

DIREITO E PROCESSO



Organizadores:

Celso Hiroshi Iocohama

Fabio Caldas de Araújo

Jussara Borges Ferreira

Kelly Cardoso

DIREITO E PROCESSO

ORGANIZADORES:

Celso Hiroshi Iocohama
Fabio Caldas de Araújo

Todos os direitos reservados
Copyright © 2020 by Qualis Editora e Comércio de Livros Ltda

Prof. Dr. Emerson Antonio Maccari
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas
Prof. Dr. Fernando Galindo Ayuda
Prof. Dr. Jefferson Aparecido Dias
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto
Conselho Regional: Prof. Dra. Maria Áurea Baroni Cecato
Prof. Dr. Martonio Mont'alverne Barreto Lima
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro
Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez
Prof. Dr. Raymundo Juliano do Rêgo Feitosa
Prof. Dr. Rogério Gesta Leal

Editora Executiva: Simone Fraga

Produção Editorial: Qualis Editora

Design de Capa: Ajuste Qualis Editora

Produção Digital: Cristiane Saavedra | Saavedra Edições

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

*Texto de acordo com as normas do Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa
(Decreto Legislativo nº 54, de 1995)*

**DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA
PUBLICAÇÃO (CIP)**

D598

Direito e Processo / Celso Hiroshi Iocohama, Fabio Caldas de Araujo, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, Kelly Cardoso – [1. ed.] – Florianópolis, SC: Qualis Editora, 2020.
Recurso digital

Formato e-Pub

Requisito do sistema: adobe digital editions

Modo de acesso: word wide web

ISBN: 978-85-7027-082-5

1. Procedimentos 2. Tribunais Civis 3. Direito 4.
Jurisprudência. I. Título. II. Iocohama, Celso Hiroshi. III.
Araujo, Fabio Caldas de. IV. Ferreira, Jussara Suzi Assis
Borges Nasser. V. Cardoso, Kelly.

CDU 347



Qualis Editora e Comércio de Livros Ltda
Caixa Postal 6540
Florianópolis - Santa Catarina - SC - Cep.88036-972
www.qualiseditora.com
www.facebook.com/qualiseditora

APRESENTAÇÃO

É com muita satisfação que apresentamos a obra de Direito e Processo, primeira edição de uma obra coletiva publicada pela Universidade Paranaense – UNIPAR.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes ao direito e ao processo, baseados em pesquisas realizadas pelos autores. Compõem-se de artigos doutrinários escritos por professores, alunos ingressos e egressos do Programa de Mestrado em Processo e Cidadania da Universidade Paranaense, bem como, colaboradores de outras instituições criando um vínculo crítico e argumentativo construtivo como forma de contribuição acadêmica.

As mudanças sociais requerem novas alternativas processuais e interpretativas que promovam, por meio da atual legislação, doutrina e jurisprudência, acesso à direitos de forma célere e eficaz.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes à sociedade contemporânea, incluindo discussões iniciadas ainda no projeto do vigente Código de Processo Civil.

O primeiro artigo com o título “Relativização do princípio da indisponibilidade do interesse público: composição de conflitos”, dos autores Wellington Henrique Rocha de Lima e Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, parte da análise interpretativa adequada de conflitos envolvendo interesse público por meio da relativização do princípio da indisponibilidade do interesse público.

O segundo artigo “A legitimação pelo direito no estado de exceção” dos autores Gerson Faustino Rosa e Carolina Noura de Moraes Rêgo, debruçam-se sobre obras de Giorgio Agamben e Michel Foucault, que abordam a teoria do Estado de exceção e a noção de biopolítica, numa análise do papel do Direito na

regulação da vida humana e como o liberalismo acaba influenciando a ordem jurídica.

“Astreintes no Processo Civil: necessidade de intimação pessoal do devedor como condição de exequibilidade e de proteção de seus direitos da personalidade”, terceiro da coletânea, tendo como autores: Marcelo Negri Soares, Isabela Franco Arruda Brasil e Maria Vittoria Bulhak Salça, aponta a divergência entre a Súmula nº 410 do STJ instituída na vigência do CPC de 1973, que previa a necessidade de intimação pessoal em caso de fixação de astreintes, e o texto do atual CPC em seu art. 513, § 2º, inc. I, que permite a intimação através de seu advogado. Tal argumentação termina na análise do reflexo dessa mudança nos direitos da personalidade dos litigantes.

No quarto texto, intitulado “A proteção da posse por meios alternativos à jurisdição”, os autores Celso Hiroshi Iocohama e Fabio Caldas de Araújo, demonstra que a notificação extrajudicial contribui para a proteção do possuidor de boa-fé, como alternativa à oposição de embargos de terceiro. Acrescenta ao estudo a possibilidade da intervenção inominada do terceiro lesado diretamente nos autos de onde partiu a apreensão e os reflexos de tais medidas nos honorários advocatícios de sucumbência.

“Análise Econômica do Direito como um mecanismo metodológico para a viabilização de Contratos de Seguro”, de autoria de Wilson Engelmann e Marcelo Barreto Leal, demonstra a necessidade de convergência entre as ciências jurídica e econômica. Nesse contexto, a análise econômica do direito propõe o exame das instituições jurídicas sob o prisma da eficiência, devendo operar, portanto, de modo sustentável.

No sexto artigo intitulado “Solução consensual e a audiência do art. 334 do novo CPC *versus* mediação como faculdade das partes”, de autoria de Elaine Harzheim Macedo, parte da afirmativa do processo como espaço democrático de direito, analisando a conciliação e a mediação expressos na audiência preliminar do art. 334 do novo CPC, tecendo críticas ao referido instituto.

O sétimo texto da coletânea, dos autores Lauriano Pereira da Luz e Luiz Manoel Gomes Junior, intitulado “A possibilidade jurídica de se firmar acordos em sede de ação de improbidade administrativa: a revogação tácita do artigo 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa” aborda a revogação tácita do art. 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa, possibilitando a realização de transação, acordo ou conciliação nas ações civis públicas movidas em razão de improbidade administrativa.

O oitavo texto da coletânea, “Inadmissibilidade de oferecimento de defesa ou recurso na produção antecipada de provas (CPC/2015, art. 382, parágrafo 4º” de autoria de Marcos Noboru Hashimoto, aponta, dentro das alterações do Novo Código de Processo Civil, a abolição de todos os processos cautelares específicos, e aí discorre acerca da controvérsia envolvendo a (in)admissibilidade de oferecimento de defesa ou recurso, na produção antecipada de provas que se manteve ora como natureza protetiva, ora como natureza satisfativa.

O nono texto, intitulado “Incidente de demandas repetitivas no projeto do novo Código de Processo Civil: análise hermenêutica”, das autoras Kelly Cardoso e Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, realiza uma análise hermenêutica dos contratos *standard* que compõe grande demanda de ações de interesses individuais homogêneos no viés do instituto de incidente de demandas repetitivas incluído no projeto do novel Código de Processo Civil.

Intitulado “Inovações e alterações do Código de Processo Civil, e a manutenção do subjetivismo do termo ‘insuficiência de recursos’ para a concessão da gratuidade de justiça”, o décimo texto da coletânea, das autoras Juliane Dziubate Krefta e Aline Fatima Morelato, promove uma reflexão das alterações no atual Código de Processo Civil referente a gratuidade da justiça, considerado meio importante de acesso à justiça.

O décimo-primeiro texto da coletânea, dos autores Luciana Turatti e Júnior Roberto Willig, intitulado “A criação judicial do Direito no Brasil: evidências e comparações com a jurisprudência dos conceitos e a jurisprudência dos interesses” aborda algumas

características da tratativa jurisprudencial no Brasil como algo ainda não superado em análise equiparada à discussões já sedimentadas na jurisprudência dos conceitos e dos interesses do século XIX, oriundos da Alemanha.

De acordo com o décimo-segundo texto – “A fraude à execução nas situações de insolvência e a simulação no prisma da Lei 13.097/15”, dos autores Adelino Borges Ferreira Filho e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral, analisa as alterações do atual Código de Processo Civil em relação aos negócios simulados de compra e venda de ativos imobiliários e de como proceder o reconhecimento de fraude à execução por meio do *consilium fraudis*.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Os autores preocupam-se em combinar a análise de alterações legislativas e uma construção teórica argumentativa que se adeque às realidades sociais e processuais. Os textos aprofundam-se mediante bases legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira e discussões sobre a aplicabilidade eficaz do novel Código de Processo Civil, de maneira a propiciar uma reflexão da prática processual e do Direito construído.

Trabalhos relevantes para a pesquisa em direito no país, desenvolvidos em uma perspectiva contemporânea. A presente publicação coletiva demonstra uma visão lúcida e enriquecedora sobre questões essenciais ao direito.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos, já publicados em outras revistas, mas que compõe a coletânea de forma a manter a tratativa reflexiva tão importante ao meio acadêmico jurídico.

Celso Hiroshi Iocohama
Fabio Caldas de Araújo
Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira
Kelly Cardoso

SUMÁRIO

CAPA

FOLHA DE ROSTO

CRÉDITOS

APRESENTAÇÃO

RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO: COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS

Wellington Henrique Rocha de Lima, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

A LEGITIMAÇÃO PELO DIREITO NO ESTADO DE EXCEÇÃO

Gerson Faustino Rosa, Carolina Noura de Moraes Rêgo

ASTREINTES NO PROCESSO CIVIL: NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR COMO CONDIÇÃO DE EXEQUIBILIDADE E DE PROTEÇÃO DE SEUS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Marcelo Negri Soares, Isabela Franco Arruda Brasil, Maria Vittoria Bulhak Salça

A PROTEÇÃO DA POSSE POR MEIOS ALTERNATIVOS À JURISDIÇÃO

Celso Hiroshi Iocohama, Fabio Caldas de Araújo

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO UM MECANISMO METODOLÓGICO PARA A VIABILIZAÇÃO DE CONTRATOS DE 152

Wilson Engelmann, Marcelo Barreto Leal

SOLUÇÃO CONSENSUAL E A AUDIÊNCIA DO ART. 334 DO NOVO CPC VERSUS MEDIAÇÃO COMO FACULDADE DAS PARTES

Elaine Harzheim Macedo

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE SE FIRMAR ACORDOS EM SEDE DE AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: A REVOGAÇÃO TÁCITA DO ARTIGO 17, § 1º, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Lauriano Pereira da Luz, Luiz Manoel Gomes Junior

INADMISSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DE DEFESA OU RECURSO NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS (CPC/2015,

ART. 382, PARÁGRAFO 4º)

Marcos Noboru Hashimoto

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ANÁLISE HERMENÊUTICA

Kelly Cardoso, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

INOVAÇÕES E ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, E A
MANUTENÇÃO DO SUBJETIVISMO DO TERMO “INSUFICIÊNCIA
DE RECURSOS” PARA A CONCESSÃO DA GRATUIDADE DE
JUSTIÇA

Juliane Dziubate Krefta, Aline Fatima Morelatto

A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO NO BRASIL: EVIDÊNCIAS E
COMPARAÇÕES COM A JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS E A
JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES

Luciana Turatti, Júnior Roberto Willig

A FRAUDE À EXECUÇÃO NAS SITUAÇÕES DE INSOLVÊNCIA E A
SIMULAÇÃO NO PRISMA DA LEI 13.097/15

Adelino Borges Ferreira Filho, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral

RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO: COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS

Wellington Henrique Rocha de Lima¹
Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira²

Resumo: A investigação objetiva analisar a relativização do princípio da indisponibilidade do interesse público para interpretar adequadamente os conflitos envolvendo o interesse público, considerando as mudanças ocorridas a partir da metódica da constitucionalização do Direito. Discute-se a invocação dos princípios da celeridade processual e duração razoável do processo. A Transação, a Mediação, os Acordos de Leniência e os Termos de Ajustamento de Conduta apontam para a importância da relativização na composição de conflitos dirigidos à prestação jurisdicional mais adequada.

Palavras-chave: Indisponibilidade; Interesse Público; Relativização.

1. INTRODUÇÃO

A investigação aqui proposta tem por objeto a análise do princípio do interesse público, consagrado implícita e expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, frente à necessidade de relativização a partir das mudanças legislativas e sociais advindas com as evoluções jurídicas após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a Lei Federal sob n. 9.784/99, a qual dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da administração pública.

A problematização da temática decorre do questionamento acerca da condição de possibilidade de vir a ser relativizado o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público em tempos de composições plurais dos conflitos, almejando os fins colimados.

No primeiro momento, é feita uma análise do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, conceito e previsão legal, bem como suas características dogmáticas e, também, uma análise na contemporaneidade.

Na sequência, são observados os mecanismos legais e aplicações práticas que demonstram a relativização em decorrência das exigências e a modernização do direito pátrio com o propósito da obtenção da concretização do Direito, tanto no ambiente judicial como extrajudicial.

Na conclusão, são apresentados os resultados da investigação levada a efeito, considerando a inafastável necessidade da apreensão adequada da aplicabilidade do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público. O estudo foi desenvolvido com base na doutrina, legislação e jurisprudência, analisadas com rigor científico, vinculados aos métodos dedutivo e sistêmico.

2. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

O Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público está previsto no ordenamento jurídico brasileiro, de forma expressa e também implícita.

O sentido principiológico da Indisponibilidade do Interesse Público vincula-se diretamente ao resgate conceitual do próprio interesse público, em si, “considerado um conceito jurídico indeterminado, o que afasta com exatidão o seu conteúdo”, também analisa a escolha do legislador constituinte, que pelo “simples fato do princípio do interesse público não ter sido objeto de catalogação expressa, ao construir a redação do artigo 37 da Constituição Federal, explicitou tão somente outros princípios” (LESSA, 2011, p. 1).

O dispositivo referido determinou a obrigatoriedade de a Administração Pública obedecer aos seus atos nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e pautá-los. Evidentemente que desta comunhão de princípios decorre, até por força da legalidade, o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público. Nesta confluência, inevitável a prevalência da Indisponibilidade do Interesse Público sobre matérias que envolvam interesses públicos diversos, e, em certas circunstâncias, cabe questionar acerca da necessidade da compreensão deste grau severo de indisponibilidade quando forem envolvidos, ao menos, um juízo de ponderação no ambiente processual e, ainda, nos contextos plurais da extraprocessualidade.

O princípio vem expresso em legislações esparsas, como ocorre na lei sobre o processo administrativo no âmbito da administração pública, n. 9.784 de 1999:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Importa destacar não haver hierarquia entre os princípios, menos ainda entre implícitos ou explícitos, por serem, naturalmente, princípios do ordenamento jurídico pátrio.

Robert Alexy, ao tratar dos conflitos entre princípios, aduz que “las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta” e, quando estes princípios entram em colisão, o tratamento deve ser ao contrário aos conflitos em que a lei se envolve e, nesse passo, que “cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según um principio algo está prohibido y, según outro otro principio, está permitido – uno de los principios tiene que ceder ante el outro” (1993, p. 89).

Preleciona Marco Aurélio Mello: “encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria” e, com isso, arremata: “o só fato de um

princípio não figurar no texto constitucional não significa que nunca teve relevância de princípio” (STF – 2ªT. – RE nº 160.381-SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Mello. RTJ 153/1.030, julgado em 29 de março de 1994, DJ 12/08/1994).

A Supremacia do Interesse Público destaca-se pela dimensão do interesse tutelado indispensável à gestão da Administração Pública na mesma esteira de significação de que gozam os princípios como valores que são.

Aduz Maria Sylvia Zanella Di Pietro que o princípio da supremacia do interesse público “está presente tanto no momento da elaboração da lei, como no momento da execução em concreto pela Administração Pública” e, neste sentido, “ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em todos os atos” (2014, p. 65).

A interligação do conjunto principiológico consubstancia rede de princípios essenciais e vinculantes à compreensão e à interpretação dos conflitos, cada vez mais, complexos, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Segundo Celso Bandeira de Mello, em posição doutrinária clássica, tratam-se de “interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis”, como também que “o próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*” (2004, p. 69).

A fundamentação observada é, em sua essência, a posição doutrinária clássica dos interesses qualificados da coletividade, ou seja, não se encontram à livre disposição; porém, tal panorama não está bem adequado ao novo viés epistemológico abarcado no sentido ser da indisponibilidade dos interesses públicos, assim como não é plausível aludir que não é dever de todo agente público curar o patrimônio público e o interesse público.

A sustentação doutrinária vinculada a uma concepção tradicional acerca da indisponibilidade asseverava em favor do

entendimento de que “as pessoas administrativas não têm, portanto, disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização (2004, p. 69), [...] “esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa e por isso, a Administração e a pessoa administrativa, autarquia, têm caráter instrumental” (2004, p. 69).

