclui que o direito da União deve ser interpretado no sentido de que se opõe à certificação de uma decisão proferida à revelia contra um demandado cujo endereço não é conhecido.

- Acórdão do Tribunal de Justiça (Sétima Secção), de 28 de fevereiro de 2018, no caso *Collect Inkasso OÜ e o. v. Rain Aint e o.*, onde se concluiu que os artigos 17.º, alínea a), e 18.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento (CE) 805/2004, devem ser interpretados no sentido de que uma decisão judicial proferida sem que o devedor tenha sido informado do endereço do órgão jurisdicional a que deverá ser dada resposta, perante o qual deverá comparecer ou, eventualmente, a que poderá ser dirigida a impugnação dessa decisão, não pode ser certificada como Título Executivo Europeu.

- Acórdão do Tribunal de Justiça (Décima Secção), de 2 de março de 2017, *Andrew Marcus Henderson v. Novo Banco, SA.*, de onde resultou ser válida a citação em pessoa diversa do citando. Assim, não há violação de garantias quando o ato objeto de citação ou notificação não tenha sido entregue à pessoa do seu destinatário, desde que o tenha sido a uma pessoa adulta que se encontrasse no interior da residência habitual desse destinatário, na qualidade de membro da sua família ou de empregado ao seu serviço. Cabe ao destinatário, se for caso disso, demonstrar através de todos os meios de prova admissíveis no órgão jurisdicional do Estado-Membro de origem, chamado a pronunciar-se, que não pôde efetivamente tomar conhecimento de que tinha sido proposta contra si uma ação judicial noutro Estado-Membro, ou identificar o objeto do pedido e a causa de pedir, ou dispor de tempo suficiente para preparar a sua defesa.

b) Garantias mínimas relativas aos mecanismos de revisão

A certificação de uma decisão como título executivo europeu depende da conformidade do ordenamento jurídico emitente com as chamadas “normas processuais mínimas” ou “garantias de mínimos”, também ao nível dos mecanismos de revisão.

Essas garantias exigem, designadamente, que o ordenamento jurídico de origem disponha, em termos gerais e abstratos, de mecanismos de revisão adequados às exigências do art. 19.º, do Regulamento 805/2004. Ou seja, o credor só poderia obter a certificação na medida em que a legislação do Estado-Membro emissor permitisse ao devedor requerer a revisão da decisão certificanda, por ter sido “impedido de deduzir oposição ao crédito por motivo de força maior ou devido a circunstâncias excecionais, sem que haja qualquer culpa da sua parte”, desde que actue prontamente¹⁶.

Faz-se aqui alusão a “motivo de força maior” e a “devido a circunstâncias excecionais”, numa aparente redundância. Contudo, esta duplicidade ter-se-á devido ao cuidado do legislador em não utilizar conceitos que pudessem, por um lado, ser confundíveis com conceitos de origem interna e, por outro, para evitar interpretações restritivas e, consequentemente, acolher situações que porventura não caberiam no sentido estrito e habitualmente atribuído a causas de “força maior”¹⁷.

No caso português, esta foi uma matéria de desconformidade durante largos anos, que apenas é melhorada com a Lei 117/2019, de 13 de setembro¹⁸. A nova subalínea iii) da alínea e) do artigo

16 Para desenvolvimento, ver MESQUITA, Lurdes Varregoso. *O título executivo Europeu como instrumento de cooperação judiciária civil na União Europeia: implicações em Espanha e Portugal*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 390-472.

17 Sobre esta questão, ver GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El Título Ejecutivo Europeo para Créditos no Impugnados*, op. cit., p. 150.

18 Sobre as alterações introduzidas por esta Lei, ver MESQUITA, Lurdes Varregoso. Algumas notas à Lei n.º 117/2019, de 13 de setembro - alterações aos embargos de executado e outras conexas. *Julggar Online*, abril, 2020, pp. 1-44.

696.º do CPC, prevê que, em caso de revelia absoluta, o réu possa interpor recurso de revisão – após o trânsito em julgado da decisão e, desde que não ultrapassado o prazo de cinco anos – quando, apesar de validamente citado, não teve qualquer intervenção no processo e não pode apresentar a contestação, por motivo de força maior. Em todo o caso, a interpretação do conceito de “força maior” e “circunstâncias extraordinárias” continuará, provavelmente, a seguir o conceito de justo impedimento, pelos tribunais portugueses, que se tem apresentado bastante mais restritiva do que a abrangência dada ao conceito de “força maior” ou circunstâncias extraordinárias, à luz do pensamento que esteve subjacente à construção das garantias mínimas do processo.

Nesta questão, o Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção), de 17 de dezembro de 2015, *Imtech Marine Belgium NV v. Radio Hellenic SA*, declarou que o artigo 19.º do Regulamento 805/2004, lido à luz do artigo 288.º TFUE, deve ser interpretado no sentido de que não impõe aos Estados-Membros que instituem no Direito nacional um procedimento de revisão como o previsto no referido artigo 19.º, muito provavelmente para não colidir com o princípio da subsidiariedade. E mais afirmou que o citado artigo 19.º deve ser interpretado no sentido de que, para proceder à certificação como título executivo europeu de uma decisão proferida à revelia, o juiz que conhece do pedido deve assegurar-se de que o seu Direito nacional permite, efetivamente e sem exceção, a revisão completa, de direito e de facto, dessa decisão, nos dois casos previstos nessa disposição, e permite prorrogar os prazos de recurso de uma decisão sobre um crédito não contestado, não só em caso de força maior, mas também quando outras circunstâncias extraordinárias, alheias à vontade do devedor, tiverem impedido o devedor de contestar o crédito em causa.

No ordenamento português, em recente decisão do Tribunal da Relação do Porto, de 23 de novembro de 2021¹⁹, este tribunal concluiu pela conformidade das regras mínimas, mas, julgamos, fez a avaliação no caso concreto, em relação à possibilidade de revisão por violação dos requisitos exigidos à citação, sem ponderar a avaliação em termos gerais e abstratos.

2. MEIOS DE REAÇÃO DO DEVEDOR À CERTIFICAÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO EUROPEU

2.1. (Ir)Recurribilidade da decisão de certificação como título executivo europeu

Por princípio previsto no n.º 4 do art. 10.º do Regulamento 805/2004, a “emissão da certidão de título executivo europeu não é suscetível de recurso”. Embora esta não seja uma solução pacífica, a principal razão de ordem em que assenta a opção legislativa respeita ao facto de o título executivo europeu ter, como âmbito de aplicação, os créditos (voluntariamente) não contestados, e de se entender que, nesses casos, não é legítimo conceder ao devedor mais uma oportunidade de defesa, quando, nesta fase, já não seria apreciado o fundo da questão, mas apenas a certificação propriamente dita, o que unicamente iria protelar e tornar menos eficaz o mecanismo de *exequatur*.

O tema da irrecorribilidade da decisão de certificação envolve ainda a questão de saber se esse princípio é aplicável à decisão de certificação, independentemente de ela ter sido positiva ou negativa. Ou seja, tendo em conta que a letra da lei menciona apenas que a “emissão” da certidão não é suscetível de recurso, fica em aberto a admissibilidade, ou não, de recurso de uma decisão negativa ou de recusa da certificação. Deverá, igualmente, entender-se que esta é irrecorrível?

No caso de recusa da certificação, apenas está em causa discutir se estão preenchidos os pressupostos da certificação necessários à obtenção do título executivo europeu. Assim sendo, não se vislumbram aplicáveis os fundamentos que presidiram ao afastamento da

19 Processo n.º 7709/06.3TBMTS.P1. Relatora: Anabela Andrade Miranda.

regra da recorribilidade da decisão de “emissão” da certidão de título executivo europeu, antes sendo de concluir que a aceitação dessa possibilidade reforça o uso deste mecanismo, dando um contributo positivo à eficácia da execução transfronteiriça, o que não acontecerá certamente se o credor for obrigado, por falta de meios de reavaliação da decisão, a percorrer o caminho tradicional. Deve, então, aceitar-se, em nome da coerência do regime do título executivo europeu e dos seus objetivos, que a decisão de certificação negativa se encontre sujeita a recurso²⁰.

2.2. Procedimentos de retificação e revogação da certidão de título executivo europeu

Emitida a certidão de título executivo europeu e notificada essa decisão ao devedor, este pode reagir usando dos meios previstos no art. 10.º do Regulamento 805/2004, isto é, pode requerer a retificação ou revogação da certidão de título executivo europeu, mediante pedido dirigido ao tribunal de origem. A esse procedimento será aplicável a legislação do Estado-Membro de origem (art. 10.º, n.º 2, do Regulamento 805/2004), sendo que os pedidos de retificação ou revogação de uma certidão de título executivo europeu poderão ser feitos utilizando o formulário-tipo constante do Anexo VI (art. 10.º, n.º 3, do Regulamento 805/2004). Atenta a remissão dos arts. 24.º e 25.º, n.º 3, do Regulamento 805/2004, estes procedimentos também se aplicam à certificação das transações judiciais e dos instrumentos autênticos.

Este regime de retificação ou revogação da certidão de título executivo europeu resultou de um compromisso entre as posições da Comissão e do Parlamento, face à questão da irrecorribilidade das decisões, na medida em que através dele se tentou colmatar a falta de meios de reação contra a decisão de certificação, ainda que de aplicação limitada.

Quanto ao âmbito de aplicação de cada um destes procedimentos, o Regulamento 805/2004 distingue a retificação e a revogação da certidão de título executivo, de acordo com os motivos ou causas que fundamentam cada um dos casos. Enquanto que a retificação se aplica às situações em que, devido a “erro material”, se apresenta uma discrepância entre a decisão e a certidão, a revogação terá lugar sempre que tenha sido emitida uma certidão de título executivo europeu de forma claramente errada, avaliada em função dos requisitos previstos no Regulamento.

a) Retificação da certidão de título executivo europeu

Através do procedimento de retificação, opera-se apenas a uma avaliação puramente formal da certidão de título executivo europeu, sustentada em erros de preenchimento, por parte da entidade certificadora, e discrepâncias de transposição do conteúdo da decisão ou documento certificando para o formulário da certidão. Pode tratar-se de diferenças de valores, de erro na indicação da moeda em causa ou dos juros em dívida, ou mesmo nos dados relativos à identificação e domicílio das partes, por exemplo²¹.

Assim, na eventualidade de não haver coincidência entre os dados que constam da decisão judicial, da transação judicial ou do instrumento autêntico, e aqueles que constam da certidão, pode esta ser retificada. Esta discrepância há-de resultar de “erro material”, ou seja, de divergências não intencionais, que o tribunal não pretendeu, nem justificou. Além disso, não cabem aqui os alegados “erros” de aplicação do regime jurídico do título

20 Aceitando a possibilidade de se interpor recurso da decisão que negue a emissão de um título executivo europeu, ver GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José. *El Título Ejecutivo Europeo*, op. cit., pp. 169 e 170.

21 Cfr. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José. *El Título Ejecutivo Europeo*, op. cit., pp. 164 e 165; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El Título Ejecutivo Europeo para Créditos no Impugnados*, op. cit., p. 168.

executivo europeu ao caso concreto, e que sustentaram a recusa, pois nesse caso caímos no âmbito da revogação da certidão, e não da sua retificação²².

b) Revogação da certidão de título executivo europeu

A revogação da certidão de título executivo europeu é, de facto, a expressão de que o legislador comunitário aceitou a difícil tarefa de encontrar um compromisso entre a decisão de considerar a certidão de título executivo europeu irrecorrível, e a conveniência de existir uma forma de acautelar a posição do devedor, quando confrontado com situações de grave desconformidade jurídica entre a decisão de certificação e o regime jurídico do título executivo europeu.

Este mecanismo salvaguarda a posição do devedor, em face do não cumprimento dos requisitos exigidos pelo Regulamento 805/2004, para a certificação. Já não estamos perante uma análise meramente formal da certidão, mas antes em face da sindicância dos pressupostos substanciais que fundamentam a decisão de certificação. Estará em causa a demonstração de que, no caso concreto, houve violação das disposições que definem o âmbito de aplicação material, temporal e espacial do referido Regulamento, ou das disposições que definem o objeto da obrigação, o carácter não contestado do crédito, os requisitos formais dos títulos executivos certificáveis, e o seu carácter executório no Estado de origem, e ainda as regras mínimas processuais e as regras de competência de que o legislador não abre mão, para uma válida obtenção do título executivo europeu.

Não terá sido despreciando o facto de se exigir, para uso da revogação, que a certidão haja sido emitida de forma *claramente errada*. O receio de que este mecanismo tivesse exatamente os contornos de um recurso e a necessidade de evitar um paradoxo no regime do título executivo europeu, devido à afirmação de irrecorribilidade da decisão, levou o legislador a limitar o âmbito de aplicação da revogação. Perante isto, são deixadas algumas dificuldades de aplicação do regime da revogação da certidão de título executivo europeu, cabendo ao decisor a análise de cada situação e a densificação, perante o caso concreto, do referido conceito.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DOMÉSTICA DO TÍTULO EXECUTIVO EUROPEU

3.1. Procedimento de certificação do título executivo europeu

O título executivo europeu é obtido, mediante requerimento do credor, e no âmbito do respetivo procedimento de certificação, onde serão avaliados os pressupostos gerais e específicos do título executivo europeu. Em face do requerimento de certificação, o juiz fará uma apreciação liminar do mesmo, para aferir da sua conformidade, quer em relação aos requisitos materiais, quer em relação aos requisitos processuais, compulsando os autos para o efeito. Confirmará se a matéria em causa é abrangida pelo regime do título executivo europeu, se o âmbito territorial, temporal e a competência dos tribunais estão conformes e, ainda, se foram cumpridos os mínimos processuais exigidos, quer em relação ao processo em concreto, designadamente quanto à modalidade de citação ou notificação, quer em relação às exigências que recaem sobre as regras processuais gerais do ordenamento interno, em matéria de recursos em casos extraordinários.

Respondendo afirmativamente a essas questões e, concluindo pela verificação das condições de admissibilidade da certificação, profere decisão favorável, através da emissão da correspondente certidão de título executivo europeu, por intermédio do formulário correspondente.

22 Sobre a noção de “erro material”, ver GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Ibidem*, p. 168.

Ainda em relação aos moldes em que o procedimento de certificação deve desenvolver-se, pode questionar-se se nele deve haver cumprimento do princípio do contraditório, ou se a certidão de título executivo europeu poderá ser emitida *inaudita parte debitoris*. A solução mais consentânea com a *ratio* do título executivo europeu é a de que o procedimento de certificação deve seguir os seus termos, sem que o requerido seja ouvido, havendo uma exceção justificada ao princípio do contraditório²³.

3.2. Execução do título executivo europeu

O credor que tenha obtido um título executivo europeu estará em condições de o executar em qualquer outro Estado-Membro, ou seja, obteve o “passaporte” para uma cobrança coerciva além-fronteiras. Essa execução vai reger-se pelo direito do Estado-Membro de execução, ou seja, é a *lex fori* que domina a execução. Portanto, uma execução instaurada num Estado-Membro, com base num título executivo europeu, será recebida e seguirá os trâmites de uma qualquer outra execução interna, sem que se possa pôr em causa o carácter executório do título, nem haver oposição ao reconhecimento do título certificado. A este propósito, expõe-se o regime de fundamentos da execução, no caso português.

Por outro lado, como salvaguarda da posição do requerido, vigora um regime especial, quanto aos efeitos que algumas diligências adotadas no Estado de origem – concretamente, de oposição à decisão certificada, ou os já referidos meios de oposição ao próprio ato de certificação – podem repercutir, relativamente ao andamento da execução que, entretanto, haja sido instaurada no Estado de destino.

O devedor que se veja confrontado com a certificação de um título executivo, enquanto título executivo europeu, e que lance mão de algum dos mecanismos de defesa que tem ao seu alcance, seja contra a decisão em si, seja contra a certificação, não conseguirá de imediato evitar que o credor avance com a execução baseada na certidão de título executivo europeu. Nessa medida, para salvaguardar a posição do devedor, perante a eventual revogação da decisão certificada ou a revogação da decisão de certificação, é admissível, a requerimento do devedor, a subordinação da execução à constituição de uma garantia, ou mesmo a suspensão do processo de execução.

3.2.1. Oposição em sede de acção executiva

Nesta matéria não se pode confundir o que são fundamentos de defesa contra a decisão de certificação e o que são motivos de oposição, relativamente à relação de fundo que subjaz ao título executivo europeu. Os primeiros, na verdade, gozam de um estatuto próprio e autónomo, de modo que só podem ser invocados em sede de retificação ou revogação da decisão de certificação, o que resulta do disposto no art. 21.º, n.º 2, do Regulamento 805/2004. Quanto aos segundos, ter-se-á que apurar qual o tratamento que o Regulamento lhes reservou e quais as eventuais possibilidades de defesa do executado, começando por ver qual o direito aplicável nesta matéria, sem prescindir, naturalmente, de uma análise coerente e articulada com todo o regime jurídico do título executivo europeu.

Considerando que o Regulamento faz remissão para a lei interna, quanto à disciplina da execução do título certificado, mas, ao mesmo tempo, dispõe expressamente sobre dois motivos de oposição à execução – caso de recusa da execução e caso de acordos com países terceiros, previstos nos art. 21.º e 22.º, do Regulamento 805/2004, respetivamente – fica a dúvida sobre se

23 Neste sentido, GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El Título Ejecutivo Europeo para Créditos no Impugnados*, op. cit., p. 155. Por sua vez, CONSALVI entende que o cumprimento do princípio do contraditório dependerá da opção dos ordenamentos internos, a quem incumbe enquadrar o procedimento de certificação. Cfr. CONSALVI, Ettore. *Il Titolo Esecutivo Europeo in Materia di Crediti non Contestati*. *Judicium*, www.judicium.it, ponto 5.

o legislador comunitário terá pretendido restringir os motivos invocáveis em sede de oposição no Estado de destino. Ter-se-á que ponderar e aferir se o executado também se pode valer do Direito interno do Estado de execução para sustentar a sua defesa, usando os argumentos nele permitidos.

De facto, ressalvado o que consta do referido diploma europeu, e que disponha em contrário, o processo de execução baseado em título executivo europeu obtido noutra Estado-Membro, rege-se pela regra clássica segundo a qual *lex fori regit processum*.

Assim sendo, quanto aos fundamentos da oposição à execução, ter-se-á que olhar também para os motivos de oposição elegíveis à luz do ordenamento interno do Estado de execução para cada categoria de título executivo que seja apresentado à execução, e que foi objeto de certificação, desde que não sejam incompatíveis com a *ratio* do título executivo europeu. Porém, uma coisa é certa: nenhum fundamento de oposição será admitido se a sua procedência implicar uma revisão de mérito da decisão ou certificação, pois, nos termos do já citado art. 21.º, n.º 2, “a decisão ou a sua certificação como Título Executivo Europeu não pode, em caso algum, ser revista quanto ao mérito no Estado-Membro de execução”. A possibilidade de o executado deduzir oposição não pode colidir com o carácter irrecorrível da certificação, com o qual se pretende uma estabilização da decisão à data da certificação. Quaisquer motivos que pudessem sustentar uma revisão de mérito sempre teriam de ter sido apresentados em sede de recurso, no Estado de origem.

3.2.2. Fundamentos de oposição à execução no ordenamento português

Nos fundamentos de ordem interna, aplicáveis à oposição à execução, baseada em decisão judicial certificada como título executivo europeu, não são aceitáveis argumentos que proporcionem, de forma encapotada, uma revisão de mérito da decisão, nem se admite, também, um ataque à certificação em si mesma considerada, porque a sua reavaliação apenas se concebe no Estado de origem.

No ordenamento português, a questão mais suscitada, neste âmbito, tem sido a do regime de fundamentos de oposição aplicáveis, isto é, se o regime aberto ou o regime fechado, sendo que este regime fechado restringe os fundamentos de defesa, em especial quanto às exceções perentórias que ficam precludidas, salvo se forem sustentadas em factos posteriores ao encerramento da discussão, em primeira instância, no âmbito do processo declarativo em que foi proferida a decisão, agora executada após a sua certificação.

Sobre esta questão, pode afirmar-se que há já uma corrente firmada, de acordo com a qual a defesa deve ser limitada aos fundamentos do regime fechado, conforme o art. 729.º do Código de Processo Civil. Por todos, veja-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de setembro de 2017^{24,25}, no qual se decidiu não admitir ser invocado como fundamento de oposição à execução – que tinha por base uma decisão do tribunal italiano – um facto extintivo da obrigação exequenda que era anterior ao início do processo nesse tribunal ou, mais rigorosamente, à citação nele efetuada nos termos certificados. Mais se disse, que a limitação temporal constante do referido art. 729.º, alínea g), está relacionada com a eficácia temporal do caso julgado material formado pela decisão (quando esta se torna definitiva), e com a regra da preclusão da defesa na contestação; esta inadmissibilidade ou preclusão vale nesta execução, tal como valeria na execução de uma sentença transitada em julgado, proferida por um tribunal português.

24 Processo 53/14.4T8CBR-D.C1.S1. Relatora: Maria dos Prazeres Pizarro Beleza.

25 No mesmo sentido: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 18 de setembro de 2017, Processo 3328/15.1T8AGD-A.P1. Relatora: Ana Paula Amorim; Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 30 de março de 2017, Processo 1879/14.4TBBCL-B.G1. Relator: Jorge Teixeira; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de setembro de 2010, Processo 1900/08.5TJVN-F-B.P1. Relator: Guerra Banha.

3.2.3. Suspensão ou limitação da execução

O Regulamento 805/2004 prevê um regime especial, quanto aos efeitos que algumas diligências adotadas no Estado de origem, concretamente de oposição à decisão certificada ou de oposição ao próprio ato de certificação, podem repercutir, relativamente ao andamento da execução, que, entretanto, haja sido instaurada no Estado de destino.

O devedor que se veja confrontado com a certificação de um título executivo, enquanto título executivo europeu, e que lance mão de algum dos mecanismos de defesa que tem ao seu alcance, seja contra a decisão em si, seja contra a certificação, não conseguirá de imediato evitar que o credor avance com a execução, baseada na certidão de título executivo europeu. Esta situação foi gerada, aliás como se expôs, pela circunstância de se ter optado (e bem) pela possibilidade de certificar decisões judiciais não transitadas em julgado. Nessa medida, houve que adequar e adaptar o regime jurídico do título executivo europeu a essa realidade, e salvaguardar a posição do devedor, perante a eventual revogação da decisão certificada ou a revogação da decisão de certificação. Esta situação poderá determinar, a requerimento do devedor, a subordinação da execução à constituição de uma garantia, ou mesmo à suspensão do processo de execução.

Neste pressuposto, o art. 23.º do Regulamento 805/2004, prevê as situações de suspensão ou limitação da execução, nos termos e condições seguintes:

Quando o devedor tiver:

- contestado uma decisão certificada como Título Executivo Europeu, incluindo um pedido de revisão na aceção do artigo 19.º, ou

- requerido a retificação ou revogação da certidão de Título Executivo Europeu em conformidade com o artigo 10.º,

O tribunal ou a autoridade competente do Estado-Membro de execução pode, a pedido do devedor:

a) Limitar o processo de execução a providências cautelares;

ou

b) Subordinar a execução à constituição de uma garantia, conforme determinar;

c) Em circunstâncias excepcionais, suspender o processo de execução.

Este art. 23.º, como todas as disposições do Regulamento 805/2004, é de aplicação direta e sobrepõe-se ao regime interno de cada Estado-Membro, de modo que deverá ser aplicado, independentemente daquilo que as disposições internas possam ditar sobre a matéria, e mesmo que, à luz dessas disposições, as medidas adotadas para situações análogas não fossem possíveis.

Concretamente sobre a suspensão da execução, a recente jurisprudência europeia permite uma melhor perceção da autonomia dos conceitos nestes instrumentos de segunda geração. Trata-se do Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-393/21, Lufthansa Technik AERO Alzey, de 16 de fevereiro de 2023.

No que diz respeito ao contexto factual, sucedeu o seguinte:

- Um Tribunal Alemão emitiu uma certificação de TEE, na sequência de um procedimento de injunção, em 2019, em que era credora a Lufthansa e devedora a Arik Air;

- Munida do TEE, a Lufthansa propõe execução contra a Arik Air, na Lituânia;

- A Arik Air requer a revogação da certidão de TEE, junto do Tribunal Alemão, por violação das regras de notificação, no âmbito da injunção; e,

- Simultaneamente, requer a suspensão da execução que corre termos na Lituânia, até à decisão definitiva do Tribunal Alemão;

- Esse pedido é indeferido pelo agente de execução;

- É apresentada reclamação ao Juiz, na primeira instância, que mantém a decisão;

- O Tribunal Superior, perante recurso dessa decisão, ordena a suspensão;

– A Lufthansa recorre para o Supremo Tribunal na Lituânia e este suscita o pedido de reenvio prejudicial, chamando o TJUE a pronunciar-se sobre a interpretação do art. 23.º do Regulamento 805/2004;

O Tribunal decide, considerando não haver aí remissão para o Direito interno, no sentido de que se trata de um conceito autónomo da União Europeia. Afirmou: “O artigo 23.º, alínea c), do Regulamento (CE) n.º 805/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, que cria o título executivo europeu para créditos não contestados, deve ser interpretado no sentido de que: o conceito de ‘circunstâncias excecionais’ nele contido visa uma situação em que o prosseguimento do processo de execução de uma decisão certificada como título executivo europeu, quando o devedor tenha apresentado, no Estado-Membro de origem, uma contestação dessa decisão ou um pedido de retificação ou revogação da certidão de título executivo europeu, exporia esse devedor a um risco real de prejuízo particularmente grave cuja reparação seria, em caso de anulação da referida decisão ou de retificação ou revogação da certidão de título executório, impossível ou extremamente difícil. Este conceito não remete para circunstâncias relacionadas com o processo judicial instaurado no Estado-Membro de origem contra a decisão certificada como título executivo europeu ou contra a certidão de título executivo europeu”.

NOTA FINAL

A União Europeia tem sentido necessidade de criar condições que facilitem, por um lado, e amadureçam, por outro, o funcionamento do mercado único europeu. Essas condições passam por tentar esbater as diferenças entre os regimes legais, sobretudo onde possam enfraquecer o circuito económico. Uma das formas encontradas para cumprir esse objetivo foi a criação dos processos europeus que introduziram os mecanismos de segunda geração, onde se destaca o título executivo europeu.

Este instrumento, que abriu caminho à abolição do *exequatur*, é o exemplo de que o espaço europeu de justiça pode funcionar sem fronteiras, embora não isento de algumas dificuldades de interpretação e de articulação entre os ordenamentos internos e a legislação europeia. Por isso, como ficou demonstrado ao longo do texto, o papel do Tribunal de Justiça e dos tribunais superiores dos ordenamentos internos é fundamental na consolidação dos conceitos e na harmonização dos procedimentos e da sua aplicação.

REFERÊNCIAS

- ALFÉREZ, Garcimartín. *El Título Ejecutivo Europeo*. Navarra: Editora Thomson-Civitas, 2006, pp. 11-16.
- BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar; DURÁN AYAGO, Antonia. *Luces y Sombras del Título Ejecutivo Europeo Sobre Créditos No Impugnados*. In: CALVO CARAVACA; AREAL LUDENA (Dir.), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Madrid: Colex, 2005, pp. 41-70.
- CONSALVI, Ettore. *Il Titolo Esecutivo Europeo in Materia di Crediti non Contestati*. *Judicium*. Disponível em: www.judicium.it.
- FREITAS, José Lebre de. *Le Respect des Droits de la Défense lors de l'Introduction de l'Instance*. In: LEVAL, G.; CAUPAIN, M. T. (Dir.), *L'Efficacité de la Justice Civile en Europe*. Bruxelles: Larcier, 2000, pp. 24-30.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El Título Ejecutivo Europeo para Créditos no Impugnados*. Navarra: Aranzadi, 2005.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José. *El Título Ejecutivo Europeo*. Colección Cuadernos Civitas. Navarra: Editora Thomson-Civitas, 2006.
- MESQUITA, Lurdes. *Varregoso. Algumas notas à Lei n.º 117/2019, de 13 de setembro – alterações aos embargos de executado e outras conexas*. *Julgár Online*, abril, 2020, pp. 1-44.
- _____. *O título executivo Europeu como instrumento de cooperação judiciária civil na União Europeia: implicações em Espanha e Portugal*. Coimbra: Almedina, 2012.
- SUÁREZ XAVIER, P. R.; VICARIO PÉREZ, A. M. (Dirs.). *Cooperacion judicial civil y penal en La Union Europea: Retos pendientes y nuevos desafíos ante la transformación digital del proceso*, Barcelona, Bosch Editor, 2023, pp. 29-55.

Guiding the parties towards appropriate resolution of their dispute: A new challenge for the civil judge and three next objectives for the GEMME¹

JEAN A. MIRIMANOFF²

Summary: Introduction. 1. Paradigm shifts. 2. Adjudication and litigation subject matter/ consensualism and conflict. 3. Methodology. 3.1. Conflict analysis through dialogue. 3.2. Active dialogue. 3.3. Time and moment. 3.4. Players' motivation. 4. Indicators and counter-indicators. 4.1. Towards conciliation. 4.2. Towards mediation. 4.3. Towards procedure. 4.4. Towards arbitration?. 4.5. Towards interest-based negotiation?. 4.6. What about hybrids?. 5. The twin sisters. Conclusions for the next decade.

INTRODUCTION

The duty of lawyers to act in the best interests of their clients in conflict management leads them to a “conceptually neutral approach, and the choice of the preferred solution must be based on merit and considered from an analytical and objective point of view”³. For lawyers, this theme has been the subject of several studies in the literature, first in the United States and then in Europe⁴. What about the duty of judges to act in the best interests of the parties?. The European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) has examined the role of judges in relation to the parties. This is essentially in the context of judicial referral to mediation (JRM)⁵, although the holistic dimension of how to approach the question also arises for the judge in view of the three missions entrusted to him by the legislator⁶: conciliate, send to mediation,

1 Note written for the GEMME-Europe AGM on May 24, 2024 and submitted to the Swiss section for its 20th anniversary next September. The author is an honorary magistrate, sworn mediator (Geneva) and accredited mediator (FSM), member of the CEPEJ GT MED (2017-2019), attorney-at-law and former legal advisor to the ICRC.

2 Honorary Judge. Mediator. Lawyer. Contact: mirimanoff[at]mediationgeneve.com.

3 Guide to Mediation for Lawyers, drawn up by the CEPEJ jointly with the Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE), (2018) 7-REV, p. 60, <https://rm.coe.int/mediation-development-toolkit-ensuring-implementation-of-the-cepej-gui/16808c3f52>.

4 See for instance Frank E.A. SANDER and Stephen B. GOLDBERG, *Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to selecting an ADR Process*. In: *Negociation Journal*, January 1994, p. 49-63; its translation and adaptation for civil law countries by Jean A. MIRIMANOFF, *L'Orientation préalable des parties à un différend*. In: *Revue de l'Avocat*, Bâle, 1/2010, p. 14 f. and its latest restructuring by Nicolas DUTOIT, *L'Orientation préalable des parties à un différend, Le rôle des avocats et des protections juridiques*. In: Jean A. MIRIMANOFF (dir.), *Genève et la Médiation. Essor des modes amiables de prévention et de résolution des différends et autres démarches de pacification sociale*, Slatkine, Genève, 2023, p. 339 ; Gérard KUYPER et al., *Vers un nouveau rapport entre l'avocat et son client, Aspects économiques, stratégiques et humains*. In: Bénédicte INGHELS (dir.), *La Médiation Autrement*, Larcier, Bruxelles, 2019, p.173.

5 *Guide to the Judicial Referral to Mediation*, CEPEJ, (2018) 7-REV, op. cit., p. 14.

6 See Daniel STOLL, *La Priorité du Règlement à l'amiable et les trois missions du juge civil*. In: *Genève et la Médiation*.

conduct the proceedings and judge. The choice of the preferred solution, based on merit and considered from an analytical and objective point of view, can therefore be further developed or at least clarified for judges.

After a reminder of the changes brought about by mediation in the day-to-day life of judges (I), in particular the need to think and examine litigation and conflicts differently (II), and the methods for seeking the appropriate settlement for and with the parties in the courtroom (III), the focus will be more specifically on indicators and counter-indicators for all eligible methods at the stage of referral to the judge (IV), with a digression on the “twin sisters” (conciliation and mediation) still too often confused (V), to conclude on the challenge faced by judges in their day-to-day work of effectively guiding parties towards an appropriate settlement of their dispute, and on three forthcoming support objectives for the Groupement Européen pour la Médiation (GEMME) and its national sections.

1. PARADIGM SHIFTS

The movement that has been underway since the end of the last century⁷ in the field of conflict resolution within the judicial world continues to evolve before our very eyes: in the member states of the Council of Europe as well as within this institution⁸, under the dual impetus of innovative legislators and committed associations⁹ such as GEMME and CCBE. In this context, the support of the judicial authorities, as well as that of each court and, if possible, each judge, is of crucial importance. This change is reflected in both the renaissance of conciliation and the discovery of judicial mediation; it often appears first in legislation, then in practice, even though several GEMME members have proposed judicial referral to mediation (JRM) to the parties as part of their general peacemaking mission, long before the law expressly introduced this method.

Judicial conciliation (compulsory or optional, carried out by the judge or delegated by him or her, as part of a preliminary trial or in the course of proceedings) is enjoying undeniable growth, although this varies from country to country. It is found almost everywhere, and in some cases has existed for a long time. Often practiced by judges themselves, it is generally well accepted, which is not, or only to a minority of cases, the case with judicial mediation¹⁰. Over the past two decades, under the impetus of GEMME, conciliation has been enriched and revitalized by judges, who introduce mediation tools such as active, non-violent communication and interest-based negotiation, with excellent success rates¹¹. The extraordinary success of judicial conciliation in Switzerland shows that it is now in the DNA of Swiss judges¹².

Essor des modes amiables de prévention et de résolution des différends et d'autres approches de pacification sociale, éd. Slatkine, Genève, nov. 2023, p. 329 f.

7 With the first laws on mediation, such as the modification of the CPC in France as early as 1995, and the recommendations of the Council of Europe since 1998.

8 See our article *Le Conseil de l'Europe, soutien indéfectible de la médiation*. In: *ANM lettre* N° 8, octobre 2018.

9 See the examples given by Anne Catherine SALBERG, *Petite histoire de la médiation conventionnelle à Genève*, and *La médiation en matière pénale des mineurs*, and by Jean A. MIRIMANOFF, *Justice et Médiation: Changements de Paradigme* (1998-2023). In: *Genève et la Médiation*, op. cit., p. 97 f, 109 f et 153 f.

10 The introduction of the ARA represents a new form of mediation in France, of an intra-judicial nature, alongside mediation entrusted to a third party external to the court; see Béatrice BLOHORN-BRENNEUR and François STAECHLE, *Présider les audiences de règlement amiable. Devenir juge de l'ARA*. In: *La Médiation pour tous*, L'Harmattan, Paris 2023; F. Vert, *L'audience de règlement amiable: quelles avancées pour l'office conciliatoire du juge?*. In: *Actu-Juridique.fr.*, 6 avril 2023.

11 See Pierre STASTNY, *La Commission de conciliation en matière de baux et loyers, une institution à cultiver et à transmettre*. In: *Genève et la Médiation*, op. cit., p. 67 f.

12 With rates ranging from 30 to 90% of civil disputes, depending on the canton, as a preliminary trial or even by the judge

In practice, therefore, litigation has become subsidiary and alternative to conciliation, as is the case in many Swiss cantons. The same cannot be said of judicial mediation, i.e. mediation carried out when the dispute is already before a court.

In this respect, it should be noted that the conceptual evolution of judicial mediation has been as rapid as it has been baffling for judges, most of whom have received no training to prepare them for it¹³. Initially, it was qualified or recognized as an alternative, i.e. subsidiary or accessory, alongside or separate from conciliation, which magistrates still struggle to distinguish. It is then presented as a priority, for example in the explanatory memorandum to the Swiss Code of Civil Procedure (CPCS)¹⁴. However, this idea is not reflected in the text of the Swiss law itself, which leaves each judge to do as he or she sees fit. Judges may be tempted to act according to their perception of the usefulness of mediation for themselves, and not for the parties! As practice is slow to adapt to the new law, the subsidiary role conferred on civil procedure does not generally permeate either minds or practice when it comes to mediation and its evolution. Finally, in view of the low number of cases referred to mediation¹⁵, there have been attempts, in GEMME debates and elsewhere, to remedy the situation by imagining an oxymoron: compulsory mediation¹⁶, for all parties or just one of them¹⁷, which would be a panacea for all the ills of youth. A vain illusion¹⁸. It was only recently that the solution – in our view a decisive one – was proposed by the legislator: the obligation for judges to encourage mediation in all suitable cases¹⁹, and the obligation for judges to make mediation access available to all parties²⁰.

What's more, there is a major misunderstanding among judges in our countries, who believe that mediation is designed to relieve the burden of justice. Yet mediation, by its very nature, methods and objectives, and above all by its spirit, is anything but a discharge²¹. There can be no effective and relevant judicial referral to mediation on the basis of this criterion.

Another unfortunate misunderstanding is the idea that conciliation and mediation are interchangeable, and that by not considering conciliation, or by failing to conciliate, we are at the same time forgoing mediation. In Switzerland, under the CPCS, mediation can certainly replace conciliation, whether at the preliminary attempt stage or in proceedings on the merits, but this does not mean that these methods are identical: they are not identical in their approach, objectives or spirit (see V below).

(who remains seized if his attempt fails); as recently as 2000-2010, the rate of civil conciliation was less than 5% in Geneva, whereas in lease and rental disputes the rate exceeded 50% of such disputes, using the tools of interest-based negotiation.

- 13 To the best of our knowledge, France was the first country to introduce a course on amicable settlement and practical workshops in its Ecole Nationale de la Magistrature (ENM), often run by members of the French section of GEMME; to our knowledge, no Council of Europe country has introduced compulsory continuing education for serving judges, situation which explains the present stagnation of judiciary mediation.
- 14 FF2006 6860.
- 15 At the time of the 10th anniversary of mediation in the CPCF in 2005, the rate of referrals to mediation was estimated at around 1% of civil litigation, a figure which is at the same level in Switzerland 10 years after the introduction of mediation in the CPCS.
- 16 The obligation to participate in the process violates both the voluntary principle of mediation and the freedom of individuals to contract; on the other hand, the obligation to attend an information session on the process is admissible.
- 17 See Alice DESJOLLIER et Bénédicte INGHELIS, *La Médiation Judiciaire: quels regards croisés entre le juge et l'avocat? In: La Médiation Autrement*, Larcier, Bruxelles, 2019, p. 51 f. not. 67 f.
- 18 There is no evidence that this idea has increased the rate of JRM and the rate of mediation settlements; on the other hand, the obligation to attend an information session seems more judicious.
- 19 Injunction whose application in practice is likely to be questioned as long as it has not received an implementing regulation.
- 20 See our contribution *Justice et Médiation*, loc. cit. In: *Genève et la Médiation*, op. cit.
- 21 On the other hand, judicial referral may have the effect of relieving the judge's workload, which is not the same thing.

Raising judges' awareness of conflict management, including mediation, will help dispel these sources of confusion. But when the judiciary itself is opposed to raising awareness, how can we move forward? How can judges properly carry out this orientation in the frame of the three missions entrusted to them by the legislator? And, more importantly for our purposes, how can they help the parties make a free and informed choice to resolve their problems?

2. ADJUDICATION AND LITIGATION SUBJECT MATTER/CONSENSUALISMO AND CONFLICT

It is only by comparing the various methods of dispute resolution²² with a view to their judicious use that we can better understand what characterizes and distinguishes those based on adjudication (state or arbitration proceedings) from those based on consensualism (conciliation and mediation). The former are designed to resolve the object of the dispute, identified by the parties' conclusions, and outside which the magistrate cannot venture (*nec ultra petita*), while mediation enables the parties to attempt to resolve their conflict, in whole or in part, by expressing themselves through the emotions, feelings, values and other sensations of the human person; as for conciliation, it is open to both approaches²³. Theoretically, legislation allows for the free flow of disputes between civil proceedings and amicable procedures, conciliation and mediation²⁴. In practice, this circulation does not work, or works poorly, in the case of mediation. To remedy this, the judge needs to master the switches needed for this flow, if we want to facilitate the parties' transition, with their help and the support of their counsel, from civil procedure to another mode that proves more suitable for them.

Raising awareness of conflict management, including mediation, is the key to encouraging and facilitating the orientation of parties towards an appropriate resolution of their dispute in the day-to-day practice of law. This implies a methodology enabling the judge, the parties and their counsel to identify the most appropriate method.

Consensualism is not opposed to justice, quite the contrary, since it has a threefold pacifying effect: it prevents the conflict from escalating, it resolves the conflict and it prevents new conflicts, whereas judgment only puts an end to the litigation²⁵.

3. METHODOLOGY

In order to effectively select the most appropriate regulation, several steps are necessary, most of which take place during an orientation hearing dedicated to this objective.

3.1. Conflict analysis through dialogue

It is during a hearing in which the parties appear that the judge can enter into a dialogue with them and, with the support of their counsel, enabling him to diagnose the conflict, *i.e.*, to assess whether or not the parties are willing or able to enter into negotiations, which

22 On these concepts see the Lexies to these names in our *Dictionnaire de la Médiation et d'autres modes amiables*, Bruylant, Coll. Paradigme, Brussels, 2019.

23 The Swiss legislator encourages it by allowing the parties to leave the subject of the litigation (art. 201 al. 1, 2nd sentence CPC); see Sandra VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *Interactions entre procédure civile et modes amiables*. In: Jean A. MIRIMANOFF (éd.), *La résolution amiable des différends en Suisse*, Stämpfli Ed., Berne, 2016, p. 68-70.

24 See our article with Sandra VIGNERON, *Pour une libre circulation des différends civils et commerciaux (Réflexions sur les nouveaux réseaux de la justice plurielle: le cas suisse dans le contexte européen)*. In: *RDS* Avril 2007, p. 21 f.

25 See Thierry GARBY, *La Gestion des conflits*, CMAP, Economica, Paris, 2004, p. 6

amounts to measuring the level of escalation of the conflict²⁶. During this hearing, the judge is in a position to answer the parties' questions, in particular as to the most appropriate mode for their concrete case, to evoke the advantages that the parties would derive from it and to refute the objections formulated by them and, if need be, to persuade or incite them to resort to the mode that emerges as being the most appropriate according to their needs.

3.2. Active dialogue

Active and non-violent communication methods enable judges to improve their relations with the parties, both in the context of this hearing and more generally. Thus, they will facilitate the search for and expression of the parties' interests, concerns, needs and motivations (ICNM), which will guide the players in the dialogue towards the discovery of the appropriate resolution to the case in question. And, when the time comes, these methods will enable the magistrate to recommend or urge the parties to resort to them, in the right tone and with the right words. The CEPEJ Guide to the JRM, the viatic of the modern magistrate, specifies in this respect what should or should not be done, in a style of persuasion and in a style of incitement.

3.3. Time and moment

The time factor is doubly important: whether or not it's the right time for the parties to start negotiating, and how much time is available for the judge to accompany the negotiations. The judge's time is not wasted: experience shows that agreement on the process triggers and stimulates agreement on the conflict. It can be estimated that conciliation takes between thirty minutes and several hours, whereas mediation is generally more time-consuming. And JRM is certainly less time-consuming than conciliation. So, the more time a magistrate has available, the more inclined he will be to conciliate the parties himself, and vice versa.

3.4. Players' motivation

a) That of the parties

As in the case of lawyers, but within the limited framework of the three missions entrusted to them, the judges can help the parties to choose the most appropriate solution for them at any given time, *i.e.*, the one most in keeping with their ICNM. The motivation of the parties takes precedence over that of the judge. Helping the parties to make this choice in a free and informed manner requires the judge to have not just information, but knowledge and experience commensurate with this new challenge.

b) The judges

Judges can legitimately consider the benefits of mediation for the judiciary:

the possibility of referring suitable cases to mediation can improve the overall efficiency of the judicial system, since if the number of cases resolved through mediation increases, judges will have more time to manage and judge the remaining cases;

- referral to mediation puts an end to the conflict as a whole (and thus to any temptation on the part of the losing party to retaliate by bringing an appeal or other legal action);

26 See the Lexie *Etapes/Escalade du conflit* in our aforementioned *Dictionnaire de la Médiation et d'autres modes amiables* and the bibliography cited, including the contributions by Fr. GASL, p. 229.

- even in the remaining cases, mediation goes some way to smoothing out differences and appeasing the parties, so that subsequent proceedings can be significantly reduced;
- referral to mediation enables the parties to settle their disputes in a timely, efficient and customized manner, which contributes to a positive image of the judicial system²⁷.

4. INDICATORS AND COUNTER-INDICATORS

There are no legal criteria on which the judge can rely to guide the parties towards the appropriate settlement, but a series of indicators and counter-indicators derived from the vast judicial pilot experiment extended nationwide in the Netherlands over a whole decade²⁸. Its initiator, Judge Machteld PEL, has produced a major work of reference for the development of judicial mediation in Europe: *Referral to Mediation. A practical Guide for an effective mediation proposal* (SdU Uitgevers, The Hague, 2008). Ten years later, the CEPEJ's working group on mediation drew on this work to prepare its *Toolkit for the Development of Mediation*, and in particular its *Guide to the Judicial Referral to Mediation*²⁹.

The only regret is that these indicators are focused on mediation. We therefore need to develop them for conciliation, and specify the relevant counter-indicators for procedure. In this way, we will have marked out the pathways leading to the different modes of resolution in terms of the choice made at the parties' orientation hearing.

The first question is: since amicable settlement is presumed to have priority (which will be tested at the orientation hearing), how will the judge position himself in relation to the "twin sisters": conciliation and mediation?

In Switzerland, there is an abyssal gap between the use of conciliation by the civil judge, which is widespread and effective in all cantons³⁰, and judicial referral to mediation, which is barely perceptible³¹, despite the introduction of this method in the new unified code of civil procedure of 2011 (CPC). This discrepancy can be explained by the custom of conciliation in the German-speaking cantons, by the system introduced by the CPC which favours conciliation, and by the lack of awareness of mediation among judges.

Since the CPC came into force, the judge's switch between conciliation and mediation has been between compulsory conciliation for most civil matters during the preliminary attempt (art. 197 CPC), with exceptions (art. 198 CPC) and dispensations (art. 199 CPC), and before the trial judge for the unilateral petition for divorce (ATF 138 III 366), while mediation can replace the preliminary attempt at conciliation if all the parties so request (art. 213 CPC) or at any time during the proceedings on the judge's initiative (art. 214 CPC).

27 See our aforementioned *Dictionary*, pp. 76-77.

28 See Machteld PEL et al., *Customized conflict resolution: Court-connected Mediation in the Netherland, 1999-2009, a prepublication at the occasion of the conference Moving Mediation*, The Hague, 19 nov. 2019.

29 CEPEJ ("2018) 7-REV, in particular page 3 which will be quoted below, <https://rm.coe.int/mediation-development-toolkit-ensuring-implementation-of-the-cepej-gui/16808c3f52>.

30 Around 30% of civil litigation in Geneva, 60% in Berne, 70% in Zurich and... 90% in Basel-Stadt.

31 Still below 1% of civil court litigation, with progress towards 10% in civil chambers whose judges are aware with mediation; see the *Rapport sur la Pratique de(s) tribunaux civils de première instance sur le RJM dans le cadre des art 213, 214 et 297 CPC et 301 CC*, available on the CEPEJ website, <https://rm.coe.int/rapport-rjm-final-coe/1680982b8a>.

4.1. Towards conciliation

On the basis of the work of the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), in particular its working group on mediation³², indicators and counter-indicators have been identified in the literature³³, which proposes methods of use on a pragmatic basis: thus, Nicolas DUTOIT proposes the following:

Common indicators in favor of conciliation and mediation, as opposed to continued litigation, are as follows:

1. Cost of conflict resolution;
2. The need for a rapid solution;
3. Controlling the conflict and finding a tailor-made solution;
4. Maintaining relations between the parties;
5. High emotional content.

With a tendency towards conciliation for the first two indicators, and a tendency towards mediation for the next three. For mediation, we can add a sixth indicator of its own: the prospect of a personalized, customized and better-adapted solution.

4.2. Towards mediation

The CEPEJ's *Guide to Mediation* gives the following examples in favour of mediation:

- The interests of the parties are broader than the legal framework of the dispute;
- Long-term relationships (neighbors, professional life, family, etc.);
- Parties other than those involved in the proceedings are involved in the conflict;
- Other pending proceedings involve the same parties;
- A rapid resolution of the dispute is desirable;
- The cost of the dispute is disproportionate to its value;
- One of the parties has few resources to devote to legal proceedings;
- Litigation fatigue;
- High probability that the case will be complicated to decide;
- Likelihood that the judgment will be difficult to enforce;
- Uncertain outcome of proceedings;
- Mutual future interests;
- Highly emotional case;
- Need for privacy and confidentiality of parties (in camera proceedings);
- Importance of controlling the timing and organization of the process.

It goes without saying that, in theory, all these indicators can be combined, although it should be noted that, unlike lawyers, who can carry out a wide-ranging preliminary orientation³⁴, first with their clients, then between the parties (alone with their lawyers, or with an independent conflict manager), judges stick to their three missions.

32 The Guide to the Judicial Referral to Mediation and the Guide FAQ on Médiation, included in the Mediation Development Toolkit, CEPEJ website: <https://rm.coe.int/mediation-development-toolkit-ensuring-implementation-of-the-cepej-gui/16808c3f52> and themselves inspired by Judge Machteld PEL's magisterial work, *Referral to mediation, a practical guide for an effective mediation proposal*, SdU Uitgevers, The Hague, 2008.

33 See in particular the contributions by Nicolas DUTOIT, *La conciliation en matière civile, indicateurs et contre-indicateurs* and by Sandra VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *La médiation en matière civile, indicateurs et contre-indicateurs*. In: Jean A. MIRIMANOFF (Dir), *Genève et la Médiation. Essor des modes amiables de prévention et de résolution des différends et d'autres approches de pacification sociale*, éd. Slatkine, Genève, 2023, pp. 89 f et 95 f.

34 See Nicolas DUTOIT, *L'Orientation préalable des parties à un différend: Le rôle de l'avocat et des protections juridiques*. In: *Genève et la Médiation, op. cit.*, pp. 389 f.

By choosing mediation wisely, the judge perfectly serves the judicial institution, which will also benefit from mediation's triple pacifying effect: preventing the conflict from escalating, resolving the conflict and preventing the emergence of new conflicts³⁵.

4.3. Towards procedure

Conversely, according to Nicolas DUTOIT, three counter-indicators are common to both conciliation and mediation, and a contrario favourable to litigation:

- *The need to hand over the decision to a third party;*
- *The facts are not in dispute and there is a significant chance of success for one party;*
- *The need to obtain a legally binding and published decision.*

And according to the JRM CEPEJ Guide, they are against mediation and in favour of trial:

- Failure of a recent mediation attempt;
- Wish to establish a precedent;
- Desire to establish a public decision;
- Profound imbalance of power, excessive pressure or previous use of violence between the parties that cannot be managed by the mediator and/or may result in a notable absence of free and informed consent on the part of one of the parties;
- Likelihood that the decision will be unfair to at least one of the parties involved;
- Lack of full and general negotiating power on the part of the parties and their lawyers;
- Proven parental alienation.

4.4. Towards arbitration?

While many national laws welcome arbitration, a private mode of adjudication also based on legal syllogism and focused on the subject matter of the litigation, none to our knowledge deals with a possible switch from civil to arbitral proceedings. This absence of a link seems justified a priori, since we can expect that both methods – which are sufficiently well known – will have been chosen freely and in an informed manner by the parties. However, our practice suggests that one exception should be considered. When the offer of evidence provides for letters rogatory to be sent abroad, would it not be justified for the judge and expected of the parties to inform them of cases where a rogatory commission will not be executed, or will be executed very late, according to the court's experience or the information provided by the Ministry of Justice? Indeed, such situations are not always known, and are sometimes unimaginable (for example, when a Council of Europe country is involved); arbitration then makes it possible to circumvent these obstacles through the institution of affidavits, not always recognized by state courts.

4.5. Towards interest-based negotiation?

This question is of no practical interest: we can assume that those counsels, still in the minority, who are familiar with this method (which consists in separating emotional management from interest-focused negotiation), will have already taken action prior to the orientation hearing, and that those who are not yet familiar with it will not suddenly improvise it effectively. On the other hand, the judge himself will use this method to good effect in supporting the parties' negotiations at the orientation hearing, as he could do in his own conciliations.

35 See Thierry GARBAY, *op. cit.*, p. 6.

4.6. What about hybrids³⁶?

At the time of the hearing, some of the issues between the parties may lend themselves to amicable settlement. In practice, this method of splitting the proceedings is known and encouraged, leading to partial agreements in mediation, which the judge may approve where appropriate, while proceedings continue on the other contentious points. It should also be noted that in the mediation process (judicial or conventional) it is possible to resort to other methods of settlement in parallel, such as expert appraisal, decision on the last offer or arbitration.

5. THE TWIN SISTERS

Conciliation and mediation share a number of common aspects linked to consensualism. They are both forms of assisted negotiation, with the third party taking a rather directive approach in conciliation, and a rather facilitative one in mediation. But what else? In Switzerland, the CPCS gives conciliation a kind of privilege, since it precedes mediation, which can replace it. Thus, in the CPCS, they appear to be procedurally interchangeable, whereas they are substantially different.

Discussions within the GEMME and the work of the CEPEJ have clarified their specific features. Conciliation is originally *evaluative in nature*, i.e., it gives the third-party judge, during the pre-proceedings trial, the opportunity to express his or her opinion on the respective merits of the parties' conclusions, by means of an anticipated assessment of the evidence, a legal analysis and a legal syllogism. When this exercise is carried out in the course of proceedings, as is possible in Germany and Switzerland, the risk of prejudging may arise. On the other hand, mediation, as practised in countries with a civil law (or Romano-Germanic) tradition, is *non-evaluative in nature*, with the third party even refraining from giving his or her opinion on the conflict, which would be contrary to the neutrality of the process. Thus, we can note that: conciliation is generally designated as an informal³⁷ and confidential process by which a third party (*neutral, independent and impartial*) leads the parties to a solution to their litigation, or proposes one of his or her own, and Mediation is generally designated as a structured³⁸, confidential process whereby a third party (*neutral, independent and multi-party*) facilitates communication between the parties and enables them to find a solution to their dispute.

When the judge uses the tools of mediation in conciliation, the difference becomes less marked, particularly if the conciliating judge has to deport herself or himself if her or his attempt fails, which is not the case in Germany or Switzerland (but the Federal Chambers will be debating this further³⁹). And in common law countries, the institution known as mediation covers both concepts (with the nuance of evaluative mediation for conciliation, and not evaluative mediation for mediation⁴⁰).

Judicial practice in civil and commercial matters and workshop exercises conducted under the aegis of the Foundation for Continuing Education of Swiss Judges (Gerzensee, Berne) have

36 See the eponymous Lexie in our Dictionary, *op. cit.*, p. 273 and its bibliography.

37 Nevertheless, there are several approaches for framing conciliation: quasi-good offices, quasi-mediation, quasi-amicable composition and quasi-procedure; see our Dictionary, *op. cit.*, under conciliation.