A instrumentalidade em cena é retrospecto fundamental para os novos moldes das pessoas políticas contemporâneas, as quais, no papel de instrumento do Estado, estão ao norte e ao sul da Administração Pública, como garantidores da proteção do interesse público, assim como da preservação dos princípios da publicidade, da eficiência e da moralidade pública.

A Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429 de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, traz a vedação de manifestação contrária à Indisponibilidade do Interesse Público, não permitindo a adoção de qualquer tipo de transação, consoante regra do Art. 17º, § 1º:

A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

[..].

A presente previsão legislativa é a manifestação explícita do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, havendo assim a vedação expressa de qualquer transação, acordo ou conciliação nas ações que buscam sancionar os agentes públicos nos casos em que causarem qualquer dano à Administração Pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “precisamente por não poder dispor dos interesses públicos, cuja guarda lhes é

atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever” e que “a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo” e, nesta senda, ainda assevera que “não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público” (2014, p. 68).

O poder-dever atribuído ao gestor público ultrapassa os limites e se relativiza com o passar dos tempos. A Administração Pública se moderniza, assim como a busca pela garantia do exercício do poder de polícia. Ocorre que a relativização do Direito Público não está na liberalidade do dinheiro público, mas sim na liberdade assistida dos órgãos competentes em buscar por meios autocompositivos a resolutividade das demandas.

Evidente que os interesses da Administração Pública são irrenunciáveis por parte da autoridade administrativa.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, os bens e interesses públicos não pertencem aos gestores públicos, nem a seus agentes, pertencendo, assim, à coletividade, “cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim é a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos”, é nesse sentido que “a Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. Por essa razão é que os bens públicos só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser” (2016, p. 88).

Ao gerir os bens e interesses públicos, os gestores devem buscar a efetividade de suas ações e, principalmente, das sanções previstas nas legislações pátrias. É no exercício do poder que lhes é conferido garantir que a morosidade processual não prejudique ainda mais os bens públicos.

Nessa senda, há a previsão legal na Lei de Licitações, nº 8.666 de 1993 que, ao tratar das modalidades de licitação, traz em seu

bojo a possibilidade da venda de bens inservíveis à Administração Pública:

Art. 22. São modalidades de licitação:

[...]

V – leilão

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Nesta perspectiva, a sustentação de Eduardo Talamini justifica as dimensões da indisponibilidade e as exceções referentes a possíveis renúncias por parte do ente público:

Existem atividades e bens que, em vista de sua absoluta essência pública, não podem ser abdicados ou alienados, ainda que mediante alguma contrapartida e nem mesmo com expressa autorização legal. Por exemplo, não se concebe que sequer por meio de lei o Poder Público possa renunciar, ainda que parcial ou pontualmente, ao seu poder de legislar ou à titularidade do poder de polícia. Já em outros casos, embora o bem jurídico seja indisponível, outros valores constitucionais podem justificar que, mediante lei, o Estado renuncie a determinadas decorrências ou derivações do bem indisponível. Assim, a potestade tributária é indisponível, mas é possível lei autorizando à remissão, a anistia, do critério fiscal (2017, p. 277).

Em verdade, a natureza do bem jurídico protegido indica a maior ou menor possibilidade da invocação da indisponibilidade ou de sua relativização. Presentemente, discute-se a mutação da própria Constituição e, em sendo assim, oportuna a reflexão acerca das mutações principiológicas pontuadas pela relevância de certos contextos legais e factuais.

José dos Santos Carvalho Filho assevera: “o princípio parte, afinal, da premissa de que todos os cuidados exigidos para os bens e interesses públicos trazem benefícios para a própria coletividade”

(2016, p. 89). Os cuidados exigidos para com os interesses públicos devem e deverão estar acima de qualquer relativização, de qualquer norma posterior a sua existência. Não se podem relativizar sem o devido zelo e responsabilidade.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “a Administração não pode desistir de agir para a satisfação dos interesses que lhe foram confiados, embora isso não a tolha de escolher, respeitados os limites da própria lei e do Direito, como, quando e de que modo realizá-los” (2014, p. 172).

A desistência do interesse de agir por parte da Administração Pública e de seus agentes deve ser repudiada; porém, há situações em que o próprio Poder Judiciário entende não serem casos de aplicação das penalidades descritas na Lei de Improbidade Administrativa e outras. É nesse passo que a tradicional concepção de Indisponibilidade dos Interesses Públicos não cumpre sua função social, política e legal.

Por este percurso, respeitadas as possibilidades de venda da Lei de Licitações, poderá ser garantida a regra invertida das relações privadas, cabendo assim que esse dispositivo identifique o interesse geral para guiá-lo ao interesse público.

Consequentemente, falta ao gestor público capacidade para transigir, posto que a titularidade dos interesses públicos é do povo, o que torna os bens públicos indisponíveis, pois, como corolário do direito de propriedade, somente o proprietário poderia dispor desse direito (DE SOUZA; CAMBI, 2017, p. 1).

Na prática da boa administração, deverá o gestor garantir que o interesse público esteja à frente de todas as decisões. Contudo, o Poder Público se modernizou, acompanhou as mudanças tecnológicas e sociais emergidas da sociedade e, nesse sentido, vem cada vez mais migrando para a flexibilização do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, buscando sempre a garantia de uma prestação adequada de seus serviços e o interesse da coletividade, não havendo a sucumbência desse princípio, mas sim o adequando à realidade e às mudanças que precisam emergir do legislativo, do executivo e do judiciário.

De todo o exposto, cabe pontuar a propriedade da reflexão, assegurando, de um lado, o interesse público e, de outro, a possibilidade de ser relativizado o princípio sob estudo com vistas a contemplar o equilíbrio objeto da justiça distributiva que não seja deixado de lado o interesse público.

3. A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO

A relativização do Princípio do Interesse Público será demonstrada a partir das mudanças legislativas, doutrinárias, jurisprudenciais e até pela prática dos juristas do século XXI. A esse respeito, Moreira Neto aduz que “distinguem-se, todavia, neste processo, os dois graus de interesse público: o substantivo, que diz respeito aos fins visados pela Administração, e o adjetivo, que diz respeito aos meios disponíveis para atingi-lo, sendo que apenas o substantivo é indispensável” (2014, p. 172).

Entretanto, também salienta que “a flexibilização deste conceito apresentará grande relevância no Direito contemporâneo, pois em diversas circunstâncias será necessário ponderar interesses públicos definidos em lei, cotejando-os com outros, igualmente protegidos”, visando assim estar diante das diversas situações, dentre elas vislumbrar “que lhes sejam concorrentes, visando a uma mais justa e melhor realização do Direito” (2014, p. 173).

A justa e melhor realização do Direito ganha expressão na atualidade e, bem por isso, a centralidade de interesses e interpretações dirigidas à concretização de direitos. Nesta perspectiva, a postura doutrinária tradicional motiva releituras dirigidas a uma outra porta hermenêutica, permitindo a revisão da invocação dos princípios de origem como se fossem imutáveis, quando, em verdade, permanece a essência principiológica e todo seu espectro de direção, mantendo-se a estabilidade, contudo vestida de novas possibilidades nas quais o equilíbrio dos meios orienta para a consecução dos fins comuns.

A propósito, Eduardo Talamini remarca as possibilidades decorrentes da justiça multiportas, pois, “[...] a indisponibilidade

do interesse público não implica que o Poder Público não possa ou não deva, em certas condições, submeter-se a pretensões alheias ou mesmo abdicar de determinadas pretensões” (2017, p. 1).

Determinadas pretensões ou condições, em muitas vezes, tornam-se ineficazes ou até morosas para a Administração Pública. O Poder Público não pode se encontrar condicionado à extrema doutrina tradicional em pleno desenvolvimento cíclico do ordenamento jurídico, essencialmente no Direito Público.

O propósito da relativização não é apenas a sua extinção ou sucumbência por si só, busca-se a garantia da eficiência do poder público e “eficiente é, portanto, aquilo que tem capacidade de realizar tarefas ou trabalhos de modo eficaz e com o mínimo de desperdício, como sinônimo de produtividade, noção esta que se aproxima consideravelmente da definição de eficiência para o Direito Administrativo” (DE SOUZA; CAMBI, 2017, p. 1).

O princípio da eficiência vem expresso no ordenamento jurídico para que, de forma alguma, o gestor público o deixe somente no plano existencial da lei. A eficiência deve ser sinônimo de trabalho eficaz e produtivo, atividades estas que gerem melhorias e cumpram seu papel com a Administração Pública.

Com isso, o legislador brasileiro iniciou de maneira silenciosa e harmônica a produção legislativa de mecanismos que permitem aos gestores públicos e aos guardiões da lei a autocomposição nas demandas de difícil resolatividade e de interesse público.

Nesta senda, uma forma de acordo muito conhecida pela Administração Pública é o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ou Compromisso de Ajustamento de Conduta (CAC), o qual se encontra disciplinado no artigo 5º, § 6º da Lei de Ação Civil Pública, “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados **compromisso de ajustamento de sua conduta** às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Nesta modalidade de acordo, o causador de danos a direitos difusos assume, extrajudicialmente, o compromisso de ajustar sua conduta às exigências legais

(daí o nome Compromisso de Ajustamento de Conduta), mediante sanções pelo seu descumprimento. Por ser realizado por termo, o compromisso de ajustamento de conduta passou a ser conhecido nos meios forenses também como TAC. A sua diferença para os acordos judiciais é que estes são celebrados durante o trâmite de ação judicial já proposta e, conseqüentemente, devem ser homologados pelo magistrado que preside o julgamento da lide (RODRIGUES; LOPES; BRAGA, 2015, p. 414).

Havendo o descumprimento do aludido TAC/CAC, restará ao descumpridor do referido acordo sofrer as sanções de forma judicial e mais rigorosas, como bem exemplifica a referida decisão:

AGRAVO DE PETIÇÃO DA EXECUTADA. MULTAS DECORRENTES DE DESCUMPRIMENTO DE TAC. Não logrando desconstituir os descumprimentos do TAC apontados pelo Ministério Público do Trabalho, deve a executada arcar com as multas prévia e espontaneamente convencionadas no Termo de Ajuste de Conduta. Valor das penalidades mantido. Agravo de petição não provido. (TRT-4 – AP: 00001106320155040801, Data de Julgamento: 29/03/2016, Seção Especializada Em Execução).

É possível afirmar, portanto, que tais multas eivadas dos descumprimentos dos termos de ajuste de conduta são de caráter educativo para as partes que convencionam, bem como para as que virão a convencionar; portanto, na medida em que tal acordo busca a autocomposição na solução dos litígios em que se envolver a Administração Pública, não restará impunidade àquele que descumprir o compromisso firmado.

Neste diapasão, como também decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO. EXECUÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO DO TAC. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. Tratando-se de obrigação de fazer previsto no termo do ajustamento de conduta, enquanto não efetivada a medida, não há fluência de eventual prazo prescricional, tendo em vista que o dever de reparação do

meio ambiente se renova a cada dia. Precedentes do TJRS. COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA FIRMADO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES. EXIGIBILIDADE, SOB PENA DE MULTA PENAL. CABIMENTO. Não cumprindo o executado com obrigações assumidas em compromisso de ajustamento de conduta firmado com o Ministério Público, cabível a exigibilidade, sob pena de multa penal avençada. Precedentes do TJRS. Apelação com seguimento negado. (Apelação Cível Nº 70059965285, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 03/06/2014). (TJ-RS – AC: 70059965285 RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Data de Julgamento: 03/06/2014, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/06/2014).

Os julgamentos em tela são demonstrações que os Termos de Ajustamentos de Condutas são em sua essência garantidores de cumprimento de obrigações quando se tratar de prática de atos em desconformidade com a legalidade, a moralidade, dentre outros e, nesse sentido, não havendo o referido cumprimento do termo firmado, o agente público sofrerá as sanções, por exemplo, o aumento das multas e penalidades sofridas.

Moreira Neto destaca que “são modernos exemplos de aplicação da flexibilização na satisfação de interesses que eram antes considerados como absolutamente indisponíveis, os variados tipos de acordos substitutivos”. Assim, traz à luz “um instituto que vem sendo adotado na legislação brasileira para harmonizar a satisfação de interesses públicos com interesses individuais, coletivos ou difusos valorizados pelo Direito, dos quais são já costumeiros exemplos os Termos de Ajuste de Conduta (TACs)”. Acordos estes realizados pelos Membros do Ministério Público e os membros da Administração Pública.

Os termos de ajuste de conduta têm se apresentado meio de possibilidades relevantes, na medida em que proporcionam, pelo ajustamento de condutas, correção daquelas ações contrárias ao interesse público e, não raro, de toda a sociedade, como ocorre nos ajustamentos referentes à proteção do meio ambiente e não

observada pelo particular. Os TACs vêm alcançando resultado eficaz relevante, célere e adequado ao atendimento dos termos convenionados, ao tempo em que se apresentam como meio de flexibilização dos cardápios principiológicos, tanto da esfera pública como da esfera privada e, nesse sentido, sendo guiado pelos fins e não somente pelos princípios.

Eduardo Talamini traz exemplos da relativização do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, quando à Administração Pública, juntamente com o particular/gestor público, realiza Negócio Jurídico Processual, inovação esta trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, qual seja, que “nem sempre a autocomposição é atingida por meio de um ato de renúncia a pretensões e direitos (o que pressupõe disponibilidade do direito material)”, assim como do direito processual, que, “por vezes, a autocomposição é reflexo da constatação, pelo sujeito envolvido no litígio, de que ele não tem razão, total ou parcialmente, naquilo em que vinha pretendendo” (2017, p. 16).

É de suma importância a inovação pelo Novo Código de Processo Civil em dispor sobre os Negócios Jurídicos Processuais de maneira mais abrangente e, sobretudo, em garantir que as partes possam convenionar também com relação às regras processuais. A garantia para que as partes convenionem na Administração Pública é a busca incessante daquele sujeito envolvido no litígio que assume não ter razão total ou parcial do ato improbo contra aquela.

Por outro lado, salientam Fernando Ferreira da Silva Júnior e Alessandro Buarque Couto, ao tratarem do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, que “princípio significa que a Administração não pode dispor livremente dos bens e interesses públicos, levando-se em consideração que está atuando em nome de terceiros, ou seja, os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes” (2014, p. 1).

Apesar de o Princípio, em sua essência, estar firmemente atrelado à proibição da disposição de bens e interesses públicos, não pode o interesse da legislação ultrapassada passar décadas sem

que esta seja adequada ao novo ordenamento jurídico, essencialmente no que tange à busca eficaz do ressarcimento ao erário ou à punibilidade do gestor que assume os erros que cometeu no exercício do seu cargo, função, mandato etc.

Salienta Eduardo Talamini que, “em suma, autocomposição abrange qualquer modalidade de solução extrajudicial do litígio. Assim, causas que envolvem a Administração Pública, em regra, comportam autocomposição” e, portanto, “nesses casos, cumpre-se o requisito geral objetivo para a celebração de negócios jurídicos processuais” (2017, p. 16-17).

As mudanças legais e doutrinárias ocorridas tem, por propósito, a concretização do Direito, permitindo ao Judiciário o alcance da celeridade processual com decisões entregues em tempo hábil e, da mesma forma, as decisões decorrentes dos processos administrativos, a exemplo das demandas decorrentes da Lei de Improbidade Administrativa.

Claudio Smirne Diniz e Eduardo Cambi fazem a ressalva de que não é em todo ato jurídico que pode haver a relativização do referido princípio, necessitando assim de fundamentação legal para buscar a relativização, por exemplo, nos atos de mera irregularidade administrativa, em que, por muitas vezes, o administrador público realiza determinados atos, pensando não estar cometendo nenhum ato desonesto. Nesse passo, “ressalva-se que diversas situações que se constituem em ilicitude em matéria de patrimônio público, porque dotadas de pouca relevância, caracterizam-se como meras irregularidades e, portanto, não configuram ato de improbidade administrativa” (2017, p. 1).

A afirmação acima busca esclarecer que não é todo ato jurídico que deve ser relativizado, é necessário que haja fundamentação legal e doutrinária, é necessário que seja possível compor com o gestor que comete o ato. O agente público desonesto em sua essência, aquele que pratica o ato ilegal para o deleite dos seus interesses de forma vexatória para a sociedade, não está cometendo mera irregularidade ou pequenos atos de inabilidade.