38 For example, the method recommended by Thomas FIUTAK, *Le Médiateur dans l'arène, èrès, trajets*, Paris, 2004.

39 See David Hofmann, *La conciliation en matière civile*. In: *Genève et la Médiation*, *op. cit.*, pp. 49 f, not. 63

40 See Stephen B. GOLDBERG et al. *What a Difference Does a Robe make? Comparing Mediators with and without Prior Judiciary Experience*. In: *Negotiation Journal*, Harvard, July 2009, p. 277 f.

shown that everything that lends itself to conciliation can lend itself to mediation, and not the other way round: some cases may not lend themselves at all to conciliation, but very well to mediation. For example, so-called complex cases or those involving numerous parties (in the field of inheritance, where co-mediation is a great help), whenever one of the six indicators set out above in favor of mediation appears. Thus, the complementary role of mediation compared to conciliation can no longer be seriously questioned, it being specified that the system of mediation delegated to a third party is all the more justified as the civil judge in Switzerland has neither the training, the time nor the legal competence to practice it himself.

CONCLUSIONS FOR THE NEXT DECADE

The vision of a modern justice system that is both conceived in the interests of the parties (individuals and legal entities) and in line with the will of the legislator will be holistic, so as to be able to respond to each concrete situation. It already includes, without hierarchy, both traditional adjudication-based methods, such as state or arbitration proceedings, and amicable methods, such as judicial conciliation and mediation.

The question of what is or is not adequate to enable the parties to the conflict to resolve it depends on the analysis that can and must be made by the magistrate seized of the dispute in *each individual case*. Guiding the parties towards an appropriate resolution of their conflict represents a means of achieving a solution that is both effective and in line with their expectations and, philosophically speaking, with our conception of justice.

When it is advocated that amicable settlement has priority, as in the message introducing the Swiss Code of Civil Procedure (FF 2006 6860) or in the literature⁴¹, this is merely a presumption whose validity must be tested at the parties' orientation hearing in each individual case by the judge.

Today, each civil magistrate is called upon to dialogue with the parties and their counsel on the most appropriate approach, taking into account the following elements: conflict diagnosis, intervention plan, survey of the parties' willingness to negotiate, analysis of the level of escalation (or level of conflict) and information on mediation⁴². In this context, GEMME, its national sections and individual members can make their contribution by supporting three objectives with the relevant authorities, to help overcome the current situation:

- 1) Make this orientation an obligation for civil judges, whether in law, regulations or internal guidelines;
- 2) Provide all civil judges with initial and ongoing awareness-raising training (e.g. every 3 years), as recommended by the CEPEJ, with the possibility of using the program it has devised for each of these two stages;
- 3) Systematically collect statistics to measure the effectiveness of the system put in place⁴³ (without which it is impossible to know whether or not we have emerged from the current situation of stagnation) and to know:
 - a. The number or rate of referrals to judicial mediation, *i.e.*, those followed by an effective commitment by the parties to enter mediation;
 - b. The number or rate of Mediation Settlement Agreements, *i.e.*, processes leading to a global or partial settlement agreement, here again, the CEPEJ Toolbox can provide models.

41 See Thierry GARBY, *op. cit.*, note 23; Stephen B. GOLDBERG, *loc. cit.*, note 2.

42 See Appendix 1, point 1, of the Mediation awareness program for judges, drawn up jointly by GEMME and the CEPEJ, CEPEJ website, <https://rm.coe.int/cepej-2019-18-en-mediation-awareness-programme-for-judges/168099330b>.

43 *Idem* for conciliation. In several Swiss cantons conciliation statistics exist and are related with specified fields such as family litigation, labor litigation, rent and lease litigation, etc.

Access to amicable settlement is the counterpart to access to a fair trial. GEMME's role over the next decade, whether at European level or through its national sections, will be crucial in putting an end to the situation that prevails almost everywhere in the member states of the Council of Europe, with few exceptions: that of random access to amicable settlement, and particularly to judicial mediation, both in its extra- and intra-judicial forms. These uncertainties stem from the fact that parties are referred to mediation or not, depending on whether or not the magistrates hearing their case are aware and trained with mediation. Indeed, it is the magistrate handling the dispute who holds the key to free access to judiciary mediation! It is the magistrate who gives the impetus to the parties, and if he or she refers them to a permanent mediation office, the latter may supplement the information given at the hearing and usefully relieve the magistrate of the burden of choosing a mediator. It can never replace the magistrate as the initiator of the JRM, as it does not have the authority of a magistrate.

The three proposed objectives will put an end to the judicial lottery that has insidiously taken root as a result of this situation, for one or even several decades now, depending on the country. This situation must first be recognized by the judicial authorities if it is to be effectively combated, since it is contrary to the equal treatment of the parties as well as to the principles of quality and efficiency of Justice, which are dear to the CEPEJ and dear to all our hearts. Guiding the parties towards an appropriate settlement of their conflict thus represents a new challenge⁴⁴ for the civil judge and for GEMME over the next decade: amicable settlement has priority. Judges conduct and judge cases as long as these are not suitable for conciliation and mediation.

44 The other challenge is undoubtedly the introduction of artificial intelligence (AI) into judicial life. AI could help to eliminate the situations of delay bordering on denial of justice still encountered in several member countries of the Council of Europe, thus making judicial institutions more efficient than they are today. On the other hand, it could lead to the replacement of our civil law system by that of the common law, which would be a fatal blow to the identity and legal and judicial independence of continental Europe.

Capacidades institucionais e caminhos a serem percorridos para uma nova cena institucional democrática

BRUNO DE SÁ BARCELOS CAVACO¹

Sumário: 1. Protagonismo do Judiciário na cena contemporânea e judicialização da política. 2. Cena atual e ressignificação da separação de poderes. 3. O exame das capacidades institucionais. 4. Capacidades institucionais e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. 5. Perspectivas e expectativas.

1. PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO NA CENA CONTEMPORÂNEA E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Para fins de necessária contextualização, fundamental tecer algumas nodais linhas sobre o recrudescimento do papel do Judiciário nas sociedades contemporâneas.

Na trilha da derrocada dos ideais dos Estados Sociais e da deficiência das demais instâncias políticas em realizar suas atividades essenciais, vem-se atribuindo um papel peculiar ao Judiciário na implementação de uma espécie de democracia muito particular, mediante a judicialização da política.

Tal expressão ganhou delineamento a partir do paradigmático trabalho coordenado por Tate e Vallinder², intitulado *The Global Expansion of Judicial Power* (1995).

A judicialização da política perpassa todo o discurso jurídico do século XX e corporifica o coroamento de um movimento de reforço do papel do Judiciário (após a superação da fase autonomista do Direito Processual), devido à incapacidade de as instituições majoritárias darem provimento às demandas sociais e à conseqüente busca destas perante o Estado-Juiz.

Tal fenômeno de escala global, marcado pela transferência de poder das instâncias políticas representativas para os tribunais, vem se dando em inúmeros países desde o final da Segunda Guerra Mundial, em ondas associadas a processos de democratização.

As modalidades de transferência são várias, desde a adoção de constituições analíticas e generosas no catálogo de direitos, passando pela criação de tribunais de extração constitucional, pela ampliação do acesso à Justiça a interesses metaindividuais, até os impactos da assinatura de tratados internacionais sobre os ordenamentos jurídicos nacionais.

Em termos mais específicos, a judicialização da política tem reconfigurado a face da democracia representativa em duas dimensões principais, quais sejam: a fiscalização abstrato-normativa de leis em sentido estrito e de atos emanados do Executivo, e, principalmente, a fraturante interferência dos tribunais no estabelecimento e condução governamental de políticas públicas.

1 Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mestre e Doutorando em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Coordenador da Pós-Graduação de Políticas Públicas e Tutela Coletiva da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (FEMPERJ). Professor da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Processo Civil do Centro Profissional de Educação a Distância (CEPED) da UERJ. Professor da Graduação da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Membro efetivo do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) e da Associação Internacional de Promotores (IAP). bruno.cavaco@mprj.mp.br.

2 TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

Percebe-se, nesse contexto, a tentativa de arranjos e rearranjos institucionais preordenados à delimitação dos espaços dos diversos sistemas (político, jurídico e econômico), em um subjacente contexto de interferências recíprocas e, precipuamente, da crise de representação.

Aqui, vale dizer, já se enuncia o cerne do presente ensaio, qual seja, o argumento das capacidades institucionais como percurso necessário para a equalização de conflitos interinstitucionais na contemporaneidade.

Pois bem.

Volviendo ao tema, em precisa radiografia dos tempos modernos, Garapon³ constata a judicialização das relações sociais em nossa época, ao afirmar que os juízes são cada vez mais instados a se manifestar em uma variadíssima gama de setores da vida social.

Contudo, o Judiciário não pode ser a solução mágica para os problemas dos fracassos e insuficiências de políticas públicas. Aliás, em determinadas circunstâncias, corre-se o risco de “criar” cidadãos de segunda classe (despolitização da sociedade), os quais, em vez de reivindicarem seus direitos no campo da política, apostam no paternalismo jurisdicista.

Nessa senda, mesmo diante de inequívoca ineficiência estrutural, não se pode olvidar que a crise de legitimação estatal, a acoirar fundamentalmente os países periféricos, coloca o Judiciário em papel de proeminência, ocupando espaços contramajoritários e conferindo concretude aos direitos fundamentais não observados pelas demais instâncias políticas⁴.

Marcado por um déficit histórico e premido pela assunção de uma cultura constitucional tardia, observa-se, em âmbito nacional, a utilização *correntia* da judicialização, com vistas à implementação de direitos fundamentais (o que, na forma do modelo de 1988, pode conduzir à judicialização da política como expressão e possibilidade de correção de nosso histórico déficit democrático).

Nada mais do que um dos vários sintomas inseridos em uma patológica moldura de quase colapso das instituições brasileiras.

De acordo com Campilongo⁵, a representação política está em crise⁶.

3 Nas precisas palavras do autor francês, “[...] o controle crescente da justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos deste final do século XX. Nada mais pode escapar ao controle do juiz. As últimas décadas viram o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando e afirmando, cada dia um pouco mais, sua autoridade. Os juízes são chamados a se manifestar em um número de setores da vida social cada dia mais extenso” (GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: O guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 24).

4 Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, passim.

5 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, passim.

6 Em sentido contrário, a partir de uma visão sociológica sobre o tema, ver: POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?: Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Para a autora, com esteio em profundo estudo empírico: “[...] as falsas premissas do silogismo da judicialização não resistem ao teste dos fatos. Para concluir-se que a política é judicializada, o STF é ativista e o Legislativo encontra-se enfraquecido, faz-se necessário olhar não apenas para o volume de ações impetradas, mas também para os resultados daquelas efetivamente decididas pelo STF. Como ele decide as ações contra normas promulgadas pelo Legislativo? E como ele as decide no mérito, e não apenas liminarmente, de modo a efetivamente limitar a expressão da vontade majoritária? Essas perguntas ainda não foram respondidas pela literatura sobre judicialização, assim como não o foram outras igualmente relevantes para uma defesa minimante consistente do argumento de que há algum tipo de retração do Legislativo, seja na origem, seja nos efeitos do processo de judicialização. É possível comprovar empiricamente a existência de um vazio normativo no Congresso Nacional a respeito daqueles temas nos quais o STF é chamado a decidir no controle abstrato de constitucionalidade? E essas decisões tendem a refrear a produção legislativa, permitindo ao Congresso que o STF substitua sua vontade pela dele? Seriam muitas as questões a serem respondidas para que se pudesse operar a passagem da premissa que se apóia no grande volume de ADIs impetradas no STF para a conclusão de que o Congresso legisla pouco e mal.

Apesar de o sistema político desempenhar hoje uma função específica, as demais expectativas criadas no plano da sociedade redundaram em eloquente fracasso, notadamente pela infactibilidade de se decidir no presente como será o futuro.

Persiste uma ingênua convicção na capacidade prestigiadora do sistema político, determinante da crise da representação hodierna. Essa ambição totalizante do sistema político invariavelmente deságua em frustrações. Para os fracassos, encontram-se desculpas simplórias, sem que se discutam politicamente os limites do sistema político.

A ausência de representatividade política adequada conduz a outra falácia, a eventual capacidade do mercado para decidir, substituindo os mecanismos de escolha coletiva. Sai a política e entra a economia, transferindo-se para o sistema econômico os malogros do sistema político.

No espaço legislativo, assiste-se a uma democracia representativa em crise e a um parlamento sem agenda. Por seu turno, o Executivo não promove as políticas públicas necessárias para a garantia dos direitos fundamentais⁷.

Lord Woolf⁸, durante a reforma inglesa de 1988, a qual flertou com o *civil law*, asseverou que um enorme numerário financeiro era usado pelo sistema judicial para a resolução de um contencioso decorrente do não cumprimento de direitos fundamentais sociais, e que seria melhor direcionar esses valores no gasto e asseguramento de políticas públicas de saúde, habitação, e aos quais se poderiam agregar, no Brasil, inúmeros outros direitos fundamentais não assegurados minimamente a nossos cidadãos, geradores de milhões em nosso sistema judiciário.

Barroso⁹ afirma, nesse passo, que a concretização da democracia não se perfaz tão somente com a observância estrita do princípio majoritário, mas também e, fundamentalmente, com a efetivação dos direitos fundamentais proclamados na tessitura constitucional.

Nesse diapasão, atribui-se aos direitos fundamentais (teorização adequada dos direitos fundamentais) uma dúplice função, qual seja, de integração dos indivíduos no processo político-comunitário, e de ampliação do chamado espaço público.

Testemunha-se, nessa vereda, uma criação progressiva de uma nova arena pública em torno do Poder Judiciário, externa ao circuito clássico sociedade civil-partidos-representação-formação da vontade majoritária, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular.

Cada vez mais, o Judiciário é instado a se manifestar sobre questões que extrapolam a arena estritamente legal, sendo obrigado a se posicionar sobre a intimidade e a vida privada das pessoas.

O limitado repertório de casos que usualmente acompanham os libelos que associam a expansão do poder judicial do STF à retração da capacidade de representação do Legislativo também não é, de nenhum modo, suficiente para conferir lógica ao falaz silogismo da judicialização. Ademais, tais casos já mencionados consistem naquilo que, em Estatística, denomina-se *outliers*, isto é, registros que se desviam significativamente do restante dos dados componentes de uma amostra" (idem, *ibidem*, p. 7-8). Mais à frente, a partir da experiência brasileira, nomeadamente com esteio na atividade judicante do Pretório Excelso, Pogrebinski afirma que a judicialização nacional acaba por fortalecer a representação, *in verbis*: "[...] desde 1988 o STF vem exercendo sua função contramajoritária de modo bastante parcimonioso e, mais do que isso, vem contribuindo, no exercício do controle de constitucionalidade, para o fortalecimento da vontade majoritária expressa pelas instituições representativas, isto é, pelos Poderes Legislativo e Executivo, ajustadas as premissas, tem-se como conclusão do silogismo da judicialização o fortalecimento da representação" (idem, *ibidem*, p. 9).

7 Cf. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 13.

8 WOOLF, Harry. *Civil Justice in the United Kingdom*. In: *The American Journal of Comparative Law*, p. 709-736, 1997.

9 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. V. 3. São Paulo: Saraiva, 1996, *passim*.

No paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, ter acesso aos direitos não significa apenas ser livre contra os abusos do poder, nem recebê-los segundo uma concepção alheia de bem-estar (multiculturalismo das sociedades pós-modernas e o conseqüente dissenso racional acerca dos *standards* mínimos dos valores fundamentais¹⁰).

Sob outro giro, não se pode negar que a desneutralização¹¹, a emergência de seu ativismo e, sobretudo, a judicialização da política são processos afirmativos do Judiciário, em escala mundial, compreendendo tanto os sistemas de *commom law* como os de *civil law* (de todo modo, mister assinalar uma irreversível tendência no cenário globalizado de uma interpenetração entre os sistemas de *civil law* e *common law*¹²).

Segundo Vianna¹³, o Judiciário abandona o seu canto neutro e se identifica com a preservação dos valores universais em uma sociedade que cada vez menos se reconhece no seu Estado, em seus partidos e no seu sistema de representação.

Para Zaffaroni¹⁴, o limite entre o político e o judicial não pode ser definido formalmente no Estado Moderno. A Justiça moderna não pode ser apolítica, mesmo porque é inarredável o reconhecimento de que o Poder Judiciário é governo.

A definição do Judiciário, por isso, não pode ser estabelecida na “[...] afirmação de que não estabelece regras *erga omnes*, de que não é colegislador”, porquanto a realidade tem demonstrado que não lhe resta, às vezes, outro recurso do que o ser.

Nesse mesmo sentido, Pogrebinschi¹⁵ ressalta que o conceito de representação política deve ser alargado, de modo a abranger as Cortes Constitucionais, que não podem, afinal, deixar de ser reconhecidas como instituições políticas.

A análise empírica aqui cederá lugar a uma argumentação normativa, que, por meio de uma discussão dos conceitos de delegação, legitimidade e *accountability*, buscará defender que o que se chama de judicialização pode vir a ser encarado como representação.

Trata-se de ampliar a representação política como expressão da vontade majoritária, concebendo novos arranjos institucionais para a sua vocalização.

Especificamente sobre o tema, afigura-se imperiosa a advertência veiculada pelo multicitado mestre Cappelletti¹⁶, no sentido de que não se pode apostar em uma *República de Juizes* (Juristocracia).

A criatividade da função jurisdicional pressupõe desvendar a seguinte questão: o Juiz é mero intérprete-aplicador do Direito ou participa, *lato sensu*, da atividade legislativa, de criação do Direito?

10 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: Ensaio filosófico*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 290.

11 Sobre a desconstrução do mito da neutralidade do juiz e do processo no que toca à construção do Direito do caso concreto, v. SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 26 e ss., e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 19.

12 Cf. TROCKER, Nicolò. *La formazione del Diritto Processuale europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2012, passim.

13 VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, passim.

14 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: Crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, passim.

15 POGREBINSCHI, Thamy, op. cit., p. 11.

16 CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 36-39.

Pouco importa, segundo se sustenta, se há diferenciação ontológica entre interpretação e criação do Direito¹⁷. O verdadeiro problema está no grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do Direito pelos Tribunais.

Sustenta, ainda, o “Mestre de Florença”, que, na tarefa de criar a lei, o juiz não detém total liberdade para a interpretação, pois o sistema jurídico estabelece certos limites à liberdade judicial, que tanto podem ser limites processuais quanto substanciais.

Não há oposição entre as duas atividades, já que o processo de criação ocorre em função da necessidade de preencher as lacunas resultantes do processo legislativo, o que é feito por meio da interpretação. A norma do caso concreto, como cediço, somente se perfaz mediante a integração erigida pelo processo hermenêutico.

A questão, frise-se, está no grau de criatividade, modos, limites e aceitabilidade da criação. O grau de criatividade é maior quando a decisão do juiz está baseada na equidade, e menor quando julga e interpreta argumentando em alguma lei ou precedente.

Porém, em ambos os casos, a atividade do juiz se assemelha à do legislador, visto que este também não é totalmente livre, pois tem na Constituição ou nas decisões judiciais a limitação de sua liberdade¹⁸.

A dúvida levantada por Cappelletti é se essa concepção de juiz-legislador não minaria a ideia fundamental da separação dos poderes, ameaçando a democracia e conduzindo ao Estado totalitário.

Nessa perspectiva, Calmon de Passos¹⁹ mergulha fundo nas mazelas do fenômeno em questão, assentando que a “[...] juridificação das relações sociais e a judicialização de sua aplicação, sem a democratização da sociedade, mascara um retrocesso assustador”²⁰.

-
- 17 Cf. PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 16.
- 18 Mesmo tendo como pano de fundo a seara penal, as ideias desenvolvidas sob a ótica do sistema constitucional podem ser transpostas para a hipótese em comento. Nesse passo, o eminente penalista constrói didática metáfora ao desenhar os espaços de conformação legiferante deixados pelo constituinte originário ao legislador derivado, comparando-os aos sinais verde, amarelo e vermelho, a depender do exaurimento do tratamento da matéria de natureza constitucional (Cf. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal*: Garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, passim).
- 19 Como fundamento para tanto, destaca Calmon de Passos que “[...] todo ato de aplicação do direito tem uma dimensão de criação do direito. Mas esse espaço jamais pode significar que a decisão a nível micro deslegítima, desatenda ou inviabilize os objetivos postos a nível macro. Se formos rigorosos no atentar para os fatos, veremos que pouco vale teorizar sobre a supremacia do povo, como titular do poder constituinte ou de seus representantes, os legisladores, ou dos administradores e julgadores. Constituição, leis, decretos, contratos são textos, linguagem, sempre impotente, por si só, para interferir na realidade, na crueza dos fatos. Se quisermos ser fiéis à realidade, devemos concluir que ‘direito’, em termos socialmente operantes, é apenas aquele que o detentor do monopólio do uso legítimo da força diz que é direito e assegura a efetividade de sua decisão. Impensável e ideologicamente perverso imaginar o magistrado como um agente político vocacionado para se contrapor ao poder político e ao poder econômico ou conformá-los. Parece, portanto, que há um dilema intransponível ou impossível de solução a se pretender dar ao magistrado o poder de submeter o poder político e o econômico. O magistrado desempenha sempre o papel que lhe é adequado em função de como se organiza politicamente a sociedade e do processo de produção que foi institucionalizado. O Poder Judiciário só pode atuar a nível micro e nestes termos seu agir se assemelha à esmola que antigamente se dava, toda sexta ou sábado, não me lembro bem, aos mendigos que batiam a nossa porta: um pãozinho de Santo Antonio e uma xícara de farinha. Engana a fome, mas não elimina a mendicância. O que há de grave no ativismo judicial é que ele dá a esmola não desfalcando seu patrimônio, mas o do povo brasileiro, porquanto, penalizando a empresa, ou a inviabiliza ou ela transfere o ônus para o consumidor; e penalizando o Estado, penaliza o contribuinte, que é dele o dinheiro que diz público e que por isso mesmo é descuidado às vezes criminosamente”. (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Revisitando o Direito, o poder, a justiça e o processo*: Reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 63-64).
- 20 Nesse sentido, são válidas as advertências de Streck, no que pertine à construção de condições de possibilidade preor-

Em igual direção, temendo a despolitização da sociedade, Garapon²¹ diagnostica que a brutal aceleração da expansão jurídica nesse quartel de século não é conjuntural, mas ligada à própria dinâmica hodierna das sociedades democráticas.

Uma verdadeira derrubada do homem democrático, inevitavelmente desencantado após um quádruplo desabamento experimentado na pós-modernidade: político, simbólico, psíquico e normativo.

Em outro enfoque, no Estado de Bem-Estar Social, cabe ao governo providenciar a execução de leis que garantam os novos direitos, inclusive os sociais, difusos e coletivos. Quanto mais abstrata for a legislação, mais espaço terão os juízes para interpretá-la.

Essa mudança de comportamento dos juízes corresponde à própria mudança do Estado Moderno (Bem-Estar Social) e ao papel desempenhado pelo Direito.

Esse Estado assumiu cada vez mais compromissos – ao invés de deixar tudo nas mãos do mercado – e interveio drasticamente na vida social, necessitando, para isto, de uma forte produção legislativa e de uma máquina administrativa e burocrática ampla o suficiente para realizar tais tarefas.

Nesse sentido, ao tentar explicar a judicialização sob uma perspectiva mais teórica, Santos²² associa a expansão do Direito nas sociedades contemporâneas à crise do Estado-Providência, observada nos países centrais do capitalismo, a partir do final da década de 1970.

O eminente professor lusitano arrola alguns fatores que corporificaram tal crise, quais sejam: (i) Incapacidade financeira de o Estado atender às despesas sempre crescentes da previdência estatal; (ii) Criação de enormes burocracias com elevado nível de ineficiência; (iii) Clientelização e normalização dos cidadãos; (iv) Revoluções tecnológicas que imprimiram significativas alterações nos sistemas produtivos e na regulação do trabalho; (iv) Difusão do modelo neoliberal; (v) Proeminência das agências financeiras internacionais (Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional – FMI); e (vi) Globalização da economia.

Em outra vereda, a crise que se abatera sobre o *Welfare State* causou impactos profundos sobre o sistema jurídico, a atividade dos Tribunais e o significado sociopolítico do poder judicial nos países ditos desenvolvidos.

denadas à evitação de arbitrariedades. Em sendo assim, o professor da UNISINOS pontifica que: “[...] se é inexorável que, a partir do segundo pós-guerra, diminui o espaço de liberdade de conformação do legislador em favor do controle contramajoritário feito a partir da jurisdição constitucional, é exatamente por isso que devem ser construídas as condições de possibilidade para evitar discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos, ou seja, o constitucionalismo destes tempos pós-positivistas assenta seus pilares no novo paradigma linguístico-filosófico, superando qualquer possibilidade de modelos interpretativos (se se quiser, hermenêuticos) sustentados no esquema sujeito-objeto” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 393).

21 Contextualizando o tema, o eminente magistrado francês afirma que “[...] essa reviravolta judiciária da vida política – primeiro fenômeno – vê na justiça o último refúgio de um ideal democrático desencantado. O ativismo judiciário, de que ele é o sintoma mais aparente, é apenas uma peça de um mecanismo mais complexo, que necessita de outras engrenagens, como o enfraquecimento do Estado, o progresso da sociedade civil e, logicamente, a força da mídia. Os juízes só podem assumir tal posição se encontrarem uma nova visão política, pois aparentemente ela não se satisfaz mais com as instâncias políticas tradicionais. Sua linguagem é a do direito – dos direitos do homem na Europa, dos direitos das minorias na América –, e a sua gramática, o processo. O enfraquecimento do Estado é apenas a consequência da globalização da economia: o mercado, ao mesmo tempo em que despreza o poder tutelar do Estado, multiplica a recorrência ao jurídico. Esse movimento duplo – fluxo do direito e refluxo do Estado – é facilmente percebido e, de resto, seria ele assim tão novo?” (GARAPON, Antoine, op. cit., p. 26.).

22 SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, José. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo: ANPOCS, n. 30, 1996. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm. Acesso em: 9 nov. 2015.

Dentre tais impactos, destaca-se (i) A sobrejuridificação²³ das práticas sociais, ao lado (ii) da explosão da litigiosidade; (iii) Complexificação dos litígios; (iv) Aumento das desigualdades sociais e enfraquecimento dos movimentos sociais; (v) Crise da representação política tradicional (sistema partidário e representação política).

Nessa nova realidade – gigantismo estatal, legislativo, administrativo e burocrático –, aumentaram as funções e a responsabilidade dos juízes, sendo que a Justiça constitucional, especialmente na forma do controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade.

O Judiciário, portanto, se vê premido em uma esquina com duas opções, quais sejam: a) Permanecer fiel à concepção tradicional do século XVIII, dos limites da função jurisdicional; b) Elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador e o administrador.

Dito isso, a ideia de constituição, fruto da engenharia política liberal-burguesa do século XIX, foi pensada como centro emanador do ordenamento jurídico.

O Direito Constitucional principiou o século XX como sinônimo de segurança e legitimidade.

Ocorre que, a par do triunfo da democracia liberal, adverte Cittadino²⁴ que a sociedade convive, paradoxalmente, com o fim da utopia igualitária, com as constantes violações de direitos humanos, com o sentimento de vazio associado a uma compreensão da política, enquanto mera estratégia de engenharia social, com as concepções de Estado Mínimo e de mercado concorrencial, que agravam a sensação de desamparo e fragilidade.

Consoante as percucientes lições de Santos²⁵, as promessas emancipatórias que ladearam a formação dos Estados Democráticos nunca passaram de fantasia jurídica.

Os centros de dominação estatal apenas trocaram suas vestes, agora trajando um modelo individualista e administrativo, além de ancorados em um pseudodiscurso de igualdade.

Em outra medida, a normatividade constitucional, que consolida a eficácia ao sistema do *judicial review*²⁶, amplia, em decorrência, o espectro dos sujeitos institucionais na comunidade de intérpretes, como direito à participação no controle da constitucionalidade das leis²⁷.

23 Segundo Boaventura de Sousa Santos, o instrumentalismo jurídico observado no Estado-Providência traduz-se “[...] em sucessivas explosões legislativas e conseqüentemente, numa sobrejuridificação da realidade social, que põe fim à coerência e à unidade do sistema jurídico. Surge um caos normativo, que torna problemática a vigência do princípio da legalidade e impossível a aplicação da subsunção lógica” (idem, *ibidem*, p. 1).

24 CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FABERJ, 2002.

25 Em passagem emblemática, Boaventura de Sousa Santos afirma que: “[...] somos herdeiros das promessas da modernidade e, muito embora as promessas tenham sido auspiciosas e grandiloquentes (liberdade, igualdade, fraternidade), temos acumulado um espólio de dívidas. Cada vez mais e de forma mais insidiosa, temos convivido no interior de Estados Democráticos clivados por sociedades fascizantes em que os índices de desenvolvimento são acompanhados por indicadores gritantes de desigualdade, exclusão social e degradação ecológica. Utilizando a expressão de Warat, a promessa de igualdade nunca passou de uma fantasia jurídica. ‘Uma nova forma de hierarquia se estabelece, desta maneira, sob a forma de uma sociedade individualista e administrativa. Se todos se tornam juridicamente iguais, eles vêm a ser igualmente dominados por uma instância que lhes é superior. A uniformidade, a igualização e a homogeneização dos indivíduos facilita o exercício do poder absoluto em vez de impedi-lo’” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2008, p. 6).

26 Segundo Zaneti Júnior, “[...] na configuração constitucional que se estabeleceu no Brasil, em razão da sua tradição jurídica e da prática do *judicial review* frente ao permissivo constitucional do pleito civil *lato sensu*, tem institucionalizado, no Poder Judiciário, território privilegiado da democracia participativa e garantido o acesso do cidadão e dos corpos da sociedade civil à prática democrática”. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 132).

27 Cf. HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista*

Uma nova formatação institucional possibilita, através da procedimentalização da aplicação do Direito, a criação de outros *loci*, ainda que embrionários, de manifestação da esfera pública, com capacidade de atuação sobre o poder político, conectando o cidadão e suas associações com o Poder Judiciário.

Nesse exato sentido, Carcova²⁸ delinea a função do Judiciário nos países periféricos do capitalismo internacional, os quais ele nomina de “novas democracias”.

Tais sociedades em desenvolvimento, como o Brasil, ostentam, como cediço, grave déficit democrático, cabendo ao Direito e, precipuamente, ao Judiciário, o balizamento de um processo de ressignificação de práticas, normas e instituições, aptas a suplantar a cultura do autoritarismo, em direção à construção de um imaginário democrático.

Portanto, nessa quadra histórica, a ficção kantiana do sujeito pré-político dá lugar agora à intersubjetividade habermasiana²⁹, construída sob o fluxo da comunicação discursivo-linguística.

Ou seja, o sujeito racional e solitário está morto. É pela via da intersubjetividade que se regressa ao mundo da ética, do Direito e da política.

Esse novo *locus* da esfera pública, erigido em torno do Direito, de suas instituições e procedimentos (clara concepção habermasiana), estaria mobilizando formas e mecanismos de representação funcional, como o Poder Judiciário, Ministério Público, sindicalismo, vida associativa, sem a pretensão de concorrer com o sistema de representação política.

O incontestado delineamento de uma complementariedade entre as representações política e funcional, mirando a compensação do déficit democrático, é o que reforça a ideia de compartilhamento da jurisdição, pluralismo jurídico e ampliação dos espaços de emanação da processualidade.

Tais representações formam a noção de soberania complexa³⁰, a qual amplia a influência da sociedade no processo político, aproximando-se o corpo social de um esperado protagonismo no processo decisório estatal.

Em outras palavras, a autoinstituição do social pelos caminhos institucionalmente disponíveis, entre os quais e não somente os da democracia representativa.

Em sendo assim, a partir da radiografia minudenciada, não se verifica uma migração linear do lugar da democracia para o da Justiça, mas da sua ampliação pela generalização da representação, que pode ser ativada, tanto pela cidadania política nas instituições clássicas quanto pela cidadania social.

Em singelo e parcial arremate, concorda-se com Picardi³¹, no sentido de que a ampliação do âmbito da jurisdição (uma vez constatado que, no nosso tempo, o pêndulo³² se orientou

e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

28 CÁRCOVA, Carlos Maria. Los jueces en la encrucijada. Entre el decisionismo y la hermenéutica controlada. In: _____ (org.). *Derecho, política y magistratura*. Buenos Aires: Ed. Biblos, 1996, p. 135-149.

29 Habermas busca ultrapassar o paradigma kantiano da subjetividade por um modelo dialógico e argumentativo, no contexto de uma filosofia da comunicação baseada no viés linguístico, a transição da reflexão monológica para o diálogo (HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 3).

30 Cf. ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito*. V. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 320-332.

31 PICARDI, Nicola, op. cit., p. 9.

32 Em feliz passagem, Didier Jr. assevera que: “[...] a história do pensamento jurídico costuma-se desenvolver-se em movimento pendular: essas transformações puxam para um lado; as críticas, para o outro. No final do ‘cabo de guerra’, chega-se ao equilíbrio” (DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 163).

em tal sentido) não parece hoje apenas conjuntural, seja porque deita suas raízes, como se disse, na passagem do Estado Liberal Clássico para o Estado Social de Direito, seja pela extensão e profundidade do fenômeno.

Afinal de contas, entre outros fatores, não se pode tergiversar sobre a prevalência do neopositivismo³³, a par de sua vagueza semântica, como apertada síntese do pensamento jurídico contemporâneo, cujo tripé se apóia no: (i) Reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos; (ii) Desenvolvimento da técnica legislativa das cláusulas gerais e, o que interesse precisamente ao presente item, (iii) Redefinição do papel da jurisprudência como fonte do Direito³⁴.

Nessa senda, partindo-se do caráter indubitavelmente criativo da interpretação, revela-se de assaz inocuidade lutar contra a força normativa subjacente ao sistema do *judge make the law*. Não há como fugir: quem interpreta atribui sentido, não apenas reconhece um sentido já existente^{35 36}.

Em *terrae brasilis*, tal caráter se acentua, considerando o hibridismo do controle constitucional brasileiro, em que se miscigenizam traços e expressões próprios do controle concreto de constitucionalidade haurido sob a experiência norte-americana, bem como do controle concentrado austríaco, o que acaba por colocar o Brasil em uma incontestada posição de vanguarda no cenário internacional, em se tratando da amplitude e possibilidades subjacentes ao controle de constitucionalidade³⁷.

2. CENA ATUAL E RESSIGNIFICAÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Por ocasião de seu discurso de posse³⁸ na Presidência do Supremo Tribunal Federal, o eminente Ministro Luiz Fux bem alertou que:

Assistimos, cotidianamente, o Poder Judiciário ser instado a decidir questões para as quais não dispõe de capacidade institucional. Mais ainda, a cláusula pétreia de que nenhuma lesão ou ameaça deva escapar à apreciação judicial, erigiu uma zona de conforto para os agentes políticos. Em consequência, alguns grupos de poder que não desejam arcar com as consequências de suas próprias decisões acabam por permitir a transferência voluntária e prematura de conflitos de natureza política para o Poder Judiciário, instando os juízes a plasmarem provimentos judiciais sobre temas que demandam debate em outras arenas. (2020, p. 10-11).

33 Cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020, p. 78 e ss.

34 DIDIER JR., Fredie, op. cit., p. 160.

35 Cf. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 131.

36 Acerca da incidibilidade entre interpretação e aplicação, Streck estabelece que “[...] o texto não existe em uma espécie de ‘textitude’ metafísica; o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da faticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação. Salta-se do fundamental para o compreender (e, portanto, aplicar). Aqui, a importância da diferença ontológica entre texto e norma, que é, pois, a enunciação do texto, aquilo que dele se diz, isto é, o seu sentido (aquilo dentro do qual o significado pode se dar), que exatamente representa a ruptura dos paradigmas objetivista-aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência). Trata-se, enfim, da superação dos dualismos que caracterizam o pensamento metafísico” (STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 227).

37 Para uma detalhada e profunda abordagem sobre tal fenômeno, confira-se ZANETI JÚNIOR, Hermes, op. cit., p. 5-61.

38 Discurso do Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Fux, por ocasião da posse no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 10 set. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoPosseFux.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2021.

A passagem em destaque descortina uma sintomática esquizofrenia dos tempos atuais. Parte-se de uma manifesta e redutora incompreensão da dinâmica interinstitucional forjada atualmente na pós-modernidade.

Ainda vicejam anacrônicas vozes que procuram ripristinar de atualidade uma compreensão da concepção estática e arcaica da tripartição de poderes, que há muito não se compadece com a intensa complexidade hodierna³⁹.

Muito embora já se reconheça um caráter fluido e dinâmico subjacente ao desenho institucional da separação de poderes – o qual aponta para atribuições preferenciais e não exclusivas de funções –, ainda sobrelevam-se remissões genéricas e ocas ao aludido princípio⁴⁰.

O Princípio da Separação de Poderes, como cediço, foi incorporado ao discurso jurídico pelo célebre art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e, desde então, se tornou um elemento onipresente nos Estados Modernos.

A Constituição da República de 1988 albergou-o em seu art. 2º, protegendo-o, inclusive, com o *status* de cláusula pétreia.

Em termos genéricos, o Princípio da Separação dos Poderes impõe a decomposição do poder político em múltiplos órgãos estatais, titularizado por diferentes atores, fundamentando-se na ideia simples, porém poderosa, de que sua concentração favorece o arbítrio⁴¹.

Portanto, no modelo idealizado e oitocentista de separação de poderes, juízes não criam o direito, mas se limitam a aplicar a Constituição e as leis, que são obras de agentes políticos eleitos para esse fim.

Porém, na complexidade das sociedades contemporâneas, com seu pluralismo, diversidade e velocidade das transformações, nem sempre é assim. Para muitas situações da vida, inexistente uma clara e prévia decisão política do constituinte ou do legislador, definindo a solução a ser adotada.

Quando isso ocorre, é o próprio juiz que tem que elaborá-la, o que o torna um coparticipante do processo de criação do direito. Nesse caso, a linha divisória entre a política e o direito deixa de ser nítida, pois essa função criativa do juiz sempre terá uma natureza política⁴².

39 Em tempos de intensa polarização político-partidária, a desinformação sobre as regras do jogo democrático se perfaz em paradoxal combustível para a vulneração do próprio Estado Democrático de Direito e seus pilares fundamentais. Nessa vereda, na trilha do Min. Luís Roberto Barroso, mister assentar que: “Direito e política são coisas diferentes. Essa é uma distinção essencial para a democracia. A política é feita de vontade, da vontade da maioria. O direito é o domínio da razão, da razão pública, que se projeta na Constituição e nas leis. Às supremas cortes e tribunais constitucionais de todo o mundo – e ao Supremo Tribunal Federal no Brasil – cabe, acima de tudo, a interpretação da Constituição, que é a expressão maior da vontade popular, manifestada no momento de fundação ou refundação de uma nação. Em teoria, interpretar a Constituição é bem diferente de tomar decisões políticas. Na prática, porém, a interpretação não é uma atividade puramente técnica e mecânica, na qual a vontade e as convicções do agente não façam qualquer diferença. A valoração dos fatos e a atribuição de sentido às palavras da lei sempre envolverão uma dose de subjetividade. Como consequência, sempre haverá, ainda que residualmente, um traço político nas decisões de um tribunal constitucional. Por essa razão, a linha divisória entre direito e política nem sempre é nítida e certamente não é fixa” (BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênica*: Um olhar sobre o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 196-197).

40 Cf. FONTE, Felipe de Melo. Desenho institucional e políticas públicas: Alguns parâmetros gerais para a atuação judicial. In: *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, nº 64, 2009, p. 55-79.

41 A doutrina da separação dos poderes teve sua consagração na obra clássica de Montesquieu. Em *Do espírito das leis*, o autor francês asseverou que não seria possível a existência de liberdade se o poder estivesse nas mãos de um só indivíduo, já que o poder seria ilimitado e tenderia o homem ao abuso. E, por isso, o exercício das atividades estatais deveria ser dividido entre três Poderes, de modo a formar um repouso ou uma inação (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 173).

42 Cf. BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 198.

Nesse processo de normatização crescente da vida social⁴³, passamos a assistir ao crescimento das contradições entre pautas normativas não solúveis. A complexidade da regulação faz as prescrições serem mais abertas e menos precisas (com o reconhecimento da força normativa dos princípios e o desenvolvimento da técnica legislativa das cláusulas gerais).

Como dito alhures, avultam-se tentativas de arranjos e rearranjos institucionais preordenados à delimitação dos espaços dos diversos sistemas (político, jurídico e econômico), em um subjacente contexto de interferências recíprocas e, precipuamente, da crise de representação política⁴⁴.

Com efeito, parte-se da premissa de que há uma crise do paradigma da separação de poderes com seus contornos originais. O Princípio da Separação de Poderes, a toda evidência, continua sendo de fundamental importância para o Estado Democrático de Direito e suas inúmeras e diversas funções.

Porém, como as circunstâncias históricas e teóricas que o rodeiam não são as mesmas e os ideais que se pretende alcançar são distintos, não resta outro caminho senão o de se concluir pela imperiosa ressignificação do Princípio da Separação dos Poderes.

As múltiplas e complexas necessidades da multifacetada e plural sociedade do século XXI impõem que o Estado contemporâneo assuma responsabilidades nunca antes cogitadas.

Destarte, a releitura do Princípio da Separação de Poderes não deve levar em consideração a pretensa noção de exclusividade que orbitava na tradição liberal em relação ao exercício das funções estatais.

A propósito, Piçarra⁴⁵ sustenta que a nova configuração do Princípio da Separação de Poderes implica o esgotamento da ideia de universalidade e atemporalidade da tripartição clássica das funções do Estado, tendo em vista uma progressiva diminuição de fronteiras, a relatividade dos critérios de caracterização material e de distinção entre elas.

Em igual direção, Ackerman⁴⁶ pontifica que a nova face da separação de poderes deve ser encarada a partir da perspectiva da especialização das funções de cada instituição, de acordo com sua *expertise* técnica (racionalização e eficiência).

A referida premissa se aproxima da denominada *virada institucional*, enunciada por Sunstein e Vermeule⁴⁷, a partir de que se entende que o problema da legitimidade decisória não mais se resume à teoria normativo-interpretativa.

Por muito tempo, os autores se restringiram a debater democracia e legitimidade numa esfera demasiadamente abstrata, e ignoraram questões práticas e relações institucionais determinantes para o resultado cognoscível desejável.

43 Nas precisas palavras do autor francês, “[...] o controle crescente da justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos deste final do século XX. Nada mais pode escapar ao controle do juiz. As últimas décadas viram o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando e afirmando, cada dia um pouco mais, sua autoridade. Os juízes são chamados a se manifestar em um número de setores da vida social cada dia mais extenso” (GARAPON, Antoine, op. cit., p. 24).

44 Tais claudicantes e assimétricos movimentos de reacomodação institucional forjaram a edição da Lei n. 13.655/2018, o que será mais adiante explorado.

45 PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra editora, 1988, p. 264.

46 ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 114.

47 O tema ganha especial relevância com: SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. In: *Michigan Law Review*, v. 101, p. 885-951, fev. 2003.

3. O EXAME DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

A aludida *virada institucional*⁴⁸ pode ser sintetizada na ideia de serem insuficientes as técnicas de interpretação do Direito que não considerem os efeitos sistêmicos e a capacidade institucional do órgão responsável pela decisão⁴⁹.

Apesar de a preocupação institucional já fazer parte da agenda de outros teóricos, é razoável afirmar que o tema ganhou voz com o artigo de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, publicado em 2003, intitulado “Interpretation and institutions”⁵⁰.

Tal movimento contemporâneo, que possui adeptos e críticos, é chamado de Teoria das Capacidades Institucionais. O tema tem ocupado grande espaço na doutrina jurídico-político norte-americana e, mais recentemente, na brasileira. Esse debate dedica-se à necessidade de releitura do papel das instituições na revisão constitucional.

Dessa forma, o foco das questões relativas à interpretação jurídica deixa de ser *como a norma deve ser interpretada* para ser *quem deve interpretar*. Ou seja, a interpretação ideal é pautada, mais na instituição concretamente, do que na leviana tentativa de desvendar uma teoria aplicável abstratamente.

A capacidade institucional envolve habilidades e limitações de cada instituição para o exercício de suas funções em um cenário específico⁵¹.

É tida como uma teoria hermenêutica que tenta fornecer critérios de comportamento judicial, a partir da observação do arranjo institucional estabelecido pela própria Constituição.

48 Essencial trazer as palavras de André Cyrino. Confira-se: “A proposta da virada institucional é a de que as estratégias interpretativas devam levar em consideração a capacidade da instituição responsável pela tomada de decisão” (CYRINO, André Rodrigues. *Direito Constitucional regulatório*: Elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 215). No mesmo sentido: CYRINO, André Rodrigues. Separação de poderes, regulação e controle judicial: Por um *amicus curiae* regulatório. In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, out. 2007. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/andre-rodrigues-cyrino/separacao-de-poderes-regulacao-e-controle-judicial-por-um-amicus-curiae-regulatorio>. Acesso em: 15 jan. 2021.

49 “Temos argumentado que as questões de interpretação jurídica não podem ser adequadamente resolvidas sem atenção às questões institucionais. Uma extraordinária variedade de pessoas ilustres tem explorado estratégias interpretativas sem atentar para o fato de que tais estratégias, inevitavelmente, serão usadas por pessoas falíveis e com prováveis efeitos sistêmicos que vão muito além do caso em questão. Dois mecanismos parecem principalmente responsáveis por esta cegueira institucional. Um deles é uma armadilha relacionada a quem desempenha o papel: os teóricos interpretativos se perguntam ‘como eu decidira o caso, se eu fosse um juiz?’ – uma pergunta cuja forma muito suprime a questão fundamental de que as regras interpretativas relevantes serão utilizadas por juízes, em vez de teóricos. Outra é uma armadilha cognitiva: especialistas, como professores de Direito, criticam opiniões monocromáticas emitidas por juízes generalistas em casos particulares, desconsiderando que os mesmos juízes poderiam muito bem ter feito muito pior, ao longo de uma série de casos, na tentativa de emular a abordagem dos especialistas. No geral, a questão chave parece ser ‘como juízes perfeitos decidem os casos?’, ao invés de ‘como juízes falíveis devem proceder, à luz de sua falibilidade e de seu lugar em um sistema complexo de ordem privada e pública?’” (Cf. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian, op. cit., p. 885-951, fev. 2003).

50 Idem, ibidem.

51 Segundo Rodrigo Brandão, “[...] a supremacia judicial tende a se fundar na crença de que o Judiciário apresenta uma capacidade institucional superior à do Legislativo para a interpretação da Constituição. Com efeito, diversos argumentos desta natureza podem ser colhidos na teoria constitucional. Dentre os principais, cite-se a maior propensão de o Judiciário: (i) Proteger ‘minorias insulares’ do processo majoritário; (ii) Zelar pelo tratamento dos indivíduos com igual consideração e respeito; (iii) Preservar o pré-compromisso do povo contido na Constituição, em face de maiorias transitórias que logrem aprovar leis; (iv) Garantir o respeito ao Estado de Direito; (v) Ser um guardião da Constituição, função que somente pode ser cumprida de forma eficaz por um agente externo ao parlamento; (vi) Promover um processo deliberativo guiado pela razão, e não pelas pressões de política partidária, circunstância que lhe conferiria uma representação argumentativa do povo” (BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 202-203).

Como mencionado, Sunstein e Vermeule cunharam o termo em “Interpretation and institutions” e observaram que as questões de interpretação jurídica não podem ser adequadamente resolvidas sem a atenção à legitimidade das autoridades responsáveis pela construção da decisão judicial, e, nesse sentido, a partir das capacidades institucionais dessas autoridades, é possível entender como determinados agentes públicos devem interpretar certos dispositivos legais.

Em outras palavras, a capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder estaria mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria⁵².

De modo panorâmico, a tese das capacidades institucionais, formulada pelos referidos autores, possui as seguintes características: a busca por uma releitura do formalismo, a defesa do consequencialismo e do textualismo, sua ancoragem em uma visão empírica e o resgate da deferência do Poder Judiciário.

Os diferenciais da teoria das capacidades institucionais estão na preocupação institucional, na promoção da teoria dos acordos incompletamente teorizados, na opção por *decisões de segunda ordem* e na elevação das agências como as entidades decisórias mais adequadas para a solução de casos controvertidos⁵³.

A propalada saída para resolver questões concretas seria recorrer à “*second-best option*”⁵⁴ disponível. Essa conteria uma solução, não necessariamente compatível com o estado de coisas ideal do intérprete, mas, ao menos, partiria de dados e concepções derivados exclusivamente da realidade.

Na resolução de um embate concreto, ao invés de discutir qual é esse estado de coisas ideal, o intérprete deve reconhecer a ausência de ligação causal direta entre seu método interpretativo e o terreno institucional subjacente, contextualizando e adaptando seus métodos de acordo.

Com efeito, a capacidade institucional confere enfoque aos elementos que interferem nas habilidades cognitivas dos atores institucionais. De modo a esclarecer o argumento, a literatura jurídica⁵⁵ assinala que a capacidade institucional pode ser subdividida em *jurídica* e *epistêmica*.

-
- 52 Nesse aspecto, por exemplo, podem-se observar casos que envolvam matéria regulatória, em que o próprio legislador delegou competência, por se considerar inapto à tamanha técnica. No âmbito do Poder Judiciário, Gustavo Binenbojm e André Rodrigues Cyrino destacam que “[...] o Poder Judiciário, acostumado a lidar com casos concretos, com argumentos marcadamente dogmático-jurídicos, nem sempre dispõe de meios para rediscutir políticas econômicas, por vezes baseadas em estudos e análises sistêmicas, levados a cabo pelos agentes eleitos, ou, ainda, por órgãos técnicos criados para a regulação de determinados setores da economia” (BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. O direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação: Limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 999).
- 53 Tais categorias são trabalhadas e submetidas a críticas pelo professor Clèmerson Clève. Ele procura apontar os limites da teoria das capacidades institucionais; a insuficiência do textualismo e do consequencialismo; a impossibilidade de uma simples deferência do Judiciário perante o Executivo, além da inafastabilidade dos fatores políticos e normativos sobre a decisão (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. In: ROSA, Alexandre Moraes da; TRINDADE, André Karam; TASSINARI, Clarissa; SANTOS, Márcio Gil Tostes dos; OLIVEIRA, Rafael Tomaz (org.). *Hermenêutica, constituição, decisão judicial*: Estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 373-403).
- 54 Sunstein e Vermeule se utilizam dos conceitos originalmente econômicos de “*first*” e “*second-best option*” para sustentar a tese de que, caso não seja possível se pôr em prática a teoria interpretativa tida como ideal (“*first-best option*”) – que, como se procurou mostrar, é o caso –, seria mais benéfico partir para uma alternativa inteiramente distinta – “*second-best option*” –, do que simplesmente fazer ajustes muitas vezes irreconciliáveis na teoria tida como ideal.
- 55 Cf. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, jan.-jun. 2011, p. 6-50. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/184>. Acesso em: 17 jan. 2021.

No primeiro caso, a referência direta é ao conjunto de competências e limitações específicas fixadas pelo desenho institucional para certa instituição. No segundo caso, elas dizem respeito, tanto às capacidades efetivas de assimilar e lidar com informações e dados, que podem variar quantitativa e qualitativamente, como aos modos de processamento das informações e a utilização como fundamentos de suas ações.

Comparar vantagens e desvantagens de diferentes instituições capazes de oferecer respostas distintas para problemas de mesma natureza – sem violar o desenho constitucional –, é uma forma legítima e útil de orientar a composição de tensões interinstitucionais.

Para Leal e Werneck, a ideia de capacidade institucional é acompanhada por uma concepção de separação de poderes e de desenho das instituições. Elas procuram distribuir funções e realizar seu exercício dentro da logística institucional, de acordo com sua correspondente especialidade.

Nesses termos, a Constituição é comparada a uma planta da arquitetura institucional que procura ramificar e potencializar a realização de seus objetivos⁵⁶.

Sobre o tema, revela-se de suma importância levantar um ponto trazido por Vermeule⁵⁷: a esfera mais reduzida de desenho institucional se apresenta como uma saída democrática mais estratégica e eficaz, do que a alcançada com alterações em arranjos de maior escala, como, por exemplo, rupturas institucionais ou profundas reformas. Isso será também um norte neste trabalho.

Ao se realizar uma comparação, é possível constatar que, em alguns casos, determinadas instituições – como o Congresso Nacional, a Presidência da República e as Agências Reguladoras – podem oferecer melhores respostas a determinados problemas, do que o Poder Judiciário, possuindo, portanto, “maior capacidade institucional”⁵⁸ para resolverem a questão, em virtude de sua *expertise* técnica e de sua habilidade para lidar com o elemento político envolvido.

Em outros casos, porém, será exigida uma atuação proativa dos juízes⁵⁹.

56 “A Constituição, nessa perspectiva, pode ser comparada à planta elaborada por um ‘arquiteto institucional’, que distribui competências e poderes entre instituições criadas especificamente para promover certos objetivos, ao mesmo tempo em que, para que tais resultados possam ser alcançados, municia cada instituição com condições específicas capazes de incrementar a eficiência com que os referidos poderes serão por elas exercidos. Na fixação das capacidades de cada instituição está, então, a força da presunção de que suas decisões são adequadas para os problemas que ela é chamada a solucionar” (idem, *ibidem*, p. 16-17).

57 VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*. Cambridge, MA: Oxford University Press, 2007.

58 Mesmo quando o argumento é estruturado de forma adequada, Fernando Leal e Diego Werneck afirmam que é possível falhar na sua aplicação, ao menos de duas formas. Confira-se: “Primeiro, o que chamamos de ‘problemas de informação’. Um dos méritos anunciados das comparações institucionais para a definição das capacidades de certas instituições é o seu aspecto empírico. As capacidades de instituições específicas devem ser definidas concretamente, dentro de um arranjo institucional específico, não abstratamente. Isso exige que se produza informação – necessariamente contingente – sobre as capacidades concretas de todas as informações envolvidas. [...] Segundo, chamamos a atenção para ‘o problema da observância’. Há duas possíveis dificuldades para o cumprimento fiel de todos os pressupostos do argumento mais geral do qual a consideração das capacidades institucionais é uma parte decisiva. O ponto central da crítica está relacionado às considerações de segunda-ordem orientadas nos efeitos sistêmicos das alternativas decisórias que o argumento exige. As dificuldades de observância, nesse caso, aparecem se for possível sustentar que as condições, tanto para a definição de estratégias de decisão e de posturas institucionais como para a aplicação, em um caso concreto, de uma resposta que possa ser a menos indicada em função dos seus efeitos dinâmicos, mas se mostra pontualmente a mais indicada, são *excessivamente exigentes*” (ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”. In: *Revista de Estudos Institucionais*, v. 2, n. 1, 2016, p. 210. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/40>. Acesso em: 16 jan. 2021).

59 Sobre o riscos da argumentação, Fernando Leal e Diego Werneck assinalam: “O risco é o de que ‘capacidades institucio-

Ao fim e ao cabo deste tópico, fundamental o destaque das premissas que informam e permeiam o percurso e o exame subjacente às capacidades institucionais, quais sejam:

- (i) Pluralidade de atores e otimização das funções estatais pela especialização: o aspecto estrutural;
- (ii) A falibilidade das instituições “no mundo real”: contra a idealização dos órgãos decisores;
- (iii) O desenho estrutural e instrumental técnico: arquitetura normativa e funções em movimento;
- (iv) Comparações empíricas: o caráter contextual e contingente do exame das capacidades institucionais (comparação de vantagens e desvantagens de diferentes instituições capazes de oferecer respostas distintas para problemas de mesma natureza, sem violar expressamente regras e funções do desenho constitucional);
- (v) Consequencialismo e exames preditivos.

4. CAPACIDADES INSTITUCIONAIS E A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

Exsurge, pois, candente questão já posta no cotidiano judiciário, e que ganha outros contornos com a vigência da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Cuida-se da tensão entre a efetivação dos direitos fundamentais sociais e a denominada capacidade institucional⁶⁰.

Diuturnamente, diante da ampla inflexão derivada do vetor constitucional do acesso à ordem jurídica justa, direitos fundamentais sociais vêm sendo tutelados pelo Poder Judiciário, com base em argumentos abertos, sem que tenham sido examinados aspectos específicos dos casos concretos.

Para além disso, as decisões que tiveram por objeto a tutela de direitos sociais deixaram de considerar seus aspectos prospectivos e sistêmicos, ou, quando o fizeram, também não continham motivações dando conta de tais nuances.

Na equação consequencialista, o Judiciário se vê acossado entre duas esquinas: de um lado, obrigado a garantir a satisfação de todos, absolutamente todos os direitos previstos na Carta Cidadã, máxime para os hipossuficientes; em outro flanco, acusado pelo incremento da ingovernabilidade brasileira diante de uma interferência desmedida no campo da Administração Pública.

Em relevante estudo empírico sobre o tema, Daniel Wang⁶¹ concluiu que, embora os conceitos de “reserva do possível” e de “custos dos direitos” passassem a ser utilizados em julgados que tinham por objeto a efetivação de direitos sociais, o problema não residiria no resultado das decisões, mas sim na forma como eles estão fundamentados.

Desta feita, a verificação da capacidade institucional dos agentes decisores envolvidos afigura-se em precedente lógico, para fins de determinação de qual entidade está mais habilitada a produzir a melhor decisão em dada matéria.

nais’ se torne o novo ‘mantra’ dos constitucionalistas brasileiros, sem que as implicações efetivamente originais e úteis do argumento sejam de fato incorporadas no debate”. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando, op. cit., 2011, p. 12. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/184>. Acesso em: 17 jan. 2021.

60 Cf. WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 539-568, jul.-dez. 2008. Disponível em: scielo.br/j/rdgv/a/5ScH-qNs657gS9gsNhYcmFbg/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 17 jan. 2021.

61 Idem, *ibidem*.

Por conceito, Barroso⁶² assevera que “[...] a capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria, devendo ser sopesada de maneira criteriosa”.

Em tais hipóteses, segundo Aragão⁶³, os Tribunais devem reconhecer que o Poder Executivo tem aptidão especial que o torna melhor equipado para decidir determinadas questões de fato, o que se aproxima da própria ideia de deferência.

Na pena do mesmo autor, a doutrina da deferência⁶⁴ (*intelligible principles doctrine*) advém da construção da Suprema Corte Americana, segundo a qual, se houve um processo administrativo e uma fundamentação adequada para a Administração escolher uma, entre várias interpretações plausíveis do ato normativo, o Poder Judiciário não deve substituir a interpretação plausível da Administração pela sua própria, salvo se aquela não for razoável.

A capacidade institucional, portanto, pressupõe que questões de interpretação jurídica não podem ser adequadamente resolvidas, sem atenção às questões institucionais, com o que a deferência jurisdicional à atuação da Administração Pública encerraria óbice implícito à atuação do julgador⁶⁵.

Nesse contexto, bem como diante do novo paradigma que ora se descortina, o estudo do tema e suas repercussões na ordem normativa restam amplamente justificados, considerando a premente necessidade de aprofundamento do debate sobre em que termos deve ser feita a utilização das consequências no raciocínio decisório do julgador, bem como se os tribunais brasileiros estão preparados para tal impositiva realidade.

Como visto, não sobejam dúvidas acerca do potencial normativo transformador e subjacente aos dispositivos legais acrescidos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

5. PERSPECTIVAS E EXPECTATIVAS

Na trilha de um manifesto anacronismo subjacente ao conceito clássico do Princípio Constitucional da Separação de Poderes, a denominada virada institucional encerra, a toda evidência, inequívocas potencialidades para pavimentar o percurso necessário, com vistas à equalização de conflitos interinstitucionais na contemporaneidade.

Contudo, uma advertência se faz imperiosa.

O argumento das capacidades institucionais, decididamente, não pode se tornar o mantra de juristas brasileiros, sem que as implicações efetivamente originais e úteis do argumento sejam de fato incorporadas no debate público.

Para evitar a arapuca anunciada, as premissas do (i) Aspecto estrutural; (ii) Da falibilidade das instituições “no mundo real”; (iii) Do desenho estrutural e instrumental técnico; (iv) Das comparações empíricas e (v) Do consequencialismo e exames preditivos, se perfazem em elementos absolutamente essenciais.

62 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 18 ago. 2019.

63 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Controle jurisdicional de políticas públicas. In: *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Ano 10. n. 42. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2010. Disponível em: www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=70465. Acesso em: 10 jan. 2021.

64 Idem, ibidem.

65 O próprio Supremo Tribunal Federal já vem encampando em alguns julgados o argumento das capacidades institucionais, envolto e contrastado à necessidade de deferência judicial em temas tecnicamente complexos. Por todos, AgR. no RE 1.083.955/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 28/05/2019.

Em outro flanco, a partir do paradigma normativo atualmente também integrado pela LINDB, revela-se inegável a necessidade de um estreito diálogo entre consequencialismo, capacidades institucionais e teoria da decisão.

Ou seja, sob um viés pragmático, a efetiva construção de uma operacionalização entre os marcos teóricos em destaque.

Para tanto, propõe-se um caminho decisório a ser percorrido (devido processo legal decisório), que, em uma lógica consequencialista⁶⁶, se desdobra nas seguintes fases: (i) Se há capacidade institucional para tanto, ou se, excepcionalmente, está sendo exercida uma função atípica, mas por uma necessidade pragmática, porém, controlável; (ii) Se a decisão que será proferida é a mais adequada, considerando as possíveis alternativas e o seu viés intrusivo; (iii) Se as consequências dessa decisão são predadoras de medidas compensadoras, ou de um regime de transição.

Desta feita, os conflitos interinstitucionais, tão em voga atualmente, sobretudo, por uma frenética e ainda incompreendida sobreposição das funções exercidas pelos Poderes da República, serão solucionados por meio da escolha do método de decisão mais capacitado para oferecer uma resposta adequada a determinado problema, de sorte a extrair do sistema jurídico uma *performance* qualitativa que preste obediência aos direitos fundamentais plasmados na Carta Constitucional.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito*. V. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Controle jurisdicional de políticas públicas. In: *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Ano 10, n. 42. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2010. Disponível em: www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=70465. Acesso em: 10 jan. 2021.
- ARGUELHES, Diego Wernick; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, jan.-jun. 2011, p. 6-50. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/184>. Acesso em: 17 jan. 2021.
- _____. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”. In: *Revista de Estudos Institucionais*, v. 2, n. 1, 2016. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/40>. Acesso em: 16 jan. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. V. 3. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 18 ago. 2019.
- _____. *Sem data vênia: Um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Rio de Janeiro: História Real, 2020.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. O direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação: Limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Revisitando o Direito, o poder, a justiça e o processo: Reflexões de um jurista que trafega na contramão*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CÁRCOVA, Carlos Maria. Los jueces en la encrucijada. Entre el decisionismo y la hermenéutica controlada. In: _____ (org.). *Derecho, política y magistratura*. Buenos Aires: Ed. Biblos, 1996.

66 Cf. SUSTEIN, Cass R. Law and Administration after Chevron. In: *Columbia Law Review*, v. 90, n. 8, p. 2.071-2.120, 1990.

- CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FABERJ, 2002.
- CLÉVE, Clèmerson Merlin. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. In: ROSA, Alexandre Moraes da; TRINDADE, André Karam; TASSINARI, Clarissa; SANTOS, Márcio Gil Tostes dos; OLIVEIRA, Rafael Tomaz (org.). *Hermenêutica, constituição, decisão judicial*: Estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- CYRINO, André Rodrigues. Separação de poderes, regulação e controle judicial: Por um *amicus curiae* regulatório. In: *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, out. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/andre-rodrigues-cyrino/separacao-de-poderes-regulacao-e-controle-judicial-por-um-amicus-curiae-regulatorio>. Acesso em: 15 jan. 2021.
- _____. *Direito Constitucional regulatório*: Elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 3. ed. Salvador: Juspodvím, 2016.
- FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal*: Garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- FONTE, Felipe de Melo. Desenho institucional e políticas públicas: Alguns parâmetros gerais para a atuação judicial. In: *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, nº 64, 2009.
- FUX, Luiz. Discurso do Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Fux, por ocasião da posse no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 10 set. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoPosseFux.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2021.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: O guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- _____. *Verdade e justificação: Ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Revisitando o Direito, o poder, a justiça e o processo*: Reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Editora JusPodvím, 2013.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra editora, 1988.
- POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?: Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2008.
- _____; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, José. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo: ANPOCS, n. 30, 1996. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm. Acesso em: 9 nov. 2015.
- SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SUSTEIN, Cass R. Law and Administration after Chevron. In: *Columbia Law Review*, v. 90, n. 8, p. 2.071-2.120, 1990.
- _____; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. In: *Michigan Law Review*, v. 101, p. 885-951, fev. 2003.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.
- TROCKER, Nicolò. *La formazione del Diritto Processuale europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2012.
- VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy*: Institutional Design Writ Small. Cambridge, MA: Oxford University Press, 2007.
- VIANNA, Luiz Werneck; et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 539-568, jul.-dez. 2008.
- Disponível em: scielo.br/j/rdgv/a/5ScHqNs657gS9gsNhYcmFbg/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 17 jan. 2021.
- WOOLF, Harry. Civil Justice in the United Kingdom. In: *The American Journal of Comparative Law*, p. 709-736, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: Crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

A autonomia da posse no Código Civil

GUSTAVO TEPEDINO¹

DANIELLE TAVARES PEÇANHA²

A lei protege, assim, a posse como estado de fato, sem embargo de reconhecer que há um direito a esse estado de fato, e tão ampla é a proteção, que o possuidor, turbado ou esbulhado, conserva a posse, embora às vezes provisoriamente, ainda que contra o titular do direito, ou em detrimento deste³.

Ebert Chamoun

Sumário: Notas introdutivas; a tutela autônoma da situação possessória em relação à propriedade. 1. A função social da posse. 2. Usucapião extraordinária como instrumento de consagração da autonomia da posse. 3. As noções de acesso e participação no âmbito dos chamados bens comuns. Conclusão.

Notas introdutivas; a tutela autônoma da situação possessória em relação à propriedade

A posse encontra-se prevista no art. 1.196 do Código Civil como *exercício de fato*⁴. A despeito, pois, de título dominical, o mero exercício de qualquer das faculdades inerentes ao domínio configura a posse como direito dotado de ações próprias⁵. A adequada compreensão da natureza da posse, identificada, a um só tempo, como exercício fático e direito autonomamente protegido pelo ordenamento, recomenda breve incursão nas controvérsias acerca do fundamento e da extensão da tutela possessória. Na célebre construção de Jhering, dividem-se as teorias sobre os fundamentos da tutela possessória em dois grupos: as absolutas e as relativas, a partir da compreensão de sua defesa *per se* ou com base em outro instituto jurídico⁶.

- 1 Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Civil pela Universidade de Camerino (Itália) e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da UERJ. Professor Visitante das Universidades de Stanford (EUA) e Poitiers (França). Pesquisador Visitante do Instituto Max-Planck de Direito Privado Comparado e Internacional (Alemanha). Membro Titular da Academia Internacional de Direito Comparado (França); da Academia Brasileira de Letras Jurídicas; do Comitê Científico da Escola de Pós-Graduação da Universidade de Camerino. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Civil. Sócio fundador do escritório Gustavo Tepedino Advogados. gt@tepedino.adv.br.
- 2 Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora de cursos de Pós-Graduação em Direito Civil. Advogada e pesquisadora.
- 3 CHAMOUN, Ebert. Exposição de motivos do esboço do anteprojeto do Código Civil – Direito das Coisas. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 20, abr.-jun. 2019, p. 228. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/420/301>. Acesso em: 16 fev. 2024.
- 4 “Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.
- 5 Na lição de San Tiago Dantas, “[...] a posse resulta de um fato, resulta dessa simples situação de dependência material em que o titular se coloca em face da coisa, mas o direito confere-lhe uma tal proteção, que não se pode deixar de reconhecer, na situação de possuidor, um verdadeiro vínculo jurídico ligando a pessoa do titular à coisa.” (DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: Direito das Coisas*. V. III. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 22).
- 6 JHERING, Rudolf von. *O fundamento dos interdictos possessórios*. Trad. Adherbal de Carvalho. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908, p. 11.

Na concepção de Jhering, a razão da proteção possessória estaria na defesa da propriedade. Em razão das dificuldades inerentes à prova da propriedade e da morosidade da ação reivindicatória em atender aos anseios do proprietário, a ordem jurídica dota-o dos interditos possessórios, meios de ação mais ágeis e simples, uma vez que exigem apenas a demonstração da situação fática da posse, a prescindir da prova do domínio. Logo se vê, todavia, que esta concepção tem por consequência indesejável proteger a posse do grileiro e do ladrão, ao mesmo título que a do proprietário, mas a isso Jhering retruca que o inconveniente é inevitável, por ter a posse a finalidade de disciplinar um estado de fato, cuja constituição não depende de título. Conclui, por essa razão, que as vantagens da tutela possessória para o proprietário superam, em muito, as desvantagens, de tal sorte que lhe parece mais do que justificado afirmar que a posse é o complemento (e garantia do exercício) da propriedade⁷. Em festejada síntese, a posse seria a vanguarda ou “posição avançada da propriedade”⁸. Em definitivo, Jhering associa o fundamento da tutela possessória ao Direito de Propriedade, salientando que a posse tem justamente por finalidade tornar possível o aproveitamento econômico dos bens pelo proprietário⁹.

A teoria formulada por Jhering teria sido, segundo entendimento de conceituada doutrina, acolhida pelo ordenamento jurídico pátrio¹⁰. É certo que, na tradição brasileira, especialmente pela importância econômica atribuída à propriedade, o mero exercício, a simples exteriorização do domínio, por si só, deflagra a proteção possessória¹¹. A teoria, contudo, ao consagrar a posse como exteriorização da propriedade, acaba por restringir a defesa possessória ao âmbito da tutela dominical, associando-a, irremediavelmente, ao exercício do domínio.

Para contornar essa perspectiva restritiva, a tutela jurídica da posse independe da existência de título dominical, como, aliás, já lecionava Lafayette Rodrigues Pereira:

7 Idem, *ibidem*, p. 71: “A proteção da posse, como exterioridade da propriedade, é um complemento necessário da proteção da propriedade, uma facilidade de prova em favor do proprietário, que necessariamente aproveita ao não proprietário.”.

8 Idem, *ibidem*.

9 “Por que razão a posse é protegida pelo direito? Não é para dar ao possuidor a grande satisfação de ter o poder físico sobre uma coisa, mas para tornar possível o uso econômico da mesma coisa em relação às necessidades do possuidor. A partir daqui tudo se esclarece.” (JHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse*. Clássicos do Direito brasileiro. V. VI. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 108-109).

10 A esse respeito, Clovis Bevilacqua, ao comentar o Código Civil de 1916, afirma: “O Código Civil brasileiro adotou o pensamento de Jhering quanto ao conceito da posse como visibilidade de propriedade, ainda que a sua proteção possa favorecer a quem não é proprietário, nem exerce algum direito real; ou, segundo se lê na *Besitzwille*, a posse ‘é a relação de fato estabelecida entre a pessoa e a coisa pelo fim de sua utilização econômica” (BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Coisas*. V. I. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 30). Ainda sobre a adoção da teoria objetiva pelo ordenamento jurídico brasileiro, v., dentre outros; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. IV. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 21; RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. V. V. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20; GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 39. A jurisprudência segue semelhante orientação, conforme se verifica dos julgados: STF, 2ª T., RE 216.964/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 10.11.1997; STJ, 2ª T., REsp 556.721/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, julg. 15.9.2005.

11 Verifica-se, portanto, que ambas as teses desenvolvidas por Savigny e Jhering vinculam a noção de posse à propriedade. Não se pode esquecer que, para Savigny, a vontade do possuidor é o *animus domini*, ou seja, do proprietário, evidenciando que o sujeito deverá ter a intenção de ser proprietário. Logo, ambos os autores submetem a posse à propriedade. Mas tal vinculação ao domínio não é tão estreita como a que Jhering faz, no sentido de apenas admitir posse se a propriedade existir. A posse, em Savigny, aparece em um plano psicológico como uma forma de atitude ou inclinação individual, que é aquela que deverá ter quem detém uma coisa para ser chamado de possuidor. Por outro lado, para Jhering, será a própria razão das ações possessórias. Sobre o ponto, v. HERNANDEZ GIL, Antonio. *La posesión como institución jurídica y social*. T. 2. Madrid: Espasa-Calpe, 1987, p. 55.

[...] a posse, porém, não tem por fundamento um direito anterior de que ela seja a consequência e a manifestação; instaura-se pela simples aquisição do poder físico de dispor da coisa, unido à intenção de havê-la como própria, nada importando se por modo justo ou injusto; e uma vez adquirida, produz efeitos legais¹².

Com efeito, a circunstância de a noção de posse ter sido forjada, em razão da propriedade, não significa que suas formas de proteção não devam ser separadas. A defesa da propriedade, com efeito, não absorveu completamente o instituto da posse, preservando-se sua autonomia¹³. Nessa direção, ressalta-se que a posse é defendida

[...] porque o exercício de um poder sobre as coisas, quando repetido, constitui um fato que o público se acostuma a considerar e por isso mesmo inspirador de relações e produtor de interesses, que tem, portanto, um valor econômico e que, como tal, deve ser disciplinado e protegido¹⁴.

Na jurisprudência brasileira, do mesmo modo, reconhece-se a tutela autônoma da posse. Conforme já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, “[...] a posse deve ser analisada de forma autônoma e independente em relação à propriedade, como fenômeno de relevante densidade social, em que se verifica o poder fático de ingerência socioeconômica sobre determinado bem da vida”¹⁵.

Verifica-se semelhante entendimento no Enunciado n. 492 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “[...] a posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais mercedores de tutela”¹⁶.

Parece inegável que, do ponto de vista histórico, a formulação da defesa possessória se justifica na preocupação do ordenamento em assegurar ao proprietário a imediata e eficiente proteção, independentemente da presença do título dominical, bastando a exteriorização de qualquer uma

12 PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. V. I. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 31.

13 Cf. RODRIGUES, Manuel. *A posse: Estudo de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 31.

14 Idem, *ibidem*, p. 32. De acordo com Antonio Hernández Gil, outras teses têm sido desenvolvidas para justificar o instituto da posse, além das tradicionais teorias relativas e absolutas expostas por Jhering, como a concepção dogmático-jurídica, a concepção historicista, a concepção econômico-social ou realista e a concepção que sustenta os valores de paz e ordem, além de uma teoria que busca conciliar todas essas. Para o autor, o fundamento da tutela possessória repousa, principalmente, em razões de segurança jurídica (HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 26-29).

15 STJ, 4ª T., REsp 1.296.964/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 18.10.2016.

16 O enunciado encontra acolhida na jurisprudência. Ilustrativamente, o Tribunal de Justiça de São Paulo, citando o enunciado, decidiu conflito possessório argumentando a prevalência do interesse do possuidor que utilizava o bem para erigir sua moradia e de sua família, independentemente do domínio: “[...] não se pode olvidar da função social da posse, estando demonstrado nos autos que o réu ocupava o local para erigir moradia para si e para sua família, enquanto a finalidade pela qual o autor pretendia utilizar o imóvel não foi esclarecida nos autos; com efeito, aduz que tinha a posse da área desde 2003, mas, desde então, teria erigido apenas pequena construção e mantido residência em outro local” (TJSP, 10ª C. D. Priv., Ap. nº 0016144-42.2012.8.26.0127, Rel. Marcelo Semer, julg. 12.9.2016). Na mesma direção, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro analisou situação em que se discutia a suposta nulidade da promessa de recompensa de compra e venda de certo bem, considerando a Corte, que, uma vez que tenha sido devidamente comprovado o exercício da posse anterior, afasta-se a discussão em torno do direito de propriedade, “[...] já que a proteção possessória goza de autonomia e não tem relação direta com a prova do domínio”. (TJRJ, 27ª C.C., Ap. Civ. 0000470-15.2014.8.19.0041, Rel. Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, julg. 8.5.2019, publ. DJ 10.5.2019). V., ainda, TJBA, 5ª C.C., Ap. Civ. 0531383-62.2016.8.05.0001, Rel. Des. Jose Edivaldo Rocha Rotondano, publ. 20.3.2019, em que se reitera que “[...] no âmbito das ações possessórias, não é conferido às partes, de regra, debaterem aspectos da propriedade, visto que a posse é instituto diverso a ser analisando no plano fático”.

das faculdades inerentes ao domínio¹⁷. Entretanto, a evolução do instituto e sua compreensão na legalidade constitucional alteram radicalmente tal perspectiva, a autorizar o intérprete a se valer dos mecanismos de defesa da posse com autonomia, sempre que se acharem presentes os pressupostos de sua legitimação social, independentemente do domínio.

Dito diversamente, se é certo que a proteção possessória, toda sua construção, mercê da importância ideológica do domínio, foi concebida no âmbito da defesa da propriedade, desta se descola no momento em que lhe é assegurada regulamentação própria pelo ordenamento. Tanto isso é verdade que os interditos possessórios podem ser manejados pelo possuidor, independentemente da propriedade, não raro, até mesmo contra o interesse do proprietário¹⁸. Definida como verdadeira *concessão à necessidade*¹⁹, a posse surge e se consolida como o contraponto humano e social à utilização dos bens jurídicos, enaltecendo o valor do trabalho, o aproveitamento econômico e a utilidade social dos bens, sem que exista conexão necessária com a titularidade proprietária.

1. A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

A assimilação imprópria dos fundamentos da posse à propriedade mostra-se recorrente na dogmática tradicional, que examina os institutos jurídicos exclusivamente sob o perfil estrutural, ou seja, na perspectiva da estrutura de poderes conferida a seu titular, sem atentar para o aspecto funcional, precedente àquele que procura identificar a função desempenhada pelas situações jurídicas subjetivas²⁰.

-
- 17 Veja-se, a propósito, o significativo passo de Alberto Trabucchi: “Se il proprietario, a ogni atto che costituisce esercizio del suo diritto, o di fronte a ogni lesione dei terzi, dovesse dar la prova della sua piena legittimazione, si troverebbe gravemente ostacolato nel godimento, per la lunga e difficile dimostrazione del suo titolo (non per niente la prova della proprietà è stata detta probatio diabolica!), mentre la tutela del possessore in quanto tale è assai rapida: basta che egli dimostri il possesso e nulla più. Una simile giustificazione si trova già in un altro significativo passo attribuito a Paolo: qualiscumque possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet. Tra i due, chi possiede e chi non possiede, si comincia con il preferire il primo, il quale si trova in una situazione che è direttamente percepibile (*factum possessionis*); poi si vedrà se chi pretende il riconoscimento di un diverso diritto potrà addurre un titolo più forte, costituito da un rapporto ideale che richiede un più difficile accertamento tratto da fatti passati (titolo di proprietà).” (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milan, 1993, p. 413).
- 18 Cf. CHAMOUN, Ebert. *Direito Civil: Aulas do 4. Ano proferidas na Faculdade de Direito da Universidade do Distrito Federal*. Rio de Janeiro: Aurora, 1955. Já a autonomia da posse vem detidamente analisada pelo Professor Ebert Chamoun, em sua referida “exposição de motivos”, nos seguintes termos: “[...] o poder de fato, em que a posse consiste, tem o conteúdo mesmo do direito de propriedade, a senhoria ou economia da propriedade. Não poderia deixar de ser senão assim, pela razão elementar de que a propriedade é o mais extenso direito existente em relação a uma coisa, não havendo poder de fato cuja consistência se subtraia a esse poder de direito. Por isso, de ordinário, a noção de posse aparece associada à de propriedade. Mas é apenas por isso, já que a proteção da posse independe da correspondência acaso existente entre esse poder e qualquer direito que se possa configurar quanto a uma coisa, inclusive o domínio. Quem possui só pode, pois, ter um comportamento semelhante, embora parcialmente, ao de quem é dono. As aparências são necessariamente idênticas. Mas o direito não consagra e tutela a posse porque seja ela elemento exterior da propriedade. [...] A posse, então, não se pode definir como o exercício da propriedade. Nem mesmo conviria dizer que é o exercício de faculdade inerente à propriedade. A posse não é o exercício da propriedade ou de qualquer outro direito. Ela simplesmente é um estado de fato que se assemelha ao exercício da propriedade: o possuidor tem um comportamento análogo ao de quem exerce poder peculiar ao domínio, ou de outro direito real à substância da coisa. O possuidor comporta-se ‘como se’ fosse titular de um direito real (diferente do da posse)” (CHAMOUN, Ebert., op. cit., 2011, p. 228-229).
- 19 Cf. FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 21. Nas palavras do autor: “A posse assume então uma perspectiva que não se reduz a mero efeito, nem a ser encarnação da riqueza e muito menos manifestação de poder: é uma concessão à necessidade.”
- 20 A propósito, conforme destacam Milena Donato Oliva e Pablo Renteria, merece nota o giro pelo qual passou a tradicional classificação entre situações jurídicas reais e pessoas, contemporaneamente redimensionada pela atual contraposição entre situações existenciais e patrimoniais, à luz da função desempenhada pelas diversas categorias jurídicas. Nesse sentido, afirmam os autores que a reserva legal observada em âmbito de direitos reais “[...] deve ser revisitada à luz da

A propósito, merece nota a mudança axiológica pela qual tem passado a propriedade privada nos últimos tempos, a partir do reconhecimento de sua função social²¹. Nesse percurso, estrutura e função mostram-se indispensáveis ao processo interpretativo, levado a cabo a partir da tensão dialética entre o fato social e o enunciado normativo, sendo certo que o predomínio de um em detrimento do outro representaria a perda de contato com a chamada norma viva²². Em tal perspectiva, a função social torna-se elemento interno do domínio, cujo conteúdo será valorado e tutelado, na medida em que seu exercício se revele socialmente útil e capaz de promover valores existenciais.

Ainda assim, mesmo diante das profundas alterações pelas quais passou a propriedade, não se deve promover sua aglutinação necessária com a posse, merecedora de tutela autônoma, conforme já se pôde observar. Do ponto de vista da sua estrutura, a posse se identifica com qualquer situação fática que exteriorize o Direito de Propriedade, consubstanciada no exercício das faculdades decorrentes do domínio²³. Entretanto, como todo direito subjetivo, a posse também se reveste de aspecto funcional, associado à destinação conferida ao bem jurídico pela titularidade possessória. Como a função da posse não se vincula necessariamente à do domínio, torna-se objeto de valoração (e, consequentemente, de disciplina jurídica) autônoma, por parte do ordenamento.

Tal como no Direito de Propriedade, a estrutura da posse revela o aspecto estático do direito subjetivo, traduzido no conjunto de poderes atribuídos ao possuidor, com as respectivas ações que o asseguram. Já a função da posse traduz seu aspecto dinâmico, os efeitos do direito subjetivo na relação jurídica em que se insere. Se a estrutura do Direito determina os poderes do possuidor, a função estabelece sua legitimidade e seus limites, isto é, a justificativa finalística desses poderes, em razão das exigências suscitadas por outros interesses tutelados pelo ordenamento, na concreta utilização dos bens jurídicos²⁴.

axiologia constitucional, da qual despontam os princípios da função social da propriedade, da isonomia substancial e da solidariedade, que impõem novo controle de legitimidade aos atos de autonomia patrimonial.” (OLIVA, Milena Donato; RENTERIA, Pablo. *Autonomia privada e Direitos Reais: Redimensionamento dos princípios da taxatividade e da tipicidade no Direito brasileiro*. In: *Civiltistica.com* – Revista Eletrônica de Direito Civil. V. 5, n. 2, 2016, p. 3. Disponível em: <https://civiltistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/267>. Acesso em: 16 fev. 2024). Nesse sentido, destaquem-se as preciosas lições do Prof. Pietro Perlingieri, que propõe que “[...] é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil, não com uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33-34).

- 21 Para pormenorizada análise da matéria, permita-se remeter a TEPEDINO, Gustavo. *Posse e propriedade na constitucionalização do Direito Civil: Função social, autonomia da posse e bens comuns*. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (org.). *Direito Civil: Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 477-506.
- 22 Sobre a imprescindibilidade de ambas as referências, leciona Pietro Rescigno: “Accanto alla ` rivolta dei fatti' vi è dunque il sistema positivo considerato nella sua interezza, anche nell'emergere di figure che nascono con carattere temporaneo ed eccezionale, e nell'avvertita sopravvivenza di fenomeni che sembravano ridotti in esili margini” (RESCIGNO, Pietro. *Disciplina dei beni e situazioni della persona*. In: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Ano 1976-1977, v. 5-6, n. 2, p. 862).
- 23 “A posse, em nosso direito positivo, não exige, portanto, a intenção de dono e nem reclama o poder físico sobre a coisa. É a relação de fato entre a pessoa e a coisa, tendo em vista a utilização econômica desta. É a exteriorização da conduta de quem procede como normalmente age o dono. É a visibilidade do domínio.” (Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 17).
- 24 Nessa direção, o STJ já afirmou que “[...] a função social é base normativa para a solução dos conflitos atinentes à posse”. Desse modo, posicionou-se a Corte, no sentido de que, “[...] para fins de reconhecimento da posse, também é necessária a busca pelo atendimento de sua função social, tendo como escopo a atual codificação e seu espírito de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, em alinhamento com a Carta da República, que trouxe, como pilar, a dignidade da pessoa humana, assegurando a tutela à moradia, ao trabalho, ao aproveitamento do solo e ao mínimo

Todavia, a análise dos perfis estrutural e funcional deve ser levada a cabo concomitantemente, uma vez que só se define a estrutura a partir da função a que se pretenda atender. Sendo assim, impõe-se partir da função do instituto para fazer incluir, em sua estrutura, também os deveres necessários à sua realização²⁵. Supera-se, desse modo, a análise estática da estrutura da posse, que passa a se constituir, não só pelos poderes atribuídos ao possuidor, mas também pelos deveres indispensáveis ao atendimento da função social da posse. Nessa perspectiva, o STJ já se manifestou, no sentido de que, embora verificados os requisitos necessários à pretensão de ação possessória,

[...] o julgador, diante do caso concreto, não poderá se furtar da análise de todas as implicações a que estará sujeita a realidade, na subsunção insensível da norma, pois a evolução do direito não permite mais conceber a proteção do direito à propriedade e posse no interesse exclusivo do particular²⁶, uma vez que os princípios da dignidade humana e da função social esperam proteção mais efetiva²⁷.

Acompanhada do título dominical, a função social da posse coincide e é absorvida pela função social atribuída, *a priori*, ao Direito de Propriedade, levada a cabo, evidentemente, pelo exercício do próprio direito, garantido, constitucionalmente, no art. 5º, XXIII, da Constituição da República. Por se originar de relação fática, a função social da posse, contudo, quando desacompanhada de título dominical que estipule previamente os seus contornos, há de ser definida *a posteriori*, dependendo da compatibilidade da utilização atribuída à coisa, no caso concreto, com situações jurídicas constitucionalmente merecedoras de tutela. Em outras palavras, apartada da propriedade, a tutela possessória depende do direcionamento do exercício possessório a valores protegidos pelo ordenamento, que a legitime e justifiquem sua proteção legal, inclusive contra o *versus dominus*.

Na esteira de tal construção, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade, informadores da normativa referente à moradia e ao trabalho, servem de referência axiológica a justificar a disciplina dos interditos possessórios e

existencial; sendo a posse, por isso, uma extensão dos bens da personalidade.” (STJ, 4ª T., REsp 1.296.964/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 18/10/2016).

- 25 Pietro Perlingieri destaca a importância de uma análise conjunta, unitária, dos perfis estrutural e funcional: “Il problema, como si vede, è complesso e va prospettato sotto vari profili, tutti distinti ma interdipendenti, e costituenti una problematica unitaria. L’analisi di una fattispecie non può essere compiuta soltanto in termini strutturali né in termini soltanto effettuali: cioè, il profilo strutturale e quello funzionale non sono sufficienti, autonomamente considerati, ai fini della qualificazione di un atto. Questa, invece, risulterà dalla sintesi degli effetti essenziali di quell’atto, prodotti immediatamente o in forma differita: anche l’effetto non ancora prodotto, perché differito, deve rientrare nel giudizio di qualificazione. Pertanto, da un punto di vista generale, va ribadito che la natura giuridica di un istituto consiste della sintesi dell’aspetto strutturale e dell’aspetto funzionale: ogni istituto giuridico dev’essere studiato sotto entrambi questi profili” (PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell’estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: ESI, 2004, p. 28).
- 26 No tocante à evolução do conceito de propriedade, v. RODOTÀ, Stefano. Proprietà (Diritto Vigente). In: *Novissimo Digesto Italiano*. V. XIV. Torino: UTET, 1967, p. 132, segundo o qual “[...] gli istituti giuridici non vivono una vita avulsa dalla vicenda storica, ma di questa sono parte, portandone i segni: sì che appare ovvio che ciascun istituto o concetto giuridico sia eminentemente relativo, nel senso che ogni epoca o società tende a foggare quell’istituto o concetto secondo le esigenze che in essa si manifestano e gli ideali che la muovono”.
- 27 STJ, 4ª T., REsp 1.302.736/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 23/05/2016. Segundo a Corte, a função social da posse se apresenta como “[...] princípio implícito no CC/2002, advindo da interpretação dos arts. 1.228, §§ 4º e 5º, e parágrafo único dos arts. 1.238 e 1.242” (cf. STJ, 4ª T., REsp 1.296.964/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 18.10.2016).

da usucapião dos bens imóveis, e encerram o fundamento para a tutela possessória na ordem civil-constitucional. Tem-se, portanto, nesse conjunto de valores, o critério interpretativo para a solução de conflitos de interesse entre as situações jurídicas proprietárias e as situações jurídicas possessórias²⁸. Ilustrativamente, reconheceu-se, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a prevalência do interesse do possuidor em ação de interdito proibitório em face do proprietário. No caso, a possuidora, ex-mulher do proprietário, utilizava o bem para moradia, na qual abrigava ainda seus dois filhos menores – um deles merecedor de cuidados especiais. Em substancioso voto, o desembargador Ênio Zuliani destacou que

[...] a família ou a segurança familiar é algo superior ao direito individual e não se permite priorizar a posse do proprietário contra os percalços do desamparo do núcleo fragmentado pela dissolução do casamento, notadamente por atingir o interesse de filhos menores, um deles portador de transtorno global de desenvolvimento, com encaminhamento para a APAE, o que também atrai a especial proteção conferida pela Lei n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), [...]

concluindo, no sentido de que

[...] a ponderação dos valores permite chegar a uma solução intermediária, sem sacrifícios exagerados ao proprietário. Razoável que a mulher e filhos fiquem tranquilos e protegidos na casa por 9 (nove) meses, tempo suficiente para que encontrem uma fórmula substitutiva de acomodação segura e digna²⁹.

Nessa perspectiva, é de se rever o debate em torno da posse e de sua função social. O fato de a propriedade ter sua função social expressamente prevista no rol das garantias constitucionais não lhe confere qualquer precedência hierárquica, em relação à posse. Tampouco serviria essa circunstância a reforçar a ideia de que a posse só se justifica no âmbito e associada à propriedade. A opção do constituinte, ao incluir a função social da propriedade no elenco dos direitos fundamentais, indica a determinação constitucional em condicionar a tutela das relações jurídicas patrimoniais aos interesses não proprietários. Como a dizer: se o direito subjetivo do proprietário é garantido constitucionalmente, a função desempenhada pelo domínio também o é, a instrumentalizar, assim, a propriedade, aos valores existenciais reconhecidos pela sociedade.

Já com relação à posse, a técnica empregada pelo constituinte se mostra diversa, em razão da peculiaridade da tutela possessória. Por se cuidar de situação eminentemente fática,

28 Sob essa renovada perspectiva, “[...] aproxima-se a posse da vida, e por isso, no entrelaçamento de direitos, a ‘constitucionalização’ dos conflitos possessórios coletivos não permite outra conclusão, senão a de que o bem imóvel, rural ou urbano, que descumpra sua função social, não tem mais tutela possessória. O Juiz do conflito fundiário não é mais o Juiz do velho Código Civil e sim o magistrado da Constituição.” (Cf. FACHIN, Luiz Edson. O estatuto constitucional da proteção possessória. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org.). *Leituras complementares de Direito Civil: O Direito Civil-Constitucional em concreto*. Salvador: Jus PODIVM, 2007, p. 271).

29 TJSP, 4ª C. D. Priv., Ap. Cív. 0024957-32.2012.8.26.0071, Rel. Des. Ênio Zuliani, julg. 10/03/2016. Veja-se a ementa do julgado: “Interdito proibitório. Situação familiar complexa e perigo para a segurança do núcleo familiar fragmentado pela dissolução da união estável. Mulher e dois filhos menores, um merecedor de cuidados especiais, que pretendem impedir que o varão, dono do imóvel, possa reavê-lo e desalojá-los da residência. Hipótese de incidência do princípio da função social da propriedade, em prol da segurança da família, o que garantira sobrevivência digna para a autora e filho. Limitação, contudo, de permanência pelo prazo de 9 (nove) meses, a partir do presente julgamento, o que surge como adequado para que se realize mudança de local ou que se concretize o dever de alimentos para cobertura de aluguel”.

o interesse nela contido só se legitima e se torna digno de proteção jurídica, na medida em que se vincula a valores constitucionalmente tutelados. A justificativa da posse se encontra, portanto, diretamente na função social que desempenha o possuidor, direcionando o exercício de direitos patrimoniais a valores existenciais. Se inserida no âmbito da relação dominical, avalia-se a legitimidade do exercício possessório, por intermédio dos limites impostos ao titular do domínio. Quando destacada do Direito de Propriedade, a legitimidade da posse encontra-se condicionada ao interesse jurídico perseguido pelo exercício possessório³⁰.

Daí afigurar-se desnecessário e, muito provavelmente, contraproducente, assegurar tutela legal abstrata ao possuidor, o que, inclusive, suscitaria dúvidas, quanto ao caráter provisório e instrumental de sua proteção. E, se assim é, a controvérsia entre a posse e a propriedade não pode ser dirimida *a priori*. Diante de tal confronto, assistirá razão ao titular que demonstrar atender à função imposta ao exercício de sua respectiva titularidade, nos termos constitucionais: a função social da propriedade, segundo o conteúdo definido pelo art. 5º, XXIII, da Constituição da República, e a função social da posse, verificada a partir da correspondência do exercício possessório aos interesses jurídicos constitucionalmente tutelados, no âmbito das garantias fundamentais, como trabalho, moradia e saúde, todos expressões da dignidade da pessoa humana³¹.

2. USUCAPÃO EXTRAORDINÁRIA COMO INSTRUMENTO DE CONSAGRAÇÃO DA AUTONOMIA DA POSSE

A usucapião ou prescrição aquisitiva revela a influência do tempo da consolidação de situações jurídicas. Assim como na prescrição extintiva, a aparência de normalidade, decorrente da posse pacífica, gera a expectativa de inexistência de conflitos, de modo que, com o decurso dos respectivos prazos legais, esmorece-se o vício possessório precedente, tornando definitivo o exercício de fato de faculdades inerentes ao domínio. Dessa forma, a usucapião configura modo de aquisição originária, sem guardar relação de causalidade com o estado jurídico anterior. Adquire-se direito novo, livre das vicissitudes atinentes ao título dominical anterior, a partir do preenchimento dos requisitos legais próprios associados ao exercício possessório.

Com a usucapião, consagra-se a autonomia da posse³². Vale dizer, a admissibilidade de interditos possessórios pelo possuidor, independentemente da propriedade, é o mais cristalino exemplo do apartar da posse, com regulamentação própria, em relação à propriedade.

Ao consagrar a autonomia da posse, a usucapião extraordinária, em especial, distingue-se das demais modalidades, por exigir como únicos requisitos para sua verificação a posse *ad usucapionem* (contínua, mansa, pacífica e com *animus domini*) e o lapso temporal, no prazo de quinze anos para coisa imóvel (art. 1.238 do Código Civil). Desse modo, após o decurso do prazo de quinze anos, o usucapiente adquire a propriedade, independentemente da prova da boa-fé e do justo título, afinal “[...] esse respeito ou aquiescência de

30 Nessa perspectiva, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro encontra-se consolidada, no sentido de que o característico essencial da função social da posse estaria na abordagem voltada à promoção dos interesses existenciais da pessoa, estimulando, por exemplo, “[...] o direito à moradia como direito fundamental de índole existencial, à luz do princípio da [dignidade da] pessoa humana” (TJRJ, 1ª C. C., Ap. Civ. 0008688-82.2013.8.19.0068, Rel. Des. Custódio de Barros Tostes, julg. 26/04/2016; TJRJ, 13ª C. C., Ap. Civ. 0000903-88.2012.8.19.0073, Rel. Des. Gabriel de Oliveira Zefiro, julg. 28/08/2015; TJRJ, 13ª C. C., Ap. Civ. 0000751-13.2013.8.19.0006, Rel. Des. Gabriel De Oliveira Zefiro, julg. 11/01/2016).

31 Sobre o tema, seja permitido remeter, mais uma vez, a TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade e legalidade constitucional. In: *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 17. Rio de Janeiro: PUC-Rio, ago.-dez. 2000, p. 41-57.

32 Permita-se remeter a TEPEDINO, Gustavo, op. cit., 2018, p. 477-506.

todos e a diuturnidade fazem presumir que não há direito contrário ao que se manifesta pela posse, e por isso, deve ser tratada como propriedade, e assim, inscrita no Registro de Imóveis³³. Não se trata aqui de presunção da boa-fé ou do justo título, mas de dispensa destes requisitos, de modo que é irrelevante, por isso mesmo, a prova da má-fé, incapaz de impedir a declaração de usucapião.

Além disso, o legislador previu, no parágrafo único do artigo 1.238 do Código Civil, a possibilidade de redução do prazo da usucapião extraordinária para dez anos, em duas hipóteses: (i) se o possuidor estabelecer no imóvel a sua moradia habitual, ou seja, efetivamente residir com ânimo definitivo; ou (ii) se tiver realizado obras ou serviços de caráter produtivo, ou seja, que tornem o imóvel produtivo, gerador de riqueza, o que se coaduna com a função social da propriedade. Neste último caso, pode-se estar diante de imóvel rural destinado à agricultura ou à pecuária, bem como do imóvel urbano, no qual se realizam atividades industriais, entre outros fins. Na primeira hipótese, somente poderá ter declarada a usucapião com prazo reduzido o possuidor que exerce a posse com a finalidade específica de habitação. Se apenas explorar economicamente o imóvel, alugando-o, por exemplo, não se aplicará a norma específica.

Há quem defenda que o aludido prazo de dez anos deva ser respeitado por um único possuidor, sendo vedada a *accessio possessionis*, o que se justificaria, em virtude do caráter pessoal da posse nessa modalidade de usucapião. O entendimento não colhe, seja porque o artigo 1.243 do Código Civil autoriza a acessão da posse, em todas as espécies de usucapião de bem imóvel, seja porque a preocupação do legislador, nesta modalidade, é a de proteger a finalidade social conferida continuamente ao imóvel, ainda que em favor de mais de um titular que o tenha efetivamente utilizado³⁴.

Controvérsia interessante foi submetida à 2ª Seção do STJ, em julgamento sob o rito dos Recursos Especiais Repetitivos³⁵, em que se reconheceu a usucapião extraordinária de área inferior a módulo estabelecido em lei municipal, uma vez preenchidos os demais requisitos específicos³⁶. Na ocasião, levou-se em consideração o precedente do STF no RE 422.349, que afirma que, preenchidos os requisitos do artigo 183 da Constituição, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser impedido por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na área em que o imóvel está situado. O acórdão esclarece que a constitucionalidade declarada pelo STF de lei municipal que fixa o módulo urbano mínimo, não impede ao particular a aquisição por usucapião do direito sobre área menor. Esclareceu, ainda, que a decisão do STF afastou a inconstitucionalidade

33 Cf. BEVILAQUA, Clovis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. V. III. Rio de Janeiro: Rio, 1975, p. 72.

34 Cf. TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do Direito Civil*. V. 5: Direitos Reais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 136.

35 STJ, Tema 985, 2ª Seção, quando do exame do REsp 1.667.843 e REsp 1.667.842, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 3/12/2020, publ. DJ 5/04/2021. No mesmo sentido: STJ, Dec. Mon., REsp 1834938, Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. 10/02/2021, publ. DJ 11/02/2021.

36 Sobre o tema, cf. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: Uma concretização da função social da propriedade. In: *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, v. 2, out.-dez. 2014, p. 9-27, que conclui: "Em termos da função de cada instituto, o conflito, que estruturalmente se coloca ao intérprete, acaba por se apegar, se é que de conflito se possa falar. Insista-se, à exaustão: uma coisa é a limitação proveniente da legislação municipal para a implantação de lotes autônomos, direcionada ao parcelamento do solo urbano pelos diversos meios negociais; outra, completamente diversa, é a previsão da usucapião constitucional (ou da legislação ordinária federal), voltada à conversão da posse em propriedade, modo originário de obtenção do domínio. Somente uma exegese que artificialmente forçasse a literalidade da norma municipal, em detrimento de sua teleologia e função no sistema, permitiria conclusão diversa." (p. 26).

da lei municipal que fixa o módulo urbano em área superior a 250m², desde que isso não impeça, em especial, a aquisição do Direito de Propriedade de área menor, no caso de o órgão de controle não questionar a aquisição no prazo legal.

O mesmo Tribunal, em outra ocasião, examinou interessante caso em que se discutia o cabimento de ações de usucapião extraordinária que tenham por objeto imóveis desprovidos de registro e situados em loteamento no Setor Tradicional de Planaltina, o qual, embora consolidado há décadas, não foi autorizado nem regularizado pela Administração Pública. Na ocasião, consignou-se que a possibilidade de registro da sentença declaratória da usucapião não é pressuposto ao reconhecimento do direito material em análise, o qual se funda, essencialmente, na posse *ad usucapionem* e no decurso do tempo. Além disso, evidenciou-se que

[...] não se deve confundir o direito de propriedade declarado pela sentença proferida na ação de usucapião (dimensão jurídica) com a certificação e publicidade que emerge do registro (dimensão registrária) ou com a regularidade urbanística da ocupação levada a efeito (dimensão urbanística)³⁷.

Desse modo, a 2ª Seção entendeu pela impossibilidade de se extinguir prematuramente as ações de usucapião relativas aos imóveis em debate, ressaltando a prevalência da posse adequadamente exercida sobre a propriedade desprovida de utilidade social.

Confirma-se, assim, a tendência de alteração gradual da função tradicional da usucapião, que se torna, na realidade registral brasileira, importante instrumento de regularização da propriedade urbana e fundiária. Tal orientação, que consagra a autonomia da posse, especialmente à luz de sua função social, resta confirmada também pelo movimento de facilitação do reconhecimento e efetividade da posse, o que se pode exemplificar através da introdução do art. 216-A na Lei de Registros Públicos, que autoriza o reconhecimento extrajudicial de usucapião³⁸.

Em última análise, o perfil atual da usucapião, e, com especial destaque à usucapião extraordinária, confirma a evolução da posse, a partir de sua reconstrução dogmática na legalidade constitucional. Sendo indubitosa a proteção possessória, na medida em que lhe assegura regulamentação própria pelo ordenamento, há de se interpretar os mecanismos de defesa da posse com autonomia, a prescindir da titularidade dominical, sempre que se acharem presentes os pressupostos de sua legitimação social.

37 Cf. STJ, 2ª Seção, REsp 1818564/DF, Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. 9/06/2021, publ. DJ 03/08/2021. Delineou-se que não se poderia exigir a lavratura do registro, para que se complete a usucapião, de modo que “[...] não seria adequado criar, por força de uma interpretação ampliativa dos arts. 1.238, parágrafo único, e 1.241 do CC/02, mais um requisito para o reconhecimento da prescrição aquisitiva” (p. 16). Assim, “[...] desde que atendidas as formalidades legais e ouvido o Poder Público, o Oficial do Registro estará plenamente autorizado a reconhecer a prescrição aquisitiva e abrir nova matrícula, efetuando o competente registro, ainda quando se tratar de imóvel situado em área irregular.” (p. 29).

38 Lei n. 6.015/1973, Art. 216-A: “Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com: [...]”. Tal mudança, nas palavras de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “[...] se afigura uma importante iniciativa de permitir a maior celeridade, cercada de menores formalidades, se comparadas com o processo judicial, associada à segurança jurídica, permitindo o reconhecimento extrajudicial da usucapião” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Reconhecimento extrajudicial da usucapião e o Novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, v. 259, set. 2016, p. 371-402).

3. AS NOÇÕES DE ACESSO E PARTICIPAÇÃO NO ÂMBITO DOS CHAMADOS BENS COMUNS

Assiste-se, contemporaneamente, à ascensão dos debates relacionados aos bens comuns³⁹, a denotar preocupação – ainda presente após quase 30 anos da Constituição de 1988 – com a efetividade dos direitos fundamentais, notadamente no que se refere à garantia de acesso aos bens essenciais para o exercício desses direitos. Sob a perspectiva dos bens comuns, busca-se enfatizar a relação entre a pessoa (e seus direitos) e os bens, mediante a construção de mecanismos jurídicos que efetivamente propiciem o acesso e a participação, quanto aos bens necessários à satisfação das necessidades da pessoa humana⁴⁰. A taxonomia dos bens comuns exprime, nessa direção, o oposto do “individualismo proprietário”: passa-se da propriedade exclusiva à inclusiva (ou à não propriedade), com o reconhecimento da legitimidade de que se investem sujeitos e interesses diversos, em relação a um mesmo bem.

No âmbito do desenvolvimento da função social da propriedade, nota-se que a “revolução dos bens comuns”⁴¹ desloca-se da propriedade funcionalizada para alcançar o “oposto da propriedade”⁴². Em percurso evolutivo, a função social, concebida inicialmente como conjunto de limites externos ao exercício do poder proprietário, passou a ser compreendida como instrumento para a própria definição do conteúdo do Direito de Propriedade, circunscrevendo internamente as faculdades exercitáveis pelo proprietário. Na renovada formulação dos bens comuns, propõe-se, nessa perspectiva, que a função social permita configurar o poder de uma multiplicidade de sujeitos, de participar nas decisões relacionadas a certas categorias de bens⁴³. A reflexão ultrapassa, portanto, a racionalidade proprietária, traduzida no esquema dualístico da propriedade pública ou privada.

Na rica experiência italiana sobre o tema, a reação à delegação do serviço de distribuição de águas à iniciativa privada, formulada em 2002 pelo governo Berlusconi, constituiu verdadeiro marco na ebulição dos debates em torno dos bens comuns⁴⁴, chegando-se a afirmar que “l’acqua è stata letteralmente la goccia che ha fatto traboccare il vaso”⁴⁵. O desenvolvimento teórico dos bens comuns na Itália despertou o interesse da comunidade jurídica brasileira⁴⁶, cujas primeiras reflexões pautam-

39 Como observam Pablo Renteria e Marcus Dantas, percebe-se, nos últimos anos, “[...] importante movimento de revisão da doutrina da ‘tragédia dos comuns’” (RENERIA, Pablo; DANTAS, Marcus. Notas sobre os bens comuns. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa*: Estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 134).

40 A relação entre direitos fundamentais, acesso e bens comuns é analisada por Stefano Rodotà: “Diritti fondamentali, accesso, beni comuni disegnano una trama che ridefinisce il rapporto tra il mondo delle persone e il mondo dei beni. Questo, almeno negli ultimi due secoli, era stato sostanzialmente affidato alla mediazione proprietaria, alle modalità con le quali ciascuno poteva giungere all’appropriazione esclusiva dei beni necessari. Proprio questa mediazione viene ora revocata in dubbio. La proprietà, pubblica o privata che sia, non può comprendere ed esaurire la complessità del rapporto persona/beni. Un insieme di relazioni viene ormai affidato a logiche non proprietarie” (RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*. Bologna: Mulino, 2013, p. 464).

41 Idem, ibidem, p. 465.

42 Idem, ibidem, p. 470.

43 Idem, ibidem, p. 463.

44 “De tão intenso, o engajamento da sociedade conduziu à realização de plebiscito, em 12 e 13 de junho de 2011, no qual 95% dos participantes (representativos de 57% do eleitorado) manifestaram-se pela revogação da privatização da distribuição das águas.” (Cf. RENTERIA, Pablo; DANTAS, Marcus, op. cit., p. 136).

45 Cf. MATTEI, Ugo. La goccia e il vaso. In: *Alfabeto2*, n. 6, janeiro-febreiro, 2011.

46 Ver, a propósito, sob as mais diversas perspectivas, as seguintes contribuições: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 105-119; MELO, Milena Petters; GATTO, Andrea. Água como bem comum no quadro da governança democrática: Algumas reflexões críticas a partir das bases da economia ecológica e sobre a necessidade de um novo Direito Público. In: *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, v. 19, n. 1, 2014, p. 95-121; RENTERIA, Pablo; DANTAS, Marcus, op. cit., p. 131-146.

-se, dogmaticamente, no combate à crença consolidada da “tragédia dos comuns”⁴⁷, utilizando-se, para tanto, da festejada obra – que lhe rendeu o Prêmio Nobel de Economia – de Elinor Ostrom⁴⁸. As ponderações para uma qualificação jurídica dos bens comuns encontram-se ainda em estágio inicial, o que se evidencia pela amplitude das abordagens realizadas em diversos campos do conhecimento (jurídico, filosófico, econômico).

No estudo dos bens comuns, há que se raciocinar por problemas, delimitando, conforme as circunstâncias do bem comum analisado, o suporte fático da análise. Assim o fez a própria Elinor Ostrom, ao estabelecer diversas limitações ao seu objeto de estudo dos “*common pool resources*”⁴⁹, atentando para a necessidade de que sejam observados os limites do potencial aplicativo de cada teoria⁵⁰. Desse modo, após a identificação dos bens comuns com os direitos fundamentais, atribuindo a construção da *pessoa constitucionalizada* a lógicas diversas daquela proprietária, torna-se essencial configurar instrumentos de concretização do acesso efetivo e imediato aos bens comuns⁵¹, observadas as peculiaridades de cada caso⁵².