Neste passo, há o exemplo da decisão do Superior Tribunal de Justiça, demonstrando a relativização em questão:

Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que o desvio de R\$ 22.782,52, para a aquisição de gêneros alimentícios e “quentinhas”, destinados à alimentação dos profissionais e funcionários da Secretaria Municipal de Saúde, deveriam ser custeadas pelo próprio Município, e não pelo Programa de Atendimento Assistencial Básico, referente à Parte Fixa do Piso de Atenção Básica, já que não havia previsão, no Plano Municipal de Saúde, de utilização dos recursos federais para tais gastos. Entretanto, não restou evidenciado que os recursos federais foram utilizados de forma desonesta, uma vez que os gêneros alimentícios acabaram sendo utilizados para a alimentação dos profissionais da saúde, funcionários e pacientes da Unidade mista de Referência do Município. Portanto, as despesas em questão reverteram-se em proveito do próprio programa, possibilitando a melhor prestação do serviço. Assim, o ato em foco constitui irregularidade formal que não representa por si só ato de improbidade ensejador da aplicação das penalidades previstas na Lei 8.429/92 (STJ. AgRg no REsp 1504147/PB, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017).

A advertência oportuna reside no respeito aos princípios; contudo, afastando a possível banalização que pode ocorrer em razão do excesso de zelo e interpretação equivocada como bem ilustra a decisão do STJ. Neste sentido, “tem-se como meras irregularidades administrativas as pequenas ilicitudes, as quais não se revestem de gravidade suficiente a ensejar a responsabilização por improbidade administrativa, sob pena, inclusive, de ocorrer a banalização do conceito, comprometendo-se, até mesmo, a credibilidade do microssistema de proteção à moralidade administrativa.” (DINIZ; CAMBI, 2017, p. 1).

Outra evidência da relativização do referido princípio está na possibilidade dos mecanismos de autocomposição, leia-se, Mediação, Conciliação e Arbitragem.

Enquanto não for instituída a disciplina legal geral de mediação preclusiva ou permissão pela Lei de Improbidade Administrativa, a ponderação deve ser buscada com políticas públicas de incentivo à autocomposição, como já utilizadas pelo próprio Ministério Público nos Termos de Ajustamento de Conduta, permitindo uma mais eficaz e rápida recomposição do patrimônio lesado. (GAJARDONI, 2014, p. 319).

Apesar da vedação legal aduzida no art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa, tal artigo ultrapassado está, seja no aspecto de inovações contrárias já inseridas no ordenamento, assim como as práticas realizadas pelos órgãos do Poder Judiciário. Entretanto, parte da doutrina defende o seu relevante papel na Administração Pública, principalmente na proteção moral e ética do patrimônio público.

Nesse passo, após proposta, a ação de improbidade administrativa, são expressamente vedadas pelo artigo 17, § 1º, a transação, acordo ou conciliação. A norma se justifica pela relevância do patrimônio público, seja econômico, seja moral, protegido pela ação de improbidade. Trata-se da aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público (DI PIETRO, 2014, p. 925).

A vedação se dá por superada em determinadas situações, pois, conforme atualização legislativa, e com o advento da Lei dos Acordos de Leniência, tratado pela Lei 12.846 de 2013, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, o acordo de leniência permite sua celebração com as pessoas jurídicas que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, assim como a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Nessa linha, a Lei de Arbitragem também inovou quanto às possibilidades para dirimir conflitos na administração pública, trazendo em seu bojo:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Com isso, poderá a administração pública, sendo esta indireta ou direta, valer-se da arbitragem aos direitos patrimoniais disponíveis e culturalmente já estendendo a solucionar os pequenos atos que não se enquadrem como atos de improbidade ou corrupção, ou seja, quando se tratarem de meras irregularidades, as quais, mesmo por serem pequenas, devem ser combatidas.

Também, vem na esfera administrativa, relativizando a indisponibilidade do interesse público, a Lei de Mediação, que dispõe:

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

[...]

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

Prelecionam Diniz e Cambi que “nessa linha de raciocínio, apesar da indisponibilidade do conjunto de bens e direitos que integram o patrimônio público, seria de se indagar quanto à possibilidade de, por critérios de razoabilidade, proporcionalidade e eficiência” e, com isso, vislumbrar e “admitir-se a transação, nas hipóteses em que tal medida revele-se mais vantajosa à coletividade, sabendo-se que a aplicação da lei deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 5º)” (2017, p. 1).

Os fins sociais buscados pela lei são as transformações jurídicas necessárias para tal fim. Como já dito acima, os princípios, quando entram em conflito, devem ser ponderados para a busca do fim social para o qual foram criados, assim, sobressaem-se de forma vantajosa sobre a Indisponibilidade os princípios da Razoabilidade, Proporcionalidade e Eficiência.

O Princípio da Moralidade será o norteador das possibilidades de transacionar nas hipóteses que se revelem mais vantajosas à coletividade, garantindo assim a lisura dos procedimentos e meios autocompositivos utilizados para a finalidade social buscada. Cabendo destacar que deverá haver a vontade de ambas as partes para que seja iniciado o procedimento de autocomposição, ao mesmo passo que não será em quaisquer hipóteses que haverá esta.

E, também, brilhantemente aduzem Diniz e Cambi que “primeiramente, há que se considerar que a Lei da Mediação (Lei 13.140, de 26.06.2015) faz menção à composição extrajudicial dos conflitos, estendendo-a aos casos de improbidade administrativa, hipótese em que a conciliação “dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator” (art. 36, § 4º). Com isso, ainda que verse sobre situações mais restritas, a Lei da Mediação passa a admitir transação em matéria de improbidade administrativa.” (2017, p. 1).

Não obstante, a Lei de Mediação traz expressamente a possibilidade da realização da transação em matéria de improbidade administrativa. Contudo, com suas ressalvas essenciais para a não sucumbência do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, qual seja, a anuência do Estado/Juiz, assim como do Ministro Relator, respeitado também a fiscalização do Ministério Público.

Cabe destacar a existência da Medida Provisória 703/2015, a qual desastrosamente não fora aprovada pelo Congresso e *a posteriori* perdeu sua eficácia.

A medida provisória de número 703 de 18 de dezembro de 2015, foi publicada com a finalidade de permitir e dispor sobre os acordos de leniência, a qual descrevia (a

mesma não fora aprovada no congresso, portanto perdeu sua eficácia) todos os atos para a elaboração dos acordos de leniência, ou seja, acordos para que mesmo após a afronta ao art. 37 da Constituição Federal a empresa que comete o ato de improbidade administrativa poderia realizar negócios jurídicos com a Administração Pública. Quais foram os impactos da Medida Provisória 703 na Lei Anticorrupção? A MP 703/15 alterou, em parte, o regime definido pela Lei Federal n. 12.846/13, em pontos relevantes, tais como: (i) possibilidade de celebração de acordo de leniência por mais de uma pessoa jurídica envolvida na prática associativa ilícita; (ii) possibilidade de celebração de acordo de leniência diretamente com a então CGU (atual Ministério da Fiscalização e Transparência), sem obrigatoriedade de participação do Ministério Público; (iii) atuação do Tribunal de Contas apenas em sede de controle repressivo; (iv) prescindibilidade da assunção de culpa ou mesmo de confissão da prática ilícita; (v) afastamento sanções restritivas ao direito de licitar e contratar previstas na Lei nº 8.666, dentre outros. (DAÓLIO, 2016, p. 1).

A Medida Provisória em questão trouxe a revogação do disposto no Art. 17, § 1º da Lei de Improbidade, que não permite composição pelos meios apontados.

Os acordos celebrados com base e fundamento pela Medida Provisória afetaram a segurança jurídica na medida em que decisões prolatadas no período da vigência provisória da Medida não foram ratificadas, perdendo a eficácia, em razão da não aprovação pelo Congresso Nacional.

O Tribunal de Justiça do Paraná, dentre outros, apreciando matéria submetida no período da vigência da Medida Provisória n. 703/2015, reconheceu que o § 1º, do artigo 17 da Lei nº 8.429 de 1992, foi expressamente revogado:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. [...] COLABORAÇÃO PREMIADA. POSSIBILIDADE ANTE A AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. RESGUARDO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. a) A análise a respeito da

presença requisitos autorizadores da medida cautelar de indisponibilidade de bens não se confunde com a prova indiscutível, mas apenas aquela, que dentro do juízo de cognição Agravo de Instrumento nº 1483591-1 [...] c) Destaque-se que, a medida cautelar de indisponibilidade de bens, prevista na Lei de Improbidade Administrativa, trata de uma tutela de evidência e, como tal, basta a comprovação da verossimilhança das alegações, pois, pela própria natureza do bem protegido, o legislador dispensou o requisito do perigo da demora. d) **Por fim, a Medida Provisória nº 703/2015, expressamente revogou o § 1º, do artigo 17 da Lei nº Agravo de Instrumento nº 1483591-1 8.429/92, que vedava a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa.** e) Dessa forma, tendo em vista que a investigação da chamada “Operação Publicano”, tem se dado devido ao instituto da colaboração premiada e, não mais havendo a vedação mencionada, não é pertinente obstar o seu funcionamento, por resguardar o patrimônio pertencente a toda sociedade. 2) AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJ-PR – AI: 1483591-1, Relator: Leonel Cunha, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1852 29/07/2016).

A Medida Provisória, por fim, garantiu por tempo determinado a revogação do § 1.º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa; porém, pelo seu curto prazo de vigência, surtiu seus efeitos somente nos processos em que fora possível sua realização, não estando afetados os anteriores a publicação da Medida Provisória, bem como os posteriores a sua vigência.

E nesse sentido decidiu a Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná quanto à aplicação da Medida Provisória 703/2015:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. [...] COLABORAÇÃO PREMIADA. POSSIBILIDADE ANTE A AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. RESGUARDO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. a) [...] b) No caso, verifica-se presença de elementos nos autos que indicam a verossimilhança das alegações do Ministério Público postas na inicial, sobretudo porque **são fortes as**

evidências do cometimento de atos de improbidade administrativa, [...] d) Por fim, a Medida Provisória nº 703/2015, expressamente revogou o § 1º, do artigo 17 da Lei nº Agravo de Instrumento nº 1483591-1 8.429/92, que vedava a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa. e) Dessa forma, tendo em vista que a investigação da chamada “Operação Publicano”, tem se dado devido ao instituto da colaboração premiada e, não mais havendo a vedação mencionada, não é pertinente obstar o seu funcionamento, por resguardar o patrimônio pertencente a toda sociedade. 2). AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJPR – 5ª C. Cível – AI – 1483591-1 – Londrina – Rel.: Leonel Cunha – Unânime – - J. 19.07.2016) (TJ-PR – AI: 14835911 PR 1483591-1 (Acórdão), Relator: Leonel Cunha. Data de Julgamento: 19/07/2016, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1852 29/07/2016).

Não havendo a vedação legislativa, a transação, a conciliação e os acordos foram possíveis nas Ações de Improbidade Administrativa. É nesse passo que o gestor público que cometera atos de improbidade, estando estes evidentes, não vê outra alternativa senão realizar uma autocomposição para cumprir os seus deveres com a Administração Pública e não ter um moroso processo judicial tramitando pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, o Tribunal Regional Federal aduz que não se pode resguardar o patrimônio do gestor público que causa prejuízo a toda a coletividade e em sede de Agravo de Instrumento decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ACÓRDÃO DO TCU. DESCONTO DE PROVENTOS. POSSIBILIDADE. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. RELATIVIZAÇÃO DO ART. 649, IV, DO CPC/73. 1. [...] 2. Não se pode admitir que o gestor responsável pela malversação da coisa pública possa ter seu patrimônio resguardado, em prejuízo de toda a coletividade, frustrando a pretensão de ressarcimento ao erário, admitindo-se, portanto, a penhora de montante que não comprometa sua subsistência. **Entendimento em sentido contrário consistiria em prestigiar o interesse privado em detrimento do interesse público.** 3. [...] a justificar o bloqueio parcial de proventos para fins de

ressarcimento ao erário. 5. Com base no princípio da razoabilidade e por aplicação analógica do disposto no art. 46, § 1º, da Lei 8.112/90, reputa-se adequada a realização do desconto no percentual de 10% (dez por cento) da remuneração bruta do recorrido. 6. Agravo de instrumento conhecido e provido. (TRF-2 00000019420174020000 0000001-94.2017.4.02.0000, Relator: JOSÉ ANTONIO NEIVA, Data de Julgamento: 26/05/2017, VICE-PRESIDÊNCIA).

Por outro lado, não haverá o resguardo dos bens e a proteção aos crimes de colarinho branco, haja vista que, mesmo estando o gestor público realizando uma transação, conciliação ou acordo, não estarão os seus valores experimentados com os atos de improbidade protegidos pelas novas garantias legislativas.

Posto isso, Eduardo Talamini aduz que existem sim algumas condições e limitações para as composições e, portanto, são limites e condições para que não ocorra a afronta aos princípios da moralidade e da boa-fé. Desta feita, por muitas vezes, “o interesse público não coincide necessariamente com as posições concretas defendidas por aqueles que ocupam os cargos públicos” e, neste sentido, “a noção de interesse público não pode ser utilizada como um escudo, um pretexto para a Administração não cumprir os valores fundamentais do ordenamento” (2017, p. 19).

A relativização do princípio da Indisponibilidade do Interesse Público amplia seu campo de recepção, tanto por dispositivo de lei, como foi o caso da Medida Provisória 703/2015, como no ambiente da autocomposição, especialmente por permitir, de forma célere e eficaz, solução para situações referentes ao ressarcimento do erário público. Neste contexto, a autocomposição submetida ao controle do julgador exerce o controle do mérito do acordo, é de todo recomendável a adoção destas novas formas de recomposição de interesses, tanto públicos, quanto privados. De apreciar, nesse sentido, os acordos de leniência recepcionados pela doutrina abalizada como negócio jurídico processual atípico. Por este percurso, são apreciadas as atuais tendências, embasadas pela melhor hermenêutica,

definidora de relativizações orientadas pela consecução dos fins consubstanciados em nome da tutela do melhor interesse público.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Supremacia do Princípio do Interesse Público foi justificada pela tradição principiológica reservada ao Direito Público.

Os princípios são mutáveis e devem acompanhar a evolução sócio-político-econômica e jurídica. Nessa perspectiva, o interesse público, dirigido à coletividade, tem o propósito de atender as demandas dos entes públicos, necessárias essas à eficácia dos resultados positivos, assegurando a prestação jurisdicional e demais modalidades de autocomposição de forma a concretizar interesses e direitos.

A interligação do conjunto principiológico consubstancia rede de princípios essenciais e vinculantes à compreensão e à interpretação dos conflitos, cada vez mais, complexos, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Pela mutabilidade principiológica, ao mesmo passo que as relações se tornam mais equânimes, devem percorrer o caminho da mudança doutrinária e legislativa para que se concretize a efetividade e a eficácia dos atos do Poder Público. Este não pode perder sua credibilidade por se amarrar em conceitos tradicionais que já não refletem as mudanças legislativas.

O ordenamento jurídico pátrio reserva regime especial e específico para a regência dos interesses da Administração Pública. São vetados os atos de livre disposição dos bens e interesses públicos. Demais disso, são explicitamente pontuados os princípios que regem o direito público, havendo, como exceção, os princípios implícitos, igualmente aplicáveis à gestão pública.

A vedação das disposições em que está presente o interesse público já não está tão visível em todas as situações em que se envolve a Administração Pública, seja pelas mudanças legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, ao passo que por diversos momentos é viável a autocomposição para a busca da pacificação

social, assim como a efetividade das normas de proteção e a punição daquele que afronta ou atinge, de forma corrupta ou desonesta, o interesse público.

A relativização do Princípio do Interesse Público decorre de movimentos doutrinários, legislativos e jurisprudenciais, recepcionando a releitura dessa principiologia e, especialmente, extraindo fundamentos das inovações vinculadas à autocomposição.

Nesse sentido, não haverá a sucumbência do referido Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, ou seja, o interesse público ainda é e deverá sempre ser indisponível na medida em que for possível. Sua relativização se dará somente nos casos de mera irregularidade ou atos em que se verifique a inabilidade do gestor público.

Ao mesmo passo que todo o aparato jurídico substanciará o Poder Judiciário para a aplicabilidade dos diversos mecanismos já utilizados, assim como os “novos” meios de autocomposição de resolução de demandas, para que não seja utilizado em todas as hipóteses e circunstâncias.

Os Termos de Ajuste de Conduta – TACs iniciaram procedimentos de dialogicidade eficientes e que agregaram, ao cenário das tutelas de conflitos, uma nova condição de possibilidade, reunindo compromisso, cooperação, resultado célere e reparabilidade, a representar avanço expressivo, nessa esteira.

Efeitos das contribuições dos Termos de Ajustes de Condutas estão evidenciados nas decisões apresentadas, tanto na resolutividade das demandas por meio da autocomposição entre o Ministério Público e o sujeito improbo, como também para a punição daquele que se utiliza das benesses da relativização do princípio da indisponibilidade do interesse público em proveito de postergar a punição que lhe é cabida.