Da água ao conhecimento, dos alimentos à gestão dos espaços urbanos, da proteção ao meio ambiente à tutela da saúde, augura-se que os bens comuns possam fortalecer o feixe de poderes pessoais que configuram pré-condições necessárias à efetiva participação no processo democrático, construindo-se uma “rinovata opportunità di ricongiungimento tra l'uomo e il cittadino”⁵³. Na esteira das conquistas alcançadas pela função social da posse e da propriedade, afigura-se possível aperfeiçoar a tutela privilegiada das situações existenciais, mediante o reconhecimento de bens – constitutivos da pessoa e de sua cidadania –, cuja acessibilidade não se subordina à disponibilidade de recursos financeiros, subtraída, portanto, a lógica do mercado.

Na experiência brasileira, a Constituição de 1988 inaugurou ordem jurídica que clama por instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais, notadamente no que se refere à destinação

47 Cf. HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. In: *Science*, New Series, v. 162, Dec. 13, 1968, p. 1243-1248.

48 A autora desafia a concepção prevalente de que a administração comum dos bens leva, necessariamente, à sua destruição, sendo essencial, portanto, recorrer à privatização ou ao controle público. Como destaca Ostrom, “[...] the central question in this study is how a group of principals who are in an interdependent situation can organize and govern themselves to obtain continuing joint benefits when all face temptations to free-ride, shirk, or otherwise act opportunistically” (OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 29).

49 “I do not include all potential CPR situations within the frame of reference. I focus entirely on small-scale CPRs, where the CPR is itself located within one country and the number of individuals affected varies from 50 to 15.000 persons who are heavily dependent on the CPR for economic returns. These CPRs are primarily inshore fisheries, smaller grazing areas, groundwater basins, irrigation systems, and communal forests [...]. There are limits on the types of CPRs studied here: (1) renewable rather than nonrenewable resources, (2) situations where substantial scarcity exists, rather than abundance, and (3) situations in which the users can substantially harm one another, but not situations in which participants can produce major external harm for others” (Idem, *ibidem*, p. 26).

50 “When years have been spent in the development of a theory with considerable power and elegance, analysts obviously will want to apply this tool to as many situations as possible. The power of a theory is exactly proportional to the diversity of situations it can explain. All theories, however, have limits. Models of a theory are limited still further because many parameters must be fixed in a model, rather than allowed to vary” (Idem, *ibidem*, p. 24).

51 Como afirma Rodotà, “[...] quando si parla dell'accesso a questi beni come di un diritto fondamentale della persona, si fa una duplice operazione: si affida l'effettiva costruzione della persona 'costituzionalizzata' a logiche diverse da quella proprietaria, dunque fuori da una dimensione puramente mercantile; si configura l'accesso non come una situazione puramente formale, come una chiave che apre una porta che fa entrare solo in una stanza vuota, ma come lo strumento che rende immediatamente utilizzabile il bene da parte degli interessati, senza ulteriori mediazioni” (RODOTÀ, Stefano, *op. cit.*, 2013, p. 469).

52 Idem, *ibidem*, p. 496, em que se lê: “È la qualità dei diritti da garantire che porta alla qualificazione di un bene come 'comune' e all'ulteriore, necessaria, attrazione nell'ambito dei diritti dell'accesso a tali beni”.

53 Idem, *ibidem*, p. 479.

dos bens e sua relação com a garantia de acesso conferida aos cidadãos. Além das normas que preveem a função social da propriedade, evidenciando a preocupação com a função social dos bens, verifica-se a ainda pouco explorada noção de acesso, expressamente prevista, por exemplo, no artigo 23, V, que determina, como “competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação”. Na mesma direção, garante-se, nos artigos 196, 206 e 215, acesso à saúde, à educação e à cultura⁵⁴, além da previsão de “acesso a níveis dignos de subsistência”, no âmbito do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído no artigo 79 do Ato Constitucional das Disposições Transitórias⁵⁵.

A tábua axiológica constitucional afigura-se, portanto, receptiva à construção dos bens comuns, sendo notável, a propósito, a evolução jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, acerca de um bem em especial: a cidade. A evolução jurisprudencial que ora se pretende focalizar, guarda relação com a posse de bens públicos. Como se sabe, a Constituição da República previu expressamente a necessidade de ordenação voltada ao “[...] pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (art. 182, *caput*). O denominado Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), atendendo ao comando constitucional, buscou instituir instrumentos para a promoção da “cidade democrática”⁵⁶. Nessa esteira, controverte-se, entre outros aspectos, acerca da possibilidade de se reconhecer a posse de particulares sobre bens públicos, notadamente na hipótese de bens dominicais abandonados. Nessa linha evolutiva, o STJ reconheceu, em 2016, a viabilidade de ações possessórias em litígio entre particulares sobre bem público dominical⁵⁷. Em belíssimo voto, o relator, Ministro Luis Felipe Salomão, destacou que “a ocupação por particular de um bem público abandonado/desafetado – isto é, sem destinação ao uso público em geral ou a uma atividade administrativa –, acaba por conferir justamente a

54 O artigo 196, *caput*, da CRFB, garante o “[...] acesso universal e igualitário às ações e serviços”, para a “promoção, proteção e recuperação” da saúde. O artigo 206, I, estabelece, quanto ao direito à educação, que o ensino será ministrado com base no princípio da “[...] igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”. Já o artigo 215, *caput*, estatuiu que o Estado garantirá a todos “[...] o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

55 Cf. “Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida”. Em 2010, a Emenda Constitucional n. 67 prorrogou, por tempo indeterminado, “[...] o prazo de vigência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza a que se refere o *caput* do art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”, bem como a lei complementar que o regulamenta.

56 Nessa direção, o art. 2º do Estatuto da Cidade prevê diretrizes gerais da política urbana, cujo objetivo consiste em “[...] ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana”. Entre tais diretrizes, consta a “[...] garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações” (inciso I), a “[...] gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano” (inciso II), a “[...] justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização” (inciso IX), “[...] regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais” (inciso XIV).

57 STJ, 4ª T., REsp 1.296.964/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 18/10/2016. Aplicando o entendimento do STJ, no sentido de se considerar cabível o manejo de interditos possessórios em litígio entre particulares sobre bem público dominical, pois entre ambos a disputa será relativa à posse, cf. TJRJ, 10ª CC, Ap. Civ. 0045305-07.2020.8.19.0000, Rel. Des. Patrícia Ribeiro Serra Vieira, julg. 4/11/2020; TJRJ, 6ª C.C., Ap. Civ. 0007771-72.2016.8.19.0031, Des. Claudia Pires Dos Santos Ferreira, julg. 18/09/2019.

função social da qual o bem está carente em sua essência”. O magistrado observou, ainda, que “[...] a construção do conceito de posse deve levar em conta o direito social primário à moradia e o acesso aos bens vitais mínimos, aptos a conferir dignidade à pessoa humana em um plano substancial (art. 1º, III, CF), sempre em resguardo à pessoa e à entidade familiar”.

De outra parte, o debate acerca da ocupação de espaços urbanos ociosos (públicos ou privados) ganha destaque no âmbito do “*urban commoning*”, em que se postula reconhecimento às ocupações que buscam vitalizar a cidade, utilizando os bens ocupados para a realização de atividades e serviços abertos ao público. No Brasil, nota-se, especificamente quanto à posse dos bens públicos, construção, acolhida no STJ, que prioriza a análise da função do bem público, conforme a classificação em bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais, em detrimento de sua titularidade, para efeitos de reconhecimento da proteção possessória. Com efeito, ainda que a admissão da posse sobre bens públicos de uso comum do povo não se associe diretamente às ocupações descritas, denota que o reconhecimento da posse sobre bem público, situação jurídica tutelada pelo ordenamento, depende menos da titularidade (pública) do domínio, do que da função desempenhada pelo bem em benefício da coletividade⁵⁸.

Nessa linha, cumpre registrar que, além de a incorporação de certo bem ao patrimônio⁵⁹ público não representar, por si só, garantia de afetação dos bens ao interesse coletivo, existe intenso debate acerca do controle de desafetações de bens públicos de uso comum⁶⁰, diante da possível conversão em dominicais e posterior alienação, muitas vezes, contrária à lógica dos bens comuns⁶¹. Daí a necessidade de critérios objetivos e sólidos que promovam tratamento e gestão adequada destes bens, sempre tendo como pano de fundo a garantia de acesso por toda a coletividade, e visando promover os direitos fundamentais⁶².

- 58 A jurisprudência do STJ reconhece ser “[...] possível a posse de particulares sobre bens públicos de uso comum, a qual, inclusive, é exercida, coletivamente, como comosse” (STJ, 3º T., REsp 1.582.176/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 20/09/2016). O entendimento acerca da posse sobre bens públicos de uso comum do povo precede o reconhecimento da posse sobre bens dominicais, na hipótese de conflito entre particulares, destacando-se, contudo, pelo critério utilizado na análise da configuração da posse, tal seja, a função atribuída ao bem público. Para a Corte, os bens de uso comum do povo são “[...] aqueles destinados, por natureza ou por lei, ao uso coletivo” (STJ, 3º T., REsp 1.582.176/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 20/09/2016).
- 59 Acerca do conceito de patrimônio inserido no âmbito da teoria dos bens jurídicos, v. OLIVA, Milena Donato. O patrimônio no Direito brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 195-217.
- 60 Para análise específica do tema, cf. TEPEDINO, Gustavo; PEÇANHA, Danielle Tavares; DANA, Simone Cohn. Os bens comuns e o controle de desafetação de bens públicos. In: *Revista de Direito da Cidade*, v. 13, 2021, p. 427-445.
- 61 Ilustrativamente, o TJSP analisou a regularidade de desafetação, realizada com base na Lei Municipal n. 133/2011, de certa área que deveria ser destinada ao uso comum, para fins de construção de estacionamento de caminhões. O terreno sob exame havia sido doado ao Município de Guarujá, em São Paulo, com encargo de construção de praças e jardins de loteamento. Entendeu-se, no caso, pela inconstitucionalidade da lei que promovia a desafetação, em face do art. 225, § 1º, IV, da CRFB, mantendo-se os termos da sentença que determinou a recomposição integral do meio ambiente indevidamente degradado, e declarou a nulidade dos atos que autorizaram o aterro e a construção do estacionamento de caminhões. Vale notar que a proteção do uso coletivo do bem se deu, mesmo diante de terreno apenas abstratamente destinado a tal. Protegeu-se a mera finalidade de acessibilidade a todos, em detrimento de outra que impedisse a potencial destinação coletiva do bem. Assim, destacou-se que a afirmação de escasso uso do espaço de lazer pela coletividade não é justificativa apta a legitimar o ato de desafetação pelo Poder Público, visto que a finalidade desses espaços não se esgota na utilização, mas na mera disponibilidade do bem à coletividade. (TJSP, 5ª C. Dir. Púb., Ap. Cív. 0009353-31.2010.8.26.0223, Rel. Min. Heloísa Martins Minessi, julg. 6/02/2017).
- 62 Sobre o tema, seja permitido remeter, uma vez mais, a TEPEDINO, Gustavo. Acesso aos direitos fundamentais, bens comuns e unidade sistemática do ordenamento. In: *Direito Civil, Constituição e unidade do sistema: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 21.

CONCLUSÃO

O Código Civil – cujo anteprojeto dedicado ao Direito das Coisas foi talentosamente redigido pelo saudoso Prof. Ebert Chamoun, Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), então Universidade do Estado da Guanabara (UEG) – consagrou a autonomia da posse, instituto que, remodelado pelos princípios e valores constitucionais, tornou-se instrumento valioso de inclusão social.

Em tal perspectiva, a alteração nos contornos da propriedade privada e da posse encontrara guarida no amplo repertório doutrinário e jurisprudencial, que, após a Constituição de 1988, incorporou substancialmente o perfil funcional das relações patrimoniais. A propriedade, com vocação essencialmente patrimonial, passa a ser funcionalizada ao exercício das situações jurídicas existenciais, configurando-se como direito subjetivo dúctil, cujo conteúdo se pode definir somente na relação concreta, no momento em que se compatibilizam as várias situações jurídicas constitucionalmente protegidas.

À instrumentalização da propriedade e à sua função social, alia-se a concepção da posse como direito autônomo, isto é, o “[...] exercício autônomo das faculdades inerentes ao domínio, mas independentemente do domínio, até mesmo contra o domínio”⁶³. Prevalentemente associada ao poder de fato sobre o bem, a avaliação da tutela possessória se vincula, assim, à promoção de interesses merecedores de tutela, por meio do aproveitamento conferido ao bem pelo possuidor. A dinamicidade da proteção possessória permite, portanto, vislumbrar amplo espectro de situações, nas quais a garantia da situação possessória constitui instrumento de efetivação da função social dos bens, conforme se pode constatar do exame da jurisprudência construída nessas duas décadas de vigência do Código Civil.

Em itinerário assim delineado, identificam-se, no Código Civil, instrumentos que consagram essa autonomia da posse, como se extrai no tratamento minucioso que se confere ao instituto da usucapião, em especial à usucapião extraordinária.

Nessa mesma esteira, fomenta-se o debate sobre os denominados bens comuns, cujo acesso se mostra independente da titularidade proprietária. No curso evolutivo da funcionalização da propriedade e dos bens jurídicos às situações existenciais⁶⁴, a compreensão do acesso aos bens para a efetivação dos direitos fundamentais representa o enfoque central das reflexões acerca dos bens comuns, e abre caminho para novos horizontes no plurissecular itinerário da proteção possessória.

REFERÊNCIAS

- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. V. III. Rio de Janeiro: Rio, 1975.
- _____. *Direito das Coisas*. V. I. Rio de Janeiro: Rio, 1976.
- CHAMOUN, Ebert. *Direito Civil: Aulas do 4. Ano proferidas na Faculdade de Direito da Universidade do Distrito Federal*. Rio de Janeiro: Aurora, 1955.
- _____. Exposição de motivos do esboço do anteprojeto do Código Civil – Direito das Coisas. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 20, abr.-jun. 2019, p. 228. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/420/301>. Acesso em: 16 fev. 2024.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: Direito das Coisas*. V. III. Rio de Janeiro: Rio, 1979.
- FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- _____. *Direito Civil: Sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- _____. O estatuto constitucional da proteção possessória. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org.). *Leituras complementares de Direito Civil: O Direito Civil-Constitucional em concreto*. Salvador: Jus PODIVM, 2007.

63 Cf. CHAMOUN, Ebert, op. cit., 1955.

64 Para análise pormenorizada da perspectiva funcional na análise dos bens jurídicos, permita-se remeter a TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do Direito Civil*. V. 1: Teoria Geral do Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 183-185, em que se lê: “[...] o significado de bem jurídico depende essencialmente do interesse que o qualifica e sua classificação há de ser apreendida na esteira da função que o bem desempenha na relação jurídica”.

- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Reconhecimento extrajudicial da usucapião e o Novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, v. 259, set. 2016.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. In: *Science, New Series*, v. 162, Dec. 13, 1968.
- HERNANDEZ GIL, Antonio. *La posesión como institución jurídica y social*. T. 2. Madrid: Espasa-Calpe, 1987.
- JHERING, Rudolf von. *O fundamento dos interditos possessórios*. Trad. Adherbal de Carvalho. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908.
- _____. *Teoria Simplificada da Posse. Clássicos do Direito brasileiro*. V. VI. São Paulo: Saraiva, 1986.
- MATTEI, Ugo. La goccia e il vaso. In: *Alfabet2*, n. 6, gennaio-febbraio, 2011.
- MELO, Milena Petters; GATTO, Andrea. Água como bem comum no quadro da governança democrática: Algumas reflexões críticas a partir das bases da economia ecológica e sobre a necessidade de um novo Direito Público. In: *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, v. 19, n. 1, 2014.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: Uma concretização da função social da propriedade. In: *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, v. 2, out.-dez. 2014.
- OLIVA, Milena Donato. O patrimônio no Direito brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- _____; RENTERIA, Pablo. Autonomia privada e Direitos Reais: Redimensionamento dos princípios da taxatividade e da tipicidade no Direito brasileiro. In: *Civilistica.com* - Revista Eletrônica de Direito Civil. V. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/267>. Acesso em: 16 fev. 2024.
- OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. IV. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. V. I. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: ESI, 2004.
- RENERIA, Pablo; DANTAS, Marcus. Notas sobre os bens comuns. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: Estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- RESCIGNO, Pietro. Disciplina dei beni e situazioni della persona. In: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Ano 1976-1977, v. 5-6, n. 2.
- RODOTÀ, Stefano. Proprietà (Diritto Vigente). In: *Novissimo Digesto Italiano*. V. XIV. Torino: UTET, 1967.
- _____. *Dal soggetto alla persona*. In: *Il diritto di avere diritti*. Roma: Laterza, 2012.
- _____. *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*. Bologna: Mulino, 2013.
- RODRIGUES, Manuel. *A posse: Estudo de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 1996.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. V. V. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SALOMÃO FILHO, Calisto. *Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: Subsídios para um estudo comparativo. In: *Revista de Direito Privado*, v. 54, 2013.
- TEPEDINO, Gustavo. Acesso aos direitos fundamentais, bens comuns e unidade sistemática do ordenamento. In: *Direito Civil, Constituição e unidade do sistema: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional - V Congresso do IBDCivil*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- _____. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. In: *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, v. 1, 2014.
- _____. O papel atual da doutrina do Direito Civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: Estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- _____. Posse e propriedade na constitucionalização do Direito Civil: Função social, autonomia da posse e bens comuns. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (org.). *Direito Civil: Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018.
- _____; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do Direito Civil*. V. 5: Direitos Reais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- _____; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do Direito Civil*. V. 1: Teoria Geral do Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- _____; PEÇANHA, Danielle Tavares; DANA, Simone Cohn. Os bens comuns e o controle de desafetação de bens públicos. In: *Revista de Direito da Cidade*, v. 13, 2021.
- _____; SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade e legalidade constitucional. In: *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 17. Rio de Janeiro: PUC-Rio, ago.-dez. 2000.
- TIZZANO, A. Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà, *Atti del Convegno, Camerino*, 27-28, maggio 1982, Napoli, 1983.
- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milano, 1993.

Governança da corrupção transnacional: Novos modelos de recuperação de ativos e cooperação jurídica internacional

CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ¹
ANA LÚCIA TAVARES FERREIRA²

Sumário: Introdução. 1. Governança da corrupção transnacional no Direito Internacional. 2. Mecanismos processuais para a prevenção do fluxo ilícito transfronteiriço de processos de corrupção. 2.1. Recuperação de ativos e assistência jurídica mútua, no âmbito das Nações Unidas. 2.2. Recuperação de ativos e assistência jurídica mútua na União Europeia. 3. Conformidade corporativa. 4. Governança da corrupção transfronteiriça no sistema penal brasileiro. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Tradicionalmente considerada um crime praticado por funcionários públicos, em detrimento das Administrações Públicas nacionais, a corrupção passou a ser considerada um delito transnacional, ligado à delinquência organizada, que interfere na livre concorrência e representa um obstáculo ao desenvolvimento econômico, democrático e social, importando violações generalizadas dos direitos humanos.

Trata-se de uma importante mudança paradigmática, que implica uma abordagem bifurcada, baseada na distinção entre a definição tradicional acima mencionada, que agora é chamada de pequena corrupção, e a chamada grande corrupção, consistente em transações financeiras de grande escala, envolvendo a chamada delinquência organizada e autoridades estatais.

Além disso, a integração do lucro obtido com atividades criminosas ao sistema financeiro ilícito pode ultrapassar fronteiras nacionais, tornando-se um grande desafio para muitos países e instituições internacionais.

Nesse contexto, desenvolveram-se mecanismos para prevenir e punir práticas de corrupção e delitos conexos, como a lavagem de dinheiro, independentemente dos limites dos Estados nacionais, de forma que o confisco dos benefícios econômicos ilícitos do crime e a cooperação internacional em matéria penal tornaram-se elementos centrais nas legislações internacionais e nacionais.

Este artigo aborda o desenvolvimento de um arcabouço normativo sobre mecanismos de recuperação de ativos e instrumentos de cooperação internacional relacionados, no âmbito das Nações Unidas e da União Europeia, bem como no ordenamento jurídico brasileiro.

1 Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Presidente do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP) e Vice-Presidente da Association Internationale de Droit Penal (AIDP). Professor Catedrático Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Mestre e Doutor em Direito Penal pela UERJ. Pós-Doutor pela University of Warwick (Inglaterra).

2 Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro. 1ª Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP). Mestre e Doutora em Direito Penal pela UERJ. Pós-Doutora pela Universidad del País Vasco (Espanha).

A primeira seção apresentará um breve relato sobre o desenvolvimento geral da legislação internacional, relativa à corrupção e à lavagem de dinheiro, no âmbito das Nações Unidas, e das instituições europeias, americanas e africanas.

A segunda seção abordará, especificamente, a recuperação processual de ativos e os mecanismos de cooperação internacional conexos desenvolvidos, no âmbito das Nações Unidas e da União Europeia.

O ordenamento jurídico brasileiro será abordado na terceira seção, que apresentará os desenvolvimentos recentes na legislação brasileira de corrupção e lavagem de dinheiro, com foco nas disposições relacionadas à recuperação de ativos.

A última seção apresentará algumas considerações finais, com base nos tópicos discutidos nas seções precedentes.

1. GOVERNANÇA DA CORRUPÇÃO TRANSNACIONAL NO DIREITO INTERNACIONAL

A internacionalização da corrupção é uma das muitas mudanças sociais provocadas por uma globalização, cada vez maior da economia, e pelo recente desenvolvimento de novas tecnologias³.

As atuais práticas transnacionais de corrupção em larga escala implicam a captura do Estado por poderosos interessados, resultando em uma distribuição injusta de bens públicos, que representa um obstáculo ao desenvolvimento econômico, democrático e social, e conduz a violações generalizadas dos direitos humanos⁴.

A chamada grande corrupção⁵ envolve grandes quantidades de dinheiro ilícito que devem ser integradas na economia legal e, como consequência, o fluxo ilícito de produtos da corrupção tornou-se um grande problema para muitos países⁶.

Portanto, o crime de lavagem de dinheiro, embora originalmente concebido em relação ao tráfico de drogas e à delinquência organizada (fenômenos tradicionalmente associados à máfia), é hoje considerado um dos elementos centrais no desenvolvimento de políticas criminais contra a corrupção⁷.

A crescente complexidade das práticas de corrupção levou a uma grande mudança de paradigma, no que diz respeito ao desenvolvimento de mecanismos para preveni-las e reprimi-las, além dos limites dos Estados nacionais, dentro do setor privado, especialmente das corporações⁸.

Essa nova abordagem foi adotada, pela primeira vez, pelos EUA, no Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), de 1977, que criminalizou o suborno de funcionários públicos por empresas americanas em países estrangeiros e impôs transparência na contabilidade de investimentos estrangeiros, evitando o uso de fundos secretos para pagamentos ilegais.

3 Sobre o assunto, ver: ARZAMENDI, José-Luis de la Cuesta. *Iniciativas internacionales contra la corrupción*. In: *Eguzkilore*, n. 17, San Sebastian, p. 5-26, dez. 2003.

4 Cf. IVORY, Radha Dawn. The Right to a Fair Trial and International Cooperation in Criminal Matters: Article 6 ECHR and the Recovery of Assets in Grand Corruption Cases. In: *Utrecht Law Review*, v. 9, n. 4, 2013, p. 147.

5 A Transparência Internacional define grande corrupção como atos cometidos em um alto nível de governo, que distorcem as políticas ou o funcionamento central do Estado, permitindo que os líderes se beneficiem à custa do bem público (Transparência Internacional, 2009).

6 Cf. GONZÁLEZ URIEL, Daniel. Money Laundering, Political Corruption and Asset Recovery in the Spanish Criminal Code. In: *International Annals of Criminology*, v. 59, n. 1, p. 38-54, 2021; ROSS, Eleanor. Increasing United States-China Cooperation on Anti-Corruption: Reforming Mutual Legal Assistance. In: *The George Washington Law Review*, v. 86, 2018, p. 30.

7 Cf. OLIVARES, Gonzalo Quintero. La lucha contra la corrupción y la pancriminalización del aut blanqueo. In: *Estudios Penales y Criminológicos*, v. 38, n. Ext., 2018.

8 Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A corrupção em uma perspectiva internacional. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 15, n. 64, p. 29-56, 2007.

Na sequência da legislação pioneira dos EUA, foram introduzidas medidas semelhantes na Europa, com a adoção da Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias, de 1989, referente à coordenação das regras relativas à utilização de informações privilegiadas no comércio, e da Diretiva 91/308, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro, para fins de lavagem de dinheiro.

Essa tendência foi rapidamente replicada em vários instrumentos internacionais, tais como: Protocolo relativo à Convenção sobre Proteção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias (1996); Convenção Interamericana contra a Corrupção (1996); Tratado sobre a luta contra a corrupção que envolva funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia (1997); Resolução n. 7, que autoriza a criação do Grupo de Estados contra a Corrupção (GRECO, 1998); Convenção de Direito Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa (ETS n. 173, 1999); Convenção de Direito Civil sobre a Corrupção, do Conselho da Europa (ETS n. 174, 1999); Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (2000); Código de Boas Práticas do Fundo Monetário Internacional sobre Transparência nas Políticas Monetárias e Financeiras: Declaração de Princípios (1999); Convenção da União Africana para a Prevenção e o Combate à Corrupção (2003); Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003).

A fim de enfrentar muitos desafios e armadilhas, em relação à governança da corrupção no nível internacional, o quadro legislativo internacional foi desenvolvido em torno de dois princípios orientadores principais: o estabelecimento de diretrizes de harmonização que permitirão a cooperação em matéria penal e a promoção de mecanismos de prevenção eficientes.

Entre os principais desafios, em relação à cooperação internacional em matéria de corrupção, estão os seguintes: as diferenças entre legislações e tradições jurídicas distintas; as disparidades de respostas e medidas legais; a ausência de uniformidade na definição de delitos relacionados à corrupção, bem como a falta de instituições internacionais eficazes na aplicação da lei.

Nessa perspectiva, o Direito Internacional deve fornecer uma estrutura básica sobre a qual os Estados possam desenvolver respostas semelhantes à corrupção, no âmbito do Direito Penal, especialmente no que diz respeito à descrição das condutas, ao escopo dos crimes e às penas cominadas.

Além disso, sendo a corrupção um delito complexo, as respostas do Direito Penal não são suficientes. Elas devem ser complementadas por uma abordagem multidisciplinar, estabelecendo-se mecanismos internacionais de controle, para fins de supervisionar a implementação de estratégias anticorrupção⁹.

A corrupção foi abordada, pela primeira vez em um instrumento internacional, em 1997, pela Convenção sobre o Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Apesar do alcance limitado desse instrumento inicial, ele recomendou expressamente aos Estados-Membros que cooperem entre si e com a rede internacional, em investigações e outros processos judiciais relativos a casos específicos de suborno, por meio de instrumentos como o compartilhamento de informações espontaneamente ou mediante solicitação, fornecimento de provas, extradição e identificação, congelamento, apreensão, confisco e recuperação do produto do suborno de funcionários públicos estrangeiros (art. XIII).

Além disso, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (do-ravante UNTOC ou Convenção de Palermo), adotada em 2000, com o objetivo de promover a cooperação entre os Estados-Membros para prevenir e reprimir o crime organizado transnacional (TOC), recomendou a persecução penal do crime de corrupção¹⁰.

9 Sobre o assunto, ver: ARZAMENDI, José-Luis de la Cuesta, op. cit, p. 5-26.

10 Cf. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL. Resolução adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, 8 jan. 2001, A/RES/55/25. In: REF WORLD (site). Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3b00f55b0.html>. Acesso em: 22 nov. 2022.

Seguindo essa mesma abordagem, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (doravante UNCAC) reconhece a complexidade do tema e a gravidade dos problemas dele decorrentes, bem como seu caráter transnacional, e cria a obrigação de os Estados-Membros adotarem medidas preventivas, punirem crimes de corrupção, desenvolverem mecanismos de cooperação internacional e buscarem a recuperação de processos ilícitos de corrupção¹¹.

Quanto à obrigação de punir práticas de corrupção e delitos conexos, a Convenção também determina o estabelecimento de enriquecimento ilícito de servidores públicos como infração penal, transferindo o ônus da prova da origem ilícita dos bens para o réu (art. 20). A Convenção também determina o estabelecimento do crime de lavagem de dinheiro (art. 23), referente a diversas atividades como conversão, transferência e ocultação, entre outras.

No âmbito regional, a Convenção Interamericana contra a Corrupção (1996) também estabeleceu a adoção de mecanismos preventivos e repressivos, descrevendo os atos de corrupção, incluindo, não apenas práticas tradicionais semelhantes ao suborno, mas também delitos relacionados, como ocultação de propriedade derivada de qualquer um dos atos sob o escopo da Convenção¹². De acordo com o modelo da UNCAC, o estabelecimento do enriquecimento ilícito como delito autônomo também foi incluído na Convenção Interamericana (art. IX).

Além disso, a Convenção Interamericana estabeleceu a obrigação de incluir corrupção e delitos conexos nos tratados de extradição (art. XIII), prestando-se mutuamente a mais ampla assistência, mediante o processamento de pedidos de autoridades, que, em conformidade com suas leis internas, tenham o poder de investigar ou processar os atos de corrupção descritos na Convenção, obter provas e tomar outras medidas necessárias para facilitar os processos legais e as medidas relativas à investigação ou à repressão de atos de corrupção (art. XIV).

A corrupção também foi abordada no âmbito europeu, tanto pelo Conselho da Europa como pela União Europeia (UE). O primeiro documento da UE a abordar o assunto foi o Protocolo elaborado com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia à Convenção sobre a Proteção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias, em 1996, pelo qual os Estados concordaram com a definição de corrupção (artigos 2º e 3º); o alcance das disposições penais referentes aos autores (art. 4º); a punição dos crimes relacionados com a corrupção, por meio de sanções penais efetivas, proporcionadas e dissuasivas, incluindo, ao menos em casos graves, penas privativas de liberdade que possam dar origem à extradição.

Em 1997, a Convenção elaborada com base no n. 2, alínea “c”, do artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à luta contra a corrupção, envolvendo funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia, adotou uma abordagem mais ampla, em matéria de corrupção, por intermédio da qual os Estados-Membros concordaram em incluir disposições, em matéria de extradição e ação penal (artigo 8º), e de cooperação na investigação, na ação penal e na execução da pena, por meio, por exemplo, do auxílio judiciário mútuo, da extradição, da transferência de processos ou da execução de sentenças proferidas noutro Estado-Membro (art. 9º).

Apesar da importância desses documentos, poucos Estados-Membros implementaram, efetivamente, reformas para alcançar o nível necessário de harmonização entre as disposições nacionais, em matéria penal.

11 Cf. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO. Resolução adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, 31 out. 2003, A/58/422. In: REFWORLD (site). Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/4374b9524.html>. Acesso em: 22 nov. 2022.

12 Cf. CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA A CORRUPÇÃO, 29 mar. 1996, S. Tratado Doc. N. 105-139, 35 I. L. M. 724. In: REFWORLD (site). Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/portuguese/convencao.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2022.

O tema teve, portanto, de ser abordado no *Corpus Juris* (relatório sobre o processo penal na União Europeia), em 1999. Em seu dispositivo de Direito Penal, esse documento estabeleceu a prioridade da harmonização gradual, referentes a vários crimes relacionados à corrupção, à fraude e ao crime organizado (3).

O Tratado de Lisboa constitui um importante desenvolvimento nessa matéria, prevendo que o Parlamento Europeu e o Conselho Europeu possam estabelecer, por intermédio de diretivas, normas mínimas relativas à definição de infrações penais e sanções em domínios penais particularmente graves, com uma dimensão transfronteiriça, entre as quais a corrupção¹³.

O fato de a corrupção ter sido mencionada no Tratado como delito particularmente grave, com uma dimensão transfronteiriça, tem consequências significativas, uma vez que o art. 67 do referido documento estabelece como objetivo da União a implementação de medidas de coordenação e cooperação entre as autoridades policiais e judiciárias e outras autoridades competentes; o reconhecimento mútuo das resoluções judiciais em matéria penal e, se necessário, a aproximação das legislações penais.

No que diz, especificamente, respeito à ligação entre corrupção e lavagem de dinheiro, a Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para a lavagem de dinheiro ou o financiamento do terrorismo, tem um efeito preventivo, uma vez que inclui o crime de corrupção na categoria “atividade criminosa”, para efeitos da aplicação do seu regulamento.

Além disso, a Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, referente à apreensão e à perda de instrumentos e produtos do crime na União Europeia, abordou o assunto, centrando-se no mandado de detenção europeu, na criação de equipes de investigação conjunta e na comunicação de registros criminais ou procedimentos de investigação interna sobre corrupção de funcionários comunitários.

Ademais, vários órgãos foram desenvolvidos, no âmbito da organização supranacional da UE, para lidar com as questões relacionadas à corrupção, como o Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF, criado pela Decisão 1999/352/CE); a Agência Europeia para a Cooperação Judiciária Penal (Eurojust, criada pela Decisão 2002/187/JAI do Conselho, posteriormente alterada pela Decisão 2009/426/JAI do Conselho, de 16 de dezembro de 2008); Europol (Serviço Europeu de Polícia), criado pela Convenção baseada no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, que cria um Serviço Europeu de Polícia (Convenção Europol), assinada em Bruxelas em 26 de Julho de 1995; a Procuradoria Europeia, introduzida com base no artigo 86º do TFUE; o Tribunal de Contas Europeu (artigo 285º do TFUE) e o Ombudsman Europeu, criado pelo Tratado de Maastricht¹⁴.

2. MECANISMOS PROCESSUAIS PARA A PREVENÇÃO DO FLUXO ILÍCITO TRANSFRONTEIRIÇO DE PROCESSOS DE CORRUPÇÃO

A abordagem tradicional do Direito Penal e os sistemas de Justiça Criminal têm falhado em fornecer respostas eficazes à corrupção transnacional e à lavagem de dinheiro, apesar de um grande esforço dos legisladores, tanto a nível internacional como nacional.

Crimes financeiros complexos, de caráter transnacional, exigem o desenvolvimento ou o aprimoramento de mecanismos processuais adequados e instrumentos de cooperação internacional, como mecanismos de recuperação de ativos, julgamentos à revelia e ferramentas de assistência jurídica mútua.

13 Cf. SANTANA VEGA, Dulce Maria. La lucha contra la corrupción en Europa: Luces y sombras. 2019, p. 41-72. In: FUNDACIÓN DIALNET (site). Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7644685>. Acesso em: 22 nov. 2022.

14 Idem, ibidem.

2.1 Recuperação de ativos e assistência jurídica mútua, no âmbito das Nações Unidas

As políticas criminais contra a corrupção desenvolveram vários mecanismos de recuperação de ativos, baseados na crença de que o efeito dissuasor da potencial perda de benefícios econômicos do crime excede o das sanções usuais de prisão.

A recuperação de ativos é uma das principais ferramentas político-criminais contra o fluxo ilícito do produto de crimes, em geral. A expressão refere-se a um longo processo que pode resultar na privação ou confisco dos ganhos da atividade criminosa, abrangendo as seguintes cinco fases distintas: a) A investigação financeira, com o objetivo de identificar e rastrear bens, com a finalidade de processar um crime determinado, com posterior confisco, identificar a extensão das redes criminosas e a escala da criminalidade e desenvolver provas a serem usadas em processos criminais; b) O congelamento temporário¹⁵ ou apreensão de bens suspeitos; c) A ordem judicial de confisco; d) A execução da ordem de confisco; e e) A alienação dos bens confiscados¹⁶.

No entanto, foi adotado um conceito restritivo, no âmbito das Nações Unidas, onde a recuperação de ativos é um mecanismo especificamente desenvolvido para fins de combate à corrupção transnacional e à lavagem de dinheiro¹⁷.

A recuperação de ativos foi adotada, em primeiro lugar, pela Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988), que estabeleceu que os Estados-Partes adotariam medidas para permitir o confisco de produtos provenientes de infrações estabelecidas de acordo com o artigo 3, parágrafo 1º, ou bens cujo valor corresponda ao de tais produtos; estupefacientes e substâncias psicotrópicas, materiais e equipamentos ou outros instrumentos utilizados ou destinados a ser utilizados, de qualquer forma, em infrações estabelecidas, nos termos do n. 1 do artigo 3º e na identificação, congelamento ou apreensão de produtos, bens, instrumentos ou quaisquer outras coisas referidas no item n. 1 do presente artigo, para efeitos de eventual confisco (art. 5º, (1)-(3)). A Convenção também estabeleceu a obrigação de desenvolvimento de mecanismos de cooperação internacional em matéria de recuperação de ativos (art. (5), (4)).

O Tratado Modelo das Nações Unidas sobre Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal (1990) também abordou o assunto. Embora, originalmente, a recuperação de ativos fosse mencionada exclusivamente no protocolo facultativo, ela foi introduzida no texto principal pela Resolução n. 53/1988.

A Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (1995) incluiu uma disposição sobre o assunto, estabelecendo que os Estados-Partes devem tomar as medidas apropriadas, de acordo com seus princípios jurídicos internos, para a identificação, detecção, congelamento ou apreensão de quaisquer fundos usados ou alocados para a prática das infrações previstas no artigo 2º, bem como dos produtos derivados de tais infrações, para fins de eventual confisco (art. 8º)¹⁸.

15 A expressão *congelamento* é definida na Convenção de Varsóvia, quanto à proibição temporária da transferência, destruição, conversão, disposição ou circulação de bens, ou à assunção temporária da custódia ou controle de bens, com base numa ordem emitida por um tribunal ou outra autoridade competente.

16 Cf. LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele. Chasing Criminal Money in the EU: New Tools and Practices?. In: Open Repository and Bibliography Luxembourg (ORBilu, site), Université du Luxembourg, 2017, p. 366. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10993/26185>. Acesso em: 22 nov. 2022.

17 A expressão recuperação de ativos tem diferentes significados, dependendo do sistema de Justiça Criminal onde é utilizada. No nível da ONU, a recuperação de ativos é definida como o processo pelo qual os produtos da corrupção são recuperados e devolvidos a uma jurisdição estrangeira. Na perspectiva europeia, por outro lado, a recuperação de ativos tem um significado mais amplo, não se limitando à recuperação relacionada à corrupção. (Cf. LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele, op. cit, p. 366).

18 Cf. ANTUNES, Maria João; COSTA, Miguel João. Cooperação internacional para efeitos de recuperação de ativos. In:

Além disso, a UNTOC estabeleceu obrigações para que os Estados-Partes desenvolvam medidas que permitam a identificação, o rastreamento, o congelamento ou a apreensão e o consequente confisco do produto de crimes sob seu próprio escopo (art. 12). A UNTOC exige também que os Estados cooperem entre si para permitir o confisco dos produtos do crime (art. 13), e também fornece regras abrangentes sobre recuperação de ativos e instrumentos relacionados de assistência jurídica mútua.

Apesar desses desenvolvimentos iniciais, a UNCAC é considerada o mais importante instrumento internacional de recuperação de ativos, no nível das Nações Unidas, uma vez que fornece aos Estados-Partes um conjunto abrangente de ferramentas para prevenir o fluxo de produtos da corrupção, bem como vários mecanismos legais para a cooperação internacional na recuperação de ativos¹⁹.

Ademais, as disposições da UNCAC são juridicamente vinculativas, e a conformidade do Estado com a UNCAC é apoiada por várias ferramentas e orientações para implementação, fornecidas pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (doravante UNODC), inaugurado em 1997, enquanto as disposições de recuperação de ativos da UNTOC, por exemplo, não são obrigatórias, uma vez que essa Convenção permite que os Estados restrinjam a implementação de medidas apropriadas e permitidas em seu sistema jurídico interno.

A UNCAC dedicou um capítulo inteiro à recuperação de ativos (Capítulo V), com várias disposições que devem ser analisadas em conjunto com outras (gerais), referindo-se, direta ou indiretamente, à recuperação de ativos, como a disposição sobre a prevenção da lavagem de dinheiro (art. 14); a disposição acerca do estabelecimento de um regime de congelamento interno e confisco do produto da corrupção, como pré-requisito para a cooperação internacional e a devolução de bens (art. 31); a disposição referente à cooperação entre as autoridades nacionais e o setor privado (artigo 39); a disposição relativa à cooperação internacional (art. 43) e ao auxílio judiciário mútuo (art. 46).

A detecção e o congelamento precoce dos ativos são aspectos importantes da recuperação de ativos, uma vez que as chances de sucesso são maiores antes do início do processo formal de cooperação. Portanto, a UNCAC recomenda o compartilhamento espontâneo de informações, sem solicitação prévia do Estado-Parte vítima.

A UNCAC estabelece a obrigação de confiscar produtos e instrumentos ilícitos do delito de corrupção ou lavagem de dinheiro (art. 31). O confisco pode assumir a forma de confisco criminal ou baseado em condenação (regular ou prolongado), ou ainda confisco não baseado em condenação ou confisco civil, também chamado confisco administrativo.

O confisco penal regular visa despojar o autor do produto do crime, na sequência de uma condenação definitiva de uma infração penal suscetível de dar origem a benefícios econômicos. Nesse caso, o Estado é obrigado a vincular, causalmente, o delito pelo qual o réu foi devidamente condenado ao benefício econômico.

O requisito do nexo de causalidade estrito pode gerar dificuldades, inibindo o confisco, nos casos em que não se pode provar que os bens provêm de uma infração penal específica. O chamado confisco estendido resolve essas dificuldades, permitindo o confisco de bens acumulados ao longo de uma longa carreira de atividades criminosas, pelas quais uma condenação não pôde ser alcançada²⁰.

FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde (coord.). *Cooperação internacional para efeitos de recuperação de ativos*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 342. Disponível em: <https://ebooks.almedina.net/books/9789724096636>. Acesso em: 22 nov. 2022.

19 Cf. ZIOUVAS, Dimitris. International Asset Recovery and the United Nations Convention Against. In: RESEARCHGATE (site). Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/324969804_International_Asset_Recovery_and_the_United_Nations_Convention_Against_Corruption. May 2018, p. 591-620. Acesso em: 22 nov. 2022.

20 Cf. BOUCHT, Johan. Asset Confiscation in Europe – Past, Present, and Future Challenges. In: *Journal of Financial Crime*, v. 26, n. 2, p. 526-548, 2019.

O confisco não baseado em condenação ou CNBC expande ainda mais o escopo do poder do Estado de confiscar, permitindo o confisco, na ausência de uma condenação criminal. Embora a UNCAC determine a adoção de medidas para permitir o confisco, sem obrigar as propriedades a implementar qualquer tipo específico, ela recomenda a introdução da CNBC, dependendo do caráter punitivo ou restaurativo que cada Estado atribui ao conceito de confisco.

A UNCAC também aborda a criminalização da riqueza inexplicável, em relação aos agentes públicos nacionais (art. 20), permitindo que o Estado considere crime a falta de comprovação da origem lícita de um bem. Isso significa que a desproporcionalidade entre o patrimônio do indivíduo e suas legítimas fontes de renda pode evidenciar uma presunção de ilicitude desses bens.

A UNCAC também estabelece várias formas de assistência jurídica mútua (doravante ALM), tais como: extradição (art. 44); transferência de condenados (art. 45); transferência de processos penais (art. 47); cooperação policial (art. 48); e investigações conjuntas (art. 49).

De acordo com a UNCAC, a ALM pode ser fornecida, para fins de obtenção de provas ou declarações de pessoas; proceder à citação ou notificação de atos judiciais; execução de buscas e apreensões e congelamento; examinar objetos e sítios; fornecer informações, elementos probatórios e perícias; fornecer originais ou cópias autenticadas de documentos e registros relevantes, incluindo registros governamentais, bancários, financeiros, corporativos ou comerciais; identificar ou rastrear produtos de crimes, bens, instrumentos ou outras coisas, para fins probatórios; facilitar o comparecimento voluntário de pessoas no Estado-Parte requerente; qualquer outro tipo de assistência que não seja contrária ao Direito interno do Estado-Parte requerido (art. 46 (3)).

A UNCAC antecipa o momento de ALM, estabelecendo a troca espontânea precoce de informações, que pode ser usada antes de o processo penal ter sido iniciado, adotando, assim, o conceito de cooperação intensificada, originalmente introduzido pela UNTOC.

A UNCAC estabeleceu que o pedido de cooperação será executado de acordo com o Direito interno do Estado requerido (*locus regit actum*) e, na medida em que não seja contrário ao Direito interno do Estado Parte-requerido, sempre que possível, de acordo com os procedimentos especificados no pedido (*forum regit actum*).

Os Estados podem recusar a cooperação nos seguintes casos: a) Se o pedido não for apresentado em conformidade com a UNCAC; b) Se o Estado-Parte requerido considerar que a execução do pedido é suscetível de prejudicar a sua soberania, segurança, ordem pública ou outros interesses essenciais; c) Se as autoridades do Estado-Parte requerido forem proibidas, pelo seu Direito interno, de levar a cabo a ação solicitada, relativamente a qualquer infração semelhante, se tivessem sido objeto de investigação, processo administrativo ou judicial, sob a sua própria jurisdição; d) Se for contrário ao sistema jurídico do Estado-Parte requerido, no que se refere ao auxílio judiciário mútuo.

A eficácia das estratégias internacionais de recuperação de ativos depende da cooperação dos Estados. Assim, a UNCAC exige que os Estados tomem todas as medidas provisórias necessárias para permitir o confisco permanente de bens, a cooperação no reconhecimento e execução de ordens de congelamento estrangeiras, e na emissão de ordens de congelamento internas (n. 2 do artigo 54º).

A UNCAC também estabelece cooperação para garantir o confisco do produto da corrupção proveniente de outro Estado. O cumprimento desta disposição pode ser implementado, por meio de dois tipos de procedimentos: o reconhecimento e a execução da decisão de confisco estrangeira; ou a abertura de um processo, ou de uma nova decisão de perda, em nome do Estado requerente [Artigo 54º, n. 1, alínea “a”]. Esta última forma é considerada menos eficaz do que a primeira, uma vez que a execução direta requer menos recursos, evita duplicações e proporciona a assistência solicitada em tempo hábil²¹.

21 Cf. KING, Colin; WALKER, Clive; GURULÉ, Jimmy (org.). *The Palgrave Handbook of Criminal and Terrorism Financing*

A UNCAC estabelece requisitos obrigatórios e regras gerais para o desenvolvimento de procedimentos utilizados para a devolução e alienação de bens confiscados, que podem ocorrer de duas maneiras: compartilhando bens confiscados com um Estado estrangeiro que participou, direta ou indiretamente, da investigação que levou ao confisco; ou remetendo os bens confiscados às vítimas da atividade criminosa subjacente.

Para os fundos desviados, é obrigatório devolver os bens confiscados aos Estados requerentes, depois de deduzidas as despesas razoáveis de confisco. Para outros crimes de corrupção, por outro lado, os bens devem ser devolvidos se o Estado requerente estabelecer a propriedade prévia, ou se o Estado requerido reconhecer danos ao Estado requerente (n. 3 do artigo 57^o). Em todos os outros casos, os Estados-Partes considerarão a possibilidade de indenizar as vítimas.

2.2 Recuperação de ativos e assistência jurídica mútua na União Europeia

A recuperação de ativos é considerada, na perspectiva europeia, um conceito muito mais amplo, emancipando-se da legislação sobre corrupção e políticas criminais de combate à lavagem de dinheiro.

A UE abordou o assunto em vários instrumentos, centrando-se na facilitação da cooperação entre as autoridades nacionais, no princípio do reconhecimento mútuo e na harmonização das legislações nacionais.

O desenvolvimento de mecanismos de confisco de bens, no âmbito europeu, pode ser analisado em termos de quatro gerações de regimes de confisco, cada uma representando uma etapa mais distante da necessidade de demonstrar um nexo de causalidade com a infração principal²².

A primeira geração é constituída por regras penais regulares de confisco, que se encontram na diretiva da UE relativa ao confisco de 2014.

A segunda geração é constituída por regras de confisco estendidas. Este tipo de confisco tinha sido posto em prática pelos Estados nacionais, muito antes da regulamentação da UE (por exemplo, no Reino Unido, pela Lei do Tráfico de Drogas, de 1986). Foi introduzido, ao nível da UE, pela decisão-quadro de 2005 sobre o confisco, e reafirmado pela Diretiva da UE, referente ao confisco de 2014.

As regras da CNBC compõem a terceira geração. As regras do CNBC foram adotadas em vários Estados nacionais europeus, como o Reino Unido, Irlanda, Itália, Bulgária e Eslovênia. Os processos do CNBC geralmente ocorrem fora da estrutura penal, muitas vezes como processos civis. Eles são normalmente baseados na propriedade e, portanto, são considerados *in rem*, visando à propriedade ilícita e não ao titular²³.

Pode haver dois modelos de CNBC: um modelo retrospectivo, que se dirige ao produto de crimes passados, embora não haja a exigência de vinculá-los ao delito do qual os ativos supostamente se originam; e um modelo preventivo, que tem como foco evitar que bens sejam usados para promover condutas criminosas.

No entanto, a Diretiva 2014/42/UE é consideravelmente restritiva neste aspecto, permitindo o confisco de instrumentos e produtos do crime, apenas nos casos em que o processo penal tenha sido iniciado e não possa prosseguir porque o suspeito ou arguido estava doente ou em fuga. Além disso, muitos Estados-Membros resistem a adotar a CNBC em seus sistemas jurídicos, temendo pela incompatibilidade com as tradições jurídicas e salvaguardas processuais²⁴.

Law. Cham: Springer, 2018, p. 378.

22 Cf. BOUCHT, Johan, op. cit., 2019, p. 526-548.

23 Sobre o assunto, ver: RUI, Jon Petter; SIEBER, Ulrich (eds.). Non-Conviction-Based Confiscation in Europe: Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

24 Cf. LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele, op. cit., p. 366.

É importante notar que o CNBC é um mecanismo típico dos sistemas de *common law*, onde o processo de confisco é dirigido contra bens e é desenvolvido com base em uma ficção jurídica, segundo a qual o bem, não seu titular, viola a lei (a propriedade está contaminada)²⁵.

De acordo com a Diretiva 2014/42/EU (considerando 15), o julgamento à revelia pode ser considerado uma forma de cumprimento da disposição que institui o CNBC, ou seja, em casos de doença e fuga, os Estados não são obrigados a aplicar o CNBC, uma vez que a existência de processos à revelia nos Estados-Membros seria suficiente como mecanismo de recuperação de ativos.

Uma das estratégias para a efetividade na recuperação de ativos é a adoção de processos ou julgamentos na ausência do réu, em casos de corrupção e lavagem de dinheiro:

Despite the widespread recognition of the right of the accused to be present during the proceedings as one of the basic principles of any criminal justice system, linked with the right to a fair trial and the guarantees of the defense, there can be restrictions and limitations to the right of participation, as long as they are compatible with procedural safeguards of the defendant²⁶.

No entanto, o julgamento na ausência do réu constitui um dos motivos para o não reconhecimento das decisões de confisco, de acordo com o Regulamento 2018/1805, do Parlamento Europeu (art. 19º, alínea “g”), a menos que a pessoa: (i) tenha sido citada pessoalmente em tempo útil e tenha sido assim informada da data e local agendados para o julgamento que resultou na decisão de confisco, ou efetivamente recebeu, por outros meios, informações oficiais da data e do local marcados para esse julgamento, de modo a que se provasse, inequivocamente, que essa pessoa tinha conhecimento do julgamento agendado, e que foi informada, atempadamente, de que essa decisão de confisco poderia ser proferida, caso essa pessoa não comparecesse ao julgamento; (ii) tendo conhecimento do julgamento agendado, tenha conferido um mandato a um advogado, nomeado pelo interessado ou pelo Estado, para defendê-la no julgamento, e que foi efetivamente defendida por esse advogado no julgamento; (iii) ou depois de ter sido notificada da decisão de confisco, e de ter sido expressamente informada do direito a um novo julgamento ou a um recurso, no qual a pessoa teria o direito de participar, e que permitiria um reexame do mérito do caso, incluindo um exame de novas provas, podendo levar à reversão da decisão de confisco inicial, declarou expressamente que não contestou a decisão de confisco ou não solicitou um novo julgamento ou recurso, dentro dos prazos aplicáveis.

A quarta geração de confisco é representada pelo Mecanismo de Riqueza Inexplicável (MRI), que foi introduzido no Reino Unido nas seções 1-6 da Lei Inglesa de Produtos do Crime (POCA), em 2002. Os MRIs colocam o ônus da prova sobre aqueles que são considerados detentores de riqueza inexplicável, para mostrar a origem legítima de seus bens. O objetivo da introdução de MRI é criminalizar a riqueza inexplicável, o que significa que a falta de comprovação da natureza lícita dos bens constitui um delito em si mesmo.

25 Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. O Regulamento (UE) 2018/1805, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda como pedra angular da cooperação judiciária na União Europeia – Eficácia *versus* direitos fundamentais?. In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde (coord.). *Cooperação internacional para efeitos de recuperação de ativos*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 20. Disponível em: <https://ebooks.almedina.net/books/9789724096636>. Acesso em: 22 nov. 2022.

26 Cf. DEMETRIO CRESPO, Eduardo; SANZ HERMIDA, Ágata María. In Absentia Proceedings in the Framework of a Human Rights-Oriented Criminal Law. The Perspective of Substantive Criminal Law. In: QUATROCOLO, Serena; RUGGERI, Stefano (eds.). *Personal Participation in Criminal Proceedings: A Comparative Study of Participatory Safeguards and in absentia Trials in Europe*. Cham: Springer, 2019, p. 559-576.

Em consonância com o objetivo de harmonização, o Regulamento (UE) 2018/1805 abrange todas as decisões de congelamento e de perda emitidas por outro Estado-Membro, no âmbito de processos penais (artigo 1º). Isso inclui as formas de perda abrangidas pela Diretiva 2014/42/UE e outros tipos de decisões emitidas sem uma condenação definitiva, mesmo que essas decisões não existam no sistema jurídico do Estado de execução²⁷.

A UE desenvolveu um importante canal de intercâmbio de informações sobre investigações financeiras, por intermédio de uma rede de Gabinetes de Recuperação de Ativos (GRA), criada nos Estados-Membros, pela Decisão 2007/84/JAI do Conselho, que obriga os Estados-Membros a criarem uma autoridade central como GRA.

Os GRA completam a *Camdem Asset Recovery Interagency Network (CARIN)*, uma rede informal mundial de profissionais especializados que trabalham com confisco de bens, composta por 53 jurisdições-membros registradas, incluindo 27 Estados-Membros da UE e nove organizações internacionais (como a Eurojust, o Tribunal Penal Internacional, o UNODC e a Interpol).

Além disso, a UE criou uma Equipe de Investigação Conjunta (EIC), nos termos da Convenção da EU, referente ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, de 2000 (artigo 13º)²⁸.

No que diz respeito às medidas coercivas, a UE estabeleceu a Decisão-Quadro 2003/577/JAI, que aplica o princípio do reconhecimento mútuo, segundo o qual uma decisão estrangeira deve ser automaticamente reconhecida e executada como se fosse emitida por uma autoridade nacional.

O reconhecimento mútuo caracteriza-se pela prevalência dos interesses da parte ativa, e a consequente restrição ao direito da parte passiva de recusar a cooperação. Os Estados devem, portanto, reconhecer a decisão de congelamento de outro Estado-Membro, sem qualquer outra formalidade.

O mesmo princípio foi aplicado à Diretiva 2014/41/UE para estabelecer a Ordem Europeia de Investigação, ou seja, uma decisão emitida por um Estado-Membro de mandar executar uma ou várias medidas de investigação específicas noutro Estado-Membro (como a interceptação de telecomunicações e a monitorização de contas bancárias), ou de obter provas que já estejam na posse das autoridades competentes dos Estados de execução.

O princípio do reconhecimento mútuo também se aplica às decisões de confisco, em conformidade com a Decisão-Quadro da EU, de 2006, referente ao reconhecimento mútuo das decisões de confisco, que estabelece as regras ao abrigo das quais um Estado-Membro deve reconhecer e executar, no seu território, uma decisão de perda emitida por um tribunal competente, em matéria penal, noutro Estado-Membro.

No entanto, a decisão-quadro de 2006 será substituída pelo Regulamento 2018/1805, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de confisco, na medida em que os Estados-Membros estejam vinculados por esse regulamento. O Regulamento 2018/1805, por sua vez, afasta-se do objetivo anterior de alcançar a harmonização. Em vez disso, concentra-se na regulamentação do processamento de pedidos de reconhecimento e execução de decisões.

De acordo com o Regulamento 2018/1805, a autoridade executória deve reconhecer uma decisão de congelamento (artigo 7º) de perda (artigo 18º), e tomar as medidas necessárias para a sua execução, da mesma forma que, para uma decisão interna de congelamento ou

27 Cf. SILVA, Sandra Oliveira e. Regulation (UE) 2018/1805, on the mutual recognition of freezing and confiscation orders: A headlong rush into Europe-wide harmonisation?. In: *New Journal of European Criminal Law*, v. 13, n. 2, p. 198-215, 2022.

28 Cf. LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele, op. cit., p. 366.

de perda, emitida por uma autoridade do Estado de execução, a menos que a autoridade de execução invoque um dos motivos de não reconhecimento e não execução, ou um dos motivos de adiamento (arts. 8º, 10º, 19º e 21º).

O Regulamento 2018/1805 estabelece, igualmente, os seguintes motivos para o não reconhecimento das decisões de congelamento ou de confisco: a) A execução da decisão de congelamento seria contrária ao princípio *ne bis in idem*; b) Exista um privilégio ou imunidade ao abrigo da legislação do Estado de execução que impeça o congelamento dos bens em causa, ou existam regras sobre a determinação ou limitação da responsabilidade penal, relacionadas com a liberdade de imprensa ou a liberdade de expressão noutros meios de comunicação social que impeçam a execução da decisão de congelamento; c) O certificado de congelamento estiver incompleto ou manifestamente incorreto, e não tiver sido preenchido na sequência da consulta referida no n. 2; d) A decisão de congelamento disser respeito a uma infração penal cometida, total ou parcialmente, fora do território do Estado de emissão e, total ou parcialmente, no território do Estado de execução, e o comportamento em relação ao qual a decisão de congelamento foi emitida, não constitui uma infração penal, nos termos do direito do Estado de execução; e) Num caso abrangido pelo n. 2 do artigo 3º, o comportamento em relação ao qual foi emitida a decisão de congelamento, não constitui uma infração penal, nos termos da legislação do Estado de execução; todavia, nos casos que envolvam impostos, direitos ou regulamentos aduaneiros e cambiais, o reconhecimento ou a execução da decisão de congelamento não podem ser recusados pelo fato de a legislação do Estado de execução não impor o mesmo tipo de impostos ou direitos, ou não prever o mesmo tipo de regras, em matéria de impostos e direitos, ou o mesmo tipo de regulamentação aduaneira e cambial que a lei de emissão-Estado; f) Em situações excepcionais, existam motivos substanciais para crer, com base em elementos concretos e objetivos, que a execução da decisão de congelamento implicaria, nas circunstâncias específicas do caso, uma violação manifesta de um direito fundamental pertinente, consagrado na Carta, em especial o direito a um recurso efetivo: o direito a um julgamento justo ou o direito de defesa.

No que diz respeito às decisões de confisco, são igualmente estabelecidos os seguintes motivos de não reconhecimento: os direitos das pessoas afetadas tornariam impossível, nos termos da legislação do Estado de execução, executar a decisão de perda, inclusive quando essa impossibilidade resulte da aplicação de vias de recurso, nos termos do artigo 33º (artigo 19º-E); de acordo com a certidão de perda, a pessoa contra a qual foi emitida a decisão de perda não compareceu pessoalmente no julgamento que resultou na decisão de perda, associada a uma condenação definitiva, a menos que a certidão de perda indique que, de acordo com outros requisitos processuais, definidos na lei do Estado de emissão, a pessoa: i) foi convocada, pessoalmente, em tempo útil e, por conseguinte, foi informada da data e do local previstos para o julgamento que resultou na decisão de confisco, ou que, efetivamente, recebeu, por outros meios, informações oficiais da data e do local marcados para esse julgamento, de tal forma que se provou, inequivocamente, que essa pessoa tinha conhecimento do julgamento agendado e foi informada, em tempo útil, de que essa decisão de confisco poderia ser proferida, caso essa pessoa não comparecesse ao julgamento; (ii) tendo conhecimento do julgamento marcado, tinha conferido mandato a um advogado, nomeado pelo interessado ou pelo Estado, para defendê-la no julgamento, e que foi efetivamente defendida por esse advogado no julgamento; (iii) ou depois de ter sido notificada da decisão de confisco, e de ter sido expressamente informada do direito a um novo julgamento ou a um recurso, no qual a pessoa teria o direito de participar, e que permitiria um reexame do mérito do caso, incluindo um exame de novas provas, podendo levar à reversão da decisão de confisco inicial, declarou, expressamente, que não contestou a decisão de confisco, ou não requereu novo julgamento ou recurso, nos prazos aplicáveis (art. 19, alínea “g”).

3. CONFORMIDADE CORPORATIVA

A internacionalização e a crescente complexidade das práticas de corrupção levaram a uma grande mudança de paradigma, no que diz respeito às respostas legais à corrupção, com o desenvolvimento de mecanismos para preveni-las e reprimi-las, para além dos limites dos Estados nacionais, dentro do setor privado, especialmente das empresas.

Essas mudanças acompanharam o crescente interesse pela governança corporativa e a adoção do modelo de autorregulação regulada, apresentado como resposta às crises econômicas e seus correlatos escândalos financeiros, em meados dos anos 2000, que revelaram a necessidade de intervenção estatal sobre o comportamento econômico-financeiro das grandes corporações²⁹.

Conforme definição da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), governança corporativa é um sistema de direção e controle de corporações, que deve encontrar um equilíbrio entre os interesses conflitantes de administradores, acionistas e partes interessadas, por meio da prevenção de uma gestão imprudente e fraudulenta, ou do desenvolvimento de atividades contrárias ao interesse público³⁰.

O modelo de autorregulação regulada foi adotado, pela primeira vez, no contexto das respostas do Direito Penal contra a corrupção, por intermédio da adoção de três estratégias principais: a) As empresas devem adotar medidas internas para prevenir a corrupção e ajudar o Estado (polícia, Ministério Público e juízes) a investigar casos de corrupção; b) É proibido subornar agentes públicos e administradores de corporações ou empregadores; c) Em relação à corrupção internacional, as empresa e seus agentes devem ser punidos, enquanto a punição do agente público não é tão importante³¹.

O primeiro instrumento a adotar essas estratégias foi o FCPA dos Estados Unidos de 1977, com a introdução de regras de autorregulação que seriam essenciais para o desenvolvimento futuro dos chamados programas de *compliance*.

O FCPA estabeleceu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, com base na ideia de que as empresas devem participar, ativamente, da prevenção e da detecção de práticas de corrupção, no contexto das atividades regulares desenvolvidas pela corporação.

O modelo de *compliance* foi aprofundado pelo Federal Sentencing Guidelines for Organizational Offenders (Comissão de Sentença dos Estados Unidos, 1991), segundo o qual as corporações que adotassem medidas de prevenção de crimes e colaborassem para sua investigação, não seriam processadas, ou, se condenadas, sofreriam punições mais brandas.

Desde então, os programas de *compliance* foram adotados em diversos instrumentos internacionais, como mecanismo de combate à corrupção. Tanto a Convenção da OCDE sobre o Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (art. 9º) quanto a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (art. 12º), determinam a adoção de medidas internas pelas corporações, para prevenir a corrupção.

O *compliance* tem sido definido como um conjunto de estratégias de autocontrole adotadas pelas corporações, de acordo com a regulamentação estatal, para fazer com que gestores e funcionários cumpram as normas legais, evitando violações à lei em geral e, principalmente, à legislação penal.

29 Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade econômica empresarial, *governance* e *compliance*: Para uma nova política criminal à distância. In: SÁNCHEZ, Julio Ballesteros; RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga (eds.). *Nuevos desafíos frente a la criminalidad organizada transnacional y el terrorismo*. Madrid: Dykinson, p. 129-159, 2021.

30 Cf. Principles of Corporate Governance (2015). In: G20/OECD (site). Disponível em: https://www.oecd.org/en/publications/g20-oecd-principles-of-corporate-governance-2015_9789264236882-en.html. Acesso em: 22 nov. 2022. Nesse sentido, ver: RODRIGUES, Anabela Miranda. A autorregulação regulada. *Corporate governance e compliance*. In: _____. *Direito Penal Econômico*. Coimbra: Almedina (Edição Kindle), 2020, p. 1.820.

31 Cf. NIETO MARTÍN, Adán. La privatización de la lucha contra la corrupción. In: ZAPATERO, Luis Alberto Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*. Valência: Tirant lo Blanch, p. 191-210, 2013.

Nesse contexto, diversos documentos fornecem normas que podem contribuir para o desenvolvimento de programas de *compliance*, como as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais; Regras do Tribunal Penal Internacional (TPI) sobre Combate à Corrupção; Cláusula Anticorrupção do TPI; Diretrizes da Organização Mundial das Empresas (ICC) sobre agentes, intermediários e outras partes; Iniciativa de Parceria contra a Corrupção (Partnering Against Corruption Initiative, PACI), fundada por CEOs de empresas parceiras do Fórum Econômico Mundial; Princípios para Combater o Suborno, estabelecidos junto ao Fórum Econômico Mundial; Lei Anticorrupção do Reino Unido (UK Bribery Act, de 4 de abril de 2010); Políticas e Medidas Anticorrupção das empresas listadas pelo Fortune Global 500 (estabelecidas pelo UNODC); Combatendo a Corrupção na Cadeia de Suprimentos: Um Guia para Clientes e Fornecedores (resultante do Pacto Global, lançado no ano de 2000, pela ONU); Orientações Provenientes de Relatórios do UNODC sobre os 10 Princípios Universais contra a Corrupção (também resultante do Pacto Global), dentre outros³².

Assim, os programas de *compliance* não devem se basear, exclusivamente, no Direito Penal interno dos países onde as corporações desenvolvem suas atividades, uma vez que o sistema de fiscalização no combate à corrupção é altamente complexo, envolvendo legislações internacionais, nacionais, e organizações transnacionais, que se influenciam, mutua e continuamente, desenvolvendo uma regulação global à qual as empresas devem se adaptar.

4. GOVERNANÇA DA CORRUPÇÃO TRANSFRONTEIRIÇA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

A corrupção sempre foi descrita como crime no Código Penal brasileiro e, desde a década de 1990, mais de 50 estatutos foram introduzidos para combater o desvio de recursos públicos, a maioria destinada também a punir agentes públicos³³.

A nova Lei Anticorrupção (LAC - Lei n. 12.846/2013³⁴) adotou uma abordagem diferente, com foco na responsabilização das pessoas jurídicas pela corrupção praticada por seus funcionários, administradores e terceiros, quando em transações com a empresa.

Em resposta à forte pressão de organizações internacionais e a³⁵ uma série de manifestações populares que se seguiram a grandes escândalos de corrupção no governo federal, o Brasil promulgou a nova LAC, em 2013 – dois anos depois de sua primeira redação –, adaptando o marco legal nacional à Convenção da OCDE sobre o Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, e à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção³⁶.

32 Idem. O cumprimento normativo. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 389.

33 Segundo Leonardo Avritzer e Fernando Filgueiras, 51 dispositivos legais estão relacionados à corrupção no Brasil, dos quais 65% tratam do controle burocrático-administrativo. Nesse sentido, ver: FILGUEIRAS, Fernando de Barros; AVRITZER, Leonardo. *Corrupção e controles democráticos no Brasil*. In: CARDOSO JR., José Celso Pereira; BERCOVICI, Gilberto (org.). *República, democracia e desenvolvimento: Contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2013, p. 209-235.

34 BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm. Acesso em: 6 jun. 2024.

35 Nesse sentido, ver: RAMINA, Larissa. *Ação internacional contra a corrupção*. São Paulo: Juruá, 2002.

36 Segundo SALGADO, VIANA e GABARDO, embora a minuta inicial tenha sido apresentada em 2011, ela só foi seriamente debatida em 2013, despertando apenas interesse, em razão das manifestações populares ocorridas no Brasil, na época. Os autores argumentam que "[...] embora as manifestações tenham começado como um protesto contra o aumento das tarifas de ônibus, o foco se transformou em formas de combate à corrupção. Portanto, pode-se afirmar que a lei foi elaborada como resposta aos compromissos do Brasil em convenções internacionais e como resposta às demandas decorrentes do clamor público em 2013." (SALGADO, Eneida Desiree; AGUILAR VIANA, Ana Cristina; GABARDO, Emerson.

Além da necessidade de harmonização com o Direito Internacional, um dos principais objetivos da inovação foi dotar o governo de mecanismos efetivos para responsabilizar pessoas jurídicas, por atos corruptos ou fraudulentos, e obter compensação por perdas públicas.

Nesse contexto, o novo estatuto estabeleceu a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas, por condutas ilícitas contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, assim atingindo atos de fraude e corrupção praticados durante licitações públicas e transações com o poder público³⁷.

A LAC define sanções em casos de corrupção, nomeadamente coimas que variam entre 0,1% e 20% do faturamento bruto do último exercício fiscal anterior ao procedimento administrativo (art. 6º, I); publicação extraordinária da condenação (art. 6º, II); confisco de bens obtidos por meio de crimes de corrupção (art. 19, I); interrupção das atividades (temporária ou definitiva, cf. art. 19, II); dissolução (art. 19, III).

Esse dispositivo tem sido fortemente criticado por estudiosos e advogados por sua imprecisão, tendo em vista que a LAC deixou às autoridades um elevado grau de discricionariedade na aplicação de sanções. Além disso, não estabelece uma ligação objetiva entre os tipos de sanções aplicáveis e cada ato definido³⁸.

As duas primeiras sanções podem ser impostas após processo administrativo, instaurado pela autoridade máxima em cada um dos órgãos públicos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (art. 8º).

Os processos são então dirigidos por uma comissão composta por funcionários públicos designados pela autoridade que o iniciou. A referida comissão deverá apresentar relatório final a essa mesma autoridade para julgamento final, sugerindo a absolvição ou a punição da pessoa jurídica, bem como a aplicação de sanções (art. 10, § 3º). As outras três sanções só podem ser impostas por um juiz em processo judicial instaurado pelo governo federal; pelo Estado; pelos municípios, ou pelo Ministério Público (art. 19º).

A nova legislação não estabeleceu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, por crimes de corrupção, mesmo já tendo sido estabelecida pela Constituição de 1988 (art. 173, § 5º, e art. 225, § 3º) e pela Lei de Crimes Contra o Meio Ambiente (Lei n. 9.605/1998), com base na qual várias empresas têm sido processadas e punidas, criminalmente, desde então³⁹.

A exclusão da responsabilidade penal das empresas da nova legislação foi justificada na ideia de que “[...] o Direito Penal não oferece mecanismos eficazes ou céleres para punir as empresas [...]”, enquanto “[...] a responsabilidade civil é adequada para sancionar as corporações com, por exemplo, a devolução dos valores perdidos pelos órgãos públicos em decorrência da corrupção [...]”, e “[...] os processos administrativos são mais céleres e eficazes na punição de peculato em transações com o público, agências [...]”⁴⁰.

No entanto, a nova legislação tem um claro caráter penal, uma vez que introduziu condutas ilícitas muito semelhantes às aquelas descritas como crimes no Código Penal e em outras legislações.

Lei Anticorrupção. In: *Indonesian Journal of International Law*, Universitas Indonesia, n. 6, 2019, p. 397).

37 Cf. SALGADO, Eneida Desiree; AGUILAR VIANA, Ana Cristina; GABARDO, Emerson, op. cit., p. 397.

38 Sobre o assunto, ver: TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Natureza jurídica da Lei Anticorrupção e o papel do *compliance*. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos (org.). *Direito Penal e política criminal*. Porto Alegre: EDIC-PUCRS, 2015.

39 Sobre o assunto, ver: ESTELLITA, Heloísa. Aspectos processuais penais da responsabilidade penal da pessoa jurídica prevista na Lei n. 9.605/98, à luz do devido processo legal. In: ZANETTI, Andrea Cristina (org.). *Crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008.

40 Projeto inicial da LAC enviado ao parlamento brasileiro em 8 de fevereiro de 2009. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=734764&filename=PL%206826/2010. Acesso em: 22 nov. 2022.

Além disso, as sanções administrativas implementadas pela LAC assemelham-se às sanções penais estabelecidas pela Lei de Crimes Contra o Meio Ambiente (Lei n. 9.605/1998), como a dissolução forçada de sociedades anônimas (art. 19, III)⁴¹.

Portanto, as pessoas jurídicas têm as mesmas garantias processuais que os indivíduos sujeitos à persecução penal (salvo se forem incompatíveis com sua natureza abstrata) nos processos administrativos ou judiciais, baseados na LAC, tais como: presunção de inocência, direito de defesa, acesso a advogado, entre outras.

Ainda que a nova legislação não tenha adotado a responsabilidade penal das pessoas, por crimes de corrupção, ela introduziu regras importantes quanto à prevenção, repressão e punição da corrupção dentro das empresas, com disposições específicas, quanto à implementação de programas de *compliance*.

O *compliance* já havia sido introduzido na legislação brasileira sobre lavagem de dinheiro, estabelecendo a adoção da chamada «política conheça seu cliente» e programas de *compliance* por empresas que negociam no mercado financeiro ou imobiliário (Lei n. 9.613/1998, art. 10).⁴² As definições introduzidas pela LAC e sua regulamentação posterior (Decreto n. 8.420/2015)⁴³, no entanto, são mais precisas e claras.

Programas de *compliance* ou integridade são definidos como um conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria, incentivo à denúncia de irregularidades e à efetiva aplicação de códigos de conduta, políticas e diretrizes, para detectar e corrigir desvios, fraudes e práticas ilícitas lesivas à Administração Pública (Decreto n. 8.420/2015, art. 22).

No entanto, a implementação de programas de *compliance* não é obrigatória. Em outras palavras, as pessoas jurídicas que não implementam um programa de *compliance* não são automaticamente punidas por corrupção, e, por outro lado, a existência do programa de *compliance* não exclui, automaticamente, a punição por práticas corrompidas dentro da corporação.

As pessoas jurídicas também podem moldar seus programas de *compliance*, de acordo com sua própria estrutura e atividades, optando por adotar um ou mais dos elementos estabelecidos pela nova legislação (Decreto n. 8.420/2015, art. 41).

Um programa de *compliance* efetivo, de acordo com a nova legislação, deve apresentar os seguintes elementos: engajamento da Alta Administração da corporação, incluindo conselhos; imposição do Código de Ética e Conduta, e Política de Integridade a todos os colaboradores e gestores; aplicação do Código de Ética e Conduta a terceiros, tais como fornecedores, intermediários de serviços e associados; oferta de treinamentos periódicos sobre o programa, dentre outros (Decreto n. 8.420/2015, art. 42)⁴⁴.

A nova legislação também estabelece a introdução de sistemas internos, sempre que possível, de denúncias confidenciais, como as *hotlines*, além de regras para a proteção de denunciantes, como ferramentas essenciais aos programas de *compliance* (Decreto n. 8.420/2015, art. 41, X).

41 BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de Crimes Contra o Meio Ambiente). In: PLANALTO.GOV.BR (site). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 22 nov. 2022.

42 BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei de Crimes de Lavagem de Dinheiro). In: PLANALTO.GOV.BR (site). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm. Acesso em: 22 nov. 2022.

43 BRASIL. Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. In: PLANALTO.GOV.BR (site). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 22 nov. 2022.

44 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva (Edição Kindle), 2015, p. 4.068.

De fato, programas de *compliance* e sistemas de denúncia são dois dos elementos que devem ser levados em consideração na decisão condenatória, como fatores que contribuem para a redução do valor das multas aplicadas às empresas (LAC, art. 7º, VIII).

Ainda que a existência do programa não exclua por completo a imposição de sanções, a punição da corporação pode ser evitada, por meio de acordo de leniência celebrado com autoridades (art. 16, § 2º, da LAC).

Acordos de leniência podem ser celebrados, se todos os envolvidos nos fatos investigados forem efetivamente identificados, e uma rápida coleta de informações demonstrar a existência da conduta ilícita. Além disso, a corporação deve ter comunicado, espontaneamente, os fatos às autoridades, e devolvido, voluntariamente, os benefícios ao órgão envolvido no caso (LAC, art. 16).

Os acordos de leniência foram aprofundados pelo regulamento administrativo (Decreto n. 8.420/2015), que estabelece as condições em que as empresas têm direito a uma redução de sanção ou podem evitar punições⁴⁵.

No que tange à recuperação de ativos, o art. 91-A do Código Penal, incluído pela Lei nº 13.964/2019, estabelece o mecanismo de confisco estendido para delitos cuja pena máxima seja superior a 6 anos, incluindo, assim, lavagem de dinheiro e corrupção.

Trata-se da perda de bens ou de valores que excedam o patrimônio que seriam compatíveis com a renda do réu. O confisco é imposto por ordem judicial, como efeito de uma condenação, só produzindo seus efeitos após o trânsito em julgado da decisão. O art. 91-A, § 2º, estabelece que o ônus da prova da compatibilidade entre o patrimônio do réu e seus rendimentos, cabe ao réu. No entanto, de acordo com o art. 91, § 3º, do Código Penal, “[...] o confisco previsto neste artigo deve ser expressamente requerido pelo Ministério Público na forma da denúncia, com indicação da diferença calculada”.

No que tange à cooperação internacional, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), do Ministério da Justiça, instituído pelo Decreto n. 4.991/2004, auxilia os processos de cooperação, com a articulação, negociação de acordos e atividades correlatas. Além disso, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) coordena e propõe mecanismos de cooperação e troca de informações que possibilitem ações rápidas e eficientes, no enfrentamento à lavagem de dinheiro.

CONCLUSÃO

O fluxo transfronteiriço ilícito de recursos financeiros originados da corrupção, em grande escala, é atualmente um grande problema para a governança da corrupção e delitos conexos, especialmente a lavagem de dinheiro. Assim, a recuperação de ativos tornou-se um elemento central nas políticas criminais contra a corrupção, e diversos modelos de confisco de processos de crimes, em geral, foram desenvolvidos nos ordenamentos jurídicos nacionais, os quais adotaram sistemas diferentes, de acordo com cada respectiva tradição jurídica e valores normativos.

Em linha com essa tendência mundial, a legislação brasileira foi recentemente reformada, com a introdução da responsabilidade legal das empresas pela prática de corrupção, disposições sobre a implementação de programas de *compliance* e um novo dispositivo no Código Penal, permitindo mecanismos ampliados de confisco.

No entanto, o caráter transnacional da corrupção atual, as diferenças entre os institutos nacionais e a falta de cooperação internacional representam um sério desafio à efetividade desses mecanismos. Para tanto, a legislação internacional vem desenvolvendo um arcabouço normativo

45 Idem, *ibidem*.

destinado a harmonizar os diferentes modelos, e adotando um conjunto de ferramentas para promover a assistência jurídica mútua entre Estados, consubstanciada em diversos documentos internacionais, principalmente nos âmbitos das Nações Unidas e da União Europeia.

Apesar desse esforço legislativo, o nível de efetividade das referidas medidas tem sido considerado insatisfatório, até o momento. As avaliações atuais apontam para a necessidade de se continuar a desenvolver os mecanismos de recuperação de ativos e de assistência jurídica mútua entre os Estados.

REFERÊNCIAS

- ACALE SÁNCHEZ, María. La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el código penal español. Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico. In: Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións, p. 11-53, 2015.
- ACKON, Perry; DAGADU, Palmer Prince; MCDAVE, Kujo Elias. Bring Back Our Money: The Legality of Returning Assets and Wealth Acquired by African Leaders Through Corruption to African States. In: *European Journal of Law and Political Science*, v. 1, n. 1, p. 1-8, 2022.
- ANTUNES, Maria João; COSTA, Miguel João. Cooperação internacional para efeitos de recuperação de ativos. In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde (coord.). *Cooperação internacional para efeitos de recuperação de ativos*. Coimbra: Almedina, 2021. Disponível em: <https://ebooks.almedina.net/books/9789724096636>. Acesso em: 22 nov. 2022.
- ALLEN, Miriam. Anti-Mafia Confiscation Against Corruption: The New Frontier of Human Rights. In: *Italian Journal of Public Law*, v. 11, n. 1, p. 196-222, 2019.
- ARZAMENDI, José-Luis de la Cuesta. *Iniciativas internacionales contra la corrupción*. In: *Eguzkilore*, n. 17, San Sebastian, p. 5-26, dez. 2003.
- BECHARA, Fabio Ramazzini; SALES, João Paulo. Análise crítica da perda alargada de bens à luz da ordem jurídica constitucional brasileira. *Revista de Direito Brasileira – RDB*, v. 26, n. 10, p. 342-364, 2020.
- BOUCHT, Johan. Asset Confiscation in Europe – Past, Present, and Future Challenges. In: *Journal of Financial Crime*, v. 26, n. 2, p. 526-548, 2019.
- BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de Crimes Contra o Meio Ambiente). In: PLANALTO.GOV.BR (site). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 22 nov. 2022.
- _____. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei de Crimes de Lavagem de Dinheiro). In: PLANALTO.GOV.BR (site). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm. Acesso em: 22 nov. 2022.
- _____. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção). In: PLANALTO.GOV.BR (site). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm. Acesso em: 6 jun. 2024.
- _____. Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. In: PLANALTO.GOV.BR (site). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 22 nov. 2022.
- Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Resolução adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, 31 out. 2003, A/58/422. In: REFWORLD (site). Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/4374b9524.html>. Acesso em: 22 nov. 2022.
- Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Resolução adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, 8 jan. 2001, A/RES/55/25. In: REFWORLD (site). Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3b00f55b0.html>. Acesso em: 22 nov. 2022.
- Convenção Interamericana Contra a Corrupção, 29 mar. 1996, S. Tratado Doc. N. 105-139, 35 I. L. M. 724. In: REFWORLD (site). Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/portuguese/convencao.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2022.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo; SANZ HERMIDA, Ágata María. In Absentia Proceedings in the Framework of a Human Rights-Oriented Criminal Law. The Perspective of Substantive Criminal Law. In: QUATROCOLO, Serena; RUGGERI, Stefano (eds.). *Personal Participation in Criminal Proceedings: A Comparative Study of Participatory Safeguards and in absentia Trials in Europe*. Cham: Springer, p. 559-576, 2019.
- ESTELLITA, Heloísa. Aspectos processuais penais da responsabilidade penal da pessoa jurídica prevista na Lei n. 9.605/98, à luz do devido processo legal. In: ZANETTI, Andrea Cristina (org.). *Crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FILGUEIRAS, Fernando de Barros; AVRITZER, Leonardo. Corrupção e controles democráticos no Brasil. In: CARDOSO JR., José Celso Pereira; BERCOVICI, Gilberto (org.). *República, democracia e desenvolvimento*: Contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo. Brasília: IPEA, p. 209-235, 2013.
- GONZÁLEZ URIEL, Daniel. Money Laundering, Political Corruption and Asset Recovery in the Spanish Criminal Code. In: *International Annals of Criminology*, v. 59, n. 1, p. 38-54, 2021.
- IVORY, Radha Dawn. The Right to a Fair Trial and International Cooperation in Criminal Matters: Article 6 ECHR and the Recovery of Assets in Grand Corruption Cases. In: *Utrecht Law Review*, v. 9, n. 4, 2013.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A corrupção em uma perspectiva internacional. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 15, n. 64, p. 29-56, 2007.

KING, Colin; WALKER, Clive; GURULÉ, Jimmy (org.). *The Palgrave Handbook of Criminal and Terrorism Financing Law*. Cham: Springer, 2018.

LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele. Chasing Criminal Money in the EU: New Tools and Practices?. In: Open Repository and Bibliography Luxembourg (ORBilu, site), Université du Luxembourg, 2017, p. 366. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10993/26185>. Acesso em: 22 nov. 2022.

NIETO MARTÍN, Adán. O cumprimento normativo. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

_____. La privatización de la lucha contra la corrupción. In: ZAPATERO, Luis Alberto Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*. València: Tirant lo Blanch, 2013.

OLIVARES, Gonzalo Quintero. La lucha contra la corrupción y la pancriminalización del autoblanqueo. In: *Estudios Penales y Criminológicos*, v. 38, n. Ext., 2018.

Principles of Corporate Governance (2015). In: G20/OECD (site). Disponível em: https://www.oecd.org/en/publications/g20-oecd-principles-of-corporate-governance-2015_9789264236882-en.html. Acesso em: 22 nov. 2022.

RAMINA, Larissa. *Ação internacional contra a corrupção*. São Paulo: Juruá, 2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A autorregulação regulada. *Corporate governance and compliance*. In: _____. *Direito Penal Económico*. Coimbra: Almedina (Edição Kindle), 2020.

_____. Criminalidade económica empresarial, *governance* e *compliance*: Para uma nova política criminal à distância. In: SÁNCHEZ, Julio Ballesteros; RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga (eds.). *Nuevos desafíos frente a la criminalidad organizada transnacional y el terrorismo*. Madrid: Dykinson, 2021, p. 129-159.

_____. O Regulamento (UE) 2018/1805, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda como pedra angular da cooperação judiciária na União Europeia – Eficácia versus direitos fundamentais?. In: FERREIRA, Maria Raquel Desterro; CARDOSO, Elina Lopes; CORREIA, João Conde (coord.). *Cooperação internacional para efeitos de recuperação de ativos*. Coimbra: Almedina, 2021. Disponível em: <https://ebooks.almedina.net/books/9789724096636>. Acesso em: 22 nov. 2022.

RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás. La recuperación de activos ilícitos por medio del decomiso como política pública nacional e internacional para hacer frente a la 'sociedad incivil'. In: *Revista Criminalia Nueva Época*, v. 86, n. 2, 2020. Disponível em: <https://www.criminalia.com.mx/index.php/nueva-epoca/article/view/35>. Acesso em: 5 nov. 2022.

ROSS, Eleanor. Increasing United States-China Cooperation on Anti-Corruption: Reforming Mutual Legal Assistance. In: *The George Washington Law Review*, v. 86, 2018.

RUI, Jon Petter; SIEBER, Ulrich (eds.). *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe: Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

SALGADO, Eneida Desiree; AGUILAR VIANA, Ana Cristina; GABARDO, Emerson. Lei Anticorrupção. In: *Indonesian Journal of International Law*, Universitas Indonesia, n. 6, 2019.

SANTANA VEGA, Dulce María. La lucha contra la corrupción en Europa: Luces y sombras. 2019, p. 41-72. In: FUNDACIÓN DIALNET (site). Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7644685>. Acesso em: 22 nov. 2022.

SILVA, Sandra Oliveira e. Regulation (EU) 2018/1805, on the mutual recognition of freezing and confiscation orders: A headlong rush into Europe-wide harmonisation?. In: *New Journal of European Criminal Law*, v. 13, n. 2, p. 198-215, 2022.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva (Edição Kindle), 2015.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Natureza jurídica da Lei Anticorrupção e o papel do *compliance*. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos (org.). *Direito Penal e política criminal*. Porto Alegre: EDICPUCRS, 2015.

ZIOUVAS, Dimitris. International Asset Recovery and the United Nations Convention Against. In: RESEARCHGATE (site). Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/324969804_International_Asset_Recovery_and_the_United_Nations_Convention_Against_Corruption. May 2018, p. 591-620. Acesso em: 22 nov. 2022.

Hermenêutica e dignidade da pessoa humana

CLEYSON DE MORAES MELLO¹

Sumário: Introdução. 1. (Re)pensando o Direito. Conclusão.

Introdução

Pensar o direito a partir da Verdade do Ser é pensar a partir da ec-sistência do homem, ou seja, no decurso de sua historicidade. A hermenêutica, com o viés da ontologia fundamental (baseada nos teoremas da diferença ontológica e da circularidade hermenêutica), procura interrogar o ser por meio da historicidade e da temporalidade do ser-aí, ou seja, compreender a questão do ser fora do contexto da tradição metafísica.

1. (RE)PENSANDO O DIREITO

Heidegger explica que a Verdade do Ser está relacionada à ec-sistência:

Pois é ec-sistindo que ele está no destino do Ser. A ec-sistência do homem é, como ec-sistência, Histórica e não somente ou até mesmo exclusivamente, porque, no curso do tempo, acontece com o homem e com as coisas humanas toda sorte de ocorrências. Porque se trata de pensar a ec-sistência do *Da-sein*, por isso importa, também ao pensamento de *Ser e Tempo*, que a Historicidade do *Dasein* seja experimentada².

Nesse sentido, o Ser não é; mas dá-se Ser. No mesmo caminho, *o direito não é; mas dá-se direito* quando este é visto e pensado em sua forma mais originária, ou seja, o fundamento a partir da ec-sistência do homem como centro irradiador de efeitos jurídicos.

O direito se torna decadente quando pensado e repousado no abandono do Ser (*Seins-verlassenheit*) em que se encontra o ente. É, pois, o sinal do esquecimento do Ser na esfera do pensamento jurídico. Daí que a Verdade do Ser continua não sendo pensada quando o julgador foca seus olhos apenas para o ente (coisa, objeto) e não percebe que o Ser-Direito está adormecido, não pensado, escondido, velado atrás do ente. Nesse afã de dizer o direito, especialmente, envolvido no cumprimento de metas, o julgador se afasta do mais nobre a ser pensado e decidido: “Ao mesmo tempo, e isso de há muito, ‘o Ser’ é tomado pelo ‘ente’ e vice-versa o ente pelo Ser, ambos como empurrados no redemoinho de uma confusão estranha e ainda não pensada.”³.

A Essência do homem como fundamento do direito é o caminho mais originário, em sua própria essência. É ver o

1 Vice-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Associado do Departamento de Teorias e Fundamentos do Direito da Faculdade de Direito da UERJ. Professor dos Programas de Pós-Graduação de Direito da Universidade Veiga de Almeida (UVA) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Advogado.

2 HEIDEGGER, Martin. *Sobre o humanismo*. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995, p. 59.

3 Idem, *ibidem*, p. 64.

[...] homem mais do que *animal rationale*, na medida em que ele é menos do que o homem que se apreende e concebe pela subjetividade. O homem não é o amo e senhor do ente. O homem é o pastor do Ser. Nesse ‘menos’ o homem não perde nada. Ele ganha por chegar à Verdade do Ser. Ganha a pobreza Essencial do pastor, cuja dignidade consiste em ser convocado pelo próprio Ser para a guarda e proteção de sua Verdade. Essa convocação advém no lançamento (*Wurf*), donde provém o ser-lançado (*die Geworfenheit*) do *Da-sein*. Em sua Essência no plano da História do Ser, o homem é o ente, cujo ser consiste, como ec-sistência, em morar na vizinhança do Ser. O homem é o vizinho do Ser⁴.

Ora, Heidegger procura destacar a importância da *Humanitas* do *homo humanus*! É, pois, um humanismo no sentido mais elevado. É o humanismo que pensa o homem pela proximidade do Ser. É nesse sentido que, a partir da apropriação dessas lições, o fundamento do direito ganha um colorido todo especial, pois aproxima o *homo humanus* ao epicentro do ordenamento jurídico. Melhor dizendo: a prestação jurisdicional dita a partir da proveniência do Ser.

As relações jurídicas compreendidas a partir da *hermenêutica do tu* (do outro). E toda essa dificuldade tem origem no afastamento do Direito com a Filosofia existencialista que faz o pensamento ingressar num esquecimento do Ser, provocando decisões judiciais distanciadas da ec-sistência do homem. Por isso um abismo separa o “filosofar” do “decidir” sobre um fracasso de um pensamento silente, especialmente quando o julgador decide distanciado da Verdade do Ser.

Só depois de abrirem as portas e procurarem percorrer o caminho indicado por Heidegger (procurarem abrir um caminho melhor), os “operadores do Direito” encontrarão um caminho livre para descortinar a Essência do homem na esfera jurídica.

É preciso esclarecer, desde logo, que esta forma de pensar não está alinhada aos valores (nível axiológico), senão caminha em direção à ec-sistência do homem (nível ontológico). Vejamos, abaixo, os ensinamentos heideggerianos:

Porque se fala contra os ‘valores’ surge uma indignação em face de uma filosofia que – assim se pretende – se atreve a desprezar os bens mais elevados da humanidade. Pois, o que é ‘mais lógico’ do que isto: um pensamento que nega os valores, terá necessariamente que declarar tudo sem valor? [...] O pensamento contra ‘os valores’ não afirma ser sem valor tudo que se considera como ‘valores’, a saber, a ‘cultura’, a ‘arte’, a ‘ciência’, a ‘dignidade humana’, o ‘mundo’, e ‘Deus’. Ao contrário. *Trata-se de se compreender de uma vez por todas, que, ao caracterizar algo como um ‘valor’, se lhe rouba a dignidade.* O que quer dizer: ao se avaliar uma coisa como valor, só se admite o que assim se valoriza, como objeto de avaliação do homem. Ora, o que uma coisa é, em seu ser, não se esgota em sua ob-jetividade e principalmente quando a ob-jetividade possui o caráter de valor. Toda valorização, mesmo quando valoriza positivamente, é uma subjetivação. Pois ela não deixa o ente ser mas deixa apenas que o ente valha, como objeto de sua atividade (*Tun*). *O esforço extravagante, de se provar a objetividade dos valores, não sabe o que faz.* Dizer-se que “Deus” é o “valor supremo”, é uma degradação da Essência de Deus. Pensar em termos de valor é aqui – como alhures – a maior blasfêmia, que jamais se possa pensar em relação ao Ser. Pensar contra os valores não significa, por conseguinte, tocar os tambores da desvalorização (*Wertlosigkeit*) e da nulidade

4 Idem, ibidem, p. 68.

(*Nichtigkeit*) do ente, mas significa: pro-pôr ao pensamento, contra a subjetivação do ente, como simples ob-jeto, a clareira da Verdade do Ser⁵. (Grifos nossos).

O direito deve ser ontologicamente analisado a partir da hermenêutica ligada ao modo de ser-no-mundo, a uma essência do Ser que é a Essência do homem, ao *homo humanus*; é realizada de forma originária, através de uma pré-compreensão jurídica em que o intérprete está inserido numa tradição histórica na qual se insere (círculo hermenêutico). Isto representa que o julgador somente poderá atingir o significado dos entes a partir de seu horizonte histórico, a partir de uma *situação hermenêutica*.

O importante é destacar a pretensão de se renunciar à lógica formal (lógica apofântica, lógica dos entes), no pensamento jurídico, para entronizar em seu lugar a lógica do Ser (a lógica da diferença ontológica) e, assim, proclamar o lugar de destaque da dignidade da pessoa humana. Lançado deste modo, o pensamento jurídico deve apontar para a abertura do Ser, cujo homem na sua ec-sistência está no epicentro do ordenamento jurídico. Heidegger afirma que “[...] o homem é, em sua Essência, primeiro-ec-sistente na abertura do Ser.”⁶

Dessa maneira, pensar o direito a partir da questão sobre a Verdade do Ser, questiona de modo mais originário e profundo os seus fundamentos. Somente a partir da Verdade do Ser o direito pode ser pensado à luz da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Heidegger afirma:

Na ec-sistência abando-na-se o âmbito do *homo animalis* da metafísica. [...]. Pensar a Verdade do Ser significa igualmente: pensar a *humanitas* do *homo humanus*. Trata-se de pôr a *humanitas* a serviço da Verdade do Ser, mas sem o humanismo em sentido metafísico. [...] Se, porém, a *humanitas* está tão Essencialmente no campo de visão do pensamento do Ser, não terá senão a “ontologia” de ser completada pela “ética”?⁷.

Será, portanto, que o pensamento jurídico pode continuar esquivando-se a pensar o homem na sua ec-sistência como o modo mais originário e nobre de ser pensado no direito? A origem da palavra ética vem do grego *ethos*, que quer dizer o modo de ser, o caráter. Heidegger afirma que *ethos* significa estada (*Aufenthalt*),

[...] lugar de morada. Evoca o espaço aberto onde mora o homem. É a abertura da estada que faz aparecer o que ad-vém, con-venientemente, à Essência do homem e, assim ad-vindo, se mantém em sua proximidade. A estada do homem retém o ad-vento daquilo, ao qual o homem, em sua Essência, pertence⁸.

Parece estranho, mas o que se procura é a recolocação do “dizer o direito” no caminho da Verdade do Ser, ou seja, que esteja apontando para um fundamento que seja “efetivamente fundamental”. Ora, enquanto o direito não for pensado com as cores e luzes da Verdade do Ser, ele fica, pois, sem fundamento. Por isso essa necessidade de recolocação do fundamento do direito na direção do fundamento Essencial, donde provém o pensamento da Verdade do Ser.

5 Idem, ibidem, p. 77-78.

6 Idem, ibidem, p. 79.

7 Idem, ibidem, p. 82-83.

8 Idem, ibidem, p. 85.

É, pois, um pensamento mais rigoroso do que o conceitual. O pensamento que procura pensar o direito numa dimensão totalmente diferente, a partir do horizonte da *humanitas do homu humanus*.

Neste ponto, mais uma vez, as lições heideggerianas indicam a importância desse pensamento que pode ser apropriado pelo Direito. Vejamos:

Pois se tem de perguntar: Se o pensamento, pensando a Verdade do Ser, determina a Essência da *humanitas*, como ec-sistência, a partir da dependência (*Zugehörigkeit*) dessa para com o Ser, será que um tal pensamento permanece apenas uma representação teórica do Ser e do homem? Ou será que, desse conhecimento, se pode retirar e prescrever indicações para a vida prática? [...] A resposta é uma só: um tal pensamento não é nem teórico nem prático. É antes dessa distinção do teórico e prático que se a-propria. Na medida em que ele é ele mesmo, um tal pensamento não é senão a memória do Ser e nada mais. Pertencendo ao Ser, por ter sido lançado pelo Ser na guarda e proteção de sua Verdade e assim para ela requisitado, pensa ele o Ser. Um tal pensar não dá resultado. Não tem efeito. Ele se basta à sua Essência, *sendo*. [...] O pensamento constrói na casa do Ser. Nessa, e como tal, as junturas (*die Fuge*) do Ser dis-põem numa com-juntura, sempre de acordo com o destino Histórico, a Essência do homem a morar na Verdade do Ser. Esse morar constitui a *Essência* do ser-no-mundo. [...] Sem embargo, o pensamento nunca cria a casa do Ser. Ele apenas acompanha a ec-sistência Histórica, isto é, a *humanitas do homu humanus*. [...] ⁹.

A seguir, Heidegger aponta a relação da Verdade do Ser com a recomendação das prescrições que se tornam leis e regras para o homem:

Somente na medida em que o homem, ec-sistindo na Verdade do Ser, pertence ao Ser, é que pode provir do próprio Ser a recomendação das prescrições que tornar-se-ão para o homem lei e regra. Em grego, recomendar é *némein*. *O nómos não é apenas a lei, porém, mais originariamente, a recomendação protegida pelo destinar-se do Ser*. Só essa recomendação pode dispor o homem para o Ser. E somente essa disposição pode trazer e instaurar obrigações. Do contrário, toda a lei permanecerá e continuará apenas um produto (*das Gemächte*) da razão humana. *Mais essencial para o homem do que todo e qualquer estabelecimento de regras é encontrar um caminho para a morada na Verdade do Ser*. [...] O Ser é a guarda que resguarda o homem, em sua Essência ec-sistente, para a Verdade do Ser, a ponto de fazer a ec-sistência habitar (*behausen*) na linguagem. Por isso a linguagem é conjuntamente (*zumal*) a casa do Ser e a habitação da Essência do homem ¹⁰. (Grifos nossos).

Heidegger ainda explica a relação do pensamento do Ser com o comportamento teórico e prático, ao afirmar que

[...] ele ultrapassa qualquer consideração, por se ocupar da luz na qual se pode mover e manter a visão da teoria. O pensamento se atém à clareira do Ser, inserindo

9 Idem, *ibidem*, p. 90-91.

10 Idem, *ibidem*, p. 94-95.

seu dizer do Ser na linguagem, como a habitação da ec-sistência. Assim o *pensamento é um atuar*. Mas um atuar que, ao mesmo tempo, ultrapassa toda a prática¹¹. (Grifos nossos).

Dessa maneira, “[...] a primeira lei do pensamento não são as regras da lógica. A primeira lei do pensamento é destinar o dizer do Ser, como o destino da Verdade”¹².

CONCLUSÃO

Isto significa dizer que a compreensão hermenêutica do direito tem seu fundamento posto na pessoa, a partir de um viés ontológico (Verdade do Ser), historicamente situado. Ora, uma das finalidades precípua do Direito é a pacificação social, daí a necessidade de apresentar respostas a questão quanto à diferenciação do direito e do “não direito”. É, pois, esse fundamento ontológico que dará legitimidade e compreensão da própria realização do direito.

A procura do significado da compreensão da existência humana – o homem na sua ec-sistência se traduz, portanto, na viragem da fundamentalidade do ordenamento jurídico, alinhada à condição de possibilidade da compreensão (devir). A hermenêutica filosófica, nesta perspectiva, ganha maior sentido, uma vez que supera a hermenêutica “metodológica” como paradigma de compreensão do direito. É uma compreensão realizada a partir de uma certa situação atual (caso concreto decidendo), no contexto de uma tradição histórico-cultural que se traduz numa fusão de horizontes.

Existe, pois, um entrelaçamento entre a norma, a hermenêutica e o caso concreto decidendo, com o firme propósito de obter uma adequada e justa decisão judicial. A perspectiva fundamental tem como ponto de partida e ponto de chegada a dignidade da pessoa humana, vista e compreendida a partir da ec-sistência do homem.

A decisão judicial não depende de uma escolha do magistrado, mas antes o precede e o constitui. Isto significa dizer que o fundamento e a compreensão do direito já estão lançados em certa abertura histórica, ou seja, já dispõe de um conjunto historicamente dado de normas (de pré-juízos) que possibilita o acesso aos entes. Toda a exegese jurídica está condicionada pelo fato de dispormos de certos pré-juízos. Daí que, quando nos pomos a analisar e refletir criticamente as normas jurídicas (direito posto), é necessária a utilização de certos instrumentos conceituais historicamente situados.

É uma espécie de pré-compreensão que o magistrado não escolhe ao percorrer o ordenamento jurídico, senão que o constitui enquanto *Dasein*. É abertura do *Dasein* ao ente, abertura na qual o *Dasein se encontra já antes de qualquer decisão*.

Cabe, pois, ao magistrado evitar a deformação e a inautenticidade em dizer o direito, na medida em que deixa aparecer o seu fundamento como ele é. A *essência do direito* não é uma propriedade do homem, mas dele se apropria. É o deixar-ser o direito, é um (des)velamento do direito na estreita relação entre ser e ente.

A hermenêutica jurídica clássica (tradicional, metodológica) tem a característica de um esquecimento do ser (esquecimento da essência do direito). Este esquecimento da essência do direito manifesta-se no fato de que, para a maioria dos juízes e operadores jurídicos, a noção de direito é uma noção óbvia que não requer ulteriores explicações ou justificações. Isto equivale a afirmar que a noção de direito é condicionada à mera subsunção do fato à norma.

11 Idem, ibidem, p. 95.

12 Idem, ibidem, p. 99.

Ora, a compreensão do direito e a conseqüente decisão jurídica não dependem da concepção do magistrado ou da simples aplicação da norma. Ao contrário, toda decisão só pode ocorrer dentro de uma abertura de possibilidades já aberta; é a essência da verdade ou, mais amplamente, o *ser* do direito. O fundamento do direito não é outra coisa que a abertura histórica que o constitui. Esta abertura que não pertence à consciência do magistrado, mas à qual ele próprio pertence, é a história do ser. É uma espécie de espiral hermenêutica, na qual o magistrado se insere, produzindo, pois, profundas alterações no modo de entender e realizar o direito.

O que o direito já é quando o determinamos em enunciados é a maneira de lidar com ele. Nesse contexto, ele é “algo como algo”; portanto, “algo como utilizável desta ou daquela maneira”. O saber utilizar, usar e dizer o direito implica uma descoberta segundo o “como hermenêutico”. É, pois, uma espécie de “dar sentido”, “esclarecer”, “explicitar”, “desenvolver” ou “pôr em obra”. Assim, é possível afirmar que o dizer o direito sempre está relacionado com o “como hermenêutico”, uma vez que o direito é um realizar-se, um acontecer.

Os enunciados jurídicos apenas ganham expressão, na medida em que são construídos na familiaridade do contexto da experiência jurídica. É um descobrir mais originário do ordenamento jurídico. A norma jurídica possuirá sua determinabilidade tão somente no contexto do caso concreto decidendo e, ademais, também não se pode simplesmente interpretá-la e delimitá-la em sua mesmidade, ante as demais normas em jogo.

O homem não pode ser visto como um homem abstrato, inserido nos padrões normativos de uma dada sociedade, mas devemos considerá-lo no processo hermenêutico como ser-no-mundo (*Dasein, estar-aí*). Assim, o processo de interpretação judicial deve ser construtivo, prospectivo, alinhado com a dinâmica do homem, ou seja, no seu modo de poder ser.

Pensar o *direito* na sua forma mais originária significa concretizar o direito (concretude judicial), com lastro na analítica existencial, libertando-o de toda a possibilidade de interpretação inautêntica do direito. É um *salto hermenêutico* em direção à indagação do sentido e da *essência do direito*. Pensar assim significa dizer que a essência do direito não se desenvolve objetivamente (coisificação do direito; relação sujeito-objeto) aos olhos da sociedade; ao revés, a essência do direito é sempre a essência da história do homem, já que a relação com o ser jamais poderá ser concebida como uma relação entre um *sujeito* e um *objeto*.

Daí que, com o conceito de *ser-no-mundo*, Heidegger caminha para uma análise hermenêutico-existencial da estrutura prévia de qualquer compreensão do mundo (mundo em sentido diverso da relação ôntico-empírico, mas, sim, ontológico)¹³, afastando-se, pois, das teorias da representação e da filosofia da consciência, já que a compreensão estaria sustentada na abertura do *ser-no-mundo*. A constituição do sentido será permeada pela *historicização* da questão da condição de possibilidade.

No § 6º (a tarefa de uma destruição da história da ontologia) de *Ser e Tempo*, Heidegger defende a necessidade de desconstrução da metafísica ocidental. É, pois, uma superação da filosofia transcendental kantiana, no sentido de que caminha em direção a uma ontologia fundamental, visando ao estabelecimento, no horizonte da compreensão do ser, de uma analítica existencial para explicar a estrutura prévia de sentido.

O ser do *ser-aí* (*Dasein, pre-sença*) tem o seu sentido na temporalidade, ou seja, a

13 Heidegger, em *Ser e Tempo*, afirma que “[...] o mundo ele mesmo não é um ente intramundano, embora o determine de tal modo que, ao ser descoberto e encontrado em seu ser, o ente intramundano só pode se mostrar porque mundo ‘se dá’”. In: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*: Parte I. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 114.

historicidade indica a constituição ontológica do “acontecer” próprio do *ser-aí* como tal¹⁴. Heidegger procura destruir (ou recolocar) a questão clássica da ontologia. O filósofo explica que Kant fracassou na tentativa de penetrar na problemática da temporalidade. Duas coisas o impediram: “[...] em primeiro lugar, a falta da questão do ser e, em íntima conexão com isso, a falta de uma ontologia explícita da *pre-sença* ou, em terminologia kantiana, a falta de uma analítica prévia das estruturas que integram a subjetividade do sujeito.”¹⁵.

Heidegger trata a questão do ser no plano da possibilidade (caráter de transcendentalidade) como o modo de *ser-no-mundo*. Heidegger procura desconstruir (não visa a destruir) a metafísica ocidental, revendo os conceitos da ontologia.

Assim, o plano da possibilidade (plano que fundamenta a questão do ser) está acima do plano da realidade. Daí que para analisarmos o caso concreto decidendo na esfera jurídica, torna-se necessário dar conta das condições de possibilidade da verdade. Nos dias de hoje, as discussões jurídicas acerca das condições sobre as quais se torna decidível uma norma jurídica é de fundamental importância. Especialmente diante de princípios e cláusulas abertas, o magistrado não tem o condão de dizer o direito de qualquer forma. O que nos interessa é relacionar o *direito à verdade* (aquela pautada na analítica existencial), dando conta do mundo concreto do direito. Daí que mais importante que a intencionalidade é a revelação posta pela compreensão no seio do ordenamento jurídico. O conceito de consciência é, pois, substituído pelo de abertura.

No direito, é necessário encontrarmos uma condição de possibilidade da ordem jurídica que seja anterior à própria linguagem, enunciados e proposições jurídicas. Algo que seja revelado como fundamento do direito em sua co-originalidade, isto é, um elemento que seja posto como fundamento de toda a ordem jurídica que não represente um fundamento da tradição metafísica. *Ser-no-mundo* indica esse elemento heideggeriano. A problemática da verdade em Heidegger não é simplesmente a questão da referência ou do significado, senão uma discussão mais profunda e originária do conceito de *mundo*, em que propriamente se desvela a significância ou a significabilidade. Daí a importância do modelo da verdade manifestativa (analítica existencial) sobre a verdade proposicional. No Direito, devemos encontrar, então, um espaço anterior de fundamentalidade com o firme propósito de compreendermos e justificarmos a aplicação das normas jurídicas.

O conceito de *Dasein* é um constructo heideggeriano em que os elementos de totalidade (*cuidado, cura, Sorge*), revelação, significância, mundo, etc., vão receber destaque no processo de interpretação constitucional e compreensão do direito. Ora, é a partir da analítica existencial que a problemática fundamentação jurídica ganha significância, enquanto *Auslegung* (“como” hermenêutico é o *locus* de emergência da expressividade da linguagem do Direito. É um lugar mais originário de desvelamento do Direito. Daí que o Direito é um acontecer).

A norma jurídica não pode ser mais vista como um objeto (*quid*) de análise do intérprete, senão como um “como” hermenêutico (*Wie*). É, pois, o *como hermenêutico* que deve anteceder o *como apofântico*. É um *como hermenêutico* lastreado pelos teoremas da diferença ontológica e da circularidade hermenêutica. A questão do ser deve estar ligada à questão da essência do direito. Seria possível, no âmbito da fundamentação jurídica, a substituição da *Grundnorm* pela *Grundwie* (“um como fundamental”)?