A Arbitragem, a Mediação, a Conciliação e os Acordos de Leniência resultam dessa nova textura de composições plurais que mesclam princípios, regras e conflitos redirecionados para a denominada justiça multiportas. Nesta seara, de meios céleres, a

prestação jurisdicional e a extrajudicial receberam aportes qualificados e revestidos de potencial suficiente para compor conflitos e, desta composição, a possibilidade de realização de uma legítima justiça social.

Os meios céleres de resolução de conflitos apresentam-se como alternativa de garantia da aplicabilidade do Direito Público. As condições de possibilidades reafirmadas pela Jurisprudência, assim como a previsão legal, marcam nova fase em relação à Administração Pública, seja para diminuir e compor demandas, seja para ressarcir o dano causado ao erário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Versión castelhana. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Acesso em 08.05.2018.

BRASIL. Lei n 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 02 de junho de 1992. Acesso em 06.05.2018.

BRASIL. Lei n. 12.846, de 01º 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 01º de agosto de 2013. Acesso em 10.05.2018.

BRASIL. 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 26 de junho de 2015. Acesso em 08.05.2018.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília. Acesso em 23.07.2018.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 21 de junho de 1993. Acesso em 09.05.2018.

BRASIL. Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre arbitragem. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 23 de setembro de 1996. Acesso em 10.05.2018.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 29 de janeiro de 1999. Acesso em: 08.05.2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2016.

DAÓLIO, Fernanda Barretto Miranda. **Os impactos da perda de vigência e eficácia da MP 703 nos acordos de leniência**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/os-impactos-da-perda-de-vigencia-e-eficacia-da-mp-703-nos-acordos-de-leniencia/16612>. Acesso em 08/05/2018.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

DE SOUZA, FM; CAMBI, E. **A Disponibilidade do Interesse Público no Novo Código De Processo Civil e o Princípio da Eficiência da Administração**. REVISTA DA

AJURIS – ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, C, S; CAMBI, E. Possibilidades de Solução Extrajudicial de Conflitos na Área da Proteção ao Patrimônio Público e da Tutela da Probidade Administrativa. **Conclusões do XXII Congresso Nacional do Ministério Público**. Belo Horizonte, 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et al. **Comentários a Lei de Improbidade Administrativa**: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LESSA, Jamille Passos. Aplicabilidade da Supremacia do Interesse Público e a Discricionariedade Administrativa. **Revista de Direito UNIFACS**. Salvador, n. 128, fev. 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, C,C,V; LOPES, F,A; BRAGA, L, O,B. Possibilidade de Celebração de Termo de Ajustamento de Conduta em inquérito civil preparatório à ação de improbidade administrativa. **Direito Administrativo comentário à jurisprudência**. jul-dez, 2015.

SILVA JÚNIOR, F.F; COUTO, A, B. O Princípio da Supremacia de Interesse Público e da Indisponibilidade do Interesse Público. **Revista do Curso de Direito da FANESE**. Aracaju, v. 4, n. 1, set, 2014.

Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1504147/PB, Rel. Ministra Assusete Magalhães. Segunda Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017.

Supremo Tribunal Federal. STF. 2ªT. – RE nº 160.381-SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Mello. RTJ 153/1.030. DJe 12/08/1994.

TALAMINI, Eduardo. A (IN)DISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO: CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS (COMPOSIÇÕES EM JUÍZO, PRERROGATIVAS PROCESSUAIS, ARBITRAGEM, NEGÓCIOS PROCESSUAIS E AÇÃO MONITÓRIA) – VERSÃO ATUALIZADA PARA O CPC/2015. **Revista de Processo**. vol. 264. Fev, 2017.

Tribunal de Justiça do Paraná. TJ/PR. AI: 14835911 PR 1483591-1 (Acórdão), Relator: Leonel Cunha. Data de Julgamento: 19/07/2016, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1852 29/07/2016.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. TJ/RS. Apelação Cível : AC 70059965285 RS. Decisão Monocrática. DJe: 03/07/2014.

Tribunal Regional do Trabalho. TRT. Agravo de Petição. 00001106320155040801. Relator: Data do Julgamento: 29/03/2016. Seção especializada em Execução. Relatora: Desembargadora Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo. 2016.

Tribunal Regional Federal. TRF. 2ªT. Agravo de Instrumento. 00000019420174020000 0000001-94.2017.4.02.0000, Relator: JOSÉ ANTONIO NEIVA, Rio de Janeiro. DJe 26/05/2017.

[1] Doutorando pela Universidade de Marília/UNIMAR. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR (2019). Professor do Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Professor da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS. Advogado.

[2] Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC (1993); Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL (1984).

A LEGITIMAÇÃO PELO DIREITO NO ESTADO DE EXCEÇÃO

Gerson Faustino Rosa³

Carolina Noura de Moraes Rêgo⁴

Resumo: O presente trabalho propõe uma reflexão acerca do papel exercido pelo Estado de Direito na vida dos cidadãos, em especial quando esse Estado vale-se do liberalismo como arte de governar e passa a ser o gestor da “felicidade” humana. Durante essa reflexão, faz-se um breve excuroso nas obras de Giorgio Agamben e Michel Foucault, analisando os conceitos de Estado de exceção e de biopolítica, respectivamente desenvolvido por eles. Regressa-se à forma de exclusão sofrida pelo *homo sacer*, conforme o pensamento de Agamben, a fim de compará-lo ao “bandido” dos nossos dias, também excluído da sociedade no mais das vezes. Por fim, expõe-se o papel do Direito do Estado, utilizado como instrumento de legitimação da crueldade e de interesses que não condizem com a vontade geral. Empregar-se-á, para tanto, os métodos lógico-dedutivo e indutivo-argumentativo, através de análises fundamentais e qualitativas, tendo como recursos bibliografia nacional e estrangeira.

Palavras-chave: Estado. Direito. Biopolítica. *Homo Sacer*. Estado de Exceção.

INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido acerca da o real papel do Direito na regulação da vida humana, confrontando sua função de pacificação social ao mister exercido pelo Ordenamento Jurídico

no liberalismo enquanto arte de governar, onde passa a ser usado, em verdade, como um dispositivo de racionalização da vida humana.

Para tanto, far-se-á um excuro nas obras de Giorgio Agamben e Michel Foucault, abordando, respectivamente, a teoria do Estado de exceção e a noção de biopolítica, iniciando pelo testemunho do deixar morrer e a implicação do direito nas formas de vida⁵. Daí falar-se que o campo de concentração é o mais absoluto espaço biopolítico jamais realizado, no qual o poder não tem diante de si senão a pura vida sem qualquer mediação⁶.

O resto de Auschwitz significa a solapa da própria eficácia do dizer e, por isso mesmo, institui a verdade de sua fala. E este “resto” como aquilo que, no testemunho, encoberta a própria eficácia do dizer e, por isso mesmo, institui a verdade de sua fala.

Nos campos de concentração há uma devastadora ausência de normas, a administração nazista estabelece uma “ordem” tão rígida quanto aleatória, os presos são entregues a um arbítrio implacável. A dificuldade tem a ver com a própria estrutura do testemunho. Um dos equívocos do campo é a confusão entre categorias éticas e categorias jurídicas⁷.

O testemunho traz lacunas de identidade de quem testemunha e de credibilidade de quem testemunha. Não é possível dizer a verdade, testemunhar a partir de fora.

E logo surge a vergonha de ser sobrevivente, pois aquele que sobrevive no campo, sente-se culpado por presenciar a morte dos demais, que talvez tenham morrido em seu lugar. E a outra face da vergonha de quem sobreviveu é a exaltação da simples sobrevivência como tal. A sobrevivência é uma experiência dotada de uma estrutura definida, nem fortuita, nem regressiva, nem amoral e ao mesmo tempo, torna visível tal estrutura.

De fato, não é certo que o sentimento de culpa por viver em lugar de outrem seja a explicação correta para a vergonha do sobrevivente. Ocorre que, ter vergonha significa ser entregue a um inassumível. Não é algo exterior, mas interior. Daí dizer que o termo “sobreviver” contém uma ambiguidade impossível de

eliminar, pois supõe uma remissão a algo ou a alguém, a que se sobrevive. Por isso a assertiva de Agamben, de que “o homem é aquele que pode sobreviver ao homem”⁸.

Assim, “o fazer viver e o deixar morrer” marcam o biopoder, transformando a estatização do biológico e o cuidado com a vida no próprio objetivo primário. É a biopolítica do século XX: nem a vida, nem a morte, mas a mera produção de uma sobrevivência modulável⁹. Tem-se então, cada vez mais, uma política “da” vida, e não uma política “para” a vida. É pois uma política como recurso funcional para a eficiência institucional, onde a vida se torna meio da política entendida como gestão, que torna-se uma fim. Uma absurda inversão de valores.

Trata-se no caso do homem de separar cada vez mais a vida orgânica da vida animal, o não-humano do humano, o “muçulmano” da testemunha, a vida vegetal mantida em funcionamento mediante as técnicas de reanimação da vida consciente, até alcançar um “ponto-limite” que, assim como as fronteiras geopolíticas, é essencialmente móvel e se desloca segundo o progresso das tecnologias científicas e políticas¹⁰.

O contexto é, portanto, de uma vida que se vive sem viver, de “fazer viver e deixar morrer”, de uma vida sem sentido em que o sujeito simplesmente se “a-sujeita”, ficando sempre a serviço de ou à disposição... Sendo que as instituições regulam a forma de vida. Eis a similaridade com a vida nos campos de concentração¹¹. O testemunho não garante a verdade fatural do enunciando conservado no arquivo, mas a sua não-arquivabilidade, a sua exterioridade.

Utilizar-se-á, no presente trabalho, o método lógico-dedutivo, a fim de compreender o paralelo traçado por Agamben entre a vida no Estado de Direito e a vida no campo de concentração, bem como, a denúncia foucaultiana de mera gestão da vida biológica pelo Estado. Empregar-se-á ainda, o método indutivo-argumentativo, demonstrando a implicação desses estudos na atual conjuntura do Estado de Direito. Valer-se-á, para tanto, de

análises fundamentais e qualitativas, tendo como recursos bibliografias nacional e estrangeira.

1. O MUÇULMANO E A CRUELDADE HUMANA: UM RETORNO AO HOMO SACER

A partir do “bando”, dos grupos gentílicos primitivos – de onde se transpõe a matriz jurídico-obrigacional do débito e do crédito, e portanto, o apanágio do processo civilizatório – tem-se a base da organização social, e por consequência, o elemento originário da política. E diante do descumprimento da *obligatio* por um de seus membros, o grupo gentílico o expulsava, quebrando o ideal de solidariedade existente, não havendo, a partir do abandono, direitos e obrigações entre o grupo e o proscrito, que era excluído. O indivíduo banido da comunidade passa a ser odiado como um inimigo, que passa a viver à mercê da violência e do arbítrio de indivíduos e grupos¹².

Contornos semelhantes, encontramos no *Friedlos*, do Direito germânico e no *Homo Sacer* do Direito romano, ambos condenados a viver em proscricção religiosa e civil, completamente excluídos da comunidade humana e sujeitos à vingança divina¹³.

O *homo sacer* é, segundo Agamben, a figura jurídico-política pela qual uma pessoa, ao ser proclamada *sacer* (sagrado), era legalmente excluída do Direito e, conseqüentemente, da política da cidade. Tal condição de *sacer* impedia que ela pudesse ser legalmente morta (sacrificada), porém qualquer um poderia matá-la sem que a lei o culpasse por isso¹⁴. O *homo sacer* é a vida abandonada pelo Direito. É o que Walter Benjamin denominou de pura vida nua¹⁵.

A particularidade do *homo sacer* é que ele é incluído pela exclusão e excluído de forma inclusiva. Esta figura paradoxal captura a vida humana pela exclusão ao mesmo tempo em que a inclui pelo abandono. É uma vida matável por estar fora do Direito, mas por isso mesmo ela não pode ser condenada juridicamente. Está exposta à vulnerabilidade da violência por ser

desprovida de qualquer direito, sendo que tal vulnerabilidade se deriva de um ato de direito que a excluiu¹⁶.

O *homo sacer* é um conceito-limite do Direito romano que delimita o limiar da ordem social e da vida humana. Nele transparece a correlação entre a sacralidade e a soberania. Ambas são estruturas originárias do poder político e jurídico ocidentais porque revelam os dois personagens que estão fora e acima da ordem: o *homo sacer* e o *soberano*. O *homo sacer* não só mostra a fragilidade da vida humana abandonada pelo Direito, mas também, e mais importante, revela a existência de uma vontade soberana capaz de suspender a ordem e o Direito¹⁷, ou seja, a existência do soberano como figura essencial do Direito ocidental e da sua ordem política. O soberano existe porque tem o poder de decretar a exceção do direito, ou seja, suspender o direito para decretar a existência da vida nua. Só um poder soberano, que esteja fora da ordem e acima do direito, tem o poder de decretar a suspensão do direito para os outros¹⁸.

Há, hodiernamente, uma coimplicação originária entre a sacralidade da vida e o poder soberano¹⁹, e esta confusão vai além da origem religiosa das nossas sociedades (do Direito e da política), que é inquestionável e muito pouco levada em conta nas nossas sociedades secularizadas, em que o nascimento do sujeito e a soberania uniram-se no sujeito soberano²⁰, fundamento da Nação-Estado²¹.

Assim, não se trata do homem como sujeito político, mas do seu simples nascimento e exposição ao poder, como condição humana precível²². Manifesta-se então, uma cumplicidade persistente entre a exceção soberana e a vida humana. A vida humana é capturada dentro da ordem na medida em que está presa à figura da exceção. Ou seja, a vida humana existe dentro do Direito sempre com a ameaça potencial de ser decretada *vida nua*, em razão da condição precível do humano, da vida do vivente²³.

E a “vontade soberana”, que tem o poder de decretar a exceção, continua sendo constitutiva da ordem moderna, inclusive do Estado de Direito. Trata-se de prerrogativa que coloca a vida

humana, ou melhor, todas as vidas humanas, sobre a potencial ameaça da exceção. Logo, se por qualquer circunstância, uma pessoa ou um grupo populacional representar uma ameaça, real ou suposta, para a ordem, eles poderão sofrer a suspensão parcial ou total dos direitos para melhor controle de suas vidas²⁴.

A política da exceção jurídica foi e continua sendo amplamente utilizada pela ciência do Direito para controlar os grupos sociais “perigosos” para a ordem²⁵. A questão é: quem tem o poder de decidir quem é perigoso? Por que é perigoso?

Quem tem poder de decidir a periculosidade de uma vida para a ordem é a vontade soberana, já que qualquer um pode ser perigoso para a decisão soberana, por qualquer motivo por ela determinado, todos os seres humanos têm sobre si a possibilidade de que lhes seja decretada a exceção, e como tal reduzidos à condição de *homo sacer*, sujeitos ao exílio, ao abandono, ao des-terro. Eis aí o surgimento da relação (inclusão-exclusão) de indiferença, de banimento, de abandono²⁶.

A *vida nua* (do ser nascido e exposto ao poder: nascimento X soberania²⁷) expulsa da ordem pela exceção da vontade soberana está condenada ao banimento. Ela é uma vida banida e, como consequência, uma vida bandida. A consequência da exceção sobre a vida é o banimento. A vida banida da ordem se torna uma vida bandida. O bando, que também é uma figura jurídica do banimento, se transforma socialmente numa vida banida. Os banidos são bandidos porque foram expulsos da ordem e sobre eles se decretou uma exclusão inclusiva que os tornou vida nua²⁸.

Nesta senda, vale a lição de Primo Levi, em sua obra “É isto um homem?”, onde apresenta algumas memórias e reflexões do período que passou no campo de concentração, asseverando que condição humana mais miserável do que aquela não existe, não dá para imaginar.

Nada mais é nosso: tiraram-nos as roupas, os sapatos, até os cabelos, se falarmos, não nos escutarão – e, se nos escutarem, não nos compreenderão. Roubaram também o nosso nome, e, se quisermos mantê-lo,

devemos encontrar dentro de nós a força para tanto, para que, além do nome, sobre alguma coisa de nós, do que éramos²⁹.

E com isso, os seres humanos são privados de tudo, de dignidade e de discernimento – pois quem perde tudo, muitas vezes perde a si mesmo. E “a experiência no campo de extermínio é igual a chegar ao fundo, onde o acordar é regressar do nada”. No campo não há criminosos e nem loucos. “Não há criminosos porque não existe uma lei moral a ser violada, e não há loucos porque somos programados, cada ação nossa é, neste tempo e neste lugar, claramente a única possível (...)”. Para Primo Levi é estranho, de alguma maneira, sempre se tem a impressão de ter sorte. Seja porque não foi escolhido para a câmara de gás, seja porque choveu, mas não ventou³⁰.