Assim, o pensamento heideggero-gadameriano, de cariz ontológico, está na base das perspectivas da metodologia jurídica da atualidade, pondo em crise todos os modelos formais do discurso jurídico. É necessário, pois, uma reflexão sobre a compreensão do direito.

14 Idem, ibidem, p. 48.

15 Idem, ibidem, p. 52-53.

Unidade do Direito, desenvolvimento e cortes superiores: Do diálogo institucional para o diálogo decisório

ANTÔNIO PEREIRA GAIO JÚNIOR¹

Sumário: Um introito necessário: Direito, processo e desenvolvimento. 1. Unidade do Direito. 2. Processo e coerência: Zonas de interseções na atuação judicante do STF e do STJ. 3. Do diálogo institucional para o diálogo decisório: O acordo de cooperação entre as cortes superiores – STF e STJ. Considerações finais.

UM INTROITO NECESSÁRIO: DIREITO, PROCESSO E DESENVOLVIMENTO

O Direito, como cediço, não se consubstancia em um fenômeno isolado. Bem por isso o seu diálogo constante com o que se denomina “Desenvolvimento”, assim como os processos desenvolvimentistas, é algo que não se faz recente².

O conceito de desenvolvimento deve sempre se relacionar com as alterações da composição do produto e a alocação de recursos pelos diferentes setores da economia, de forma a melhorar os indicadores de bem-estar econômico e social (pobreza, desemprego, desigualdade, condições de saúde, alimentação, educação, moradia e serviço público da Justiça)³.

Destarte, desenvolvimento se correferre não somente com a tradicional ótica de crescimento econômico, mas, sobretudo, na perspectiva dos avanços significativos no quadro das políticas sociais voltadas à edificação da cultura de melhoria das condições daquela sociedade destinatária de tais políticas, o que com isso se exige, dentre outras, a oferta com qualidade e quantidade suficientes de serviços e bens públicos essenciais a uma vida digna, hígida, e dotada de previsibilidades e segurança nas relações intersubjetivas, tendo o Direito e o serviço público da Justiça papéis essenciais em tal contexto.

Assim, seja na regulação e fiscalização da vontade constitucional voltada à diminuição das desigualdades regionais – e aí desenvolvimentistas –, como também no desempenho da

1 Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (UC). Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae (IGC) da Faculdade de Direito da UC. Visiting Professor no IGC. Professor Associado de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Coordenador da Pós-Graduação em Direito Processual Contemporâneo (UFRRJ). Membro da International Association of Procedural Law (IAPL). Membro do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP). Líder do Grupo de Pesquisa Processo Civil e Desenvolvimento (UFRRJ/CNPq). jgao@terra.com.br.

2 Cf. nos mesmos termos, BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: Um modelo de análise. In: _____ (org.). *Direito e desenvolvimento: Análise da ordem jurídica sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005, p. 48-49.

3 Cf. GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Processo Civil, direitos fundamentais processuais e desenvolvimento: Flexos e reflexos de uma relação*. 2. ed. Londrina: Thoth, 2023a, p. 104-105. No mesmo sentido, VASCONCELOS, Marco Antonio; GARCIA, Manuel Enriquez. *Fundamentos de Economia*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 205. Ainda sobre o assunto, ver também GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Direito, processo e desenvolvimento: Pacto de Estado e a Reforma do Judiciário. In: *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. V. 19, fev.-mar. Porto Alegre: Magister, 2008, p. 31-34.

jurisdição, por meio do processo, de modo a operar, efetivamente, no plano da restauração de direitos vilipendiados, têm-se o papel normativo essencial na construção desenvolvimentista de qualquer nação civilizada.

Desde após a Segunda Guerra Mundial, o movimento relacionando a norma jurídica como fator necessário e contributivo ao desenvolvimento figurou como ponto estratégico aos ideais de modernização, cuja pretensão de estudos da época sugeriam o transplante de instituições jurídicas ocidentais como um meio legítimo de promover a democracia e o desenvolvimento econômico, o que, seguramente, significaria mais barreiras ao processo desenvolvimentista, dada a assimetria entre Estados, seja em conjunturas socioeconômicas, bem como de realidades sociais.

Outra onda de estudos acerca dessa temática fora levada a cabo na década de 1980, centralizando-se na experiência latino-americana e sua tardia industrialização, onde a ordem jurídica poderia ser obstaculizadora ou promotora, para fins de êxito nas perspectivas desenvolvimentistas em questão⁴.

Mais recentemente, parece se ter em destaque os estudos relacionados ao interesse pelas economias em transição e as reconhecidas demandas crescentes dos países ditos “em desenvolvimento”, onde se expressam, cada vez em maior intensidade, as frustrações para com as promessas de avanços, quer econômicos quer sociais, não cumpridas, relativas ao livre mercado e à liberação comercial⁵.

Sem a pretensão de uma análise conjuntural em diferentes localidades e, mesmo em realidades distintas, seja em nível nacional e/ou internacional, não carece de dúvidas que a importância de um sistema normativo é fator de implicação vital nas garantias e efetivações do direito naquele ambiente que se propõe a regular, assim como pode se constituir em um forte fator impeditivo ao processo desenvolvimentista, na medida em que permite a instabilidade de sua exigência, por meio de normas insuficientemente claras e mesmo ineficientes para o objeto mirado, levando a consequências econômicas e sociais negativas, invariavelmente derivadas da incerteza jurídica e/ou incapacidade de garantir o cumprimento de obrigações exigidas⁶.

Bem atestam Hay et al, no sentido de que

[...] o primado do Direito significa em parte que as pessoas usam o sistema legal para estruturarem suas atividades econômicas e resolverem suas contendas. Isso significa, entre outras coisas, que os indivíduos devem aprender o que dizem as regras legais, estruturar suas respectivas transações econômicas utilizando essas regras, procurar punir ou obter compensações daqueles que quebram as regras e voltar-se às instâncias públicas, como os tribunais e a polícia, para a aplicação dessas mesmas regras⁷.

A credibilidade de um sistema normativo envolve relação direta para com as conquistas favorecedoras de um ambiente apto a impulsionar fatores que elevam a carga desenvolvimentista.

4 Sobre o assunto, ver MONREAL, Eduardo Novoa. *El Derecho como obstáculo al cambio social*. México D. F.: Siglo XXI Editores, 1981.

5 Idem, *ibidem*, p. 49.

6 Cf. ALVAREZ, José E. Promoting the “rule of law”. *Latin America: Problems and Prospects*. In: *George Washington Journal of International Law and Economics*, n. 25, 1991, p. 281-331.

7 HAY, Jonathan R.; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W.. *Toward a Theory of Legal Reform*. In: *European Economic Review*, v. 40, n. 3-5, abr. 1996, p. 559.

Em verdade, quando se tem a melhoria dos indicadores econômicos e sociais (emprego, habitação, saúde, educação, saneamento básico, oferta qualitativa de serviço público da Justiça, relação de consumo, higidez do meio ambiente etc.), de fato, deve-se levar em conta qualquer regramento que esteja no universo da regulação e/ou concessão daqueles indicadores, pelos próprios motivos já alertados em parágrafo anterior, tanto como fator propulsor daquelas conquistas, como possível obstaculizador da fruição das mesmas⁸.

Dentre possíveis fatores que estimulam investimentos, tanto nacionais quanto internacionais, tendo o ordenamento normativo como ponto basilar e de impacto direto, está a necessidade de regras inequivocamente claras e previsíveis.

De fato, um sistema jurídico que confunde mais do que esclarece permitirá a pulverização de direitos, o tratamento não isonômico aos cidadãos destinatários do mesmo, o estabelecimento de imprevisibilidade quanto às garantias de liberdade e confiança do tecido social, e ainda a insegurança jurídica como fator de instabilidade, possibilitando modificações interpretativas ao sabor de determinados grupos, o que implicará, inequivocamente, fatores refratários aos investimentos e criação de riqueza⁹.

Nesse contexto, releva de importância a questão que toca na sempre imprescindível busca pela unidade do Direito – objeto do item seguinte – e de meios que favorecerão a sua identidade e um permanente ideário de construção.

A figura dos *precedentes judiciais*, pautados nos predicados da isonomia, previsibilidade e segurança jurídica dos comandos judicantes, possui postulado voltado à unidade interpretativa do Direito, à medida que permite, pelo modelo regrado no Código de Processo Civil de 2015, lançar luzes a considerar tal desiderato, tendo o próprio art. 926, *caput*, sustentado que os tribunais “*devem uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”, o que demonstra a preocupação em afiançar a intenção de prestígio para com um ordenamento jurídico mais previsível e menos vacilante, no que toca à sistemática interpretativa de seus comandos legais.

Vale pontuar que outros fatores decorrentes de um sistema de baixa densidade normativa, como os denominados “custos de transação”, este de difícil conceituação¹⁰, se relacionam com a ideia do que os agentes econômicos possuem para efetivar determinado negócio.

Os custos, em verdade, se relacionam não somente com a tradição jurídica de determinado país, mas sobretudo com a confiança decorrente do papel desempenhado pelas instituições do mesmo, a partir das necessidades em torno de mais ou menos atos burocráticos, bem como no nível de instrumentos dispostos à fiscalização.

Assim, à medida que há maior nível de fiscalização, menor é o custo relevante e, por conseguinte, surge um facilitador de criação de riqueza¹¹.

Outro fator de importante consideração é o da segurança jurídica, o que possibilita planejamento a longo prazo.

8 Cf. GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira, op. cit., 2023a, p. 110.

9 Aliás, em importante apontamento sobre o assunto, José Eduardo Faria e Rolf Kuntz atestam a tendência de uma progressiva redução do grau de imperatividade do Direito positivo: “Com os programas de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização e a superposição de novas esferas de poder, muitas de suas normas já não mais se destacam por seu *enforcement* – ou seja, por sua capacidade de atuar como um comando incontestado” (FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos?*: Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 91).

10 Cf. KLAES, Matthias. The birth of the concept of transaction cost: Issues and controversies. In: *Industrial and Corporate Change*. V. 9, n. 4, Oxford Academic, dez. 2000, p. 567-593.

11 No mesmo sentido, BARRAL, Welber, op. cit., p. 55.

Há de se destacar que países em desenvolvimento – com importante particularidade os da América do Sul – são reféns de sua própria história, sobretudo pelos tumultuados regimes políticos e democracias ainda em construção, com históricos de golpes, múltiplos planos econômicos, modificações bruscas de legislações, e que serviram e ainda favorecem uma ordem jurídica tumultuada, por vezes incoerente e motivadora de um sentimento de incredulidade, a começar pela própria sociedade ali disposta.

Torna-se mais intuitivo que a consequência deste “caldeirão de incertezas” favorece o aumento de risco para investimentos a longo prazo, como são aqueles voltados à infraestrutura, basilares para a construção de uma política desenvolvimentista que deve refletir nos bens e acessos da população aos serviços de primeira grandeza, como saúde, educação, habitação, transporte, saneamento, Justiça, dentre outros, assim como, incisivamente, no ambiente gerador de mão de obra, portanto, emprego¹².

É fato que uma tendência à desregulamentação crescente nos países periféricos, com a porosidade entre os Poderes e uma conflituosidade nova, complexa e multifacetada, são fatores que devem ser levados em conta na análise do comportamento normativo de determinado ambiente¹³.

Ponto importante na relação entre Direito e desenvolvimento se dá no campo da educação jurídica, a partir do reconhecimento de que o domínio cognitivo dos mínimos direitos pertencentes à sociedade local potencializa o sentimento de pertencimento àquele ambiente, favorecendo a liberdade como poder de escolha, e não de domínio sob o cidadão comum, e promovendo a transparência e a possibilidade de fiscalização deste, gerando a responsabilidade de todos com os reais interesses da comunidade, algo diminuto no contexto histórico latino-americano, por exemplo.

De tudo, importante notar que o Direito, a partir da ideia do desenvolvimento, incorpora a noção de sua unidade como forma de afiançar a exigência de sua própria previsibilidade como ideário a ser alcançado, de modo a possibilitar real regulação qualitativa da vida social.

1. UNIDADE DO DIREITO

A ideia de uma unidade do Direito ou do ordenamento jurídico em determinado tempo e espaço é fenômeno relacionado com a própria experiência jurídica, como uma experiência normativa.

Em verdade, como bem nota Bobbio¹⁴, ordenamentos são compostos por uma infinidade de normas, tal como as estrelas no céu, ou seja, criam-se sempre novas normas, para fins de tentar satisfazer todas as necessidades de uma complexa sociedade.

As dificuldades de se apontar quais e/ou quantas são as normas que constituem um ordenamento se dá pelo fato de que várias podem ser as suas fontes. Disso, têm-se que ordenamentos jurídicos simples ou complexos variam de acordo com as normas que os compõem, *i.e.*, de uma só fonte ou mais de uma, bem por isso

[...] a imagem de um ordenamento, composto somente por dois personagens,

12 Sobre a temática do desenvolvimento e o acesso aos serviços essenciais, confira GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (coord.). *Direito e desenvolvimento: Obstáculos e perspectivas ao acesso à Justiça*. Curitiba: Editora CRV, 2017.

13 Para Faria e Kuntz, tais questões sugerem uma forma de impasse que “tende (a) a ser tanto maior quanto mais periféricos ou semiperiféricos forem os Estados no contexto mundial e (b) a reduzir a intervenção governamental justamente nos países onde ela é de fundamental importância para corrigir as desigualdades sociais, regionais e setoriais, dar um mínimo de proteção aos setores mais carentes da população e assegurar as condições de infraestrutura necessárias ao crescimento.” (FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf, *op. cit.*, p. 79).

14 BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 37.

o legislador que coloca as normas e os súditos que as recebem, é puramente escolástica. O legislador é um personagem imaginário que esconde uma realidade mais complicada¹⁵.

Inegável que a Constituição seja a matriz de validade, no sentido de que a mesma apresenta o valor de todas as fontes, sejam elas de qualquer natureza, legais e não legais, funcionando como critério hermenêutico unitário para todas elas.

A relação entre fontes (e normas por ela originadas) possui, na contemporaneidade, desafios imensos, e que tocam, desde os diálogos entre elas, para fins de possibilitar respectiva unidade – com predicados da previsibilidade e segurança –, até os destinatários das mesmas, a cada dia mais inseridos em desenhos sociais e econômicos díspares e de referências múltiplas.

Com relação ao arcabouço normativo de difícil tato e a correlação entre as fontes geradoras e legitimadoras de sua força, a Teoria do Diálogo das Fontes Jurídicas (*Dialogue des Source*) tem muito a contribuir, a partir da própria dificuldade contemporânea em saber lidar com a complexidade, pluralidade, multiplicidade e incertezas de condições pós-modernas¹⁶.

A coordenação entre as fontes do Direito a partir do diálogo entre as mesmas, objetivando a necessária unidade para a melhor aplicação do Direito, não deve prescindir de resultados mais próximos da eficiência e efetividade dos direitos fundamentais, ainda que em conflito normativo decorrente de fontes jurídicas públicas e privadas, nacionais e internacionais, gerais e especiais, superiores e inferiores, anteriores ou posteriores, de tradicional hierarquia. Deve, sim, apontar dita coordenação para soluções que visem, favoravelmente e como dito alhures, à eficiência e à efetivação dos direitos fundamentais¹⁷.

Lado outro, uma sociedade tida como complexa advém de um tecido social por demais estratificado, distribuído em várias camadas sociais, assim como diante das mútuas relações que se estabelecem entre Estado e cidadão, cidadão e Estado, cidadão e cidadão, ditando desde o acesso aos mínimos direitos e garantias, passando pela noção de convívio entre adversidades, até nas mais diferentes distorções quanto à renda e sua distribuição, esgarçando identidades e enfraquecendo mecanismos informais de controle social¹⁸.

Em verdade, as sociedades modernas, tidas em sua complexidade, passaram por processos sociais intensos de mobilidade de seus costumes, acentuando, inclusive, o seu individualismo, atravessando a positivação e plurificação de textos jurídico-positivos, justificando, por tudo, a questão de o porquê de a Teoria do Sistema Jurídico ser considerada uma *ratio* da modernidade¹⁹.

15 Idem, *ibidem*, p. 37.

16 “Em seu Curso Geral de Haia de 1995, Erick Jayme ensinava que, diante do ‘pluralismo pós-moderno’ de fontes legislativas, a necessidade de coordenação entre as leis do mesmos ordenamentos jurídicos é exigência de um sistema eficiente e justo.” (Cf. MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova Teoria Geral do Direito: Um tributo a Erick Jayme. In: _____ (coord.). *Diálogo das fontes: Do conflito à coordenação de normas do Direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 27).

17 Na mesma ideia, ver BITTAR, Eduardo C. B. *Introdução ao estudo do Direito: Humanismo, democracia e justiça*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 308.

18 Bem com razão está Campilongo, ao asseverar que a “crise econômica fragmenta a sociedade em incontáveis facções e setores, o que rompe tanto com a noção de sociedade unificada quanto com a imagem do Estado unificado.” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 55).

19 Cf. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. V. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 225.

O desafio da pluralidade de fontes normativas em um sistema jurídico se torna ainda mais agudo, diante de uma sociedade estratificada social e economicamente, e daí, com olhar voltado à própria natureza de um sistema jurídico, acentua Bobbio, que se um ordenamento jurídico se faz composto de mais de uma norma, “[...] disso advém que os principais problemas conexos com a existência de um ordenamento são os que nascem das relações das diversas normas entre si.”²⁰.

Nisso o Direito, concebido também como ciência da vida²¹, possui papel essencial na edificação de temperança social e estabelecimento de diálogos em uma diversidade de interesses, desejos e realizações.

A inquietude, predicado indissociável de relações sociais que se estabelecem em um ambiente de tensões legais, aí reconhecidas em espaços que vão, desde vácuos normativos a marcos decisórios contraditórios, têm na figura do Direito enquanto ciência social, aptidão para assentar, com instrumentos próprios, o binômio da previsibilidade e segurança jurídica, capaz de conceder cotidiano estável e necessário ao estabelecimento de uma higidez social e econômica, fundamentos básicos para a conquista de bem-estar e qualidade de vida, leia-se, desenvolvimento²².

Soa, portanto, tautológico que a unidade do Direito deva se pautar em uma unidade lógica e coerente de diálogos entre as mais diversas fontes do Direito.

Mais precisamente, com relação às decisões judiciais, estas em sua motivação e fundamentação, devem ser capazes de interpretar a regra estática da lei, dando-lhe vida normativa, pois que as normas resultam da interpretação, e o texto, enunciado ou em disposições, significa apenas o ordenamento em potência, *i.e.*, um conjunto de possibilidades interpretativas ou um complexo de normas potenciais²³.

Dito isto, inegável a responsabilidade do poder judicante na construção interpretativa do Direito, seja no que se refere à aderência da norma em si, aplicada em sintonia com o tecido social receptor do seu comando, como também da coerência²⁴ para com o complexo normativo em seu sentido mais amplo e geral, de modo a permitir a construção constante da unidade do Direito, esta que, como alhures avançado, fiel depositária da mirada previsibilidade e segurança jurídica inerente às relações sociais e econômicas qualitativas.

2. PROCESSO E COERÊNCIA: ZONAS DE INTERSEÇÕES NA ATUAÇÃO JUDICANTE DO STF E DO STJ

É cediço que, em um sistema judicial, a divisão de competências entre os órgãos jurisdicionais é ponto essencial para a divisão e exercício lógico e racional de funções e atribuições voltadas à prestação do serviço da justiça.

Às cortes superiores, aqui o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, são dadas, respectivamente e nesta ordem, a função de controlar a constitucionalidade das

20 BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 34.

21 “Encontra-se, pois, a origem do direito na própria natureza do homem, havido como ser social. E é para proteger a personalidade deste ser e disciplinar-lhe sua atividade, dentro do todo social de que faz parte, que o direito procura estabelecer, entre os homens, uma proporção tendente a criar e a manter a harmonia na sociedade.” (Cf. RÃO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 53).

22 Sobre processo e desenvolvimento como melhoria da qualidade de vida, cf. GAIO JÚNIOR, *op. cit.*, 2023a, p. 97 e ss.

23 Cf. GRAU, Eros. *La doble desestructuración y la interpretación del Derecho*. Trad. Barbara Rosenberg. Barcelona: Bosch, 1996, p. 69-70.

24 Cf. CPC/2015, art. 926: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” (Grifo nosso).

leis e interpretações das leis infraconstitucionais, realizando a edificação de precedentes, estes que serão vinculantes aos órgãos judiciais, bem como à Administração Pública²⁵.

São funções, notadamente, essenciais à formação e à consolidação da unidade do Direito, à medida que carregam, em última análise, o prestígio do predicado da isonomia, *i.e.*, a possibilidade concreta de dar uma razão de direito a casos semelhantes, no tocante, sobretudo, aos precedentes, dada a digitada vinculação, em geral, de suas decisões.

Como cortes de vértice, e que sustentam predicados necessários à consolidação de um cotidiano estável, a partir da edificação de teses que devem ser respeitadas pelos tribunais e Administrações Públicas em território nacional, exatamente contribuem em um primeiro e indissociável passo para a crença na estabilidade das decisões que repercutem na própria confiança à função jurisdicional estatal. Daí, inclusive, a imperiosa contribuição para com o desenvolvimento como melhoria da qualidade de vida, uma vez que a previsibilidade do comportamento das funções estatais – aqui a judicante – é fator essencial para a edificação de um cotidiano estável, este indissociável da força motriz que envolve o encorajamento a investimentos nos mais diversos setores estruturais indicativos de bem-estar econômico e social, *v.g.*, saúde, educação, nutrição e segurança alimentar, malhas rodoviária e ferroviária, desporto etc²⁶.

Outrossim, não somente pela dimensão e importância de suas decisões e teses, mas pela própria força que, decerto, as mesmas possuem, atuando sobre todo o território nacional, dentre suas competências constitucionais, é de elevado interesse que as próprias decisões das cortes em tela guardem o predicado da coerência, quanto às matérias que as tocam.

O que se quer dizer aí é que um assunto pertinente, por exemplo, a interpretação de uma lei federal pelo Superior Tribunal de Justiça, não se confunde com a análise da constitucionalidade desta mesma interpretação pelo Supremo Tribunal Federal.

Muito longe de ser incomum, ainda que faça parte de um modelo processual disposto, tanto em sede constitucional (artigos 103, III, e 105, III, da Carta Constitucional de 1988) quanto infraconstitucional (artigos 1.029 e ss. do CPC/2015), é real o confronto, discrepância ou mesmo choque interpretativo entre decisões de ambos os tribunais suprarreferidos, o que, inegavelmente, se traduz em instabilidade social e insegurança jurídica para os jurisdicionados, e, mais especificamente, para os atores do processo.

Nisso, há de se fortalecer esforços para que se possa minorar tais impactos negativos, intensificadores de uma imprevisibilidade que se quer remover da forma mais eficiente possível.

Atentando-se para o problema da confusão entre as funções das cortes – aqui STF e STJ –, bem como do prejuízo quanto à eficiência do Poder Judiciário, em um sentido ainda mais amplo, Marinoni chama atenção para a contextualização do problema:

Tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal, quando se deparam com recurso em que se afirma que decisão de tribunal, ao interpretar a lei, violou a Constituição, vêm proferindo decisões de inadmissibilidade contraditórias, em notória e injustificável violação do direito ao processo justo²⁷.

Mais a seguir, ainda acrescenta:

25 Cf. GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. Londrina: Thoth, 2023b, p. 567-593.

26 *Idem*, op. cit., 2023a, p. 105.

27 MARINONI, Luiz Guilherme. *A zona de penumbra entre o STJ e o STF: A função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 101.

Fala-se em contradição, nota-se bem, porque não há como admitir que duas Cortes Supremas – uma voltada à definição da interpretação da lei federal e outra à tutela da Constituição – possam realizar a mesma função. Não há como pensar que tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal podem definir a interpretação da lei conforme a Constituição, sob pena não só de confusão entre as funções das Cortes, mas de prejuízo à eficiência do Poder Judiciário²⁸.

Um caso que exemplifica bem a questão envolveu a interpretação do art. 1.790, III, do Código Civil, este que estabeleceu regimes sucessórios diferenciados para cônjuges e companheiros.

Nestes termos, o tratamento diferenciado dos regimes sucessórios apontado pelo art. 1.790, III, do diploma civil, foi analisado em face do art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

Antes mesmo de o Supremo Tribunal Federal reconhecer a repercussão geral no Recurso Extraordinário n. 878.694/MG, várias decisões da própria Corte Suprema Constitucional deixaram de admitir REs, por conta do argumento de que a alegação de violação ao art. 226, § 3º, da CF/1988, pelo art. 1.790, III, do Código Civil, era indireta ou reflexa²⁹.

O Superior Tribunal de Justiça, em sede de REsps, ao mesmo tempo, inadmitia-os, sob o fundamento de que a análise da constitucionalidade da diferenciação entre os regimes sucessórios, estabelecida pelo dispositivo infraconstitucional já multicitado, deveria se dar a cargo do Supremo Tribunal Federal, *i.e.*, a interpretação ao dispositivo infraconstitucional, no que tocasse à sua constitucionalidade ou não, era de competência do STF³⁰.

Veja-se a zona de “interseção” ou “penumbra” em que se colocou a questão da interpretação de lei federal (competência do STJ) e a incidência da *questio* acerca da constitucionalidade ou não do dispositivo (STF), a partir da própria interpretação do mesmo.

Em outra senda, mas sob a mesma razão de uma zona de interseção, observa-se a questão em comportamentos conflitantes, quando diante da aplicação de precedentes por ambas as cortes supremas.

Dada a construção pragmática, temos, como exemplo de tal quadro, o tratamento dado à questão da denominada “desaposentação”.

Em 2013, o STJ decidiu acerca do não impedimento para a revisão do benefício, se quem já estivesse aposentado voltasse a trabalhar e a contribuir para a Previdência Social³¹. Porém,

28 Idem, *ibidem*, p. 109-110.

29 “A parte ora recorrente, ao deduzir o presente recurso extraordinário, sustentou que o Tribunal ‘a quo’ teria transgredido preceito inscrito na Constituição da República. Cumpre suposta ofensa ao texto constitucional, caso existente apresentar-se-ia por reflexa, eis que a sua constatação reclamaria – para que se configurasse – a formulação de juízo prévio de legalidade, fundado na vulneração e infringência de dispositivos de ordem meramente legal. Não se tratando de conflito direto e frontal com o texto da Constituição, como exigido pela jurisprudência da Corte (Cf. RTJ 120/912, Rel. Min. Sydney Sanches; RTJ 132/455, Rel. Min. Celso de Mello), torna-se inviável o acesso à via recursal extraordinária.” (STF. RE 732.887. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06.03.2013).

30 “Constitucional. Direito de família e sucessões. Incidente de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do CC/2022. Não conhecimento. 1. O manifesto descabimento do recurso especial – que busca afastar a aplicação de lei federal sob o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição – contamina também o correspondente incidente de inconstitucionalidade, que não pode ser conhecido. 2. Incidente de inconstitucionalidade não conhecido.” (Cf. STJ. AI no REsp 1135354/PB. Corte Especial. Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki. DJe 28.02.2013).

31 Cf. tese firmada pela Primeira Seção no julgamento do REsp 1.334.488/SC, acórdão publicado no DJe de 14/5/2013 (Tema 563): “A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período

três anos após a aludida decisão, o STF julgou ser prática inconstitucional, com tese firmada a afetar, naquele momento, 180 mil processos sobrestados³², sendo então revista a tese do STJ no ano de 2019³³.

Outro exemplo ocorreu em 2017, quando o STF decidiu, em sede do RE n. 547.706/PR, com repercussão geral reconhecida, que o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo do Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), originando no Tema de n. 69³⁴, decisão esta que, segundo a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, custaria à União 250 bilhões de reais. Em 2016, o STJ já havia formado posição frontalmente contrária a tal tese, isso no Tema Repetitivo n. 313³⁵, sendo hoje, no sistema da Corte da Cidadania, constando anotação em tal Tema, chamando atenção para o que fora definido no STF, no já digitado Tema n. 69, de repercussão geral.

Insta aqui consignar que, em entrevista concedida para o *Anuário da Justiça Brasil - 2022*, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sérgio Kukina, asseverou que este cenário é compreensível, haja vista que a Constituição Federal de 1988 reserva capítulos profundos sobre determinados temas, como o é, v.g., o tributário, o que influi diretamente na interpretação da lei federal.

Não obstante isso, reconhece que decisões em desacordo entre STJ e STF desestabilizam o que, aparentemente, já parecia ter sido resolvido: “Eu digo que se trata de uma zona enevoada. A gente, às vezes, fica naquela dúvida: será que esse tema é mais constitucional ou infraconstitucional?”³⁶.

De fato, o sistema de dois tribunais, para fins de dar a última palavra, ainda não encontrou o seu ponto ideal de convivência.

contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento. A nova aposentadoria, a ser concedida a contar do ajuizamento da ação, há de computar os salários de contribuição subsequentes à aposentadoria a que se renunciou.”

- 32 Cf. Tema 503 - Conversão de aposentadoria proporcional em aposentadoria integral, por meio do instituto da desaposentação: “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’ ou à ‘reaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/1991.”
- 33 Em juízo de retratação (CPC, art. 1.040), a Primeira Seção do STJ decidiu que a “[...] tese firmada pelo STJ no Tema 563/STJ deve ser alterada para os exatos termos do estipulado pela Corte Suprema sob o regime vinculativo da Repercussão Geral (Acórdão publicado no DJe de 29/5/2019): No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/1991.”
- 34 Tema 69 - Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.”
- 35 Tema Repetitivo n.313. Tese Firmada: “i) O artigo 3º, § 2º, III, da Lei nº 9718/1998 não teve eficácia jurídica, de modo que integram o faturamento e também o conceito maior de receita bruta, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica; ii) O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela empresa, compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações.”
- 36 Cf. KUKINA, Sérgio apud VITAL, Danilo; COUTO, Karen. “Zona de penumbra” entre STF e STJ impacta teses e gera insegurança jurídica. In: CONSULTOR JURÍDICO - CONJUR (site). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-12/zona-penumbra-entre-stf-stj-impacta-teses-gera-inseguranca>. Acesso em: 25 jun. 2023.

Como já pontuado em outro momento, na mesma esteira está o entendimento de Marinoni, para quem a “zona de penumbra” pela qual se encontram as competências das cortes superiores, especialmente o STF e o STJ, sobretudo no tocante à falta de distinção entre a função de interpretar a lei, nos termos da Constituição Federal, e a função de controlar a constitucionalidade da interpretação das leis, se apresenta de forma preocupante.

Aliás, para o referido autor, constitui um absurdo imaginar que o STJ, ao interpretar uma lei, não possa invocar a Constituição como parâmetro ou critérios ao STF, restando a este o controle da constitucionalidade do que disser a Corte da Cidadania³⁷.

Em verdade, o Supremo Tribunal Federal não tem o poder de optar por uma melhor interpretação da lei, mas analisar a constitucionalidade da mesma, caso contrário, ou seja, afirmando a melhor interpretação da *lex* federal, por exemplo, o transformaria em uma corte revisora do Superior Tribunal de Justiça, o que seria inegavelmente teratológico, significando a negação da função de corte suprema das mesmas.

Em concordância com Marinoni, seria fundamental para o desenvolvimento do Direito, que o STF não admitisse Recurso Extraordinário decorrente de decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais, baseado no argumento da inconstitucionalidade de interpretação de lei federal, sem que antes o STJ analisasse a questão e formasse precedente sobre a mesma³⁸. Assim, evitar-se-ia que o STF fosse tentado a interpretar a lei antes do STJ.

É fato que tudo isso gera insegurança e imprevisibilidade nas decisões judiciais, o que não é negado pelo próprio STJ.

Sobre o assunto, de forma particular, o já citado Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sérgio Kukina, salienta que o sistema de 2 tribunais darem a última palavra parece ainda não ter encontrado o ponto ideal de equilíbrio, sintonia, convivência, interação ou mesmo integração³⁹.

Tal engenharia jurídica carece de um ajuste, para que o diálogo institucional reflita no diálogo decisório, de modo a que a imprevisibilidade geradora de decisões em confronto se torne mais abrandada.

3. DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL PARA O DIÁLOGO DECISÓRIO: O ACORDO DE COOPERAÇÃO ENTRE AS CORTES SUPERIORES – STF E STJ

O diálogo em busca de racionalizar a atividade judicante entre as Cortes, diante de zonas de interseção decisória, parece inevitável, não somente sob o ponto de vista pragmático, mas sobretudo institucional, tendo a segurança jurídica, geradora dos predicados da previsibilidade e confiança, fator de imperiosa e necessária garantia à sociedade, destinatária do serviço público da Justiça e ao desenvolvimento nacional.

Em um primeiro momento, o que se tem apostado, para fins de dita racionalização no âmbito de demandas potencialmente repetitivas, é o acordo de cooperação entre o STF e o STJ, com o fito de se estabelecer um franco diálogo institucional, de modo a otimizar as matérias que estão assentadas no STF e no STJ, decorrentes de recursos repetitivos e recursos extraordinários sob análise de repercussão geral.

O acordo celebrado entre ambas as Cortes, por meio da elaboração de estratégias, a partir do compartilhamento de metadados, e a análise das informações processuais para a identificação prévia das questões repetitivas que estão sendo debatidas, concomitantemente, nos planos constitucional e infraconstitucional, visa a possibilitar a redução de demandas naqueles tribunais superiores.

37 Idem, ibidem.

38 MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p.108.

39 KUKINA, Sérgio apud VITAL, Danilo; COUTO, Karen, op. cit..

Para fins de viabilizar ditas estratégias, foi desenvolvido, pela equipe da Secretaria Judiciária do Superior Tribunal de Justiça, um painel de dados que permitiu o mapeamento quantitativo e qualitativo de questões jurídicas debatidas no Tribunal, sendo identificadas as matérias apreciadas de forma concorrente por ambas as Cortes, visando à redução da atuação repetitiva das mesmas e ao fortalecimento de seus precedentes.

Ressalta-se que 57% dos Recursos Extraordinários e Recursos Extraordinários com Agravo, no ano de 2020, chegaram ao STF vindos do STJ, em sua grande maioria devido à interposição simultânea nos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais, de REs e REsps e de seus respectivos agravos⁴⁰.

Segundo dados do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e Ações Coletivas (NU-GEPNAC) do STJ, a troca rápida de informações entre os tribunais superiores permitiu, por exemplo, a devolução de 371 recursos à origem, entre 16 de março e 5 de maio de 2022, relativos ao tema 1.199, da repercussão geral (definição de eventual (ir)retroatividade das disposições da Lei n. 14.230/2021, especialmente no que toca à necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade e a aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente)⁴¹.

Ainda neste sentido, o próprio STJ informou a suspensão nacional de processos no Tema 1.209 (oriundo do próprio STJ), relativo ao reconhecimento da atividade de vigilante como especial, com fundamento na exposição ao perigo, seja anterior ou posterior à promulgação da Emenda Constitucional 103/2019, tema já com repercussão geral reconhecida⁴².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dinâmica que envolve as funções das cortes de vértice no sistema jurisdicional pátrio é de preocupação constante, sobretudo quando há zonas de interseção que levam a um nítido exercício duplicado e contraditório em suas atividades judicantes, conforme demonstrado.

Dito estorvo não se coloca de forma isolada em instância pragmática, mas sim potencializa em óbices os esforços para a cultura desenvolvimentista, aqui observada à luz da melhoria da qualidade de vida.

Se é verdade que decisões contraditórias e em nítido descompasso entre si despertam a insegurança jurídica e desnecessária desconfiança quanto à previsibilidade dos mandamentos jurisdicionais, mais ainda estimulam incredibilidades quanto ao processo justo e aos possíveis impactos positivos junto ao tecido social, destinatário da prestação do serviço público da Justiça.

É preciso que sejam estimulados diálogos institucionais entre as cortes, aqui STF e STJ, para que os diálogos decisórios possam, recíproca e inequivocamente, qualificar e harmonizar as necessárias atividades judicantes.

40 Cf. NOTÍCIAS. Acordo entre STJ e STF para racionalizar atuação em questões repetitivas já apresenta resultados. In: STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (site). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/16052022-Acordo-entre-STJ-e-STF-para-racionalizar-atuacao-em-questoes-repetitivas-ja-apresenta-resultados.aspx>. Acesso em: 26 jun. 2023.

41 Idem, *ibidem*.

42 Tema 1.209 – Reconhecimento da atividade de vigilante como especial, com fundamento na exposição ao perigo, seja em período anterior ou posterior à promulgação da Emenda Constitucional 103/2019.

REFERÊNCIAS

- ALVAREZ, José E. Promoting the “rule of law”. *Latin America: Problems and Prospects*. In: *George Washington Journal of International Law and Economics*, n. 25, 1991.
- BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: Um modelo de análise. In: _____ (org.). *Direito e desenvolvimento: Análise da ordem jurídica sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Introdução ao estudo do Direito: Humanismo, democracia e justiça*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos?: Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Direito, processo e desenvolvimento: Pacto de Estado e a Reforma do Judiciário. In: *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. V. 19, fev.-mar. Porto Alegre: Magister, 2008, p. 31-34.
- _____. (coord.). *Direito e desenvolvimento: Obstáculos e perspectivas ao acesso à Justiça*. Curitiba: Editora CRV, 2017.
- _____. *Processo Civil, direitos fundamentais processuais e desenvolvimento: Flexos e reflexos de uma relação*. 2. ed. Londrina: Thoth, 2023a.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. Londrina: Thoth, 2023b.
- GRAU, Eros. *La doble desestructuración y la interpretación del Derecho*. Trad. Barbara Rosenberg. Barcelona: Bosch, 1996.
- HAY, Jonathan R.; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. Toward a Theory of Legal Reform. In: *European Economic Review*, v. 40, n. 3-5, abr. 1996.
- KLAES, Matthias. The birth of the concept of transaction cost: Issues and controversies. In: *Industrial and Corporate Change*. V. 9, n. 4, Oxford Academic, dez. 2000.
- KUKINA, Sérgio apud VITAL, Danilo; COUTO, Karen. “Zona de penumbra” entre STF e STJ impacta teses e gera insegurança jurídica. In: CONSULTOR JURÍDICO – CONJUR (site). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-12/zona-penumbra-entre-stf-stj-impacta-teses-gera-inseguranca>. Acesso em: 25 jun. 2023.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. V. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A zona de penumbra entre o STJ e o STF: A função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.
- MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova Teoria Geral do Direito: Um tributo a Erick Jayme. In: _____ (coord.). *Diálogo das fontes: Do conflito à coordenação de normas do Direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MONREAL, Eduardo Novoa. *El Derecho como obstáculo al cambio social*. México D. F.: Siglo XXI Editores, 1981.
- NOTÍCIAS. Acordo entre STJ e STF para racionalizar atuação em questões repetitivas já apresenta resultados. In: STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (site). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/paginas/Comunicacao/Noticias/16052022-Acordo-entre-STJ-e-STF-para-racionalizar-atuacao-em-questoes-repetitivas-ja-apresenta-resultados.aspx>. Acesso em: 26 jun. 2023.
- RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- VASCONCELOS, Marco Antonio; GARCIA, Manuel Enriquez. *Fundamentos de Economia*. São Paulo: Saraiva, 1998.

Notas sobre Globalização, Direito Penal e *Compliance*

LEANDRO DE MATOS COUTINHO¹

Sumário: Introdução. 1. Notas sobre a globalização. 2. Impactos no Direito Penal. 2.1. Convenções Internacionais. 2.1.1. Convenção da OCDE. 2.1.2. Convenção da OEA. 2.1.3 Convenção da ONU. 2.2. Direito Penal interno. 3. Como o *Compliance* se insere neste contexto? Conclusão.

INTRODUÇÃO

O fenômeno da globalização não é recente, mas seus impactos ainda continuam a ser sentidos nas sociedades.

Por *Globalização*, pode-se entender:

[...] é um termo que foi elaborado na década de 1980 para *descrever o processo de intensificação da integração econômica e política internacional, marcado pelo avanço nos sistemas de transporte e de comunicação*. Por se caracterizar como um fenômeno de caráter mundial, muitos autores preferem utilizar o termo *mundialização*². (Grifou-se).

Emilio Viano assim trata do tema (em tradução livre): “O termo usado para expressar a interrelação dos nossos mundos sociais, culturais, políticos e econômicos é a globalização”³.

Desde pelo menos o início dos anos 2000, o tema está na pauta dos países, seja em maior ou menor grau, colecionando preocupações relacionadas ao comércio internacional, à política internacional, à circulação de bens, pessoas e capitais, e, como não poderia ser diferente, às questões de natureza jurídica. Também não se pode deixar de mencionar, mais recentemente, preocupações com a evolução das comunicações e da tecnologia.

As preocupações vêm acompanhadas das críticas ao instituto da globalização, como se vê em Marcio Pugliesi⁴:

[...] os países desenvolvidos parecem capitanear essa globalização, de resto em andamento (com outros protagonistas) desde os grandes difusores de cultura, e

- 1 Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Advogado do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Ex-Presidente da Diretoria Executiva do Instituto Compliance Rio (ICRio) e atual Presidente do Conselho Deliberativo do Instituto. Vice-Presidente do Conselho Consultivo da Alliance for Integrity Brasil (2022-2024). Professor e palestrante em eventos nacionais e internacionais. Autor do livro *Compliance Anticorrupção: A Lei das Estatais e a defesa do Estado Democrático de Direito* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018).
- 2 Cf. PENA, Rodolfo F. Alves. O que é Globalização. In: BRASIL ESCOLA (site), p. 1. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/o-que-e/geografia/o-que-e-globalizacao.htm>. Acesso em: 9 nov. 2023.
- 3 VIANO, Emilio. Globalization, the Information Society and New Crimes: The Challenge for the XXI Century. In: *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*. V. VI, n. 2, maggio-agosto 2012, p. 52. No original: “The term used to express the interrelation of our social, cultural, political and economic worlds is ‘globalization’”.
- 4 PUGLIESI, Marcio. *Teoria do Direito: Aspectos macrossistêmicos*. São Paulo: Sapere Aude, 2015, p. 241.

o resto do mundo é enfocado como uma periferia utilizadora de tecnologia, quando o é, e simples receptora de influência cultural. (Grifou-se).

E também com Emilio Viano⁵ (em tradução livre):

A avaliação positiva ou negativa do fenômeno da globalização pode variar dependendo da ideologia das partes envolvidas. Assim, a globalização despertou grande entusiasmo em certos setores, enquanto em outros foi recebida com grande hostilidade e rejeição – o movimento antiglobalização, que, por vezes, estimulou fortes manifestações em várias cidades do mundo por ocasião das reuniões anuais do Banco Mundial, do Fundo Monetário Internacional, do G-8, do G-20 e outros. (Grifou-se).

De forma a uniformizar os conceitos e simplificar as relações, fez-se necessário um movimento de aproximação das normas jurídicas, mediante a adoção de Tratados e Convenções Internacionais e/ou a internalização nos ordenamentos locais de padrões jurídicos comuns.

Neste contexto, o Direito Penal também foi alcançado. Apesar de ser exemplo maior do princípio da legalidade e, por conseguinte, da autonomia dos Estados Nacionais, suas normas não passaram ao largo de sofrer os impactos da globalização. Ao contrário.

Inúmeras convenções adotadas, nos últimos 20 anos, tiveram por escopo normas de natureza penal. E muitas delas previram o dever de os Estados Nacionais adotarem, em suas legislações internas, previsões relativas a certos crimes.

Poderiam ser mencionadas, exemplificativamente, normas relativas à prevenção à lavagem de dinheiro, ao combate à corrupção, ao combate ao financiamento do terrorismo, dentre tantas outras. Chama atenção a natureza internacional desses delitos, que não mais encontram fronteiras nos territórios dos Estados Nacionais, ou mesmo nos continentes.

Não por outra razão, essas questões ocupam a agenda das agências anticorrupção mundo afora⁶: (i) preocupação crescente com os crimes que cruzam as fronteiras; (ii) a necessidade de lidar com novos tipos de condutas criminosas e riscos perceptíveis, como o *cybercrime*; (iii) “democratização” de crimes graves, na medida em que o processo de globalização e de inovações tecnológicas permitiu que inúmeros atores praticassem condutas inapropriadas; e (iv) a recente crise financeira.

Assim, vê-se o destaque, cada vez maior, conferido ao *Compliance*, em suas diversas vertentes, como o *Compliance* Bancário, Concorrencial, Anticorrupção etc.

O objetivo do presente trabalho, portanto, é correlacionar todas essas temáticas, indicando possíveis zonas de aproximação, de maneira a permitir uma melhor compreensão do contexto em que se desenvolvem.

5 VIANO, Emilio, op. cit., p. 54. No original: “The positive or negative evaluation of the phenomenon of globalization can vary depending on the ideology of the parties involved. Thus, globalization has awakened great enthusiasm in certain sectors while in others it has been received with great hostility and rejection – the Anti-Globalization movement that, at times, has spurred strong demonstrations in various cities in the world on the occasion of the annual meetings of the World Bank, the International Monetary Fund, the G-8, the G-20 and others”.

6 Cf. PASSAS, Nikos. Anti-Corruption Agencies and the Need for Strategic Approaches: A Preface to this Issue. In: *Crime Law Soc Change* (2010). 53:1 - 3. p. 2. DOI 10.1007/s10611-009-9230-0.

1. NOTAS SOBRE A GLOBALIZAÇÃO

Retomando o raciocínio iniciado na “Introdução”, a globalização é um fenômeno que marca nosso tempo e trouxe mudanças severas nas relações humanas, nas últimas décadas.

Pode-se dizer que o foco inicial de incidência da globalização foram as relações econômicas e comerciais entre os países, com forte impacto no livre comércio entre as nações (área de influência da Organização Mundial do Comércio – OMC⁷, outrora muito atuante) e no combate às práticas anticompetitivas e anticoncorrenciais.

Na sequência, passou-se a atentar para o livre fluxo de capitais entre os países, com investidores privados e mesmo públicos, como os fundos soberanos, circulando suas economias por diversas nações, sem encontrar limites territoriais ou regionais. O *locus* do mercado financeiro não é apenas a Praça de Londres ou Nova Iorque ou Tóquio, mas sim todo o globo conectado.

Nesse sentido, conforme Alexandre Motta Tinoco e Flávia Sanna Leal de Meirelles⁸:

[...] o fenômeno da globalização econômica foi responsável por proporcionar uma aproximação entre os Estados nacionais e o crescente fluxo de pessoas, de bens e de capitais para além de suas fronteiras. Como consequência negativa deste cenário global, em 2006, verificou-se que o volume de recursos ilícitos remetidos ao exterior pelos países periféricos – a exemplo daqueles provenientes do tráfico de drogas, de seres humanos e de armas, e da corrupção de agentes públicos – já superava o montante que as agências internacionais destinavam ao seu desenvolvimento.

Continuou-se com o fluxo mais intenso de pessoas e ativos, inclusive industriais, que permitiram a migração de parques industriais inteiros de países de economias mais maduras, como os Estados Unidos, para países em desenvolvimento. Como resultado, pode ser citada, especialmente, a China, atual 2ª maior economia do Mundo, com PIB equivalente a US\$ 17,7 trilhões, em 2021⁹.

Para que tudo isso fosse possível, o Direito não poderia ficar apartado. Se em cada transação comercial ou remessa de capitais os agentes econômicos envolvidos tivessem que enfrentar toda sorte de regras, procedimentos, políticas e leis muito diversas entre si, certamente as relações não se dariam. O custo de transação¹⁰ é um fator fundamental para decisões de negócios.

-
- 7 Mais informações: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO (OMC) – MINISTÉRIO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA (site). Disponível em: OMC - Organização Mundial de Comércio – Ministério da Agricultura e Pecuária (www.gov.br). Acesso em: 16 nov. 2023.
 - 8 TINOCO, Alexandre Motta; MEIRELLES, Flávia Sanna Leal de. Corrupção, globalização e Direito Penal brasileiro: Novos desafios. In: *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*. V. 2, n. 2, jul.-dez. 2016, p. 120. Disponível em: Corrupção, Globalização e Direito Penal Brasileiro: Novos Desafios | *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição* (indexlaw.org). Acesso em: 16 nov. 2023.
 - 9 Para mais informações: ECONOMIA DA CHINA: DADOS, CRESCIMENTO, INDÚSTRIA E PIB DA CHINA. In: SUA PESQUISA.com (site). Disponível em: Economia da China: características e informações (suapesquisa.com). Acesso em: 16 nov. 2023.
 - 10 “A teoria do custo de transação foi utilizado (sic) pela primeira vez em 1937, no livro *The Nature of the Firm*, do economista britânico Ronald Coase. Somente na década de 1970, no entanto, o termo se popularizou, quando o economista americano Oliver Williamson passou a utilizá-lo. [...] A principal característica do custo de transação é que ele se mostra necessário quando um agente ou empresa precisa repassar uma tarefa a outra pessoa ou empresa. A transferência da operação envolve o uso de recursos, seja financeiro e/ou físico. [...] Alguns exemplos diretos de custo de transação são operações: [...] Tempo e recursos para o transporte de mercadorias em longa distância; De contratação de linha de crédito empresarial; Assinatura de um negócio; De compra ou venda de ativos no mercado financeiro.” (EQUIPE MAIS RETORNO. Custo de transação. In: MAIS RETORNO (site), 18 jun. 2020. Disponível em: Custo de Transação: saiba o que é e como funciona - Mais Retorno. Acesso em: 16 nov. 2023).

Se assim o é para as normas comerciais, bancárias e concorrenciais, também vale para as de natureza penal.

Especialmente para os crimes que, como já mencionado, não encontram limites nos territórios deste ou daquele país. Ao contrário, circulam livremente pelo mundo, até mesmo aproveitando a flexibilidade advinda da própria globalização.

São exemplos os crimes de lavagem de dinheiro, de terrorismo, de corrupção e tantos outros que, como não poderia deixar de ser, trouxeram preocupações globais, a ponto de ocuparem a agenda de organismos internacionais, dando ensejo à edição de diversos tratados e convenções internacionais.

Sobre o tema da criminalidade e da globalização, registra Emilio Viano¹¹ (em tradução livre):

Os surtos de violência têm sido alimentados não apenas pela interdependência cultural e econômica *fomentada pela expansão das comunicações ou pelas tensões étnicas e culturais que as fronteiras abertas geram, mas também pelo crescimento de redes criminosas*, como o tráfico de drogas ou o contrabando de veículos, transformando regiões inteiras, independentemente de fronteiras, em sua área de atuação. (Grifou-se).

Carlos Eduardo Adriano Japiassú¹² também já abordou esse tema, referindo-se à corrupção:

A corrupção pode ser considerada, hoje, um dos temas que mais interesse desperta na comunidade internacional, *tendo gerado diversos documentos internacionais e regionais sobre o tema, em especial, nos últimos 10 (dez) anos*. Pode-se destacar, por exemplo, medidas sobre o tema, oriundas de *organizações internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA), além da União Europeia (UE), do Conselho da Europa, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)*. (Grifou-se).

Este é o objeto do próximo tópico deste trabalho.

2. IMPACTOS NO DIREITO PENAL

Pois bem, visto em linhas gerais o fenômeno da globalização, passa-se a discutir, de forma mais pormenorizada, como o Direito Penal é por ela sensibilizado.

Nesse diapasão, inicialmente, dar-se-á destaque às Convenções da Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE); da Organização dos Estados Americanos (OEA), e da Organização das Nações Unidas (ONU), dentre tantas outras que cobrem temas de natureza penal. Optou-se, para os fins propostos para este artigo, por delimitar o recorte à corrupção.

11 VIANO, Emilio, op. cit., p. 55. No original: "The outbreaks of violence have been fueled not only by the interdependent culture and economy fostered by the expansion of communications or by ethnic and cultural tensions that open borders generate, but also by the growth of criminal networks, such as drug trafficking or smuggling of vehicles, transforming entire regions, regardless of borders, into their area of operation.

12 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A corrupção em uma perspectiva internacional, p. 2. In: Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance Prof. João Marcello de Araujo Jr. (CPJM). Disponível em: "GLOBALIZACIÓN, COMERCIO INTERNACIONAL Y CORRUPCIÓN" (uerj.br). Acesso em: 16 nov. 2023.

Na sequência, serão tratadas as repercussões no Direito Penal interno, advindas da globalização.

2.1. Convenções Internacionais

2.1.1. Convenção da OCDE

A primeira Convenção que faz por merecer a atenção é a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000¹³. Essa Convenção ficou conhecida como a Convenção da OCDE.

Como se vê em seu Preâmbulo, essa Convenção tem por norte a corrupção nas Transações Comerciais Internacionais, tão intensificadas pela globalização, e a distorção que causa nas condições internacionais de competitividade:

[...] a corrupção é um fenômeno difundido nas Transações Comerciais Internacionais, incluindo o comércio e o investimento, que desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, e distorce as condições internacionais de competitividade; (Grifou-se).

A competitividade é uma preocupação explícita da Convenção, pelo impacto nefasto que a corrupção dos funcionários estrangeiros tem sobre as relações comerciais internacionais. Leandro Coutinho¹⁴, ao comentar sobre essa Convenção, registra que:

Durante anos, havia quase um incentivo à prática de corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações dessa natureza, muitas das vezes até com abatimento dos custos incorridos com tais ‘pagamentos’ como dedutíveis nos seus impostos nos países de origem. Mesmo na Europa, isso ocorria com bastante frequência. (Grifou-se).

De tal sorte, prevê para as partes o dever de tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que, segundo suas leis, é delito criminal a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros (Artigo 1º).

Continua com a previsão de Responsabilidade às Pessoas Jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro (Artigo 2º) e prossegue com os impactos na legislação interna sobre lavagem de dinheiro (Artigo 7º).

Ou seja, determina aos Estados-Membros o dever de adequarem suas legislações penais, para fazer frente aos citados delitos que tomaram especial importância com o incremento das relações comerciais após a globalização.

13 BRASIL. Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000, promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, publicado no D.O.U. de 1/12/2000. In: PLANALTO.GOV.BR (site). Disponível em: D3678 (planalto.gov.br). Acesso em: 16 nov. 2023.

14 COUTINHO, Leandro de Matos. Soft Law e a influência das Convenções Internacionais na Lei Anticorrupção brasileira. In: QUIRINO, Carina de Castro; VAL, Eduardo Manuel; RACHED, Gabriel; DALCASTEL, Marcia Bataglin; CHAVES, Vinicius Figueiredo (org.). *Debates sobre Estado empresário e regulação*. Curitiba: CRV, 2018a, p. 150.

2.1.2. Convenção da OEA

Outra Convenção que merece nosso estudo é a Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA¹⁵, promulgada pelo Decreto n. 4.410, de 7 de outubro de 2002¹⁶.

O Preâmbulo da Convenção registra a importância do tema do combate à corrupção para a democracia e desenvolvimento da região:

[...]
 CONVENCIDOS de que a corrupção *solapa a legitimidade das instituições públicas e atenta contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, bem como contra o desenvolvimento integral dos povos;*
 CONSIDERANDO que a *democracia representativa, condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região, exige, por sua própria natureza, o combate a toda forma de corrupção no exercício das funções públicas e aos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício;* (Grifou-se).
 [...]