No campo de concentração, o intestemunhável tem nome, chama-se “muçulmano” (homens-múmia, mortos-vivos)³¹. Na situação extrema do campo, estava em jogo “continuar sendo ou não um ser humano”, o muçulmano marcava, de algum modo, o instável umbral em que o homem passava a não ser não-homem, e o diagnóstico clínico passava a ser a análise antropológica³².

E o que se chama estado de exceção, para os juristas, é uma situação extrema ou situação limite para filósofos e teólogos. O campo de concentração é exatamente o lugar em que o estado de exceção coincide de maneira perfeita, com a regra, e a situação extrema converte-se no próprio paradigma do cotidiano.

O que está em jogo na “situação extrema” é, portanto, “continuar sendo ou não um ser humano”, tornar-se ou não um muçulmano. Tratava-se de conseguir conservar a dignidade e respeito em si – mesmo que, no campo, este e aquela não podiam traduzir-se sempre em ações correspondentes.

O muçulmano é alguém que abriu mão da margem irrenunciável de liberdade e que, conseqüentemente, extraviou qualquer traço de vida afetiva e humanidade. Em Auschwitz, o *Muselman* era representado pelo prisioneiro sem esperança e

abandonado pelos demais companheiros, uma espécie de cadáver ambulante, oco, um invólucro, um número³³.

O que significa continuar sendo homem? O sofrimento é levado à potência mais extrema, pois já não se possui, porém, nada de humano. A potência humana confina com o inumano, o homem suporta também o não-homem.

A respeito da degradação da morte no nosso tempo, Foucault, propôs uma explicação em termos políticos, vinculando-a à transformação do poder na idade moderna. Segundo Foucault, o poder é definido essencialmente como direito de vida e de morte (“fazer morrer e deixar viver”). O antigo direito de ‘fazer morrer e deixar viver’ dá lugar a uma figura inversa, que define a biopolítica moderna e que se expressa na fórmula ‘fazer viver e deixar morrer’.

No *continuum* biológico da espécie humana, o aparecimento das raças, a hierarquia das raças, a qualificação de certas raças como boas e de outras como inferiores, tudo isso vai ser uma maneira de fragmentar esse campo biológico de que o poder se incumbiu uma maneira de defasar, no interior da população, uns grupos em relação aos outros.

Cidadãos de ascendência ariana versus cidadãos de ascendência não-ariana. Dessa forma, o não ariano tramuta-se em judeu, o judeu em deportado, o deportado em internado, até, alcançar o limite último. O limite é o muçulmano.

Compreende-se então a função decisiva dos campos no sistema da biopolítica nazista. Eles não são apenas o lugar da morte e do extermínio, mas também, e antes de qualquer outra coisa, o lugar de produção do muçulmano, da última substância biopolítica isolável no *continuum* biológico³⁴. Para, além disso, há somente a câmara de gás.

A polêmica tese sustentada por Agamben é a de que a justificação para a irracionalidade dos campos de concentração nazistas repousaria em uma busca de comprovação da inumanidade dos que para lá foram encaminhados, pelo modo como eram destratados os que não foram de pronto exterminado, contrário a qualquer racionalidade, como a de que se prestaria a

atender uma finalidade econômica, ao serem sujeitados a trabalhar para o esforço de guerra ou para empresas.

O tratamento desumano atingiria seu objetivo quando suas vítimas, não mais podendo suportá-lo, psiquicamente, ingressaram em um estado catatônico, sem buscar contato com os demais detentos, falando apenas, quando o faziam, sobre como satisfazer a necessidade de comida, ficando, enfim, indiferentes a tudo e a todos, ao mesmo tempo em que definhavam organicamente até a morte. E a experiência é a de que nos campos de concentração se apresenta uma devastadora ausência de normas, tanto rígida, quanto aleatória.

Primo Levi, imprime a ideia do testemunho e deixa muito claro como há na experiência dos campos de concentração um completo esvaziamento da própria condição humana, melhor dizendo, da dignidade humana. O mulçumano marcava o momento em que o homem passava a ser não homem razão pela qual este ambiente extremo entre vida e a morte, o humano e o inumano tem um forte sentido político, a saber, a de que o muçulmano encarna o significado antropológico do poder absoluto de forma radical³⁵. Muçulmano é o que viu Górgona, ou seja, é um petrificado de horror³⁶.

E a vida humana é a vida revestida de sentido, capaz de tornar suportável a consciência que tem os humanos de poder não ter sido a qualquer momento, de poder não mais ser ou ser acometido por uma ameaça ao ser, finito, contingente. E esses sentidos de vida foram adquiridos ao ter a história pessoal inserida em uma história comum a outros, que os antecede e irá, também, os suceder. Relatos, narrativas, memórias – assim como também as comemorações – se prestam para manter esses vetores de sentido comum, de comum-idade³⁷.

A desumanização é o que ocorre quando não se tem mais esses vínculos. Há de se recordar, assim, a origem violenta de toda proibição, tanto sagrada, como jurídica, que garante a vida em sociedade, sustentada pelo enfrentamento da morte.

O incremento da violência na sociedade ‘pós-moderna’ não poderá ser contido pelo reforço da proibição jurídica, mas antes por uma consideração das consequências psicológicas e sociais da secularização defendida pela ideologia oficial, onde se verifica uma re-sacralização crescente das relações fora das instituições religiosas, ou seja, em seitas ou tribos.

2. O NASCIMENTO DA BIOPOLÍTICA E A IMPLICAÇÃO DO DIREITO NAS FORMAS DE VIDA: UM BREVE EXCURSO EM MICHEL FOUCAULT³⁸

Neste perpassar evolutivo – comunidade-civilização-Estado – percebe-se uma conseqüente interiorização e espiritualização da crueldade, como se não bastasse, com total apoio das categorias jurídicas, tanto de Direito Público (em especial, de Direito Penal), como do Privado³⁹. E essa crueldade-desumanização decorre, sobretudo, do exponencial esquecimento do sagrado, da secularização, da substituição da antiga “vida em comunidade” pela “vida em sociedade”, atomizada, composta de sujeitos individualizados, tidos como autônomos e independentes, sem nada mais a dizer-dar um ao outro, que não seja pautado pela realização de interesses pessoais⁴⁰.

Ademais disso, exsurge um “problema” decorrente da vida em sociedade e da manutenção da vida biológica, qual seja, a necessidade de justificar o poder político governamental. E o “sentido da vida”, passa a ser defender a vida de “ameaças” oriundas da concentração populacional (da vida em sociedade), tais como: doenças, catástrofes naturais, criminalidade, controle de natalidade etc⁴¹.

Fala-se então, no nascimento da biopolítica⁴², que refere-se à maneira pela qual se tentou, desde o início do século XVIII, racionalizar os problemas propostos à prática governamental, pelos fenômenos próprios a um conjunto de seres vivos constituídos em população⁴³.

Assim, num sistema preocupado com o respeito aos sujeitos de direitos e à liberdade de iniciativa, questiona-se: como o fenômeno “população”, com todos os seus efeitos e problemas específicos, pode ser levado em conta? Como gerí-los? Como e quanto governar, sem restringir a liberdade dos homens?⁴⁴

E para tratar do assunto, Foucault inicia sua obra apresentando seu método, asseverando que irá analisar a “arte de governar” de modo inverso ao historicismo, baseando-se – depois de conhecer “a” e “sobre” prática de governo – na maneira pensada de governar o melhor possível, sem tomar a história como parâmetro, mas levando em conta a prática do governo em si (“consciência de si”), o estudo da racionalização da prática no exercício da soberania política. Assim, ressalva o autor que não pretende interrogar os universais utilizando como método crítico a história, mas partir da decisão da inexistência dos universais para indagar que história se pode fazer⁴⁵.

“A arte de governar deve então estabelecer suas regras e racionalizar suas maneiras de fazer propondo-se como objetivo, de certo modo, fazer o dever-ser do Estado tornar-se ser. O dever-fazer do governo deve se identificar como o dever-ser do Estado”⁴⁶. E esse governar, consiste na colocação em prática, no efetivo exercício da soberania, do poder soberano. Ora, se o poder é do povo, que o “delega” ao Estado, espera-se que este o exerça da melhor maneira possível, buscando sempre o bem comum.

Neste ponto, a lei (o Direito), é a exteriorização da vontade geral, produzida, entretanto, pelo Estado. Por isso, Foucault faz uma análise da lei sob duas vias: *a via axiomática revolucionária*, em que a lei é a expressão de uma vontade (vontade-lei), e é concebida por esta, portanto, como exteriorização de uma vontade coletiva que manifesta a parte do Direito que os indivíduos aceitaram ceder e a parte que eles querem reservar⁴⁷; já numa *via radical utilitarista*, a lei será concebida como efeito de uma transação que vai colocar, de um lado, a esfera de intervenção do poder público e, de outro, a esfera de independência dos indivíduos⁴⁸. E é justamente neste momento que se constata a

implicação do Direito nas formas de vida⁴⁹, pois a maior ou a menor intervenção do poder público que influi diretamente na esfera de independência dos indivíduos, se manifesta de acordo com a previsão legal, que por sua vez é construída de acordo com o modo de governo adotado.

Assim, ante a necessidade de um governo para “racionalizar” e manter o “equilíbrio”, que respeite, todavia, a “esfera de independência” dos governados, nasce o Liberalismo como modelo de governo que garante/respeita a liberdade dos indivíduos, na medida em que a “liberdade” está no cerne da questão prática. Entretanto, há duas noções distintas de liberdade, e que fundamentam dois modelos de governo, quais sejam: o que busca assegurar o efetivo gozo dos direitos humanos e o que pretende garantir a independência dos governados. Esses dois caminhos, que se misturam, para constituir, em Direito, a regulação do poder público, faz emergir duas concepções de lei, duas concepções de liberdade, enfim, é essa ambiguidade que caracteriza o liberalismo europeu dos séculos XIX e XX⁵⁰.

Ocorre que, não é o “seja livre” que o liberalismo formula. O liberalismo formula simplesmente o seguinte: “vou produzir o necessário para tornar você livre. Vou fazer de tal modo que você tenha a liberdade de ser livre. É a gestão, a organização das condições graças às quais podemos ser livres”. Para Foucault, portanto, o liberalismo não é o que aceita a liberdade, é o que se propõe a fabricá-la, a cada instante, suscitá-la e produzi-la⁵¹.

Sendo assim, espera-se que o liberalismo trará a liberdade e a segurança. É essa a economia de poder, própria do liberalismo. Ele nos insere num mecanismo em que terá, a cada instante, que arbitrar a liberdade e a segurança dos indivíduos em torno da noção de perigo. No fundo, se de um lado o liberalismo é uma arte de governar que manipula fundamentalmente os interesses, ele não pode – e é esse o reverso da medalha -, manipular os interesses sem ser, simultaneamente, gestor dos perigos e dos mecanismos de segurança/liberdade, do jogo segurança/liberdade, que deve

garantir que os indivíduos ou a coletividade fiquem o menos possível expostos ao perigo⁵².

Por isso a afirmação de que “o lema do liberalismo é viver perigosamente”, e é o estímulo do perigo uma das suas principais implicações. Toda uma educação do perigo, toda uma cultura do perigo, aparece de fato, no século XIX, que é bem diferente daqueles grandes sonhos ou daquelas grandes ameaças do apocalipse, da peste, da morte, da guerra, de que se nutria a imaginação política da idade Média. Produz-se, então a emergência, a invasão dos perigos cotidianos, animados, atualizados, postos em circulação, é essa a política do perigo do século XIX, embrião das campanhas de higiene, de doença, de sexualidade, do medo da degeneração: degeneração da família, da raça, da espécie humana. O incentivo ao medo do perigo é de certo modo a condição, o correlato psicológico e cultural interno do liberalismo. Não há liberalismo sem cultura do perigo⁵³.

E o liberalismo, enquanto arte de governar, virá do procedimento de controle, de pressão e de coerção, como uma contrapartida e um contrapeso das liberdades, “fornecendo” a liberdade⁵⁴. Em última análise, o que se pretende é mostrar como o par “série de práticas/regime de verdade” forma um dispositivo de saber-poder, que marca efetivamente no real o que não existe e submete-o legitimamente à demarcação do verdadeiro e do falso, “fornecendo e gerindo a liberdade” em sua exata medida, a exemplo do panoptismo que, para Bentham, “é uma fórmula política geral que caracteriza um tipo de governo”⁵⁵. Ocorre que, o Estado não é, em si, uma fonte autônoma de poder⁵⁶.

Além da conjunção entre a disciplina e o liberalismo (panoptismo), outra consequência é o surgimento de mecanismos que têm por função produzir, insuflar, ampliar as liberdades, introduzir um “a mais” de liberdade por meio de um “a mais” de controle e intervenção (eis o paradoxo). E aqui, o controle não é apenas o “contrapeso” (como no panoptismo), mas o seu princípio motor, produtor de liberdade de trabalho, de liberdade de consumo, de liberdade política etc. A que preço? Ao preço,

precisamente, de toda uma série de intervenções, intervenções artificiais, intervenções voluntaristas, intervenções econômicas diretas de mercado, todas medidas fundamentais do *Welfare State*, e que serão, a partir de 1946, caracterizadas como sendo em si mesmas ameaças de um novo despotismo⁵⁷.

Chega-se então à conclusão de que essa arte liberal de governar passa a ser vítima, por si mesma, de uma “crise de governamentalidade”, que decorre de fatores como o aumento do custo econômico do exercício das liberdades e expansão legiferante em relação ao mercado, como um excesso de intervencionismo, de imposições e de coerção. Há, enfim e sobretudo, processos de saturação que fazem que os mecanismos produtores da liberdade (convocados para assegurar e fabricar essa liberdade) produzam na verdade, efeitos destrutivos que prevalecem até mesmo sobre o que produzem. É um equívoco de todos esses dispositivos “liberógenos” que produzem, em verdade, o inverso.

E é essa a crise atual do liberalismo, que através desse conjunto de mecanismos, desde os anos 1925-1930, tentou propor fórmulas econômicas e políticas que garantissem os Estados contra o comunismo, o socialismo, o nacional-socialismo, o fascismo, esses mecanismos garantidores de liberdade (liberógenos), instalados para produzir esse “a mais” de liberdade ou para reagir às ameaças que pesavam sobre essa liberdade, foram todos da ordem da intervenção econômica. Assim, tanto os liberais alemães da Escola de Friburgo (1927), quanto os liberais americanos (ditos libertarianos), da Escola de Chicago, ancoraram-se nesse problema do liberalismo, e com o intuito de evitar esse “a menos” de liberdade, que se acarretaria pela passagem ao socialismo, ao fascismo, ao nacional-socialismo, instalaram-se mecanismos de intervenção econômica⁵⁸.

Daí a indagação: Não são esses mecanismos de intervenção econômica que introduzem sub-repticiamente tipos de intervenção? Ou ainda, modos de ação que são, eles próprios, pelo menos tão comprometedores para a liberdade quanto essas formas políticas visíveis e manifestas que se quer evitar? Nota-se, portanto,

que essas intervenções keynesianas centralizam o debate em torno da política econômica intervencionista elaborada entre 1930-1960 (imediatamente antes e imediatamente depois da guerra), intervenções essas que levaram a “crise” do liberalismo, e que se manifesta em certo número de reavaliações, reestimações, novos projetos na arte de governar, formulados na Alemanha⁵⁹, antes e depois da guerra, e posteriormente nos Estados Unidos⁶⁰.

A crítica feita em nome do liberalismo econômico insiste no perigo que representaria a inevitável sequência: intervencionismo econômico, inflação dos aparelhos governamentais, superadministração, burocracia, enrijecimento de todos os mecanismos de poder, ao mesmo tempo que se produziram novas distorções econômicas, indutoras de novas intervenções. Mas o que chamou a atenção no neoliberalismo americano foi um movimento totalmente oposto ao que encontramos na economia social de mercado da Alemanha: enquanto esta considera que a regulação dos preços pelo mercado – único fundamento de uma economia racional – é, de per si, tão frágil que precisa ser sustentada, arranjada, “ordenada” por uma política interna e vigilante de intervenções sociais (que implicam auxílio aos desempregados, cobertura das necessidades de saúde, política habitacional, etc.), o neoliberalismo americano procura, em vez disso, ampliar a racionalidade do mercado, os esquemas de análise que ela propõe e os critérios de decisão que sugere a campos não exclusivamente econômicos, tais como a família e a natalidade; a delinquência e a política penal⁶¹.

O problema, para Foucault, é teorizar o Estado deduzindo todo esse conjunto de práticas do que seria a essência do Estado em si mesmo e por si mesmo, sem procurar deduzir, a partir do que é o Estado como uma espécie de universal político e, por extensão, o que pode ter sido o estatuto dos loucos, dos doentes, das crianças, dos delinquentes etc, numa sociedade como a nossa. É preciso renunciar a tal análise, primeiro, simplesmente porque a história não é uma ciência dedutiva, segundo, porque o Estado não tem essência, não é um universal, não é uma fonte autônoma de

poder⁶². Dito de outra maneira, o que se deveria verificar, é a maneira como os problemas específicos da vida e da população foram postos no interior de uma tecnologia de governo que, sem ter sempre sido liberal, longe disso, não parou de ser acossada desde o fim do século XVIII pela questão do liberalismo. Daí falar-se em biopolítica enquanto política da vida⁶³.

O Estado nada mais é que o efeito, o perfil, o recorte móvel de uma perpétua estatização, ou de perpétuas estatizações, de transações incessantes que modificam, que deslocam, que subvertem, que fazem deslizar insidiosamente, pouco importa, as fontes de financiamento, a modalidades de investimento, os centros de decisão, as foras e os tipos de controle, as relações entre as autoridades locais, a autoridade central etc. O Estado não é nada mais que o efeito móvel de um regime de governamentalidades múltiplas⁶⁴.

Resta demonstrado, como já foi dito, que a arte de governar é composta por uma “série de práticas” e um “regime de verdade”, que forma um dispositivo de saber-poder que marca efetivamente no real o que não existe e submete-o legitimamente à demarcação do verdadeiro e do falso⁶⁵. Eis o “jogo da legitimação jurídica”, em que o Direito é o instrumento que atesta a política governamental, validando as intervenções estatais, a racionalização dos direitos humanos, enfim, a gestão da liberdade seja ela qual for.

O próprio poder não faz mais que designar um termo de relações que tem de ser analisado por inteiro, é o que Foucault propôs chamar de governamentalidade, isto é, a maneira como se conduz a conduta dos homens, não é mais que uma proposta de grade de análise para essas relações de poder⁶⁶.

E não somente o governo não deve criar obstáculo ao interesse de cada um, mas é impossível que o soberano possa ter sobre o mecanismo econômico um ponto de vista que totalize cada um dos elementos e permita combiná-los artificial ou voluntariamente. A mão invisível que combina espontaneamente o interesse, proíbe, ao mesmo tempo, toda forma de intervenção,

melhor ainda, toda forma de olhar sobranceiro que permitisse totalizar o processo econômico⁶⁷.

O liberalismo, em sua consistência moderna, começou quando, precisamente, foi formulada essa incompatibilidade essencial entre, por um lado, a multiplicidade não totalizável dos sujeitos de interesse, dos sujeitos econômicos e, por outro lado, a unidade totalizante do soberano jurídico⁶⁸.

A sociedade civil é um conceito de tecnologia governamental, ou antes, é o correlativo de uma tecnologia de governo cuja medida racional deve indexar-se juridicamente a uma economia entendida como processo de produção e de troca. O *homo economicus* e a sociedade civil são, portanto dois elementos indissociáveis. O *homo economicus* é, digamos, o ponto abstrato, ideal e puramente econômico que povoa a realidade densa, plena e complexa da sociedade civil. Ou ainda: a sociedade civil é o conjunto concreto no interior do qual é preciso recolocar esses pontos ideais que são os homens econômicos, para poder administrá-los convenientemente. Logo, ambos fazem parte do mesmo conjunto, o conjunto da tecnologia da governamentalidade liberal⁶⁹.

A sociedade civil é como a loucura, é como a sexualidade. É o que Foucault define como “realidades de transação”, ou seja, é precisamente no jogo das relações de poder e do que sem cessar lhes escapa, é daí que nascem, de certo modo, na interface dos governantes e dos governados, essas figuras transacionais e transitórias que, mesmo não tendo existido desde sempre, nem por isso são menos reais e que podemos chamar, neste caso, de sociedade civil, em outros de loucura, etc.

Sociedade civil, portanto, como elemento de realidade transacional que parece plenamente correlativa dessa forma de tecnologia governamental chamada de liberalismo, isto é, uma tecnologia de governo que tem por objetivo sua própria autolimitação, na medida em que é indexada à especificidade dos processos econômicos⁷⁰. A sociedade civil é uma matriz permanente de poder político. Uns vão dar sua opinião. Outros

vão dar ordens. Uns vão refletir, outros vão obedecer. Ela é o motor da história⁷¹.

Neste passo, indaga-se: o que é a política, finalmente, senão ao mesmo tempo o jogo dessas diferentes artes de governar com seus diferentes indexadores e o debate que essas diferentes artes de governar suscitam? Aí, nasce a política, para Foucault⁷².

E ante o problema do Estado em oposição à sociedade civil, a política governamental, que surge na primeira metade do século XIX, como solução, é o liberalismo, que segundo Foucault, deve ser analisado como “princípio e método de racionalização do exercício do governo – racionalização que obedece, e é essa a sua especificidade, à regra interna da economia máxima”⁷³.

O liberalismo é atravessado pelo princípio: “sempre se governa demais”. E não é ele uma utopia não realizada. Sem dúvida, tanto quanto de uma reflexão jurídica, o liberalismo tampouco deriva de uma análise econômica. Não foi a idéia de uma sociedade política fundada num vínculo contratual que lhe deu origem. Mas na busca de uma tecnologia liberal de governo, veio à luz que a regulação pela forma jurídica constituía um instrumento muito mais eficaz do que a soberania ou a moderação dos governantes⁷⁴.

Daí porque abordar a legitimação pelo Direito das práticas governamentais como um “jogo de legitimação jurídica” que tem, por consequência, e por razões óbvias, “implicações fundamentais nas formas de vida”, uma vez que a vida nua do sujeito soberano, daquele que nasce e se expõe ao poder do Estado, se “a-sujeita” à gestão estatal das liberdades⁷⁵. E é isso que o liberalismo se propõe a fazer: gerir as liberdades. Ocorre que, essa gestão coloca o Estado em oposição à sociedade civil e, ao indivíduo, e é a partir desta oposição que o Estado passa a promover a interiorização e espiritualização da crueldade, da indignidade, e como se não bastasse, com apoio das categorias jurídicas⁷⁶.

O excesso de governamentalidade faz surgir o regime de guerra. Na Alemanha, observa-se o nazismo, um tipo de economia dirigista e planifica, oriunda do período de 1914-18 e da

mobilização geral dos recursos e dos homens, foi também o socialismo do Estado⁷⁷.

O resultado disso tudo, é a preocupação do governo em justificar suas intervenções, em especial para essa “manutenção da vida”, sobretudo em seu sentido biológico (*zoé*), pouco importando se há o efetivo gozo das liberdades (*bios*), se há vida digna, vida para o sujeito vivenciar, e não apenas “sobre-vida”⁷⁸.

E é daí, da verificação da condição humana, enquanto *zoé* e *bios* (em Aristóteles: *politikòn zôon*), que Foucault desenvolve a teoria da biopolítica: “por milênios, o homem permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivente e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal em cuja política está em questão a sua vida de ser vivente”⁷⁹. Para Aristóteles, o ser humano não ingressa na *polis* somente para viver, e sim para “a vida boa”, para bem viver, e a finalidade última da existência política é a *eumeria*, o belo dia. A *polis*, portanto é uma criação racional do ser humano com a única finalidade de proporcionar o bem viver, o bem-estar social. O “belo dia”, porém, jamais se realizou e o motivo do fracasso, segundo Agamben, é a natureza do poder soberano.

Disso decorre que todo governo é capaz de uma ação de tal ordem que inclua um elemento ditatorial em sua constituição, ou seja, a possibilidade de instaurar todos os tipos de violência a serviço do próprio Direito⁸⁰. E então, o poder soberano é aquele que decide pelo Estado de exceção, onde a vida se torna vida nua. “O que a ‘arca’ do poder contém em seu centro é o estado de exceção – mas este é um espaço essencialmente vazio, onde uma ação humana sem relação com o Direito está diante de uma norma sem relação com a vida”⁸¹.

No atual contexto de globalização, isto é, o atual mundo regido por uma única ordem econômica, política, policial e militar, num mundo sem fronteiras, surgem figuras novas que acabam ficando à margem do Direito e da sociedade, reatualizando os campos de concentração da Alemanha Nazista. Existem hoje inúmeros campos de refugiados, “campos de concentração” onde estão

suspeitos de terrorismo. Há uma soberania mundial que atua suspendendo uma ordem jurídica internacional, criando não sujeitos, extirpados de sua cidadania. O Estado de Exceção se apresenta como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal⁸².

E o significado biopolítico do Estado de exceção, é que ele pode “suspender” os direitos dos cidadãos, produzindo um ser inominável e inclassificável, um não sujeito, um inimigo, um bandido, exogrupo⁸³, um *homo sacer*. E tal transformação da vida humana em objeto do poder soberano a reduz à condição de vida puramente biológica, pronta para ser manipulada pelos dispositivos ordenadores do poder (vida nua). Assim, as estruturas do biopoder mostram como a vida nua vai, progressivamente, coincidindo com o atual espaço político, como por exemplo, nas políticas de castração dos direitos humanos, em que os sujeitos são jogados em situação de não-sujeitos, em zonas de anomia⁸⁴.

3. SOBRE DIREITOS HUMANOS NA ERA DA BIOPOLÍTICA: OS LIMITES AO JOGO DA LEGITIMAÇÃO JURÍDICA⁸⁵

Não se pode olvidar da existência de um Direito Natural, que é objeto de profunda reflexão desde a Antiguidade clássica, e que, a partir do século XVII, se materializa no desenvolvimento da teoria jusnaturalista dos direitos do homem, cujo fundamento reside justamente na natureza humana, racional e afetiva, de modo que os deveres impostos pelas “leis não escritas” assumiram, a partir de então, a forma histórica dos direitos humanos⁸⁶.

Eis a existência, desde os primórdios de nossa civilização, da aguda consciência de leis não escritas, iniludíveis, das quais não se pode dizer quando nem onde surgiram, mas que são cogentes como princípios objetivos, transcendendo fronteiras e limitações tanto espaciais quanto temporais e cuja interpretação ensejou a positivação nas modernas constituições dos Estados democráticos em nosso constitucionalismo moderno⁸⁷.

No século XVIII, com a superação do *ancien régime* e o desencadeamento do período da Ilustração, a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, que em seu art. 3.º assinalou:

O governo é, ou deverá ser, instituído para o benefício comum, a proteção do povo, da nação, ou da comunidade; de todas as várias formas e modos de governo a melhor é aquela que é capaz de produzir o maior grau de felicidade e segurança, e que se encontra mais efetivamente garantida contra o perigo da má-administração; e que onde quer que qualquer governo seja considerado inadequado ou contrário a esses propósitos, a maioria da comunidade tem um indubitável, inalienável, e irrevogável direito de o reformar, alterar, ou abolir, do modo que seja considerado melhor conducente ao bem-estar público. (*grifou-se*)

Na mesma linha, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, diretamente emanada da mesma atmosfera espiritual que conduziu à Revolução Francesa e ao republicanismo contemporâneo, dispõe que “objetivo de qualquer associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.” (*grifou-se*)

Esse mesmo diapasão é ratificado pelo documento que constitui talvez a expressão mais radical do entendimento moderno de política e soberania: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição Francesa de 24 de junho de 1793, cujos artigos primeiro e segundo dispõem: “O objetivo da sociedade é a felicidade comum. O governo é instituído para garantir ao homem o usufruto dos seus direitos naturais e imprescritíveis. Esses direitos são a igualdade, a liberdade, a segurança, a propriedade”. (*grifou-se*)

Percebe-se, pois, que, “desde o surgimento do moderno Estado Democrático de Direito, “o fundamento e a justificação teórica da autoridade política não se encontram mais na vontade de Deus, nos costumes herdados pela tradição, nem mesmo na história, mas solidamente plantados na natureza humana”. Dela brotam direitos

fundamentais e inalienáveis, direitos legitimamente atribuíveis a todo homem em função de sua humanidade, prerrogativas éticas e jurídicas universais, cuja validade se sobrepõe aos ordenamentos jurídico-políticos empíricos, que, com efeito, teriam a função precípua justamente de assegurá-los e torná-los efetivos⁸⁸.

Tendo em vista a incansável busca por um Estado ideal, promotor de significativas alterações no seio social, pode-se falar, cronologicamente, em três gerações representativas desse processo evolutivo dos direitos do homem. Que correspondem, paralelamente, a um processo evolutivo na composição estrutural do Estado de Direito⁸⁹. Assim, no Estado Liberal de Direito, são principalmente garantidos os direitos civis e políticos, onde residem as liberdades individuais (direitos fundamentais de primeira dimensão), alcançados com o intuito de libertar os indivíduos do absolutismo estatal⁹⁰, cuja titularidade centra-se na pessoa moral⁹¹. Nesse passo, exige-se do ente dominante uma prestação negativa, uma abstenção estatal em respeito ao surgimento dos direitos civis e políticos dos cidadãos⁹².

Revolução Francesa e a conseqüente criação do Estado moderno, alimenta-se, com as ideias iluministas, os ideais de liberdade, cunhados inicialmente nos aspectos econômicos – consagrados na expressão *laissez-faire, laissez-passer* – irradiam seus efeitos para outras dimensões da vida humana⁹³, quando se passa a renunciar ao absolutismo em favor da liberdade. Após a construção liberal, novas necessidades brotaram no seio social, dando ensejo à busca por uma igualdade, não à meramente formal, mas a substancial, capaz de mitigar as discrepâncias resultantes do liberalismo do Estado de distância, nascendo então a concepção de Estado social de Direito, onde objetiva-se resguardar, também, os direitos sociais, culturais e econômicos, uma vez que a desigualdade social que resultou do movimento libertador passou a desconfortar a harmonia e a paz social⁹⁴, e o homem seria sido como “lobo” dos seus pares, como o grande vilão perante os demais membros da sociedade, também em

decorrência da competitividade que ascendeu com a nova concepção de “mercado”⁹⁵.

Emerge então, um modelo de Estado Intervencionista, o “Estado providência”, prestacionista, que atende aos anseios sociais e reduz as desigualdades com mecanismos compensatórios, positivos, com um *facere*. A adjetivação pelo social pretende a correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas, “marcando a passagem do plano abstrato do destinatário genérico – “o homem”, o gênero humano – para categorias concretas ou grupos sociais específicos (trabalhador, idoso, mulher, criança, adolescente, deficiente, consumidor, etc.) ”⁹⁶. Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social, fórmula geradora do *welfare state* no pós-Segunda Guerra Mundial, projetando-se um modelo onde o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público⁹⁷.

Numa terceira geração, surgem os direitos coletivos, de solidariedade ou de titularidade difusa, sendo também o momento histórico em que predomina a tendência à internacionalização dos direitos humanos. Ocorre, então, a positivação, tanto no plano das constituições dos Estados nacionais, quanto principalmente naquele do direito internacional público, da proteção aos direitos que concernem solidariamente à humanidade⁹⁸. Trata-se, pois de uma evolução do Estado Social segue em busca da constitucionalização dos direitos do homem, no sentido de se adotar como núcleo axiológico-legal de todo o Direito⁹⁹. Fala-se então, em nível normativo, em um Estado constitucional de Direito, em que se manifestam os direitos fundamentais de terceira dimensão, tais como a qualidade de vida, o meio ambiente, a liberdade de informática, a biotecnologia, a paz, a assistência e a organização familiar, entre outros metaindividuais¹⁰⁰, todos “ameaçados pelas consequências indesejáveis do extraordinário progresso e da extensão planetária da tecno-ciência, sobre cuja dinâmica se assenta a configuração atual da sociedade, tanto no âmbito da produção e circulação de bens, como naquele do consumo e lazer”¹⁰¹.

Almeja-se, outrossim, contrabalancear os excessos de permissividade do liberalismo face ao totalitarismo interventivo do Estado Social, dando ensejo aos direitos de solidariedade, de fraternidade, resultando-se, desta forma, no Estado Constitucional de Direito, ou ainda, mais precisamente, Estado Social e Democrático de Direito, que representa uma concepção sintética fruto da união dos princípios próprios do Estado Liberal e do Estado Social, pressupondo uma superação dos componentes básicos de ambos, enquanto isoladamente considerados, o que permite acrescentar a terceira característica da forma constitucional: a democracia¹⁰².

Destaca-se, a partir da presente análise, uma tendência progressiva de implementação dos direitos humanos através de uma internacionalização progressiva de tutela jurisdicional, que perpassa, inicialmente, pela ótica da titularidade subjetiva destes, partindo de uma especificação inicial abstrata, do “homem” como “cidadão” (1.^a geração), passando pelos sociais conferidos a determinadas categorias – por determinações ligadas aos gêneros (diferença entre homem e mulher), às etapas da vida (idosos, crianças, adolescentes), a estados e condições da vida humana (doentes mentais, deficientes físicos) (2.^a geração), para de novo retornar, na forma dos direitos de solidariedade, a uma titularidade universal, que subtrai a condição de “cidadão” para ser sujeito de direitos¹⁰³ (direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente não poluído, ao patrimônio genético da humanidade) (3.^a geração)¹⁰⁴.