Ademais, prevê a tipificação de certos delitos, como os Atos de Corrupção (artigo VI), assim entendidos:

[...]
 a. a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;
 b. a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;
 c. a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro;
 d. o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo; e
 e. a participação, como autor, coautor, instigador, cúmplice, acobertador ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo.
 [...]

15 CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA A CORRUPÇÃO. In: DEPARTAMENTO DE ASSUNTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS (*site*). Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-58.htm>. Acesso em: 16 nov. 2023.

16 BRASIL. Decreto n. 4.410, de 7 de outubro de 2002, promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso 'c', publicado no D.O.U. de 08/10/2002. In: PLANALTO.GOV.BR (*site*). Disponível em: D4410 (planalto.gov.br). Acesso em: 16 nov. 2023.

E também a necessidade de os Estados-Partes, sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, proibir e punir os delitos de (i) Suborno Transnacional (artigo VIII) e de (ii) Enriquecimento Ilícito (Artigo IX).

Percebe-se, assim, mais uma vez, a relevância conferida ao tema da corrupção e suas repercussões transnacionais.

2.1.3. Convenção da ONU

A terceira Convenção que deve ser avaliada, para os objetivos deste trabalho, é a Convenção da Organização das Nações Unidas, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006¹⁷, que igualmente traz em seu bojo diversas previsões de cunho penal. De acordo com o Escritório da ONU para Drogas e Crimes¹⁸:

Desde 1996, a corrupção começou a ser tema de interesse dos mais diferentes países que, de modo regional, iniciaram processos de acordos de ação conjunta nesse âmbito. Entretanto, as primeiras convenções firmadas não cobriam todas as regiões do mundo, deixando de lado grande parte dos países da Ásia e do Oriente Médio. Também alguns acordos apenas se referiam a abordagens específicas, como o suborno, por exemplo. Assim, a comunidade internacional manifestou o interesse de delinear um acordo verdadeiramente global e capaz de prevenir e combater a corrupção em todas as suas formas. Assim, nasceu a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. (Grifou-se).

Nota-se, facilmente, que a própria ONU identifica o período da globalização (desde 1996) como o momento em que o tema da corrupção ganha relevância para os Estados.

Tratando da Convenção em si, logo em seu preâmbulo, deixa clara a gravidade da corrupção para o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito:

[...]
Preocupados com a *gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção*, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao *enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito*; (Grifou-se).
[...]

Abrindo parênteses para trazer o comentário doutrinário¹⁹ sobre os males da corrupção, em linha com o disposto na Convenção:

17 BRASIL. Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006, promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, publicado no D.O.U. de 1º/02/2006. In: PLANALTO.GOV.BR (site). Disponível em: Decreto nº 5687 (planalto.gov.br). Acesso em: 16 nov. 2023.

18 Cf. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO, p. 1. In: UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODOC, site). Disponível em: Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (unodc.org). Acesso em: 16 nov. 2023.

19 Cf. SAAD-DINIZ, Eduardo. Corrupção e Compliance no Brasil. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (org.). *Comentários ao Direito Penal Econômico brasileiro*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 727.

Os custos da corrupção vão mais além do econômico ou da plataforma político-econômica. Os custos sociais e morais alcançam diretamente a autoconfiança dos indivíduos na expansão de suas potencialidades humanas e impactam sensivelmente a legitimidade democrática das instituições.

Prossegue a Convenção, no seu Capítulo III, com a “Penalização e Aplicação da Lei”, para prever que os Estados-Partes adotarão as medidas legislativas e de outras índoles necessárias para qualificar como delito, quando cometidos intencionalmente:

- a. O suborno de funcionários públicos nacionais;
- b. O suborno de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas;
- c. A malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público;
- d. O tráfico de influência;
- e. O abuso de funções;
- f. O enriquecimento ilícito;
- g. O suborno no setor privado;
- h. A malversação ou peculato de bens no setor privado;
- i. A lavagem do produto do delito;
- j. O encobrimento; e
- k. A obstrução da Justiça.

Além disso, também previu que os Estados deveriam adotar as medidas que fossem necessárias para o estabelecimento da responsabilidade de pessoas jurídicas, por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a Convenção, com a imposição a elas de sanções penais ou não penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, inclusive de cunho monetário.

Mais uma vez, encontra-se diante de Convenção que lança luz sobre a corrupção e sua repercussão acerca dos agentes públicos nacionais e internacionais.

Vistas as questões penais ressaltadas pela globalização sob a perspectiva internacional, é necessário agora voltar os olhos para o Direito interno.

2.2. Direito Penal interno

A compatibilização do Direito Penal interno aos valores advindos do processo de globalização pode se dar de algumas maneiras. A mais marcante, para o objetivo deste trabalho, é a alteração da lei nacional para adequação aos preceitos globais.

Alguns exemplos dessa ocorrência são percebidos no Brasil.

O primeiro caso a ser mencionado é o da Lei n. 10.467/2002²⁰. Essa norma explícita, em seu artigo 1º, sua razão de ser:

Art. 1º Esta Lei visa dar efetividade ao Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000, que promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários

20 BRASIL. Lei n. 10.467, de 11 de junho de 2002, acrescenta o Capítulo II-A ao Título XI do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dispositivo à Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), e dá outras providências, publicada no D.O.U. de 12/06/2002. In: PLANALTO.GOV.BR (site). Disponível em: L10467 (planalto.gov.br). Acesso em: 16 nov. 2023.

Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997.

Em outras palavras, altera o Código Penal Brasileiro para nele incluir o Capítulo II-A, dedicado aos crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira, nos exatos termos previstos na já citada Convenção da OCDE.

Assim registra Saad-Diniz²¹:

Em razão da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, de 1997, (ratificada pelo Brasil no Decreto 3.678/2000), configura conduta típica a promessa, oferecimento ou doação direta (sic) ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro. [...] O tipo penal segue a tendência ao alinhamento a recomendações normativas internacionais, como medida de reforço das estratégias de governança e confiança na alocação de recursos no âmbito das transações comerciais internacionais. (Grifou-se).

Ainda sobre o tema, Japiassú²² comenta:

*É bem de ver que a expressão *corrupção, no âmbito internacional, ganhou relevo no direito brasileiro* com o advento da mencionada Lei n. 10.467/2002, que introduziu o Capítulo II-A, no Título XI, da Parte Especial do Código Penal Brasileiro, que trata especificamente do tema *da corrupção nas transações comerciais com o estrangeiro*. (Grifou-se).*

Outro exemplo que merece comentário é a Lei Anticorrupção, a Lei n. 12.846/2013²³. Neste ponto do trabalho, fica evidente que essa legislação veio à tona para fazer frente ao compromisso assumido pelo Brasil com a Convenção da ONU, acima comentada.

Lá havia a previsão, recorde-se, de os Estados-Partes fazerem constar, em suas legislações internas, normas de natureza penal ou não penal de responsabilização das pessoas jurídicas envolvidas em práticas de corrupção.

Também sobre a Lei Anticorrupção brasileira são válidos os apontamentos de Saad-Diniz²⁴:

Ainda que haja certa recusa em estender o alcance da responsabilidade penal empresarial no Brasil para além dos delitos ambientais, as recomendações internacionais caminharão a um constante alinhamento a uma identidade global de mercado. (Grifou-se).

Optou o legislador brasileiro por não editar uma lei de cunho penal, mas sim administrativo e civil, que impõe sanções às pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos à Administração

21 SAAD-DINIZ, Eduardo, op. cit., p. 732-733.

22 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, op. cit., p. 8.

23 BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências, publicada no D.O.U. de 02/08/2013. In: PLANALTO.GOV.BR (site). Disponível em: L12846 (planalto.gov.br). Acesso em: 16 nov. 2023.

24 SAAD-DINIZ, Eduardo, op. cit., p. 733-734.

Pública, nacional ou estrangeira (Artigo 5º da Lei). A corrupção está prevista no inciso I do citado artigo, que prescreve: “[...] I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; [...]”.

Cumprido destacar que, desde a edição do Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), pelos Estados Unidos, em 1977²⁵, essa legislação serve de referência para os demais países na aprovação de suas normas anticorrupção, como também serviu de fonte para as Convenções tratadas neste artigo.

Assim reconhece Saad-Diniz²⁶:

No entanto, a maior parte dos programas de compliance já estruturados nas empresas nacionais faz referências às recomendações do The FCPA Guide. Ainda que haja certa recepção da legislação americana na configuração da lei brasileira, é equivocado julgar que a simples adesão ao padrão norte-americano justificaria um comportamento “conforme” a legislação brasileira. (Grifou-se).

Entretanto, a forma de internalização das práticas anticorrupção, ora gera a adoção de leis de natureza administrativa e/ou civil, como a Lei Anticorrupção brasileira, ora reveste-se de norma penal propriamente dita. Neste segundo grupo, encontra-se a Argentina, que, em 2017, aprovou a Lei n. 27.401, para alterar seu Código Penal, e nele incluir disposições relativas à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, com vistas à valorização das práticas anticorrupção²⁷.

Por outro lado, quando se trata de prevenção à lavagem de dinheiro, as práticas internacionais guardam especial importância. Para além das leis, também as recomendações do Grupo de Ação Financeira (GAFI)²⁸, não vinculantes nem obrigatórias, frise-se, são bastante relevantes quando se tem em conta as normas internas de prevenção à lavagem de dinheiro, financiamento ao terrorismo e financiamento da proliferação de armas de destruição em massa. Representam, assim, verdadeira uniformização das regras internacionais que impactam fortemente o Direito Penal.

Sobre o tema, confira-se:

Não custa lembrar que as disposições de prevenção à lavagem de dinheiro são de toda sorte importantes para o combate à corrupção, pois suas práticas costumam caminhar juntas. Muitas das quantias adquiridas por meio da corrupção são lavadas no setor financeiro internacional, em busca de aparência de legalidade²⁹. (Grifou-se).

25 Para mais informações sobre o tema: FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT WHISTLEBLOWER FAQ. In: NATIONAL WHISTLEBLOWER CENTER (NWC, site). Disponível em: Criminal Division | FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT (justice.gov). Acesso em: 16 nov. 2023.

26 SAAD-DINIZ, Eduardo, op. cit., p. 736.

27 Para mais informações sobre o caso argentino, bem como as experiências de Chile, Peru, Colômbia e México, ver: COUTINHO, Leandro de Matos. Onda anticorrupção na América Latina e o comparativo entre as leis argentina e brasileira. In: Revista Compliance Rio. Número 1, ano 1, out. 2018. Rio de Janeiro: Instituto Compliance Rio, 2018b, p. 38-43. Disponível em: 1-edio-da-revista-icrio.pdf. Acesso em: 16 nov. 2023.

28 Cf. GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA (GAFI/FATF) - CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS (COAF). In: GOV.BR (site). Disponível em: Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (Gafi/FATF) Conselho de Controle de Atividades Financeiras - Coaf (www.gov.br). Acesso em: 16 nov. 2023.

29 Cf. COUTINHO, Leandro de Matos, op. cit., 2018a, p. 151.

Tinoco e Meirelles possuem o mesmo entendimento³⁰:

Em consequência, é indubitável que a corrupção e a lavagem de dinheiro travam uma relação simbiótica (REED e FONTANA, 2011), pois, enquanto a corrupção facilita a lavagem de dinheiro, o dinheiro lavado alimenta a corrupção, servindo ao pagamento de propinas a políticos corruptos, razão pela qual o combate à corrupção e ao branqueamento de capitais pressupõe um conjunto de ações entrelaçadas e coordenadas. (Grifou-se).

Os exemplos citados neste trabalho ilustram bem a relevância das práticas globais no Direito Penal interno do Brasil.

3. COMO O COMPLIANCE SE INSERE NESTE CONTEXTO?

Adán Nieto Martín é um dos autores que identifica a emergência do *Compliance* como reflexo da globalização. Segundo o professor espanhol, no mundo globalizado em que vivemos, no qual a capacidade reguladora e sancionadora dos Estados Nacionais mostra-se cada vez menor, o cumprimento normativo é instrumento de governança global ou de *global law*.

Nieto Martín³¹ ainda destaca a importância do Direito Penal, para a melhora dos programas de *compliance* (em tradução livre):

No entanto, o Direito Penal, ou melhor, as ciências criminais, *podem dar contribuições importantes para melhorar os sistemas de conformidade regulatória, independentemente de haver ou não responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Se os programas de *compliance* tivessem sido estudados e definidos pelos criminologistas, sem dúvida *teriam sido designados como meios de controle social, cuja finalidade é prevenir comportamentos desviantes dentro de uma organização. A função de prevenir e detectar atos criminosos tem sido tradicionalmente um dos objetivos da criminologia*. A estratégia de prevenção de programas de *compliance* tem muitos pontos em comum com *algumas teorias da criminalidade, como a prevenção comunitária* (reforçar os valores éticos, a cultura de *compliance* da comunidade-empresa, assumir uma atitude ativa em relação ao crime, denunciá-lo, buscar a liderança nessa tarefa [tom do topo]) ou técnicas de neutralização. (Grifou-se).

30 TINOCO, Alexandre Motta; MEIRELLES, Flávia Sanna Leal de, op. cit., p. 127.

31 NIETO MARTIN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (org.). *Compliance y Teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 30. No original: "Pero el Derecho Penal o, mejor dicho, las ciencias penales, pueden hacer importantes aportaciones con el fin de mejorar los sistemas de cumplimiento normativo, y ello con independencia de si existe o no responsabilidad penal de personas jurídicas. Si los *compliance programs* hubieran sido estudiados y definidos por los criminólogos, sin duda, los hubieran designado como medios de control social, cuya finalidad es impedir conductas desviadas dentro de una organización. La función de prevenir y detectar hechos delictivos ha sido tradicionalmente uno de los objetivos de la criminología. La estrategia de prevención de los programas de cumplimiento tiene bastantes puntos en común con algunas teorías de la criminalidad, como la prevención comunitaria (reforzar los valores éticos, la cultura de cumplimiento de la comunidad-empresa, asumir una actitud activa frente al delito, denunciándolo, buscar liderazgo en esta tarea [tone from the top]) o las técnicas de neutralización".

Por sua vez, Jesús-María Silva Sánchez³² afirma que:

[...] o *paradigma do Direito Penal da globalização* é o *delito econômico organizado, tanto em sua modalidade empresarial convencional como nas modalidades da chamada macrocriminalidade: terrorismo, narcotráfico ou criminalidade organizada (tráfico de armas, mulheres ou crianças)*. [...]. (Grifou-se).

A parte relativa à modalidade empresarial é a que mais interessa ao presente trabalho e, como tal, será desenvolvida.

Gabriel Habib³³ pontua que:

Nas últimas décadas o mundo inteiro passou por diversas mudanças sociais, pelo surgimento de novos interesses, novas tecnologias, além de outros fatores que resultaram em novos conflitos e demandas sociais. *Ao lado de toda essa mudança, o Direito Penal, que sempre foi a ultima ratio, assume um caráter expansivo, voltando as suas lentes de aumentos para condutas que, até então, eram tidas como meros ilícitos no âmbito empresarial-tributário.* (Grifou-se).

Como consequência, ele vê o surgimento da criminalidade econômico-empresarial, composta por crimes praticados no âmbito das pessoas jurídicas.

Sobre a criminalidade empresarial, ensina Saad-Diniz³⁴:

Para a criminologia econômica, o que importa mesmo é que a *criminalidade corporativa é fundamentalmente criminalidade do colarinho branco*. A partir dessa noção básica, pode-se entender a diferenciação entre as *ocupações no âmbito da estrutura empresarial e a organização empresarial em si como resultado desse contexto mais amplo e complexo de processos decisórios e interações sociais que integram a atividade empresarial*. Essa compreensão é decisiva para uma *interpretação mais consistente dos programas de compliance e de sua importância nas organizações*. (Grifou-se).

Ambos os autores, assim, identificam a natureza empresarial desses novos delitos e, como tal, também a utilização das práticas do *compliance* como elemento mitigador de ilícitos.

Conforme se viu, ao longo deste texto, o *compliance* se insere no contexto da globalização e do Direito Penal de várias formas. Tanto na citada influência das Convenções Internacionais nos Direitos locais quanto na influência do Direito norte-americano nos demais países (serviu de exemplo o FCPA), além da caminhada rumo às leis anticorrupção e seus institutos de natureza negocial, como os acordos de leniência, tão comuns na experiência norte-americana.

32 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 122.

33 HABIB, Gabriel. O Criminal Compliance e a sua abrangência. In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; ACOCELLA, Jéssica (org.). *Governança corporativa e Compliance*. Salvador: JusPodium, 2019, p. 220.

34 SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance sob a perspectiva da Criminologia Econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.) *Compliance: Perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 173.

Mais recentemente, o *compliance* se fez presente na adoção do Princípio da Proteção de Dados Pessoais, com a edição da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira³⁵, muito inspirada na legislação da União Europeia, além da cada vez maior valorização das Práticas ASG (Ambiental, Social e Governança) entre nós, por forte influência do mercado financeiro internacional.

Dessa maneira, seja na vertente do *Criminal Compliance*, mais cara ao Direito Penal, seja nas demais formas de adoção do *compliance* (tributário, concorrencial, ambiental trabalhista etc.), o instituto de origem norte-americana se espalhou, de tal forma, pelo nosso Direito, que não nos resta outra alternativa, a não ser estudá-lo. E isso se deu por forte influência da globalização.

CONCLUSÃO

Como referido, este artigo teve por objetivo apresentar algumas notas sobre a globalização, o Direito Penal e o *compliance*.

Foi demonstrado, no decorrer do texto, que, apesar de não ser um fenômeno novo, a globalização continua a pautar as relações sociais na atualidade.

Como tantos outros ramos do Direito, o Penal também foi sensibilizado pela globalização.

Tanto do ponto de vista internacional (convenções e organismos internacionais) quanto do local (novas leis e tipos penais) percebe-se a influência da globalização no Direito Penal. Ou seja, os dois se interrelacionam e se modificam.

A emergência do *compliance* se insere nesse contexto e traz à tona novas discussões para o Direito Penal, as quais merecem estudo. A difusão de leis anticorrupção mundo afora, que se valem do FCPA como paradigma, é resultado concreto desse fenômeno, como também o são os delitos econômicos empresariais e os da macrocriminalidade (terrorismo, narcotráfico, dentre outros).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000, promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, publicado no D.O.U. de 1/12/2000. In: PLANALTO.GOV.BR (site). Disponível em: D3678 (planalto.gov.br). Acesso em: 16 nov. 2023.

_____. Lei n. 10.467, de 11 de junho de 2002, acrescenta o Capítulo II-A ao Título XI do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dispositivo à Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), e dá outras providências, publicada no D.O.U. de 12/06/2002. In: PLANALTO.GOV.BR (site). Disponível em: L10467 (planalto.gov.br). Acesso em: 16 nov. 2023.

_____. Decreto n. 4.410, de 7 de outubro de 2002, promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso 'c', publicado no D.O.U. de 08/10/2002. In: PLANALTO.GOV.BR (site). Disponível em: D4410 (planalto.gov.br). Acesso em: 16 nov. 2023.

_____. Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006, promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, publicado no D.O.U. de 1º/02/2006. In: PLANALTO.GOV.BR (site). Disponível em: Decreto nº 5687 (planalto.gov.br). Acesso em: 16 nov. 2023.

_____. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências, publicada no D.O.U. de 02/08/2013. In: PLANALTO.GOV.BR (site). Disponível em: L12846 (planalto.gov.br). Acesso em: 16 nov. 2023.

35 BRASIL. Lei n. 13.079, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), publicada no D.O.U. de 15/08/2018. In: PLANALTO.GOV.BR (site). Disponível em: L13709 (planalto.gov.br). Acesso em: 25 nov. 2023.

- _____. Lei n. 13.079, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), publicada no D.O.U. de 15/08/2018. In: PLANALTO.GOV.BR (site). Disponível em: L13709 (planalto.gov.br). Acesso em: 25 nov. 2023.
- CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO. In: UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC, site). Disponível em: Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (unodc.org). Acesso em: 16 nov. 2023.
- CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA A CORRUPÇÃO. In: DEPARTAMENTO DE ASSUNTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS (site). Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-58.htm>. Acesso em: 16 nov. 2023.
- COUTINHO, Leandro de Matos. Soft Law e a influência das Convenções Internacionais na Lei Anticorrupção brasileira. In: QUIRINO, Carina de Castro; VAL, Eduardo Manuel; RACHED, Gabriel; DALCASTEL, Marcia Bataglin; CHAVES, Vinicius Figueiredo (org.). *Debates sobre Estado empresário e regulação*. Curitiba: CRV, 2018a.
- _____. Onda anticorrupção na América Latina e o comparativo entre as leis argentina e brasileira. In: *Revista Compliance Rio*. Número 1, ano 1, out. 2018b. Rio de Janeiro: Instituto Compliance Rio, 2018b, p. 38-43. Disponível em: 1-edio-da-revista-icrio.pdf. Acesso em: 16 nov. 2023.
- ECONOMIA DA CHINA: DADOS, CRESCIMENTO, INDÚSTRIA E PIB DA CHINA. In: SUA PESQUISA.com (site). Disponível em: Economia da China: características e informações (suapesquisa.com). Acesso em: 16 nov. 2023.
- EQUIPE MAIS RETORNO. Custo de transação. In: MAIS RETORNO (site), 18 jun. 2020. Disponível em: Custo de Transação: saiba o que é e como funciona - Mais Retorno. Acesso em: 16 nov. 2023.
- FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT WHISTLEBLOWER FAQ. In: NATIONAL WHISTLEBLOWER CENTER (NWC, site). Disponível em: Criminal Division | Foreign Corrupt Practices Act (justice.gov). Acesso em: 16 nov. 2023.
- GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA (GAFI/FATF) – CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS (COAF). In: GOV.BR (site). Disponível em: Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (Gafi/FATF) Conselho de Controle de Atividades Financeiras - Coaf (www.gov.br). Acesso em: 16 nov. 2023.
- HABIB, Gabriel. O Criminal Compliance e a sua abrangência. In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; ACOCELLA, Jéssica (org.). *Governança corporativa e Compliance*. Salvador: JusPodium, 2019.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A corrupção em uma perspectiva internacional. In: Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance Prof. João Marcello de Araujo Jr. (CPJM). Disponível em: "GLOBALIZACIÓN, COMERCIO INTERNACIONAL Y CORRUPCIÓN" (uerj.br). Acesso em: 16 nov. 2023.
- NIETO MARTIN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (org.). *Compliance y Teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO (OMC) – MINISTÉRIO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA (site). Disponível em: OMC - Organização Mundial de Comércio - Ministério da Agricultura e Pecuária (www.gov.br). Acesso em: 16 nov. 2023.
- PASSAS, Nikos. Anti-Corruption Agencies and the Need for Strategic Approaches: A Preface to this Issue. In: *Crime Law Soc Change* (2010). 53:1 - 3. p. 2. DOI 10.1007/s10611-009-9230-0.
- PENA, Rodolfo F. Alves. O que é Globalização. In: BRASIL ESCOLA (site). Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/geografia/o-que-e-globalizacao.htm>. Acesso em: 9 nov. 2023.
- PUGLIESI, Marcio. *Teoria do Direito: Aspectos macrossistêmicos*. São Paulo: Sapere Aude, 2015.
- SAAD-DINIZ, Eduardo. Corrupção e Compliance no Brasil. In: LOBATÓ, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (org.). *Comentários ao Direito Penal Econômico brasileiro*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 721-747.
- _____. Compliance sob a perspectiva da Criminologia Econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.) *Compliance: Perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- TINOCO, Alexandre Motta; MEIRELLES, Flávia Sanna Leal de. Corrupção, globalização e Direito Penal brasileiro: Novos desafios. In: *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*. V. 2, n. 2, jul.-dez. 2016.
- VIANO, Emilio. Globalization, the Information Society and New Crimes: The Challenge for the XXI Century. In: *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*. V. VI, n. 2, maggio-agosto 2012, p. 51-65.

Precedentes: Da persuasão à desconstituição da coisa julgada

OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEZ¹

Sumário: 1. Delimitação do tema. 2. A desconstituição da coisa julgada – A excepcionalidade do cabimento da ação rescisória. 3. O cabimento de ações rescisórias para aplicar precedentes e o óbice da Súmula 343/STF – A jurisprudência em mudança. 4. Deve-se estimular o cabimento de ação rescisória em razão da mudança de entendimento anterior?.

1. DELIMITAÇÃO DO TEMA

O atual Código de Processo Civil consolidou um microsistema próprio, objetivo, de demandas que dão origem a decisões vinculantes. E cada vez mais as teses apreciadas, no âmbito das Cortes, tendem a produzir efeitos para além de um dado processo.

Nesse contexto, a tendência é a de valorização, cada vez maior, dos nossos precedentes (decisões-paradigma ou decisórios vinculantes) que trazem, além de racionalidade, segurança jurídica e previsibilidade padrões.

Por outro lado, a coisa julgada também espelha o valor da segurança jurídica, essencial para o equilíbrio do ordenamento jurídico e da sociedade.

Como deve se comportar, então, a coisa julgada, se, em conflito com um precedente, notadamente se o precedente for posterior? A intenção do presente estudo é enfrentar essa questão, mostrando a tendência jurisprudencial de flexibilizar a rescisão da coisa julgada em nome da aplicação de precedentes.

Para tanto, divide-se em três partes principais. A primeira é dedicada a considerações sobre o cabimento da ação rescisória, para mostrar a excepcionalidade que deve guiar o seu uso. A segunda, à análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acerca da possibilidade ou não, de rescisão e aplicação do óbice da Súmula 343/STF. Na terceira parte, é analisado o tema central proposto, relacionando-se os temas tratados nos itens anteriores.

2. A DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA – A EXCEPCIONALIDADE DO CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA²

A ação rescisória serve para desconstituir a coisa julgada. A excepcionalidade do seu cabimento reside na importância que se deve dar às decisões transitadas em julgado que façam coisa julgada – fundamental para a estabilidade das relações jurídicas.

1 Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP). Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB). Professor do Mestrado/Doutorado do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Advogado.

2 Sobre a ação rescisória, ver nosso artigo “O cabimento da ação rescisória para fazer cumprir decisão em recurso repetitivo: Observância ao padrão decisório”, publicado na *Revista de Processo – RePro*, número 284, outubro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

Não obstante, nas hipóteses de cabimento da via rescisória, pode-se tornar sem efeito anular a decisão porventura viciada ou proferir outra em seu lugar. E o cabimento deve ser limitado, sendo as hipóteses taxativas.

A decisão, até eventualmente ser desconstituída, existe, é válida e pode produzir efeitos. A presunção é sempre de validade, até que haja pronunciamento judicial em sentido contrário, desconstituindo o ato viciado.

O CPC de 1939 previa, no artigo 800, que a “[...] injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória”.

Interessante o dispositivo que reflete a correta assertiva de que a sentença, mesmo se considerada injusta, deve prevalecer. A rescindibilidade justifica-se, não pela injustiça, mas porque algumas nulidades são muito graves e podem colocar em risco a própria realização do direito objetivo³.

Rescindibilidade e nulidade são figuras distintas, não obstante o legislador de 1939, no artigo 798 do CPC, ter estabelecido ser “nula a sentença”. Na mesma linha, autores da época falavam em decretação de nulidades ou ilegalidades das decisões judiciais⁴.

Já o Código de 1973 foi mais técnico e falou em “sentenças rescindíveis”. No mesmo sentido, o atual CPC também especifica, no artigo 966, que as decisões de mérito podem ser rescindidas.

Uma decisão existente pode estar eivada de vício decorrente de infringência de norma protetiva do interesse público (o vício é inconvaleável). Tanto por recurso quanto por ação rescisória, pode-se postular a decretação da nulidade (absoluta).

José Carlos Barbosa Moreira destaca que, se a opção for pela via rescisória, “[...] a nulidade converte-se em simples rescindibilidade.”⁵

Importante repisar que as decisões que podem ser objeto de recurso e de rescisória são as eivadas de nulidades absolutas. Isso porque as nulidades relativas são convalidáveis, não se abrindo o caminho rescisório. Ou seja, quando transitam em julgado, já transitam sem a nulidade (convalidada), o que destaca que rescindibilidade e nulidade têm conceitos distintos⁶.

A ação rescisória tem natureza constitutiva negativa – um estado jurídico é desfeito. Não obstante, tem também carga declaratória. No dizer de Pontes de Miranda, na sentença constitutiva, “[...] *declara-se*, porque toda constituição, modificação ou extinção de relação de Direito por sentença implica declaração da existência desse Direito à ação constitutiva”⁷.

Só se utiliza a ação rescisória contra sentenças de mérito, sendo o cabimento taxativo (artigo 966 do atual CPC). Esse pressuposto (sentença meritória) deixa claro que só se rescinde o que existe, mas o vício a ser atacado pode não ser atinente ao mérito (por exemplo, alguma nulidade, por falta de condição da ação, etc.). E o artigo 966 também equipara algumas hipóteses ao mérito próprio.

3 Cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VI. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 6.

4 Cf. Tito Prates da Fonseca (*As nulidades em face do Código de Processo Civil*. São Paulo: Freitas Bastos, 1941, p. 348). No mesmo sentido, Luís Eulálio de Bueno Vidigal (*Da ação rescisória dos julgados*. São Paulo: Saraiva, 1948, p. 16), Jorge Americano (*Estudo teórico e prático da ação rescisória dos julgados no Direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1936, p. 4) e Carvalho Mendonça (Cf. Tito Prates da Fonseca, op. cit., p. 348). Luís Eulálio de Bueno Vidigal, inclusive, justifica que, na sua monografia sobre ação rescisória, mencionou sentença nula, em atenção à técnica da legislação vigente, em vez de sentença rescindível (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 12).

5 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 106.

6 Cf. VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno, op. cit., p. 12.

7 MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Ed. atual. por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseler, 1998, p. 66.

O prazo de dois anos é decadencial, nos termos do artigo 975 do CPC, e, por regra⁸, deve ser contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo (mesmo que não seja de mérito, exceções para casos de intempestividade e de manifesto incabimento – casos em que não ocorre a interrupção do prazo recursal).

O atual CPC, embora tenha aumentado o cabimento da ação (§ 5º do artigo 966), não desprestigiou a coisa julgada. E nem poderia ser diferente, pois a segurança, essencial ao equilíbrio do ordenamento jurídico e das relações jurídicas, encontra guarida sólida no respeito à coisa julgada.

A banalização da desconstituição põe em risco a estabilidade das relações, com grandes prejuízos. Tanto é assim, que a coisa julgada tem assento constitucional (artigo 5º, XXXVI).

3. O CABIMENTO DE AÇÕES RESCISÓRIAS PARA APLICAR PRECEDENTES E O ÓBICE DA SÚMULA 343/STF⁹ – A JURISPRUDÊNCIA EM MUDANÇA

Pelas razões expostas acima, a utilização da ação rescisória é restrita, conforme a legislação e a jurisprudência.

Inclusive, é antiga a súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “[...] não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

O verbete confirma o entendimento de não cabimento da ação, para que não haja a intenção de rescindir decisões que ainda não consolidaram o entendimento dominante. Em sendo a matéria controvertida, não há certo ou errado, não há um mais ou menos correto sentido de aplicação da norma.

É razoável admitir-se que as normas jurídicas comportam mais de uma interpretação. Amadurecidos os debates e firmadas as teses, notadamente no âmbito das Cortes Superiores, na linha do que foi previsto no artigo 927 do vigente Código de Processo, deve prevalecer o entendimento consolidado. Mas isso não desqualifica os debates e posicionamentos em sentido contrário, anteriores à consolidação.

A súmula parte justamente da premissa de que é possível haver divergências de entendimentos, e valida essa possibilidade. Não deixa de ser restritiva a posição consubstanciada no verbete, mas, do ponto de vista hermenêutico, o posicionamento faz sentido.

Isto porque uma norma admite as mais diversas interpretações. A interpretação importa em um ato de conhecimento e vontade, devendo-se relacionar a norma abstrata à realidade na qual ela será aplicada, podendo existir mais de uma interpretação sobre a mesma norma¹⁰. Some-se que o intérprete parte de pré-compreensões para interpretar um texto, segundo nota Konrad Hesse¹¹.

A restrição é polêmica, considerando-se que, mesmo que a matéria, à época da prolação da decisão rescindenda, fosse controvertida, o preceito legal poderia restar violado se mal aplicado ou interpretado. Assim, o fato de existirem diversas linhas de interpretação sobre uma mesma questão, embora não torne uma mais certa do que a outra, não deveria servir de empecilho para o ajuizamento de ação rescisória. Consoante destaca Barbosa Moreira, ainda à luz da legislação anterior:

8 Representa exceção à regra a previsão do § 8 do artigo 535 do CPC.

9 Sobre o tema específico da súmula 343/STF, tratamos na *Repro* 310, de dezembro/2020 (“A superação de um entendimento anterior pode dar ensejo à ação rescisória? Considerações à luz da jurisprudência e da Súmula 343/STF”).

10 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 78-79.

11 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 63.

Deve receber-se com ressalvas a tese. Sem dúvida, no campo interpretativo, muitas vezes há que admitir certa flexibilidade, abandonada a ilusão positivista de que para toda questão hermenêutica exista uma única solução correta. Daí a enxergar em *qualquer* divergência obstáculo irremovível à rescisão vai considerável distância: não parece razoável afastar a incidência do art. 485, n° V, só porque dois ou três acórdãos infelizes, ao arpejo do entendimento preponderante, hajam adotado interpretação absurda, manifestamente contrária ao sentido da norma.¹²

Inclusive, tradicionalmente, o Supremo Tribunal Federal aplicava a referida súmula, ainda que posteriormente a jurisprudência mudasse, valendo, para a aplicação do óbice, saber se à época da prolação da decisão a questão era ou não controvertida. Nesse sentido:

Ementa

FIXOU EM PORCENTAGEM SOBRE O VALOR DA CAUSA, E NÃO A PARTIR DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO: ART. 1º DA LEI Nº 6.899/1981. SÚMULA 343. 1. Fixação como *dies a quo* da correção monetária sobre honorários advocatícios, arbitrados na sentença em percentual sobre o valor da causa, a data do ajuizamento da ação (§ 2º do art. 1º da Lei nº 6.899/81) – Apelação Cível nº 3.368/86-TJRJ. Reforma desta decisão, por esta Corte, para fixar como termo inicial da correção monetária a data em que foram fixados (sentença) – RE nº 114.672-9. Ação rescisória proposta contra este julgado, fundada em violação de literal disposição de lei, para restabelecer o entendimento do Tribunal de Justiça. 2. À época desta decisão, era controvertida a interpretação do texto legal invocado, vindo, posteriormente, a se fixar em sentido contrário; entretanto, em tais casos, aplica-se a jurisprudência desta Corte, segundo a qual “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais” (Súmula 343), “ainda que a jurisprudência do STF venha, posteriormente, a fixar-se em sentido contrário.” (RE nº 89.924-SP). (STF – AR 1326. Rel. Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. DJ de 06/06/97).

Uma exceção clássica era admitida com muita frequência – ofensa à norma da Constituição Federal. Quando a divergência à época da prolação da decisão recorrida fosse a respeito de norma constitucional, a jurisprudência afastava o óbice.

Ementa

CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. SUMULA STF 343. QUESTÃO CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE. CONCESSÃO DE JUSTIÇA GRATUITA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. 1. É inaplicável a Súmula STF 343, quando a ação rescisória está fundamentada em violação literal a dispositivo da Constituição Federal. 2. A concessão de justiça gratuita, por depender da interpretação da legislação infraconstitucional e reexame de fatos e provas, é inviável nesta sede recursal. 3. Inexistência de argumento capaz de infirmar a decisão agravada, que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental improvido. (STF – RE 564781. Rel. Min. Ellen Gracie. Segunda Turma. DJ de 01/07/2009).

12 MOREIRA, José Carlos Barbosa, op. cit., p. 130.

Ementa

Agravo regimental no agravo de instrumento. Súmula nº 343/STF. Inaplicabilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte está consolidada, no sentido da inaplicabilidade da Súmula nº 343, quando a matéria versada nos autos for de cunho constitucional, mesmo que a decisão objeto da rescisória tenha sido fundamentada em interpretação controvertida ou anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. 2. Agravo regimental não provido. (STF – AR 03485. Rel. Min. Dias Toffoli. Primeira Turma. DJ de 08/02/2013).

A questão, todavia, tem sido repensada no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, admitindo-se, hoje, mais exceções ao óbice da Súmula 343/STF.

Por exemplo, há um tempo já há entendimento no sentido da não aplicação da súmula no caso de decisões de instâncias ordinárias divergentes da interpretação do STF:

Ementa

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343/STF. 1. O Supremo Tribunal Federal (STF) firmou o entendimento de que a Súmula 343/STF deve ser afastada, no caso de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada por ele, STF. Veja-se o RE 382.812-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (STF – RE 529675. Rel. Min. Roberto Barroso. Primeira Turma. DJ de 27/09/2018).

Uma decisão do Supremo Tribunal Federal merece especial atenção. A proferida nos autos do RE 590809 (Rel. Min. Marco Aurélio. DJ de 24/11/2014. Tribunal Pleno), com repercussão geral. A ementa é a seguinte:

Ementa

AÇÃO RESCISÓRIA *VERSUS* UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões “ação rescisória” e “uniformização da jurisprudência”. AÇÃO RESCISÓRIA – VERBETE Nº 343 DA SÚMULA DO SUPREMO. O Verbetes nº 343 da Súmula do Supremo deve ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda.

Do voto do relator merece destaque:

A rescisória deve ser reservada a situações excepcionalíssimas, ante a natureza de cláusula pétreia conferida pelo constituinte ao instituto da coisa julgada. Disso decorre a necessária interpretação e aplicação estrita dos casos previstos no artigo 485 do Código de Processo Civil, incluído o constante do inciso V, abordado neste processo. Diante da razão de ser do verbete, não se trata de defender o afastamento da medida instrumental – a rescisória – presente qualquer grau de divergência jurisprudencial, mas de prestigiar a coisa julgada se, quando formada, o teor da solução do litígio dividia a interpretação dos Tribunais pátrios ou, com maior razão, se contava com óptica do próprio Supremo favorável à tese adotada.

Assim deve ser, indiferentemente, quanto a ato legal ou constitucional, porque, em ambos, existe distinção ontológica entre texto normativo e norma jurídica.

Tratava-se de caso onde, posteriormente, o STF mudou de posição, tendo entendido o relator que a mudança não poderia dar ensejo à rescisória. Ainda do voto do relator:

Não posso admitir, sob pena de desprezo à garantia constitucional da coisa julgada, a recusa apriorística do mencionado verbete, como se a rescisória pudesse “conformar” os pronunciamentos dos tribunais brasileiros com a jurisprudência de último momento do Supremo, mesmo considerada a interpretação da norma constitucional. Neste processo, ainda mais não sendo o novo paradigma ato declaratório de inconstitucionalidade, assento a possibilidade de observar o Verbetes nº 343 da Súmula se satisfeitos os pressupostos próprios. Quanto a estes – os pressupostos –, entendo-os preenchidos.

No nosso entender, justifica-se o posicionamento. Deve o óbice ser aplicado, tanto para controvérsia infraconstitucional como constitucional, a não ser em casos de alteração de entendimento, em razão de declaração de inconstitucionalidade (notadamente com eficácia *ex tunc*).

Merece, ainda, referência o seguinte acórdão que bem explica o entendimento com repercussão geral do Supremo Tribunal Federal:

Ementa

AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. RESCISÃO DE ACÓRDÃO QUE APLICOU JURISPRUDÊNCIA DO STF POSTERIORMENTE MODIFICADA. NÃO CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA COMO INSTRUMENTO DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL. PRECEDENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM RESCISÓRIA. FIXAÇÃO. 1. Ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE 590.809/RS, (Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 24/11/2014), o Plenário não operou, propriamente, uma substancial modificação da sua jurisprudência sobre a não aplicação da Súmula 343, em ação rescisória fundada em ofensa à Constituição. O que o Tribunal decidiu, na oportunidade, foi outra questão: ante a controvérsia, enunciada como matéria de repercussão geral, a respeito do cabimento ou não da “rescisão de julgado fundamentado em corrente jurisprudencial majoritária existente à época da formalização do acórdão rescindendo, em razão de entendimento posteriormente firmado pelo Supremo”, a Corte respondeu negativamente, na consideração de que a ação rescisória não é instrumento de uniformização da sua jurisprudência. 2. Mais especificamente, o Tribunal afirmou que a superveniente modificação da sua jurisprudência (que antes reconhecia e depois veio a negar o direito a creditamento de IPI em operações com mercadorias isentas ou com alíquota zero) não autoriza, sob esse fundamento, o ajuizamento de ação rescisória para desfazer acórdão que aplicara a firme jurisprudência até então vigente no próprio STF. 3. Devidos honorários advocatícios à parte vencedora segundo os parâmetros do art. 20, § 4º, do CPC. 4. Agravo regimental da União desprovido. Agravo regimental da demandada parcialmente provido. (STF – AR 2370. Rel. Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. DJ de 12/11/2015).

No ponto, vale referir decisão do Superior Tribunal de Justiça que bem delimitou o estado da discussão, à época no âmbito das Cortes Superiores (STJ – AR 4443. Red. Acórdão Min. Gurgel de Faria. Primeira Seção. DJ de 14/06/2019). Sobre a questão do tema à luz do controle de constitucionalidade, reconhece a decisão que:

Considerada a premissa de que a vontade da Constituição é aquela dita pelo Supremo e que as decisões declaratórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade, via de regra, têm efeito *ex tunc*, aparenta razoável, em tese, a superação do enunciado sumular nos temas constitucionais, pois, ao final, se a conclusão legal é contrária à Constituição, o acórdão rescindendo que a compartilha procede com literal ofensa a dispositivo constitucional e, por contrariar a ordem jurídica, admite-se a rescisão da coisa julgada.

Mas, a decisão do Superior Tribunal de Justiça também reconhece isso, o próprio Supremo Tribunal Federal ainda não havia se debruçado a fundo no debate acerca do cabimento da rescisória, à luz de alteração de entendimento jurisprudencial em repercussão geral/recursos repetitivos¹³.

O que diferencia os precedentes em repetitivos das decisões das Cortes Superiores em casos individuais e ordinários, é justamente a possibilidade de produzirem efeitos para além daquele processo (objetivação), afetando casos suspensos e até futuros.

As partes devem, após a decisão em repetitivo ou em repercussão geral, se não houver a correta aplicação do precedente aos processos suspensos, lançar mão dos remédios previstos na legislação, perante as Cortes de origem (recursos), podendo eventualmente até ajuizar reclamação nos Tribunais Superiores (artigo 988, § 5º, inciso II, do CPC).

Se a parte não se utilizar das medidas (recursos e reclamação), ou se as utilizar e ainda assim não resolver o problema da má aplicação do precedente, e a decisão transitar em julgado contrariamente à tese firmada em repetitivo, pode-se utilizar da via rescisória. Mas isso quando a coisa julgada se formar em sentido contrário ao paradigma repetitivo (já existente à época da prolação da decisão rescindenda). Nesse sentido, o § 5º do artigo 966 do CPC, prevê que cabe a ação, com fundamento em violação de norma, contra decisão baseada “[...] em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”.

Segundo a legislação e a jurisprudência referida acima, que prevalecia até recentemente, não há previsão de cabimento de ação rescisória, quando a coisa julgada for anterior a uma decisão, mesmo vinculativa (exceto em controle de constitucionalidade abstrato), que altere posteriormente o sentido da jurisprudência.

Ocorre que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça alterou esse entendimento tradicional, dando, em tese, mais importância para os precedentes e autorizando a desconstituição da coisa julgada.

A Primeira Seção, nos autos do ERESP 1505025, entendeu cabível a ação rescisória, quando a jurisprudência tiver sido posteriormente pacificada em sentido contrário ao da decisão transitada em julgado, afastando o óbice da súmula 343/STF. Da ementa já se extrai:

13 O Supremo Tribunal Federal, quando aprecia a repercussão geral, tem adotado o rito repetitivo, produzindo a decisão com efeitos para além do processo.

No STJ, decidiu-se, em exame de Recurso Especial apresentado pelo ora embargado, pelo desprovemento do tópico relativo à coisa julgada (fl. 718/e-STJ) e provimento da tese de violação a literal dispositivo legal, sob o fundamento de que a Súmula 343/STF pode ser afastada “quando a jurisprudência, ainda que vacilante, tiver evoluído para sua pacificação”. Com isso, o acórdão regional foi reformado pela aplicação da tese adotada no REsp 1.318.315/AL, julgado sob a sistemática do art. 543-C do CPC/1973, segundo a qual o reajuste de 28,86% deve incidir integralmente sobre a Retribuição Adicional Variável – RAV. (Relator Ministro Herman Benjamin. Primeira Seção. DJ de 24/06/2022).

No mesmo sentido, a decisão da mesma Seção, nos autos da AR 6015, admitindo o corte rescisório quando houver precedente com eficácia vinculante, do STF, em sentido contrário, proferido posteriormente, à decisão rescindenda.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a mudança foi ainda mais significativa (RE 955227, tema 885, e RE 949297, tema 881). A Corte autorizou que, mesmo sem ação rescisória, a coisa julgada seja superada, desconsiderada, se sobrevier entendimento posterior em sentido contrário à decisão vinculativa transitada em julgado. No caso, tratava-se de hipótese de tributo recolhido de forma continuada, e o que pesou para a decisão da Corte foi a necessidade de se impor a observância à tese firmada com caráter vinculante em nome da isonomia (desigualdade tributária entre quem recolhe e quem não recolhe o tributo).

4. DEVE-SE ESTIMULAR O CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA EM RAZÃO DA MUDANÇA DE ENTENDIMENTO ANTERIOR?

Como visto, as decisões mais recentes da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça autorizam o corte rescisório em razão da mudança de entendimento anterior.

Se, por um lado, valorizam o papel dos precedentes – que devem produzir efeitos e atingir até situações anteriores, por razões de isonomia –, por outro, podem colocar em risco a estabilidade das decisões já consolidadas e acobertadas pelo manto da coisa julgada.

Consoante anotado, a jurisprudência tradicional, na linha do precedente do STF (RE 590809/RS), era no sentido de que a simples mudança de entendimento não poderia dar ensejo ao corte rescisório. Isto porque a ação não se presta à uniformização da jurisprudência, e deve ter sempre o cabimento estrito.

Valoriza-se a coisa julgada, que não pode ser desconstituída pela simples alteração posterior de posicionamento, no âmbito da Corte. Isto, mesmo no contexto atual de respeito máximo a decisões precedentes (artigos 926 e 927 do CPC).

Todavia, em sendo a mudança a partir de decisão vinculante, notadamente em controle de constitucionalidade, a questão pode ganhar outros contornos, inclusive por força do que está disposto no Código de Processo Civil (artigo 535).

Se declarada, em abstrato, inconstitucional, a norma que serviu de base para a decisão, com efeitos *ex tunc*, dúvida não resta de que desapareceu a base normativa, podendo a matéria ser objeto de impugnação na execução se a decisão do STF foi anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda (§§ 5º e 7º), ou ser objeto de ação rescisória (§ 8º), se proferida após o trânsito em julgado. A norma é expressa.

Mas o Código foi além e equiparou à declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado a em controle difuso (§ 5º), podendo haver, por expressa disposição do § 6º, a modulação de efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal. Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição, sobre a produção de efeitos das decisões da Suprema Corte e a

modulação, bem destacam que a “[...] carga predominantemente declaratória das decisões do STF, faz com que seus efeitos retroajam, permitindo a restauração do *status quo ante*, salvo quando houver modulação.”¹⁴

Assim, hoje, por expressa disposição legal, havendo a declaração de inconstitucionalidade (em abstrato ou em controle difuso), com efeitos *ex tunc*, posterior à decisão que se baseou na norma declarada inconstitucional, é cabível a ação rescisória.

Aliás, no ponto, vale destacar que subsiste a polêmica de ser ou não necessária, em controle difuso, a suspensão da lei pelo Senado Federal (artigo 52, X, da Constituição Federal), para que haja essa equiparação ao controle concentrado.

No nosso entender, todavia, adotando os fundamentos do voto do relator proferido nos autos do processo STF-RCL 4335 (Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. DJ de 22/10/2014), pode-se falar em uma necessidade de evolução do controle difuso, sendo possível a equiparação ao controle concentrado, para esse fim, ainda que não tenha havido a suspensão da lei pelo Senado Federal.

Cabe, agora, a análise da hipótese de a mudança de entendimento ocorrer em autos de recurso repetitivo.

O legislador, de certo modo, equiparou a desconformidade com o padrão decisório à hipótese de cabimento da rescisória por violação à norma para resolver o problema da coexistência de uma coisa julgada com uma decisão vinculativa.

Mas, trata-se de hipótese de cabimento quando não for corretamente aplicada a decisão vinculativa do recurso repetitivo (padrão decisório) já existente, à época da decisão rescindenda (que não o acolheu ou que o aplicou indevidamente). Teresa Arruda Alvim bem anota que o dispositivo diz respeito à possibilidade de se intentar a rescisória contra decisão quando o caso decidido “[...] não se ajustava à norma contida na súmula ou no precedente utilizado como parâmetro decisório.”¹⁵

O problema de as decisões transitadas em julgado poderem ou não ser rescindidas se o Tribunal, posteriormente, alterar a linha da sua jurisprudência em um recurso repetitivo não foi resolvido pela legislação ainda. Há as decisões referidas no tópico anterior. Ou seja, decisões anteriores à do repetitivo, e que já tenham transitado em julgado anteriormente, não podem ser objeto do ataque rescisório, com base no § 5º do artigo 966 do CPC.

Consoante observado, o Superior Tribunal de Justiça, nos autos da AR 4443, deparou-se com a questão relativa ao cabimento da rescisória para desconstituir coisa julgada pela superveniência de precedente em recurso repetitivo. E o entendimento foi no sentido de que não seria cabível.

O entendimento da Primeira Seção, todavia, foi superado posteriormente, ainda que de forma pontual, passando-se a admitir a ação rescisória também quando alterada, com caráter vinculativo, a jurisprudência do Tribunal.

O tradicional óbice da súmula 343/STF sucumbiu diante da imposição de respeito a precedentes (vinculantes), formados ainda que posteriormente.

Observe-se, todavia, que o Superior Tribunal de Justiça autorizou a desconstituição da coisa julgada pela via própria da ação rescisória (e não automaticamente).

Ainda que se questione o acerto da decisão e o enfraquecimento da coisa julgada, que carrega o valor da segurança jurídica, não se pode deixar de reconhecer que se trata de entendimento que privilegia a isonomia e a nova sistemática de precedentes.

14 ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nullitatis: Semelhanças e diferenças*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 116.

15 Cf. *CPC em foco - Temas essenciais e sua receptividade: Dois anos de vigência do novo CPC* (Teresa Arruda Alvim - coord.). 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 828.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *CPC em foco – Temas essenciais e sua receptividade*: Dois anos de vigência do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- _____; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nullitatis: Semelhanças e diferenças*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- _____; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- AMERICANO, Jorge. *Estudo teorico e pratico da ação rescisória dos julgados no Direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1936.
- BECKER, Rodrigo Frantz. *Manual do processo de execução dos títulos judiciais e extrajudiciais*. Salvador: JusPodivm, 2021.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A “objetivação” no processo civil: As características do processo objetivo no procedimento recursal. In: *Revista de Processo – RePro 178*, dez. 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. Natureza e efeitos da decisão em recurso repetitivo: Uma tentativa de sistematizar a observância à tese firmada na decisão paradigma. In: *Revista de Processo – RePro 273*, nov. 2017. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- _____. *Recursos repetitivos, súmula vinculante e coisa julgada*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.
- _____. O cabimento da ação rescisória para fazer cumprir decisão em recurso repetitivo: Observância ao padrão decisório. In: *Revista de Processo – RePro 284*, out. 2018. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- _____. A superação de um entendimento anterior pode dar ensejo à ação rescisória? Considerações à luz da jurisprudência e da Súmula 343/STF. In: *Revista de Processo – RePro 310*, dez. 2020. São Paulo: Thomson Reuters.
- DANTAS, Bruno. *Teoria dos Recursos Repetitivos: Tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC)*. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- FONSECA, Tito Prates da. *As nulidades em face do Código de Processo Civil*. São Paulo: Freitas Bastos, 1941.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: Natureza: eficácia: Operacionalidade*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- _____. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VI. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- _____. *Tratado da ação rescisória*. Ed. atual. por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseler, 1998.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- NEVES, Antonio Castanheira. *O instituto dos “Assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil contemporâneo*. V. 1. Teoria Geral do Processo. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.
- TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Da ação rescisória dos julgados*. São Paulo: Saraiva, 1948.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- _____; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: Hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Aspectos relevantes da alienação por iniciativa particular no processo executivo

CLARICE SANTOS¹

BRUNA BRAGA DA SILVEIRA²

Sumário: Introdução. 1. Desenvolvimento legislativo, conceito, natureza jurídica e características da alienação particular. 2. Alcance do instituto. 3. Diretrizes judiciais: Publicidade, preço mínimo e condições de pagamento. 4. Regulamentação pelos tribunais e pelo Conselho Nacional de Justiça. 5. Formalização da alienação particular. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A escolha de escrever um trabalho com abordagem da alienação judicial por iniciativa particular, parte da reduzida atenção que o instituto tem recebido da doutrina³ e jurisprudência⁴, embora presente há quase um século na história processual do país.

Se a cronologia do tema é remota e este artigo propõe uma reflexão sobre questões atuais acerca do Processo Executivo, haveria contradição ou impertinência temática? Longe disso, o instituto resistiu ao tempo, manteve-se no corpo legislativo e desperta problemáticas contemporâneas, merecendo enfrentamento próprio na atualidade.

Para lançar luzes sobre a sua relevância, sem pretensão de esgotar o tema, o presente estudo enfrenta questões como o desenvolvimento legislativo, natureza jurídica, alcance do instituto, diretrizes judiciais e fontes de complementação normativa.

1. DESENVOLVIMENTO LEGISLATIVO, CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS DA ALIENAÇÃO PARTICULAR

A alienação por iniciativa particular percorreu extenso percurso legislativo no país. No art. 973 do CPC/1939, constava que qualquer interessado poderia requerer ao juiz da execução que definisse prazo, garantida a oitiva do devedor, para que a venda dos bens ocorresse por iniciativa particular, se

1 Doutoranda e Mestra em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Assessora Jurídica do Ministério Público Federal no Pará (MPF-PA). Professora de Direito Processual Civil do Centro Universitário FIBRA. Fundadora da Liga Acadêmica Jurídica do Pará (LAJUPA). Orientadora do Núcleo de Estudos Avançados em Direito Processual Civil da LAJUPA. Membro da Associação Brasileira Elas no Processo (ABEP) e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). ssantosclarice@gmail.com.

2 Doutora em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestra em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA / Escola Superior de Advocacia / Ordem dos Advogados do Brasil - PA). Advogada. Professora em cursos de Pós-Graduação. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da ANNEP e da ABEP. brunabragadasilveira@gmail.com.

3 Não se identifica extensa produção acadêmica em periódicos especializados, sendo raro o seu exame com destaque. Para ilustrar, ao realizar buscas com os parâmetros “alienação por iniciativa particular” e “alienação particular” no acervo eletrônico de quatro das principais revistas sobre processo, encontra-se seis trabalhos, dos quais apenas um publicado na vigência do CPC.