4. CONCLUSÃO

Nos dias atuais, a demanda social de proteção dos bens jurídicos não se vê satisfeita de um modo funcional, mostra-se inevitável a expansão do ordenamento com intuito de se alcançar as novas modalidades de violação à personalidade humana, assegurando o livre desenvolvimento desta e da dignidade do homem, a fim de proporcionar-lhe o livre exercício do direito à

vida. Diante disso, os direitos fundamentais, como núcleo essencial a todo ser humano, servem de base jurídico-positiva para uma vida e existência digna, exigindo-se a presença de um mínimo existencial.

Faz-se, portanto, imperioso repensar a multiplicidade empregada no tratamento entre o homem e o cidadão, uma vez que os Estados nacionais não podem limitar os direitos do homem à sua esfera de poder discricionário (soberania) e autocrático. A real efetivação dos direitos humanos deve superar a “necessidade” de uma fundamentação e receber, isso sim, uma tutela internacional, perpassando por uma cidadania fundada no Direito Internacional Público, solidificando o essencial e indispensável respeito universal à dignidade da pessoa humana¹⁰⁵.

Para Marx, essa oposição “homem ‘E’ cidadão” presentes nos textos das declarações de direito das constituições francesa e norte-americana decorrem da pretensão burguesa à emancipação que encerra uma contradição que se expressa, em termos políticos, entre os direitos do homem (considerado em seu estado natural de indivíduo privado e egoísta) e de cidadão (agora considerado do ponto de vista de sua pertença a uma comunidade política baseada no reconhecimento de direitos civis). Contudo, a esfera do Estado não é mais do que a instância de organização jurídico-política, que assegura e perpetua a diferença e a dominação de classes, a exploração e os interesses econômicos da burguesia, detentora do poder político. Nessas condições, os direitos do homem, contrapostos aos do cidadão, fariam parte do dispositivo jurídico que, ao mesmo tempo, legitima e acoberta as relações de dominação sob a capa da igualdade formal de todos perante a lei universal¹⁰⁶.

As previsões de Marx foram precisas, de modo que, já no início do século XX, o mundo, em especial, a Europa, vivenciou os lastimáveis acontecimentos que deram ensejo à multiplicação das minorias, de etnias diversas que foram sendo submetidas a regimentos especiais (ONU) em decorrência do crescente processo de desintegração nacional. E diante da incapacidade dos

Estados nacionais “proteger” os indivíduos sem cidadania, restou evidente o hiato entre o homem e o cidadão, já que a cidadania seria uma *conditio sine qua non* da tutela estatal, e por consequência, da fruição e gozo de direitos¹⁰⁷. Daí o questionamento acerca da condição humana não ser suficiente, bem como a proposta de uma releitura da *Antígona*.

Nesse passo, para Hannah Arendt, a concepção jusnaturalista dos direitos humanos, que teria como única condição-fundamento a *humnitas*, é ineficaz, na medida que, conforme demonstrado, os direitos humanos pressupõem a cidadania política como um fato fundamental, como um verdadeiro pressuposto de efetividade dos direitos do homem¹⁰⁸.

Para o autor Agamben, o princípio de toda soberania reside na nação, e este vínculo nação-soberania legitima a autoridade política, numa transição que se estabelece pela mediação nascimento/nacionalidade. Os princípios da natividade e da soberania unem-se no Estado-nação, cujo fundamento é o “homem” (sujeito político livre e consciente), que nasce (vida nua) e é investido como tal pelo princípio da soberania. E a este homem-fundamento do Estado-nação são atribuídos direitos, logo ele é cidadão. Por isso dizer que as declarações de direitos devem ser entendidas como instrumento de re-significação da vida no Estado-nação (de vida nua para a vida do sujeito soberano, como investimento jurídico político da vida no arcabouço institucional do Estado)¹⁰⁹.

Agamben continua seu pensamento, onde, seria necessário reler a teoria contratualista como o fundamento da legitimidade do poder político. Em verdade, o relacionamento jurídico-político originário é o bando, que mantém unidos justamente a vida nua e o poder soberano¹¹⁰. O *bando* é essencialmente o poder de remeter algo a si mesmo. E o que foi posto em *bando* é remetido à própria separação e, juntamente, entregue à mercê de quem o abandona, ao mesmo tempo excluído e incluso, dispensado e, simultaneamente, capturado. Nesse passo, ressalta Agamben que as declarações de direitos integram o dispositivo de abandono,

realizando a inclusão da vida nos cálculos e estratégias do moderno poder soberano, de sua gestão e aproveitamento econômico nos quadros da racionalidade instrumental capitalista¹¹¹.

E essa racionalidade, enquanto bio-poder, inclui a vida biológica, tanto ao nível individual dos corpos adestrados, quanto ao nível genérico das populações, que devem ser calculados em termos previdenciários e de assistência social. Por aí dizer que, com a bio-política, a antiga soberania do monarca (poder de fazer morrer e deixar viver) se converte num poder de fazer viver e deixar morrer¹¹². Não se trata de contrapor, de modo ingênuo, o direito de soberania contra o biodireito das disciplinas e da regulamentação previdenciária. Trata-se antes de superar essa oposição pelo reconhecimento da função bio-política do próprio direito de soberania (formal, liberal e burguês)¹¹³.

Daí a falar-se em um “novo Direito”, não contaminado pelo princípio da soberania, ao mesmo tempo antidisciplinar e não previdenciário – um Direito não estatal, amparado numa insólita cidadania internacional fundada nos abusos do poder na condição infeliz das vítimas desse abuso, quaisquer que sejam¹¹⁴.

Ademais disso, para uma crítica atual dos direitos humanos, seria indispensável levar em conta a figura mais dramática e vulnerável assumida hoje pelo *homo sacer*: o refugiado, no qual reconhecemos o *bandido* de nossos tempos. O incluído por exclusão, dispensado e capturado. E é justamente sobre ele que recai a excepcionalidade da resposta estatal, pois ele é excluído e para ele há um tratamento excepcional, um não Direito. Daí a crítica de Agamben, ao asseverar que o Direito não pode tolerar a violência fora do Direito (a exceção), pois se assim o for, a conduta que se pretende evitar, prevenir e punir, estará sendo reproduzida pelo Estado na situação da excepcionalidade¹¹⁵. Não se quer aqui que o Direito e a força sejam compreendidos como absolutamente antagônicos, mas que a força seja organizada pelo Direito. Por conseguinte, pode-se dizer que o Direito faz do uso da força um monopólio da comunidade. E, precisamente por fazê-lo, o Direito pacifica a comunidade¹¹⁶.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer I: poder soberano e vida nua*. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)*. São Paulo: Boitempo, 2008.

ANTELO, Raul. Lindes, limites, limiares. v. 1. *Boletim de Pesquisa Nelic*, 2008.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 11 ed. Rio de Janeiro: GEN-Forense Universitária, 2010.

_____. *O Declínio do Estado Nação e o Fim dos Direitos do Homem*. In: *Origens do Totalitarismo – Anti-Semitismo, Imperialismo e Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARISTÓTELES. *Política*. Lisboa: Vega, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, Trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Editora Pilares, 2013.

BENJAMIN, W. *O capitalismo como religião*. Trad. Nelio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CATTANEO, Mario Alessandro. *Pena, diritto e dignità umana: saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1990.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade. Curso no Collège de France (1975-1976)*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999

_____. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. São Paulo: Graal, 2005.

_____. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. São Paulo: Penguin e Companhia das Letras, 1998.

GARBELLINI CARNIO, Henrique. Notas sobre o pensamento antropológico jurídico de Rudolf von Jhering. In: Alvaro de Azevedo Gonzaga e Antonio Baptista Gonzaga (org.), *(Re)pensando o direito: estudos em homenagem ao prof. Cláudio de Cicco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 125-132).

_____. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria política do direito: a expansão política do direito*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad, 1982.

GIACCOIA JUNIOR, Oswaldo. “Aula inaugural. Sobre direitos humanos na era da bio-política”. In: KRITERION. Belo Horizonte, n. 118. Dez/2008.

GIL GIL, Alicia. *La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto “Organización Terrorista”*. ADPCP, vol. LXVII, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2006.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003.

JUNGES, Fábio César; RIGO, José Rogério. Biopolítica: reflexões a partir de Giorgio Agamben. (In) *Anais do Congresso Internacional das Faculdades EST*. São Leopoldo: EST, v. 1, 2012, p.1154-1161. Disponível em: <file:///C:/Users/geroso/Downloads/28-770-1-PB.pdf>. Acesso em 20 abril 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

LEVI, Primo. *É isto um homem?* Trad. De Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARX, Karl. *A Questão Judaica*. 2. Ed. São Paulo: Moraes, 1991.

MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994

MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1990.

_____. *Teoría del Derecho: una concepción de la experiencia jurídica*. 5 ed. Madrid: Tecnos, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo, RT, 1996.

_____. *Princípios da dignidade da pessoa e humanidade das penas na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos>. Acesso em: 17 abril, 2017.

_____. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral: volume 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Fortaleza: IBDC – Celso Bastos, 1999.

_____. *Questões de Direito Público*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato Social*. Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A exceção jurídica na biopolítica moderna. Disponível em: http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4044&secao=371. Acesso em: 18 abril, 2017.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Fortaleza: IBDC – Celso Bastos, 1999.

SÉNECA. *El igualitarismo estoico, Séneca y la dignidad de los esclavos*. Disponível em: <http://www.cedt.org/seneca.htm>. Acesso em: 17 abril, 2017.

SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Trad. de Armandina Henriques Puga e Marília Alves Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, v. 1.

WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del Derecho: derecho natural y justicia material*. Trad. Felipe González Vicén. Madrid: Aguilar, 1971.

-
- [3] Professor de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá-PR e na Unoeste de Presidente Prudente-SP. Doutorando, mestre e especialista em Ciências Penais.
- [4] Doutora em Direito pela Fadisp, mestre em História pela UnB. Professora na Fadisp. Advogada.
- [5] Inicia-se a partir do testemunho, uma breve análise da obra de Giorgio Agamben, que nasceu em 1942, é um filósofo italiano, também formado em Direito, autor de obras que percorrem temas que vão da estética à política. Seus trabalhos mais conhecidos incluem sua investigação sobre os conceitos de estado de exceção e homo sacer (AGAMBEN, Giorgio. O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). São Paulo: Boitempo, 2008).
- [6] Cf. AGAMBEN, Giorgio, Homo Sacer I: poder soberano e vida nua. São Paulo: Boitempo, 2008.
- [7] AGAMBEN, Giorgio. O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). São Paulo: Boitempo, 2008, p. 28.
- [8] Ibidem, p. 135.
- [9] O simples nascimento e a exposição ao poder do Estado (vida nua) uniram-se no “sujeito soberano”, fundamento do Estado moderno. Não é o homem como sujeito político, livre e consciente (vide: AGAMBEN, Giorgio. O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). São Paulo: Boitempo, 2008). E esse “sujeito”, que inexistia na antiguidade e na idade média, nasce no século XVIII, com o surgimento do Estado moderno, quando, segundo Foucault, Thomas Hobbes, como um mordomo, abre as portas do deserto (FOUCAULT, Michel. Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008).
- [10] Mente e corpo são inseparáveis (FOUCAULT, Michel. op. cit.).
- [11] AGAMBEN, Giorgio. O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). São Paulo: Boitempo, 2008, p.156.
- [12] GARBELLINI CARNIO Henrique; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria política do direito: a expansão política do direito. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 74-85.
- [13] Ibidem, p. 74-85.

[14] Agamben promove incursão epistêmica no Direito e na Política a partir do ser humano (*homo sacer*), com objetivo de captar uma tensão muito pouco percebida pela qual o Direito e a Política ocidentais existem correlacionadas com a captura do humano. Neste ponto, Agamben dissente de Foucault ao afirmar que a biopolítica não é uma característica da modernidade, mas algo inerente à política ocidental desde suas origens. Embora concorde com Foucault que a modernidade expandiu a biopolítica de forma capilar ao tentar governar de forma útil e produtiva, objetivando-a para tanto como um mero recurso natural (AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 173).

[15] RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A exceção jurídica na biopolítica moderna. Disponível em: http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4044&secao=371. Acesso em: 18 abril, 2017.

[16] GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Aula inaugural: sobre direitos humanos na era da bio-política*, p. 289.

[17] AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 172.

[18] RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A exceção jurídica na biopolítica moderna. Disponível em: http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4044&secao=371. Acesso em: 18 abril, 2017.

[19] A reflexão sobre o “campo” e a figura do “muçulmano” evidencia-nos este equívoco (coimplicação) do pensamento histórico ocidental, que é a tácita confusão entre categorias éticas e jurídicas, ou ainda, de forma mais enfática, entre as categorias de que nos servimos em matéria moral e/ou religiosa, todas contaminadas com o direito: a culpa, a responsabilidade, a pena, a inocência, o julgamento e a absolvição. Direito que alimenta a crueldade, a exclusão. Não é por outra razão a afirmação freudiana de que os meios civilizatórios fortalecem o que é anticivilizatório (*Vide* GARBELLINI CARNIO Henrique; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria política do direito: a expansão política do direito*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 80 e ss). É pois, nesse contexto, que Agamben propõe um “retorno”, se é que saímos dele, aos campos de concentração, sendo o *homo sacer*, o indivíduo abandonado, expulso da cidade, a quem se podia matar sem cometer delito de homicídio (*vide*: AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)*. São Paulo: Boitempo, 2008).

- [20] AGAMBEN, Giorgio. op. cit., p. 93 e ss.
- [21] ANTELO, Raul. Lindes, limites, limiares. v. 1. *Boletim de Pesquisa Nelic*, 2008, p. 9 *apud* GARBELLINI CARNIO Henrique; GUERRA FILHO, Willis Santiago, op. cit., p. 75.
- [22] AGAMBEN, Giorgio. op. cit., p. 93 e ss.
- [23] AGAMBEN, Giorgio. op. cit., p. 93 e ss; ARENDT, Hannah, op. cit. p. 26 e ss. Ou ainda, para Heidegger, a “vida fática”, o ser-aí (*dasein*), o humano enquanto ente destacado, único capaz de questionar o ser (*vide*: HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2006).
- [24] RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. op. cit., p. 14.
- [25] *Vide*: JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003.
- [26] O abandonado ou mesmo bandoleiro, é um sujeito muito peculiar e complexo, que não é só excluído da lei, mas alguém orientado para que a lei nele permaneça intacta, ao preço de mantê-lo amarrado, *a-bandonando-o*, de tal forma que não é possível nunca se saber ao certo se o *bandito* – desterrado, exilado, refugiado ou o apátrida – está dentro ou fora da lei, já que ele habita no limite da própria vida (GARBELLINI CARNIO Henrique; GUERRA FILHO, Willis Santiago, op. cit., p. 76).
- [27] AGAMBEN, Giorgio. op. cit., p. 93 e ss.
- [28] RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. op. cit., p. 14 e ss.
- [29] LEVI, Primo. op. cit., p. 25.
- [30] *Ibidem*, p. 133.
- [31] A explicação mais provável do termo muçulmano nos remete ao significado literal do termo árabe *muṣlim*, que significa quem se submete incondicionalmente à vontade de Deus. Ser resignado. Ou ainda, em decorrência daqueles que, diante da dura vida no campo de concentração, ficam catatônicos (AGAMBEN, Giorgio, op. cit., p. 49-50).
- [32] Fomenta-se, com as atrocidades e tratamentos inumanos dos campos de concentração, um empobrecimento da experiência, que sequer pode ser narrado por quem presencia tamanho horror (*Vide*: BENJAMIN, W. *O capitalismo como religião*. Trad. Nelio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2009). E este, que fita a Górgona, que vai até o fundo, petrifica-se pelo horror, afoga-se, não volta para contar ou, quando volta, o faz mudo (AGAMBEN, Giorgio, op. cit., p. 52)
- [33] *Ibidem*, p. 63.

[34] Nos dias de hoje, a barbárie continua existindo, pois apesar da não visibilidade atual, a própria civilização origina e fortalece progressivamente o que é anti-civilizatório (FREUD. *O mal-estar na civilização*). E os sobreviventes, são aqueles que vivem além, que “vencem”, que “sobre-vivem” para além da vida alheia, seja “por prevaricação, habilidade ou sorte” (AGAMBEN, Giorgio. *Os afogados e os sobreviventes*, apud GARBELLINI CARNIO Henrique; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria política do direito: a expansão política do direito*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 232-235.

[35] GARBELLINI CARNIO, Henrique; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria política do direito: a expansão política do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 238.

[36] Ibidem. p. 238-240.

[37] Ibidem. p. 242

[38] O presente capítulo centra-se, sobretudo, na obra de Michel Foucault, que nasceu em 1926 e faleceu em 1984. Foucault foi um filósofo francês, historiador das ideias, teórico social, e crítico literário. Suas teorias abordam a relação entre poder e conhecimento e como eles são usados no controle social por meio de instituições sociais. Foucault é conhecido pelas suas críticas às instituições sociais, especialmente à psiquiatria, à medicina, às prisões, e por suas ideias sobre a evolução da história da sexualidade, suas teorias gerais relativas ao poder e à complexa relação entre poder e conhecimento, bem como por estudar a expressão do discurso em relação à história do pensamento ocidental. Têm sido amplamente discutidas a imagem da "morte do homem", anunciada em *As Palavras e Coisas*, e a ideia de subjetivação, reativada no interesse próprio de uma forma ainda problemática para a filosofia clássica do sujeito. Sua obra centra-se, sobretudo, na vida e nos diferentes processos de subjetivação (FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: Martins Fontes, 2008).

[39] A força material, poder, é a origem do Direito, e não o contrato. Ele perpassa pela justiça privada, pena, vingança, culpa, sacrifício, castigo, crédito e débito. O nascimento do Direito tem relação com a violência e a associação comunitária (CARNIO, Henrique Garbellini. Notas sobre o pensamento antropológico jurídico de Rudolf von Jhering. In: Alvaro de Azevedo Gonzaga e Antonio Baptista Gonzaga (org.), *(Re)pensando o direito: estudos em homenagem ao prof. Cláudio de Cicco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 125-132).

[40] GARBELLINI CARNIO Henrique; GUERRA FILHO, Willis Santiago. op. cit., p. 242.

[41] *Ibidem*, p. 242 e ss.

[42] A breve abordagem iniciada refere-se ao curso ministrado por Michel Foucault, nos anos de 1978-1979, no Collège de France (FOUCAULT, Michel. Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008).

[43] FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 51.

[44] Obra identifica três temas na história duas vezes secular do liberalismo: problema da lei e da ordem (*law and order*), o problema do Estado em sua oposição à sociedade civil, e por fim, problema da biopolítica e o problema da vida (política da vida). Importa salientar, que Foucault só conseguiu tratar dos dois primeiros pontos na sequência deste curso. Segundo ele, acabou se alongando na análise do liberalismo por considerá-lo condição de inteligibilidade da biopolítica (FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 117- 137)

[45] FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 4-6.

[46] *Ibidem*. p. 6. Importa salientar que, sob a ótica da Ciência Política, ou da Teoria Geral do Estado, os elementos do Estado são: território, povo (ou população) e soberania (ou poder). Há ainda autores que acrescentam o elemento finalidade (*vide*: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 12; BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 108; DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 38.

[47] Cabe lembrar a crítica feita por Rousseau ao sistema representativo, quando negava a liberdade do povo inglês (*vide*: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato Social**. Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001).

[48] FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 57.

[49] Não é por motivo diverso que Foucault assinalou outrora que o objeto de todos esses empreendimentos concernentes à loucura, à doença, à delinquência, à sexualidade (problemas de população) e aquilo que lhes falo agora (governo) é mostrar como o par “série de práticas/regime de verdade” forma um dispositivo de saber-poder que marca efetivamente no real o que não existe e submete-o legitimamente à demarcação do verdadeiro e do falso (*vide* FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 27) (*grifou-se*).

[50] FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 57-58.

[51] *Ibidem*, p. 87-88.

- [52] *Ibidem*, p. 90.
- [53] *Ibidem*, p. 90-91.
- [54] *Ibidem*, p. 90 e ss.
- [55] FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 27.
- [56] *Ibidem*, p. 106.
- [57] FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 107-108. Foucault menciona, a título de exemplo, a política do *Welfare State* (implementada por Franklin Roosevelt a partir de 1932, como programa econômico e social nos Estados Unidos) como maneira de garantir e produzir, numa situação perigosa de desemprego, mais liberdade.
- [58] FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 110-111.
- [59] Fala-se em *ordoliberalismo*, traduzido na necessidade de uma política de sociedade e de um intervencionismo social ao mesmo tempo ativo, múltiplo, vigilante e onipresente. De um lado, a formalização da sociedade com base no modelo da empresa e redefinição da instituição jurídica e das regras de Direito necessárias numa sociedade regulada a partir e em função da economia concorrencial de mercado, ou seja, o problema do Direito (FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 222).
- [60] Trata-se aqui do *neoliberalismo*, como de ação governamental onde se engloba, primeiramente, a questão do monopólio, além disso, o problema daquilo que os neoliberais chamam de ação econômica conforme, e por fim, o problema da política social (FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 184). No neoliberalismo americano, trata-se de fato e sempre de generalizar a forma econômica do mercado. Generalizá-la em todo o corpo social, e generalizá-la até mesmo em todo o sistema social que, de ordinário, não passa ou não é sancionado por trocas monetárias (FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 112).
- [61] FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 438-439.
- [62] FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 115.
- [63] *Ibidem*, p. 439.
- [64] *Ibidem*, p. 116-117.
- [65] FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 27.
- [66] FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 258.
- [67] Adam Smith: o interesse comum exige que cada um saiba entender o seu (interesse) e obedecer a ele sem obstáculo. Em outras palavras, o poder, o governo, não pode criar obstáculo ao jogo dos interesses individuais (FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 381).

- [68] FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 384.
- [69] *Ibidem*, p. 402-403.
- [70] *Ibidem*, p. 404.
- [71] *Ibidem*, p. 412-414.
- [72] FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 424.
- [73] *Ibidem*, p. 432.
- [74] *Ibidem*, p. 433-436.
- [75] AGAMBEN, Giorgio. op. cit., p. 93 e ss.
- [76] GARBELLINI CARNIO, Henrique; GUERRA FILHO, Willis Santiago. op. cit., p. 76.
- [77] FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 437.
- [78] Em “O poder soberano e a vida nua”, Agamben trata da questão da vida nua ou comum (*zoê*) e da vida política ou politizada (*bios*). *Zoé* é a vida natural, regida pelas normas da natureza e dos instintos puramente animais, livre da cultura, da vontade e da liberdade humana. *Bios* é uma vida baseada na práxis do sujeito e historicamente elaborada (AGAMBEN, Giorgio. *O poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Humanitas, 2010, p. 9). Segundo Aristóteles, por uma qualidade própria, que é a linguagem, o ser humano passa de *zoé* a *politikòn zôon*, isto é, animal político, o que lhe possibilita uma vida política (ARISTÓTELES. *Política*. Lisboa: Vega, 1998, p. 55).
- [79] FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. São Paulo: Graal, 2005, p. 134.
- [80] AGAMBEN, Giorgio. op. cit., p. 37
- [81] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 131.
- [82] JUNGES, Fábio César; RIGO, José Rogério. Biopolítica: reflexões a partir de Giorgio Agamben. (in) *Anais do Congresso Internacional das Faculdades EST*. São Leopoldo: EST, v. 1, 2012, p.1154-1161. Disponível em: file:///C:/Users/gerso/Downloads/28-770-1-PB.pdf. Acesso em 20 abril. 2017.
- [83] GIL GIL, Alicia. *La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto “Organización Terrorista”*. ADPCP, vol. LXVII, 2014.
- [84] AGAMBEN, Giorgio. op. cit., p. 116-118.

[85] Oswaldo Giacoia Junior, nascido em 1954, é um filósofo e professor universitário brasileiro do Paraná, estudioso de Nietzsche, bem como do idealismo alemão e de seus desdobramentos contemporâneos diversos, dos quais o pensamento de Michel Foucault, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Giorgio Agamben etc.

[86] GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. “Aula inaugural. Sobre direitos humanos na era da bio-política”. In: KRITERION. Belo Horizonte, n. 118. Dez/2008, pp. 267-268. Giacoia recorre à *Antígona* por ser ela um documento legítimo e fundador da fonte das leis não escritas, porque ínsitas à natureza do ser humano, ainda que contrariadas pelo direito positivo.

[87] GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. op. cit., p. 269.

[88] *Ibidem*, p. 269-270.

[89] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 4-10.

[90] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 563-564, leciona que os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o estado. São, por igual, direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõem a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual.

[91] GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. op. cit., p. 270.

[92] O anseio pela liberdade face ao intervencionismo do “Estado” monarca restou demonstrado já em 1215, quando da conquista da Magna Carta, pelos ingleses junto ao Rei João Sem Terra, momento em que desejavam que lhes fosse permitido construir livremente suas vidas, legalizando e limitando o totalitarismo do *Leviatã* (Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1974; LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998).

[93] Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques: *O contrato social* (Título original: *Le Contrat Social* revisado por Antonio Carlos Marquês). Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

[94] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 4-7.

- [95] Cf. SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Trad. de Armandina Henriques Puga e Marília Alves Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, v. 1.
- [96] GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. op. cit., p. 271.
- [97] GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad, 1982, p. 56.
- [98] GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. op. cit., p. 271.
- [99] Assim, elabora-se ordenamento jurídico como um sistema escalonado de normas, cabendo às normas constitucionais (superiores) nortear e inspirar todo o arcabouço jurídico, demonstrando-se o *princípio da supremacia imanente* da Constituição – a qual embasa todas as leis elaboradas sob a sua égide –, princípio este que objetiva garantir a liberdade humana contra os abusos do poder estatal (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 374-376). Nesse passo, a República há de ser uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225).
- [100] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 75-77.
- [101] GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. op. cit., p. 272.
- [102] MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 31. O Estado democrático de Direito é, pois, um Estado constitucionalmente conformado e por isso, pressupõe a existência de uma Constituição e a afirmação inequívoca do princípio da constitucionalidade. E é na Constituição – ordenação normativa fundamental e suprema – que o primado do Direito do Estado democrático de Direito encontra sua primeira e decisiva expressão. Constituição essa que garante a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais do homem, na sua complexa qualidade de pessoa, cidadão e trabalhador. Nesse sentido, o Estado de Direito é um Estado de distância, pois os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos; de outra banda, o Estado de Direito é um Estado antropologicamente amigo, ao respeitar a dignidade da pessoa humana e ao empenhar-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 83).

[103] Importa lembrar aqui, a análise crítica de Giorgio Agamben, asseverando que o simples nascimento e a exposição ao poder do Estado (vida nua) uniram-se no “sujeito soberano”, fundamento do Estado moderno. Não é o homem como sujeito político, livre e consciente, mas do indivíduo que nasce e se a-sujeita ao Estado de Direito, que a partir de então irá “fornecer-lhe” a liberdade e os demais direitos inerentes à condição de cidadão/sujeito soberano (*vide*: AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)*. São Paulo: Boitempo, 2008).

[104] A realidade efetiva dessa tendência pode ser comprovada pelos tratados e convenções decorrentes da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e da Carta das Nações Unidas de 1948. Assim, por exemplo: pela Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948), pelo Estatuto dos Refugiados (1951), pelo Estatuto dos Apátridas (1954), pela Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação (1965), e, mais recentemente, pela Convenção Européia dos Direitos Humanos, pelo Pacto de São José para a América Latina, e pela atuação efetiva do Tribunal Penal Internacional (GIACCOIA JUNIOR, Oswaldo, *op. cit.*, p. 272).

[105] BOBBIO, Norberto, *Op. cit.*, 71. É essa a lição de Oswaldo Giacoia, que fazendo alusão ao pensamento de Hannah Arendt e Norberto Bobbio, assinala que “a cidadania deveria ser entendida num sentido ampliado, cujo efetivo exercício restauraria a dignidade da política, entendida como atuação conjunta num espaço para asseguramento do direito a um mundo compartilhado – numa inegável evocação do direito cosmopolita de Kant” (GIACCOIA JUNIOR, Oswaldo, *op. cit.*, p. 273-274).

[106] MARX, Karl. *A Questão Judaica*. 2. Ed. São Paulo: Moraes, 1991, p. 50, *apud* GIACCOIA JUNIOR, *op. cit.*, p. 276-277.

[107] Saliente-se que, a essas minorias, o século XX somaram-se os apátridas – aqueles grupos humanos que não dispunham de nenhum estado nacional próprio, em razão da perda da cidadania original, decorrente de alguma revolução ou transtorno político: fenômeno de grandes proporções ocorrido na Europa nos anos que precederam a segunda guerra mundial, agravado pela massiva desnacionalização de judeus alemães, ciganos e armênios, pelas autoridades nazistas, num regime de exceção que, como exceção, durou mais de uma década. Esse fenômeno fez surgir o que Hannah Arendt denominou *displaced persons*. Pessoas desnacionalizadas e permanentemente deslocadas demonstravam o paradoxo até então oculto na concepção de direitos humanos que remete à *Antígona* – direitos radicados na natureza do homem, dedutíveis por operação da simples razão, precedentes e alheios à institucionalização política. Esses direitos, tal como os concebiam os jusnaturalistas clássicos, como Hobbes, Rousseau, Grotius e Locke, entre outros, estavam antropocentricamente ancorados na natureza do homem, podendo ser embasados em argumentos cogentes, universalmente válidos e irrecusáveis para qualquer ser de razão (ARENDDT, Hannah. *O Declínio do Estado Nação e o Fim dos Direitos do Homem*. In: *Origens do Totalitarismo – Anti-Semitismo, Imperialismo e Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 327, *apud* GIACOIA JUNIOR, op. cit., p. 278-279).

[108] GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. op. cit., p. 279-280.

[109] AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 1134-135, *apud* GIACOIA JUNIOR, op. cit., p. 281-282.

[110] *Bando* é a tradução portuguesa do termo alemão *Bann*, que significa o poder de governo, a soberania, o direito de estatuir comandos e proibições, de impor e executar penas; também o direito de *banir* (GIACOIA JUNIOR, op. cit., p. 283).

[111] AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 1134-135, *apud* GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. op. cit., p. 284.

[112] Para Foucault, há um racismo no exercício de um poder, e que é, assim, a condição para que se possa exercer o direito de matar. E por tirar a vida não entendo simplesmente o assassinato direto, mas também tudo o que pode ser assassinio indireto: o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição, etc. (FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade. Curso no Collège de France (1975-1976)*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 306, *apud* GIACCOIA JUNIOR, op. cit., p. 285).

[113] GIACCOIA JUNIOR, Oswaldo. op. cit., p. 285 e ss.

[114] GIACCOIA JUNIOR, Oswaldo. op. cit., p. 287-288.

[115] GIACCOIA JUNIOR, Oswaldo. op. cit., p. 290-291.

[116] KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 29 *apud* GIACCOIA JUNIOR, Oswaldo. op. cit., p. 291.

ASTREINTES NO PROCESSO CIVIL: NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR COMO CONDIÇÃO DE EXEQUIBILIDADE E DE PROTEÇÃO DE SEUS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Marcelo Negri Soares¹¹⁷

Isabela Franco Arruda Brasil¹¹⁸

Maria Vittoria Bulhak Salça¹¹⁹

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar o instituto das astreintes, também denominada de multa, e a sua execução no novo Código de Processo Civil. Na vigência do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula n.º 410, firmou o entendimento de que o devedor necessita ser intimado pessoalmente sobre a decisão que fixar uma multa coercitiva. No entanto, o novo código, ao disciplinar o cumprimento de sentença, prevê em seu art. 513, § 2º, inc. I, que o devedor será intimado para cumpri-lo pelo seu advogado constituído nos autos. Deste modo, a jurisprudência, antes consolidada sobre o assunto, agora diverge sobre a necessidade (ou não) da intimação pessoal e a permanência da Súmula n.º 410. Ao final do trabalho, após pontuar sobre aspectos diversos da multa coercitiva, para que haja a ampla e fácil compreensão do tema, é salientado que a intimação pelo patrono vai de acordo com o princípio da celeridade (embasador do CPC/2015) e que através de um processo rápido e efetivo, garante-se a proteção aos direitos da personalidade dos litigantes.

Palavras-chave: Multa coercitiva; Intimação pessoal; Princípios da razoabilidade e da celeridade.

INTRODUÇÃO

Para assegurar o cumprimento de ordens judiciais, o ordenamento jurídico brasileiro prevê o instrumento de coerção patrimonial, denominado de astreintes, que, propriamente, é a multa fixada pelo órgão julgador como sanção para obter do devedor o cumprimento de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa determinada.

Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, a Súmula n.º 410 consolidou como requisito obrigatório para a cobrança das astreintes, a intimação pessoal do devedor.

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, na data de 18 de março de 2016, entretanto, surgiram dúvidas se a referida súmula continuaria em vigor ou se teria sido superada pelo previsto no artigo 513, § 2º, inc. I, do novo código, o qual, ao tratar do cumprimento