4 A análise em sede jurisprudencial também é escassa, havendo poucas decisões com soluções a questões jurídicas relevantes do instituto, ao menos perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ). O REsp n. 1312509/RN e o AgREsp n. 929244/SP são exemplos que valem a menção.

o magistrado não entendesse oportuna a hasta pública. Esta é considerada a previsão embrionária do instituto, estágio em que a sua utilização dependia do juízo de conveniência do órgão judicial.

Na redação original do CPC/1973, esse mecanismo foi suprimido, reaparecendo, parcialmente, no art. 700, com texto dado pela Lei n. 6.851/1980, o qual indicava que o juiz poderia, ouvindo as partes e sem prejuízo da expedição de editais, atribuir a corretor de imóveis inscrito na entidade oficial de classe a intermediação na alienação do imóvel penhorado. Em essência, não se tratava de alienação particular⁵, uma vez que a publicação de editais se mantinha e o juiz continuava dirigindo o ato. Além disso, a participação do corretor era uma medida excepcional e limitada a bens imóveis.

Foi com a Lei n. 11.382/2006 que o instituto se expandiu. Com essa legislação, ocorreu a revogação do art. 700 e a inclusão do art. 685-C no CPC/1973, dispositivo que passou a dizer que o exequente poderia requerer a alienação dos bens penhorados, por sua própria iniciativa, ou por meio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária, quando não fosse realizada a adjudicação do patrimônio. Nota-se que o instrumento migrou do campo de conveniência do juízo para o exercício de vontade pelo interessado. Houve o reconhecimento de seu caráter preferencial, frente ao método tradicional de alienação pública e à ampliação do seu objeto para abranger bens móveis e imóveis, tal como registrado pelo § 2º do art. 685-C.

Antes do advento da Lei n. 11.382/2006, o art. 52, VII, da Lei n. 9.099/1995, ainda em vigor, já contemplava a alienação particular, sinalizando que o juiz poderia autorizar o devedor, o credor ou terceira pessoa idônea a cuidar da alienação do bem penhorado, móvel ou imóvel, no âmbito das execuções dos Juizados Especiais. Desse modo, a reforma legislativa de 2006 teve o propósito de generalizar o instituto, fortalecendo a sua utilização no procedimento comum executivo.

A disciplina legislativa atual da alienação particular é encontrada no art. 880 do CPC, também se valendo de algumas diretrizes da alienação por leilão (arts. 881-903 do CPC), mais extensas e detalhadas, desde que compatíveis com o seu regramento.

O dispositivo indica que, não ocorrida a adjudicação dos bens, o exequente pode requerer a alienação por sua própria iniciativa ou por meio de corretor ou leiloeiro público credenciado perante o órgão judiciário⁶.

De acordo com o art. 825 do CPC, a expropriação de bens pode se realizar pela adjudicação (arts. 876-878), pela alienação (arts. 880-903) ou pela apropriação de frutos e rendimentos (arts. 862-869). Por sua vez, a alienação possui duas modalidades ou espécies: a alienação por iniciativa particular e a alienação por leilão (art. 879, I e II).

Se a penhora tiver recaído sobre quantia, é intuitivo concluir que o caminho para a satisfação do crédito será mais fácil, bastando a entrega imediata dos valores, salvo a continuidade quanto ao saldo devedor remanescente. Se for o caso de constrição de frutos e rendimentos de empresas ou estabelecimentos, o pagamento ocorrerá com transferências sucessivas ao exequente. Por outro lado, se os bens penhorados forem outros móveis ou imóveis, poderão ser adjudicados ou alienados na execução⁷.

-
- 5 Cf. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A alienação por iniciativa particular. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 174, p. 51-65, ago. 2009.
 - 6 A legitimidade para requerer a alienação particular é tema complexo e controverso na doutrina, havendo debates sobre a existência de exclusividade do exequente ou de abrangência do executado, ou mesmo de terceiros. Recentemente, o assunto foi objeto de enunciado no XI FPPC, ocorrido em março de 2022, sem aprovação na plenária. A temática será examinada em futuro estudo pelas autoras.
 - 7 Marcelo Abelha salienta a diferença temporal entre os meios expropriatórios: "A rigor, todas as formas são expropriatórias e voltadas à satisfação do credor, mas a diferença entre elas é que a linha que separa cada espécie de ato do resultado a ser obtido é variável no tempo. Mais curta na adjudicação, mais longa, e às vezes incerta, na alienação em leilão. O meio-termo, em tese, está na percepção de frutos e rendimentos de bem penhorado" (RODRIGUES, Marcelo Abelha).

A adjudicação consiste na transferência do bem penhorado, móvel ou imóvel, para a propriedade do exequente ou de outros sujeitos legitimados (art. 876, caput, e § 5º do CPC). Não sendo realizada, será oportunizada a alienação particular ou, em último caso, a alienação por leilão. Assim, existe uma escala de preferência legal: atualmente, a adjudicação é prioritária, seguida da alienação particular, que é subsidiária com relação à primeira e prioritária quanto ao leilão público, última modalidade de expropriação⁸.

A alienação por iniciativa particular é um dos meios expropriatórios da execução de obrigações pecuniárias, apresentando o objetivo de converter, forçadamente, o patrimônio penhorado do executado em dinheiro, bens móveis ou imóveis (art. 880, § 2º), a fim de satisfazer o exequente. Não é a alienação em si que satisfaz o crédito, mas a atividade de conversão e entrega do dinheiro para o titular (art. 904 d CPC).

Quanto à sua natureza jurídica, apesar de existir a prática de atos negociais na busca de adquirentes dos bens e na formulação das propostas de aquisição, o caráter coativo da alienação particular se verifica na presença soberana do órgão jurisdicional⁹, não deixando de ser uma alienação realizada em ambiente público. Isto é, possui caráter negocial e público¹⁰. Por se tratar de um meio sub-rogatório, exercido contra a vontade do executado, distancia-se do contrato de compra e venda, o qual pressupõe comunhão de vontades entre os envolvidos.

A principal diferença entre a alienação judicial por iniciativa particular e a que se opera por meio de leilão público, repousa sobre a simplicidade do procedimento da primeira¹¹. Embora também seja realizada no curso do processo judicial, a busca pelo possível adquirente do patrimônio do executado é facilitada, não depende da prática excessiva de atos solenes e burocráticos na negociação, dispensando-se a publicação de editais. Ambas são formas de expropriação forçada do patrimônio, pleiteadas perante o órgão jurisdicional estatal, mas com distintos graus de intervenção pública.

É caminho para ser trilhado com agilidade, menor dispêndio de tempo e custo, em prol da eficiência da tutela jurisdicional executiva. Por esses motivos, a alienação particular pode acontecer até mesmo durante o procedimento de leilão público, desde que ainda não realizada a arrematação¹². Trata-se, assim, de instrumento expropriatório com disciplina legislativa simplificada, cujo regramento estimula a participação colaborativa do exequente, do executado e de outros sujeitos, na realização da tarefa de conversão dos bens penhorados em dinheiro, supervisionados pelo órgão jurisdicional.

2. ALCANCE DO INSTITUTO

A princípio, a alienação por iniciativa particular é mecanismo expropriatório compatível com a execução e o cumprimento de sentença de obrigação de pagar quantia certa, movidos em face de devedor solvente.

Fundamentos da tutela executiva. Brasília: Gazeta Jurídica, 2019, p. 187).

8 Cf. DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. V. 5. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 943; BECKER, Rodrigo Frantz. A alienação por iniciativa particular e o princípio da menor onerosidade da execução. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord). *Processo de Execução e cumprimento de sentença: Temas atuais e controvertidos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 721.

9 Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 142-150.

10 Cf. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.104.

11 Cf. DIDIER JR., Fredie et al., op. cit., p. 942.

12 Idem, ibidem, p. 947.

Embora esteja localizada no Livro II do CPC (“Do Processo de Execução”), mostra-se plenamente adequada com a ação executiva autônoma e com a fase de cumprimento de sentença, podendo ter como base crédito inscrito em título executivo extrajudicial ou judicial, a partir do trânsito normativo previsto no art. 771 do CPC¹³⁻¹⁴.

É preciso ter em mente que as execuções pecuniárias podem se iniciar com o objetivo de recebimento de quantia ou assumir depois essa pretensão, falando-se em uso originário ou derivado do rito expropriatório. No segundo grupo, estão incluídas as execuções de obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa, quando inviável a obtenção do resultado específico e o credor desejar a reparação pecuniária (art. 499 do CPC), e a execução de alimentos, diante do desinteresse do credor em utilizar as técnicas especiais ou a partir da sua insuficiência (arts. 528, § 8º, e 531 do CPC).

Como visto, a execução dos Juizados Especiais contempla, de modo expresso, esse meio expropriatório, com disposições específicas à alienação particular no art. 52, VII, da Lei n. 9.099/1995, sendo invidiosa a sua incidência nesse ambiente.

Por outro lado, a alienação particular não se aplica à execução fiscal, à execução em face da Fazenda Pública, nem à execução contra devedor insolvente. Já a recente reforma da execução falimentar abre interessantes possibilidades ao instituto.

Na primeira hipótese, a vedação é extraída do art. 23 da Lei de Execução Fiscal (LEF, Lei n. 6.830/1980), cujo teor determina que a alienação de quaisquer bens penhorados na execução fiscal será realizada em leilão público. Leonardo Cunha e Eduardo Talamini identificam essa incompatibilidade em trabalhos escritos para o CPC/1973, com lições ainda aplicáveis¹⁵.

O mesmo impedimento não opera quando são as empresas públicas e sociedades de economia mista que propõem execuções de quantia, por não estarem vinculadas ao regime processual diferenciado da execução fiscal. Apesar de se sujeitarem à obrigatoriedade de concurso público para contratação de pessoal e de licitação para aquisição de produtos e serviços, Leonardo Cunha adverte que, ao contrário do que ocorre na adjudicação, os bens não chegam a integrar o patrimônio das entidades, na hipótese de alienação particular para terceiro adquirente, o que dispensa o uso do leilão judicial e a exigência licitatória para a busca de interessados¹⁶.

Quando se trata de execução pecuniária em desfavor da Fazenda Pública (arts. 534-535 e 910 do CPC), os atos expropriatórios são proibidos, diante da prerrogativa de impenhorabilidade

13 Não se pode esquecer de que: “[...]os arts. 513 e 771 do CPC criam um intercâmbio de técnicas processuais executivas entre o cumprimento de sentença (execução de título judicial) e a execução de título extrajudicial, e entre eles e as execuções especiais. Estrutura-se um sistema integrado de aplicação das técnicas executivas, que migram para colmatar lacunas ou simplesmente aperfeiçoar o procedimento executivo receptor dessas mesmas técnicas.” (Cf. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: Dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 86).

14 A alienação por iniciativa particular, aplicável tanto na execução quanto no cumprimento de sentença, incide também nos casos de execução em autocomposição. Sobre o tema, ver: BRAGA DA SILVEIRA, Bruna; MEGNA, Bruno Lopes. Autocomposição: Causas de descumprimento e execução - Um panorama sobre meios alternativos de solução de conflitos e processo de execução no novo CPC. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 264, p. 473-495, fev. 2017.

15 Cf. CUNHA, Leonardo José Carneiro da, op. cit., 2009, p. 51-65; TALAMINI, Eduardo. Alienação por iniciativa particular como meio expropriatório executivo (CPC, art. 685-C, acrescido pela Lei 11.382/2006). In: *Revista Jurídica*, v. 57, n. 385, nov. 2009, p. 37-39. No estudo, Talamini reflete que, se não houvesse o óbice legislativo, poderia se pensar na alienação particular para bens de menor valor, quando o Direito Administrativo dispensa licitação, sendo uma solução mais flexível e operacional do que o leilão judicial.

16 Cf. CUNHA, Leonardo José Carneiro da, op. cit., 2009, p. 51-65.

dos bens públicos¹⁷, aplicando-se procedimento constitucionalmente diferenciado (art. 100 da CRFB). Naturalmente, as empresas públicas e sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de Direito Privado, não são alcançadas por isso.

Com relação à execução por quantia certa contra devedor insolvente, o art. 1.052 do CPC indica que, até edição de lei específica, continuam em vigor as disposições do CPC/1973. Ao examinar o art. 773 do Código passado, encontra-se previsão de que o juiz determinará a alienação dos bens do devedor insolvente em praça ou leilão, não havendo registro sobre o uso da alienação particular para o caso.

A falência e a recuperação empresarial são reguladas pela Lei n. 11.101/2005, legislação que foi profundamente alterada pela Lei n. 14.112/2020¹⁸. Essa reforma produziu sensíveis impactos no processo civil concursal, ao abordar temas como métodos consensuais de resolução de conflitos, tutela provisória, desconsideração da personalidade jurídica, cooperação judiciária e até modo de contagem de prazos.

A alienação judicial de bens na falência também foi muito afetada, cenário que se identifica pela leitura dos atuais arts. 141 a 144 da Lei n. 11.101/2005, em confronto com o regramento anterior. Na versão revogada, o art. 142 indicava que a alienação dos ativos deveria ocorrer por leilão, por lances orais, propostas fechadas ou por pregão. As três modalidades eram precedidas de publicação obrigatória de anúncios, utilizando-se de solenidades aparentemente incompatíveis com a alienação particular¹⁹.

Com a reforma, a execução falimentar passou a adotar modelo de atipicidade expropriatória²⁰, prevendo que a alienação de bens pode ocorrer por leilão eletrônico, presencial ou híbrido; processo competitivo organizado, e por qualquer outra modalidade, desde que aprovada segundo os critérios da lei (art. 142, incisos I, IV e V).

Além disso, consta possibilidade de a alienação ocorrer com serviços de terceiros, como consultores, corretores e leiloeiros (art. 142, § 2º-A, III), e de que o juiz, por motivo justificado e mediante requerimento do administrador judicial ou do comitê de credores, admita modalidades de alienação judicial diversas das elencadas no art. 142, reforçando a atipicidade de meios expropriatórios falimentares.

Vale dizer, não só o emprego do instituto da alienação particular passa a ser possível, no âmbito da falência, como também a criação de outras figuras expropriatórias nesse procedimento, mais flexíveis, facilitadas e desburocratizadas do que aquela, de modo a contribuir com a eficiência do desfazimento dos ativos da massa falida empresarial²¹.

17 Essa proteção é excepcionalmente afastada para permitir o sequestro de quantia do ente público, quando houver preterimento de direito de precedência do credor ou inexistência de alocação orçamentária do valor de satisfação do crédito, nos termos do art. 100, § 6º, da CRFB.

18 Chamada de “Nova Lei de Falência e Recuperação Empresarial”, pela relevância das modificações.

19 “Nenhuma das três modalidades – todas elas antecedidas da publicação de editais e implicando uma competição entre propostas – coaduna-se com a dinâmica e a finalidade da alienação por iniciativa privada.” (Cf. TALAMINI, Eduardo, op. cit., p. 39).

20 Do mesmo modo que tem ocorrido com outras legislações esparsas, a Lei n. 14.112/2020 foi nitidamente influenciada pela metodologia de flexibilidade procedimental do CPC. Ao tratar da atipicidade da cooperação judiciária, Fredie Didier Jr. retrata essa tônica: “A atipicidade da cooperação judiciária segue uma linha-mestra do CPC, que apostou muito fortemente na flexibilização das técnicas processuais. Ela faz parte de uma constelação de cláusulas gerais processuais geradoras das mais diversas atipicidades das técnicas: atipicidade dos meios de solução de conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º), atipicidade dos meios executivos (arts. 139, IV, 297, 536, § 1º, 538, § 3º, CPC), atipicidade da negociação sobre processo (art. 190, CPC) e a atipicidade dos meios de prova (art. 369, CPC)” (DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional: Esboço de uma teoria para o Direito brasileiro* (arts. 67-69, CPC). 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 61).

21 Indo além, imagina-se a exportação das técnicas expropriatórias da execução falimentar para as execuções ordinárias,

3. DIRETRIZES JUDICIAIS: PUBLICIDADE, PREÇO MÍNIMO E CONDIÇÕES DE PAGAMENTO

Embora conte com menor intervenção estatal, a alienação particular ocorre em ambiente público, com atuação do Juízo executivo. Nessa linha, o § 1º do art. 880 do CPC indica que o magistrado deve fixar as condições básicas para que a alienação se realize, tais como a forma de publicidade, o preço mínimo, condições de pagamento, garantias e, sendo necessária, a comissão de corretagem.

As diretrizes judiciais para a realização da alienação particular devem ser interpretadas com flexibilidade, permitindo a alteração dos seus componentes durante o percurso, mediante nova decisão judicial, condicionada à concordância das partes²². Aliás, as partes podem definir prévia e consensualmente os requisitos para a alienação, criando diferenças convencionais compatíveis com os seus interesses, ao encontro da cláusula geral de negociação processual (art. 190 do CPC) e do regime de disponibilidade da execução (art. 775 do CPC), os quais estimulam a atipicidade negocial executiva²³.

A publicidade da alienação é fator crucial para o seu êxito, envolvendo preocupações com a divulgação da oferta do bem para o nicho específico de mercado, descrição do estado de conservação, vantagens competitivas e condições de pagamento.

O bem precisa ser oferecido de modo amplo e assertivo, com publicidade realizada em ambientes, físicos ou virtuais, frequentados pelo maior número de potenciais adquirentes. Como a alienação alcança bens móveis ou imóveis, a variação das estratégias de publicidade deve ser proporcional a essa diversidade, não sendo a mesma, por exemplo, para edifícios, automóveis, embarcações e obras de arte.

O magistrado não está autorizado a impor formalidades publicitárias excessivas, já que isso igualaria ou superaria a burocracia do leilão²⁴, além de tornar a alienação particular mais custosa para o executado, se os gastos com publicidade forem incluídos nas despesas da execução, ou para o profissional que atuar na intermediação do negócio, se for o caso de suportar os custos dessa natureza.

uma vez que o procedimento comum se mostra receptivo à incorporação de técnicas diferenciadas presentes nos procedimentos especiais (cf. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da, op. cit., 2021, p. 69-70). Tecendo críticas à disciplina da alienação judicial no CPC, Marcelo Abelha enfatiza o uso de modalidades judiciais atípicas: “Por isso, ante ao engessado modelo procedimental previsto no CPC, que aqui e ali dá certa flexibilidade ao ato de alienar, parece-nos, quase necessário, que magistrado se valha do artigo 139, IV, para escolher modos atípicos de realização da alienação judicial que efetivamente proporcionem efetividade a este ato judicial tão comum na atividade executiva. As formas típicas de alienação previstas no Código são engessadas e talvez a alienação por iniciativa particular seja a maneira mais próxima daquilo que está sendo dito” (RODRIGUES, Marcelo Abelha, op. cit., p. 195).

22 “As peculiaridades do mercado e as vicissitudes de qualquer negociação podem impor, contudo, que a venda seja feita em desconformidade com o quanto estabelecido, desde que o juiz assim o permita em decisão posterior, contando com prévia concordância do exequente e do executado.” (Cf. DIDIER JR., Fredie et al., op. cit., 2019, p. 944). Em mesma linha, Daniel Neves pontua que o juiz não está adstrito às condições fixadas, podendo admitir propostas com outras formas de pagamento, garantias ou preço (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1.292).

23 Sobre o tema: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 275, p. 193-228, jan. 2018; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Gestão da execução por meio de negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 286, p. 325-342, dez. 2018; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Convenções processuais atípicas na execução civil. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 1, p. 283-321, jan.-abr. 2021; SANTOS, Clarice. Análise crítica do controle de validade dos negócios processuais na execução civil brasileira. (Coluna, 8 jan. 2021). In: EMPÓRIO DO DIREITO (site). Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/analise-critica-do-controle-de-validade-dos-negocios-processuais-na-execucao-civil-brasileira>. Acesso em: 21 ago. 2023.

24 Por todos: ASSIS, Araken de, op. cit., 2016, p. 1.107.

A melhor solução parece ser a de reduzida intervenção judicial nessa diretriz, com fixação de parâmetros gerais de publicidade, incumbindo a especificação ao agente habilitado para intermediar a transação²⁵, detentor de conhecimentos técnicos sobre o bem e seu mercado, o que não exclui a adoção de estratégias adicionais pelas partes.

Como se pode imaginar, o valor a ser pago pelo bem é dado relevante para todos os sujeitos envolvidos na expropriação: o exequente, interessado na satisfação integral do débito; o executado, que anseia pela transação com maior preço, para que receba eventual excedente ao valor da dívida e às despesas da execução; o adquirente, com pretensão de adquirir bens penhorados para celebrar negócio jurídico vantajoso e competitivo frente ao mercado, menos custoso possível para si.

Também se pode incluir o interesse de eventuais corretores ou leiloeiros que atuem na alienação, já que o pagamento do percentual da comissão costuma ter como referência o preço do negócio efetivamente realizado, e não o valor da avaliação do bem.

Os corretores ou leiloeiros podem atuar de maneira informal, sem aprovação do seu custeio no plano de alienação judicial, ou com formalização perante o Juízo, quando serão auxiliares eventuais da Justiça, com despesas suportadas pelo executado²⁶. Aqui, registra-se que o art. 880, § 4º, estipula que, nas localidades em que não houver corretor ou leiloeiro público credenciado, nos termos do § 3º, a indicação será de livre escolha do exequente, de onde se pode extrair uma convenção processual típica, quando realizada em consenso com o executado²⁷, com privilégio ao exercício de vontade. A aparente necessidade de cadastramento prévio do profissional nos bancos dos tribunais se apresentou como importante obstáculo para a utilização do instituto, na vigência do CPC/1973, considerando a demora ou inexistência da regulação, não podendo subsistir²⁸.

Aliás, mesmo se houver profissional credenciado na localidade, a ausência do atendimento a essa exigência não invalida o negócio jurídico celebrado, salvo prejuízo comprovado, como adequadamente reconhece o Enunciado n. 192²⁹ do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

Quanto a esse assunto, registra-se crítica com relação à definição em abstrato de período mínimo de experiência de três anos para o profissional (art. 880, § 3º). Apesar de o legislador ter reduzido de cinco para três, em comparação com o CPC/1973, ainda parece ter errado nessa fixação, uma vez que existem outros critérios mais apropriados para aferir a qualificação do corretor ou leiloeiro, como o seu histórico de quantitativo de trabalho, acesso a plataformas digitais ou extensa capilaridade do seu ofício³⁰.

25 Em sentido semelhante: NEVES, Daniel Amorim Assumpção, op. cit., p. 1.291.

26 “Ressalta-se, ademais, que, uma vez concluída a alienação por corretor ou leiloeiro público credenciado, sua comissão, aprovada pelo juiz, será incluída nos custos processuais da execução a serem suportados pelo executado. Todavia, pode o próprio exequente assumir o encargo de alienar o bem penhorado, procurando auxílio de um corretor de modo particular. Nessa hipótese, o executado não deverá a comissão de corretagem, não sendo tal valor incluído nas custas processuais. Tal montante será pago diretamente pelo exequente.” (Cf. BECKER, Rodrigo Frantz, op. cit., p. 724).

27 Cf. CABRAL, Antonio do Passo. Negócios processuais típicos na execução civil. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Processo de Execução e cumprimento de sentença: Temas atuais e controvertidos*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 355.

28 Cf. BECKER, Rodrigo Frantz, op. cit., p. 724.

29 ENUNCIADO N. 192 DO FPPC: “(art. 880) Alienação por iniciativa particular realizada por corretor ou leiloeiro não credenciado perante o órgão judiciário não invalida o negócio jurídico, salvo se o executado comprovar prejuízo. (Grupo: Execução)”. In: Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2023.

30 Cf. DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1.200.

Embora o pagamento à vista pelo adquirente seja modalidade preferencial, por encurtar o tempo até a fruição dos valores pelo credor, admite-se o parcelamento do preço³¹, até mesmo para não inviabilizar a realização de negócios de grande porte, além de atender à permissão do art. 895 do CPC, prevista para o leilão público e compatível com a alienação particular³². Sendo o pagamento parcelado, a fixação de garantias se revela fundamental para reduzir os riscos de inadimplemento do negócio.

O preço mínimo da alienação é um dos seus pontos mais relevantes, aplicando-se em ambas as modalidades, por iniciativa particular³³ e por leilão.

Para enfrentar o tema, é fundamental considerar o atual limite atribuído à alienação judicial pelo caput do art. 891, de que não se aceita lance com preço vil, aliado ao seu parágrafo único, o qual indica que será vil o preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz, ou, na ausência dessa definição, o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação³⁴.

A estipulação de preço mínimo pelo julgador produz presunção absoluta de vileza do preço abaixo desse parâmetro, sendo o preço inferior a cinquenta por cento da avaliação também indutor de tal circunstância, embora configure um critério de reserva, acionado apenas na ausência do primeiro³⁵. Com efeito, a não definição do preço mínimo da alienação pelo órgão judicial não acarreta a invalidação do negócio, havendo solução normativa mais apropriada para a espécie.

Nota-se que o art. 891 dissolveu restrição temporal do art. 692 do CPC/1973, dispositivo que dizia que a vileza do preço invalidava a alienação apenas em segundo leilão. Em reforma elogável, o caráter vil do preço da alienação passou a induzir vício desde a primeira oportunidade. A definição do que se entende por preço vil (parágrafo único do art. 891) também é inédita, já que o antigo art. 692 não oferecia baliza para esse fim.

Outra mudança importante está na supressão, pelo atual art. 680, § 1º, da referência que o art. 685-C, § 1º, do CPC/1973, fazia ao revogado art. 680. Quando aquele dispositivo indicava a fixação do preço mínimo da alienação pelo juiz, realizava menção à avaliação, induzindo raciocínio de que o preço da alienação estava condicionado a patamar idêntico ou superior³⁶. Essa remissão desapareceu, sendo o silêncio eloquente.

31 Cf. TALAMINI, Eduardo, op. cit., p. 39; ASSIS, Araken de, op. cit., 2016, p. 1.108; NEVES, Daniel Amorim Assumpção, op. cit., p. 1.292.

32 Na realidade, existem duas possibilidades de pagamento parcelado, uma genérica, mediante autorização judicial, e outra específica, a partir do cumprimento das exigências elencadas no art. 895 do CPC, quando se pode falar em existência de direito ao pagamento parcelado (cf. DIDIER JR., Fredie et al., op. cit., p. 961). Interessante registrar que Alexandre Pimentel e Rafael Medeiros admitem, com reservas, a possibilidade de pagamento em prestações da alienação particular, ressaltando que o Juízo deve levar em consideração peculiaridades como condições mercadológicas, o risco de deterioração ou a desvalorização do bem penhorado, sem dispensar a adoção de diversas cautelas para deferir a proposta (PIMENTEL, Alexandre Freire; MEDEIROS, Rafael Asfora. Da alienação por iniciativa particular: Raízes históricas e principais inovações do CPC-2015. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 2, jul.-dez. 2016, p. 29-32).

33 Em texto escrito na vigência do CPC/73, Marco Muscari chegou a afirmar que o preço mínimo era o maior entrave ao bom êxito dessa modalidade expropriatória, dedicando trabalho exclusivamente ao tema (MUSCARI, Marco Antonio Botto. Alienação por iniciativa particular: Qual o preço mínimo? In: *Revista de Processo*, v. 170, p. 115-122, abr. 2009).

34 Marcelo Abelha recorda que o exequente não pode adjudicar o bem por preço inferior ao da avaliação (art. 876, CPC), o que desestimula a sua utilização, apesar de ser um meio expropriatório legalmente preferencial: "Ora, a não ser que o exequente queira muito, muito mesmo, ficar com o bem penhorado e não esteja disposto a encerrar um procedimento de leilão judicial, pois do contrário ele irá aguardar o referido leilão e, quem sabe, arrematar o mesmo bem pela metade do preço (art. 890, parágrafo único). É que na arrematação ele pode adquirir o mesmo bem por até 50% a menos do valor fixado na avaliação. Assim, porque o exequente teria pressa em adjudicar (sempre pelo preço da avaliação)? Só fará isso se ele estiver muito interessado no referido bem" (RODRIGUES, Marcelo Abelha, op. cit., p. 188).

35 Cf. DIDIER JR., Fredie et al., op. cit., p. 951.

36 Por todos: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo Processo Civil brasileiro*: Exposição sistemática do procedimento. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 257.

O legislador ordinário não parece ter deixado dúvidas a respeito da admissão de que o bem penhorado seja alienado, por iniciativa particular ou por leilão, por valor inferior ao da avaliação, desde que não se enquadre como preço vil³⁷. A atual redação tende a superar as históricas resistências doutrinárias em torno dessa possibilidade³⁸.

Em tal caso, autoriza-se a transmissão forçada do patrimônio por valor abaixo ao avaliado para incentivar a concretização do negócio por preço atrativo, ampliando as chances de êxito na busca por adquirentes e na seleção de propostas no mercado, sem sacrifício excessivo dos interesses do devedor.

Aliás, a vedação de arrematação do bem por preço vil protege o executado, que não perderá seu patrimônio por preço irrisório ou aviltante, ao passo que tutela a esfera patrimonial do exequente, sobretudo quando o montante devido for superior ao valor da avaliação dos bens, desnível que seria significativamente agravado pela vileza do preço.

De igual modo, não há óbices para que a alienação se dê por preço maior ao da avaliação, considerando as circunstâncias específicas do bem e a dinâmica atual do mercado em que se localiza o patrimônio. É situação econômica favorável para o titular do crédito e para o titular do bem, podendo se revelar interessante, diante do caso concreto³⁹. Ainda, mostra-se plenamente possível que as partes autorizem, consensualmente, a alienação dos bens por outro valor, inferior ou superior à avaliação, quando se estará diante de convenção executiva atípica⁴⁰.

4. REGULAMENTAÇÃO PELOS TRIBUNAIS E PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Os tribunais podem editar disposições complementares sobre o procedimento da alienação particular, admitindo a utilização de meios eletrônicos, bem como disporem sobre o credenciamento dos corretores e leiloeiros públicos (§ 3º do art. 880).

37 Esse tem sido o entendimento majoritário: “Em relação à fixação das condições para a realização da alienação particular, o CPC-2015 desvinculou-se da orientação consagrada no art. 685-C do CPC-1973, que atrelava a validade da alienação particular à venda por valor igual ou superior ao da avaliação, bem como da regra constante do art. 52, VII, da Lei n. 9.099/1995, pela qual se o valor obtido na alienação particular for inferior ao da avaliação, as partes devem ser ouvidas. O art. 880 do CPC-2015 não condicionou a validade da alienação particular por valor mínimo idêntico ao da avaliação nem à concordância das partes quando o valor obtido for inferior, simplesmente o dispositivo reza que o juiz fixará as condições do procedimento, dentre as quais queda-se o estabelecimento do preço mínimo, o qual pode ser inferior ao da avaliação, desde que reflita uma situação real de mercado e, sobretudo, que não seja vil.” (Cf. PIMENTEL, Alexandre Freire; MEDEIROS, Rafael Asfora, op. cit., p. 35).

38 Apesar das alterações legislativas, Araken de Assis é um dos autores que permanecem defendendo a proibição do valor ser inferior ao da avaliação do bem: “Embora o art. 880, § 1º, inclua a fixação do preço mínimo nas disposições acerca da alienação por iniciativa particular, o valor não poderá ser inferior ao da avaliação. E isso porque a alienação forçada não pode provocar a espoliação do executado e, de resto, há o impedimento geral à alienação por preço vil (art. 891, caput), apesar de considerar-se viável o preço superior a cinquenta por cento do valor da avaliação. Era o sentido da remissão ao valor da avaliação, no direito anterior. O princípio subsiste no NCPC – ou é melhor eliminar a avaliação” (ASSIS, Araken de, op. cit., 2016, p. 1.108).

39 “Ao órgão judicial é dado, ao revés, fixar preço superior ao da avaliação, reunindo elementos objetivos que indiquem o êxito da alienação nessas condições.” (Cf. ASSIS, Araken de, op. cit., 2016, p. 1.108). Em sentido contrário: “[...] a segunda solução – possibilidade de definição de preço mínimo superior ao da avaliação – conduziria a uma hipótese verdadeiramente absurda: numa alienação de bem penhorado em processo judicial, com todas as implicações negativas daí advindas, o juiz cometeria ao exequente ou ao corretor a missão de encontrar, no mercado, quem se dispusesse a pagar pelo bem... mais do que ele vale! Não é preciso dom divinatório para perceber que, se o magistrado fixar como preço mínimo um valor superior ao da avaliação, não haverá interessados.” (Cf. MUSCARI, Marco Antonio Botto, op. cit.).

40 Há quem entenda que basta a concordância do executado para admitir a alienação por qualquer preço (cf. ASSIS, Araken de, op. cit., 2016, p. 108).

A primeira observação é de que a norma que institui a alienação por iniciativa particular (art. 880, caput) é de eficácia plena, com aplicação imediata, não precisando de regulamentação posterior, para que seja utilizada como mecanismo expropriatório nos processos executivos⁴¹. Na verdade, a autorização para que os tribunais (notadamente, os tribunais ordinários, estaduais e federais) editem diretrizes específicas sobre a alienação particular, busca adequar o instituto às peculiaridades regionais, de modo que o seu procedimento reflita as variações de mercado e as dinâmicas próprias do local, bem como atenda à multiplicidade de matérias submetidas à jurisdição executiva⁴².

O segundo registro envolve a existência de debates sobre a constitucionalidade do poder regulamentador dos tribunais, no âmbito da alienação por iniciativa particular. Em obra escrita para o CPC/1973, Barbosa Moreira afirmou que o § 3º do art. 685-C⁴³ apresentava duvidosa constitucionalidade, uma vez que os tribunais não poderiam legislar sobre matérias estranhas ao seu funcionamento⁴⁴. Eduardo Scarparo é ainda mais incisivo⁴⁵. Referindo-se ao atual § 3º do art. 880, Araken de Assis também apontou dúvidas sobre a sua constitucionalidade, especialmente “[...] quanto à delegação para especificar o procedimento ante a competência legislativa da União em matéria processual (art. 22, I, da CF/1988)”⁴⁶.

O trabalho parte de premissas diferentes das que estruturam o pensamento dos autores, uma vez que reconhece a distribuição de competências legislativas entre os entes federados, em matéria processual (art. 22, I, e art. 24, XI)⁴⁷, e identifica autorizativo constitucional para amplo exercício normativo dos tribunais (art. 96, I, “a”).

-
- 41 Trata-se de compreensão doutrinária amplamente difundida: TALAMINI, Eduardo, op. cit., p. 30-31; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*: Tutela jurisdicional executiva. V. 3. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013; DIDIER JR., Fredie et al., op. cit., p. 946.
- 42 Notadamente, é um tema de federalismo processual. Registra-se que a versão comercial da tese de doutoramento de Paula Sarno Braga, há anos esgotada, ganhou, em 2022, segunda edição (BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento*: O problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2022).
- 43 Dispositivo correspondente ao § 3º do art. 880, com algumas diferenças, como a presença atual de referência nominal ao leiloeiro e a diminuição do tempo de exercício profissional de cinco para três anos.
- 44 A crítica está assim redigida: “Duvidosa, no mínimo, é a constitucionalidade de tal disposição. À luz do art. 96, nº I, da Carta de 1988, os tribunais são competentes para ‘elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos’ (letra a), e bem assim para ‘organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva’ (letra b). Nada se lê na Constituição que autorize os tribunais a legislar – que de outra coisa não se cogita aqui – sobre procedimento estranho a tais matérias e concernente à execução. Os regimentos internos, é evidente, só podem versar assuntos internos aos tribunais, como a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos, isto é, dos órgãos integrantes dos próprios tribunais. Tampouco se trata aqui de organizar ‘serviços auxiliares’ dos juízos a eles vinculados – a não ser que, com boa vontade, se considerem tais os corretores.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, op. cit., p. 257).
- 45 “Assim, não podem restar dúvidas de que a lei que delega à administração dos Tribunais a competência para dispor sobre matérias de processo ou de procedimento vinculadas à alienação por iniciativa particular é inconstitucional, bem como são formalmente inconstitucionais os próprios provimentos que a partir dela forem expedidos.” (SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Primeiras palavras sobre a alienação por iniciativa particular. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 163, p. 196-220, set. 2008).
- 46 ASSIS, Araken de, op. cit., 2016, p. 1.105.
- 47 O que pressupõe equivalência conceitual entre normas de processo e normas de procedimento. Conforme lição de Paula Sarno Braga: “Normas processuais e procedimentais têm o mesmo conteúdo e papel, acima já expostos, que é a disciplina do exercício procedimental da jurisdição em contraditório, abrangendo todos os seus atos e fatos, em sua existência, validade e eficácia” (BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento*: O problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro. Tese (Doutorado em Direito, 467 f.). Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2015, p. 233).

O regimento interno é uma das fontes das normas processuais⁴⁸. Acerta Paulo Mendes ao registrar o amplo poder normativo outorgado constitucionalmente aos tribunais, por meio da elaboração de seus regimentos internos⁴⁹. Quanto ao tema, a tarefa contemporânea que se apresenta aos processualistas parece ser a de investigar os limites dessa normatividade, trocando o “se” pelo “o que” e “como”.

O art. 96, I, “a”, trata da competência e funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos. Com relação à instituição de regras sobre competência, podem ser mencionadas a prevenção, reunião, separação de processos e uniformização de entendimentos⁵⁰. A segunda parte do comando, que se dirige a regras sobre o funcionamento dos órgãos jurisdicionais, merece maior atenção, sendo um dos pontos mais sensíveis, quando se fala do poder normativo dos regimentos internos, em matéria processual. Paulo Mendes chega a perguntar: “Poderiam complementar a legislação processual no que disser respeito à disciplina do funcionamento jurisdicional das cortes?”⁵¹. A resposta é positiva, mas são necessárias algumas advertências.

A capacidade de complementação normativa dos regimentos internos, em relação às normas de funcionamento jurisdicional dos tribunais, deve se dar em sintonia com a Constituição e com a lei. Em caso de conflito de uma disposição normativa regimental com disposições constitucionais ou legais, aquela deve, obrigatoriamente, ceder espaço⁵². Por outro lado, havendo vazio normativo, a oportunidade de regulação processual pelos tribunais será vasta, na medida em que os jurisdicionados estarão sem parâmetro normativo para o trâmite regular do processo, situação que compromete a segurança e previsibilidade jurídicas⁵³, demandando ajustes regulatórios⁵⁴.

Em mesmo sentido, Márcio Oliveira Rocha enfatiza que os regimentos internos dos tribunais superiores e ordinários são instrumentos normativos de elevada importância para o funcionamento dos órgãos do Judiciário, assim como para organizar o trâmite dos processos judiciais, administrativos e suas competências⁵⁵.

48 Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 89; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 95.

49 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. O poder normativo dos tribunais: Regimentos internos como fonte de normas processuais. In: *Civil Procedure Review*, Salvador, v. 11, n. 2, maio-ago. 2020, p. 15.

50 Idem, *ibidem*, p. 26.

51 Idem, *ibidem*, p. 34.

52 Idem, *ibidem*, p. 34.

53 Idem, *ibidem*, p. 36.

54 Fredie Didier Jr. e Sofia Temer apontam que as lacunas deixadas pela legislação processual exigem que os tribunais regulamentem questões relacionadas a novos institutos abrigados pelo CPC, a exemplo do instituto de resolução de demandas repetitivas. Sendo assim, os regimentos internos ocupam posição crucial como fonte de regulamentação complementar, preenchendo os espaços vazios do legislador (DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: Importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 258, ago. 2016, p. 9). Em mesma linha, Thiana Cabral ressalta que o microsistema de formação de precedentes obrigatórios atribui dever, a todos os tribunais, de edição de regimentos internos com disposições claras, específicas e detalhadas sobre o tema (SANTANA, Thiana Cabral. *O papel do regimento interno dos tribunais na formação do precedente judicial*. As regras regimentais sobre o IAC, o IAI e o IRDR no STF, no STJ, nos Tribunais Regionais Federais e nos Tribunais de Justiça. Dissertação (Mestrado em Direito, 480 f.). Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 182).

55 De modo específico, o autor concentra sua atenção no contato estabelecido entre os regimentos internos do STF e do STJ, com conteúdos vinculados à dimensão da ordem pública, identificados no bloco que se convencionou chamar de “questões de ordem”. Trata-se de preocupação interessante, com reflexos práticos e reduzido enfrentamento doutrinário

Acrescente-se que a atuação do Conselho Nacional de Justiça⁵⁶ também é relevante para o uso da alienação judicial. Ele exerce sua competência regulamentadora, por meio da expedição de resoluções, ocasião em que produz norma jurídica (art. 103-B, § 4º, I, CRFB)⁵⁷. Atento a isso, o art. 882, § 1º, do CPC, estipulou que a alienação judicial, por meio eletrônico, será realizada com observância às garantias processuais das partes, e em consonância com regulamentação específica do CNJ, tarefa que foi desempenhada pelo órgão com a edição da Resolução n. 236/2016.

Embora o dispositivo e a norma regulamentadora do CNJ se destinem aos leilões públicos eletrônicos, os comandos podem ser aproveitados para a realização eletrônica da alienação particular, com as adaptações necessárias, sem prejuízo da edição posterior de diretrizes mais específicas para a realidade da última.

Como visto, o legislador admite a alienação particular por meios eletrônicos (art. 880, § 3º), de modo semelhante ao que faz com a alienação por leilão (art. 882, caput, §§ 1º e 2º), ambas certamente com preferência ao oneroso formato físico. Além do que, algumas passagens da Resolução n. 236/2016, como os seus arts. 1º, par. único, 2º e 10, dialogam com a disciplina legal da alienação particular, possibilitando raciocínio integrativo entre as modalidades eletrônicas⁵⁸, ressalvadas as incompatibilidades oriundas dos diferentes níveis de burocracia e formalidade entre elas.

Em suma, existe considerável espaço para a complementação normativa do instituto da alienação por iniciativa particular, pelos tribunais brasileiros e pelo CNJ, sendo a regulação de sua tramitação eletrônica um exemplo entre múltiplos temas.

5. FORMALIZAÇÃO DA ALIENAÇÃO PARTICULAR

Aceita a proposta, a alienação particular será formalizada por termo nos autos, o qual deve conter a assinatura do magistrado, do exequente, do adquirente do bem e, se estiver presente e consentir em assinar, do executado (art. 880, § 2º, do CPC).

Tendo em vista a natureza sub-rogatória da medida, não há obrigatoriedade de participação do executado no decorrer da alienação, tampouco em seu encerramento.

(cf. ROCHA, Márcio Oliveira. *Sobre a ordem pública processual*, essa desconhecida. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 115-117).

56 Para uma leitura aprofundada das funções do CNJ no modelo brasileiro de justiça ver: DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual*: Administração judiciária, boas práticas e competência normativa. Salvador: Juspodivm, 2022.

57 De outro lado, ao recomendar providências, o CNJ emana diretrizes que norteiam as condutas dos agentes jurídicos, em tom opinativo. As recomendações do CNJ são exemplos de instrumentos de soft law, merecendo consideração, por três fundamentais motivos: autoridade do órgão emissor, abrangência territorial dos direcionamentos e importância das temáticas enfrentadas. Quanto a este ponto, vale abrir um parêntese sobre um assunto ainda pouco explorado no Direito Processual. Conforme identifica Fredie Didier Jr., não há como estudar as fontes processuais com desprezo ao fenômeno do soft law (DIDIER JR., Fredie, op. cit., 2021, p. 94-97). Esses instrumentos representam diretrizes e boas práticas jurídicas que, a despeito de sua natureza opinativa, não podem ser ignoradas por seus destinatários. Tais ferramentas não são vinculantes, sendo incapazes de produzir norma jurídica. Essa circunstância, porém, não compromete a possibilidade de inspirarem a transformação do Direito Positivo, com a criação posterior de fonte jurídica formal, com aderência à boa prática, quando ocorrerá o deslocamento do comando da zona opinativa para a vinculativa. O tema foi analisado, brevemente, em: SANTOS, Clarice. Impressões sobre a atual posição do STJ acerca do cumprimento da prisão civil na pandemia. In: JUSBRASIL (site). Disponível em: <https://jusbrasil.com.br/artigos/impressoes-sobre-a-atual-posicao-do-stj-acerca-do-cumprimento-da-prisao-civil-na-pandemia/1249645419>. Acesso em: 21 ago. 2023.

58 A resolução não se restringe ao procedimento da alienação judicial por meio eletrônico, apresentando exigências para a nomeação e o credenciamento dos leiloeiros, sua remuneração e responsabilidades.

Não obstante, a presença do devedor é importante para facilitar a prática dos atos expropriatórios, ou mesmo para o exercício de interesse em remir a execução, depositando a importância atualizada da dívida e dos demais encargos, antes da lavratura do respectivo termo (art. 826 do CPC), conduta que levará à extinção do processo executivo (art. 924, II, do CPC). Não só isso, para impedir a alienação do bem, o executado também pode requerer a substituição do bem penhorado por dinheiro (art. 847 do CPC), postura que busca liberar o patrimônio, e nem sempre acarretará o fim da execução⁵⁹.

Após a formalização da alienação, o juiz determinará a expedição de carta de alienação e o mandado de imissão na posse, em caso de bem imóvel, ou a ordem de entrega do patrimônio ao adquirente, quando for bem móvel (art. 880, § 2º, I e II). A transferência do domínio depende do registro imobiliário da carta pelo adquirente, enquanto que a tradição é suficiente para aperfeiçoar a propriedade no segundo caso.

CONCLUSÃO

A alienação judicial por iniciativa particular é meio expropriatório que pode ser considerado tradicional na execução civil brasileira, já que se fez presente em todos os códigos federais (CPC/1939, CPC/1973 e CPC/2015) e em legislação esparsa (Lei n. 9.099/1995).

Além da permanência na temporalidade normativa, apresenta ampla utilidade, podendo alcançar bens móveis e imóveis, e é aplicável a diversas execuções de títulos executivos judiciais ou extrajudiciais que sigam o rito patrimonial expropriatório.

Apesar das anunciadas vantagens desse instrumento, em contraste com o regime burocrático, complexo e moroso da alienação por leilão público, ainda não parece ter ocorrido expressiva adesão ao seu emprego no processo executivo.

Nesse ponto, é importante advertir que a ausência de estudos empíricos que certifiquem o quantitativo de processos judiciais que utilizam o instituto, ou que averiguem as causas para o seu possível preterimento, limita a formulação de hipóteses, já que construídas com base em impressões ou raciocínios associativos⁶⁰.

Sem prejuízo do reconhecimento dessa restrição metodológica, costuma-se examinar o tema à luz das dificuldades para localização do devedor e para o rastreamento do seu patrimônio na execução. O raciocínio é o de que, se não são encontrados bens, não há penhora, nem a prática de atos de avaliação e expropriação, circunstância que impede a opção pela alienação particular ou por qualquer outro meio expropriatório.

Em linhas gerais, é necessário que o devedor seja identificado e que possua patrimônio descoberto, disponível e suficiente para a satisfação do crédito, a fim de que o circuito expropriatório apresente viabilidade de ser concluído com êxito, mediante penhora, avaliação e expropriação dos bens, no limite da dívida inadimplida e dos demais encargos financeiros suportados pelo executado. E esse é um problema da própria execução, e não da modalidade de expropriação.

Algumas considerações são pertinentes nesse momento. O estado de inexistência

59 A remição da execução e a substituição do bem penhorado por dinheiro não são condutas necessariamente equivalentes: "Ao pedir a substituição do bem penhorado por dinheiro, o executado apenas livra o bem que fora penhorado, depositando o preço da avaliação, sem, necessariamente, remir a execução, pois o valor depositado (que é o valor da avaliação) pode ser inferior ao valor executado. A remição da execução somente se dá com o depósito integral do montante do crédito, incluindo juros, custas e honorários advocatícios." (Cf. DIDIER JR., Fredie et al., op. cit., p. 988).

60 Não se tem notícia de estudos estatísticos sobre a utilização da alienação judicial por iniciativa particular no país, inexistindo, por exemplo, seção específica no Relatório Justiça em Números ou no Painel de Monitoramento das Execuções Cíveis.

patrimonial não se confunde com o de ocultamento de bens, sendo o primeiro um obstáculo material oriundo da realidade fática, enquanto o segundo se origina de embaraços criados para impedir ou dificultar o acesso a bens materialmente existentes. Quando se tem a primeira situação, o adimplemento da obrigação é inviável, salvo evolução patrimonial superveniente do devedor⁶¹. No segundo caso, a técnica processual tem espaço para agir, devendo ser utilizada para coibir condutas lesivas e diluir esses entraves, sobretudo com o auxílio dos instrumentos de tecnologia.

Estabelecida essa diferença, partindo do cenário patrimonial em que o executado não possui quantia suficiente em dinheiro, tendo ocorrido a constrição de bens móveis ou imóveis, sem interesse na adjudicação, frisa-se que a alienação particular é meio expropriatório preferencial, mais simples e potencialmente mais rápido do que o leilão, devendo a sua utilização ser estimulada no processo executivo.

Na alienação particular, a dispensa de publicação de editais e a busca de adquirentes, sem a solenidade do aparato público, fornecem condições de encontrar propostas mais vantajosas, com valores mais altos e em menor tempo, sobretudo se houver a participação colaborativa do exequente, do executado e de profissionais na atividade de conversão dos bens penhorados em dinheiro.

De modo complementar, é importante situar o tema no contexto da tendência contemporânea de desjudicialização executiva. Existem intensos debates sobre a adoção do modelo de desjudicialização no país⁶², com pluralidade de propostas⁶³ para a definição de agentes executivos, públicos ou privados, em exclusividade ou em concorrência de funções, com maior ou menor controle judicial, como tabelião de serventia extrajudicial, oficial de justiça, árbitro, advogado ou outros profissionais liberais.

Mesmo sem ainda estar definido se, e qual formato de desjudicialização será implementado na execução brasileira, assunto que merece profunda reflexão e que escapa dos objetivos deste trabalho, se houver a preservação da possibilidade de acesso ao ambiente judicial executivo, caminho que se acredita adequado, a alienação por iniciativa particular deve ser mantida como mecanismo expropriatório facilitado, o que não exclui a sua adaptação para a futura realidade normativa.

61 Nos termos do art. 921, III, CPC, a não localização do executado ou de bens penhoráveis acarreta a suspensão da execução, sendo necessário observar as diretrizes sobre prescrição intercorrente dos §§ 1º ao 7º do referido artigo, modificadas, recentemente, pela Lei n. 14.195/2021.

62 Há várias décadas, a legislação brasileira tem autorizado a execução extrajudicial em situações específicas, como no regime de incorporação imobiliária (Lei n. 4.591/1964), no sistema financeiro de habitação (Decreto-Lei n. 70/1966) e na alienação fiduciária de imóvel (Lei n. 9.514/1997). Na generalidade das execuções civis, contudo, adota-se o modelo de concentração executiva no órgão jurisdicional estatal.

63 A exemplo do Projeto de Lei n. 6.204, de 20/11/2019, de iniciativa da senadora Soraya Thronicke, com relatório do senador Marcos Rogério em 12/04/2022, bem como do anteprojeto de lei, de 12/11/2020, do grupo de pesquisa da UERJ liderado por Antonio do Passo Cabral. O anteprojeto, inclusive, propõe a reforma do art. 880, caput e parágrafos, do CPC, para inserir o agente de execução na alienação particular.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo Processo Civil brasileiro*: Exposição sistemática do procedimento. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BECKER, Rodrigo Frantz. A alienação por iniciativa particular e o princípio da menor onerosidade da execução. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord). *Processo de Execução e cumprimento de sentença*: Temas atuais e controvertidos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- BRAGA DA SILVEIRA, Bruna; MEGNA, Bruno Lopes. Autocomposição: Causas de descumprimento e execução - Um panorama sobre meios alternativos de solução de conflitos e processo de execução no novo CPC. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 264, p. 473-495, fev. 2017.
- BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento*: O problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro. Tese (Doutorado em Direito, 467 f.). Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2015.
- _____. *Norma de processo e norma de procedimento*: O problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.
- BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Recuperação de crédito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*: Tutela jurisdicional executiva. V. 3. 7. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CABRAL, Antonio do Passo. Negócios processuais típicos na execução civil. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Processo de Execução e cumprimento de sentença*: Temas atuais e controvertidos. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A alienação por iniciativa particular. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 174, p. 51-65, ago. 2009.
- DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional: Esboço de uma teoria para o Direito brasileiro (arts. 67-69, CPC)*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2021.
- _____; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: Importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 258, ago. 2016.
- _____; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 275, p. 193-228, jan. 2018.
- _____; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*: Execução. V. 5. Salvador: Juspodivm, 2019.
- _____; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*: Dos procedimentos às técnicas. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.
- _____; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual*: Administração judiciária, boas práticas e competência normativa. Salvador: Juspodivm, 2022.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.
- DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2016.
- ENUNCIADO N. 192 DO FPPC: "(art. 880) Alienação por iniciativa particular realizada por corretor ou leiloeiro não credenciado perante o órgão judiciário não invalida o negócio jurídico, salvo se o executado comprovar prejuízo. (Grupo: Execução)". In: Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2023.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Convenções processuais atípicas na execução civil. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 1, p. 283-321, jan.-abr. 2021.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- MUSCARI, Marco Antonio Botto. Alienação por iniciativa particular: Qual o preço mínimo? In: *Revista de Processo*, v. 170, abr. 2009.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. Gestão da execução por meio de negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 286, p. 325-342, dez. 2018.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de. O poder normativo dos tribunais: Regimentos internos como fonte de normas processuais. In: *Civil Procedure Review*, Salvador, v. 11, n. 2, maio-ago. 2020.
- PIMENTEL, Alexandre Freire; MEDEIROS, Rafael Asfora. Da alienação por iniciativa particular: Raízes históricas e principais inovações do CPC-2015. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 2, jul.-dez. 2016.
- ROCHA, Márcio Oliveira. *Sobre a ordem pública processual, essa desconhecida*. Salvador: Juspodivm, 2019.

- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da tutela executiva*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2019.
- SANTANA, Thiana Cabral. *O papel do regimento interno dos tribunais na formação do precedente judicial: As regras regimentais sobre o IAC, o IAI e o IRDR no STF, no STJ, nos Tribunais Regionais Federais e nos Tribunais de Justiça*. Dissertação (Mestrado em Direito, 480 f.). Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2020.
- SANTOS, Clarice. Análise crítica do controle de validade dos negócios processuais na execução civil brasileira. (Coluna, 8 jan. 2021). In: EMPÓRIO DO DIREITO (site). Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/analise-critica-do-controle-de-validade-dos-negocios-processuais-na-execucao-civil-brasileira>. Acesso em: 21 ago. 2023.
- _____. Impressões sobre a atual posição do STJ acerca do cumprimento da prisão civil na pandemia. In: JUSBRASIL (site). Disponível em: <https://jusbrasil.com.br/artigos/impressoes-sobre-a-atual-posicao-do-stj-acerca-do-cumprimento-da-prisao-civil-na-pandemia/1249645419>. Acesso em: 21 ago. 2023.
- SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Primeiras palavras sobre a alienação por iniciativa particular. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 163, p. 196-220, set. 2008.
- TALAMINI, Eduardo. Alienação por iniciativa particular como meio expropriatório executivo (CPC, art. 685-C, acrescido pela Lei 11.382/2006). In: *Revista Jurídica*, v. 57, n. 385, nov. 2009.



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO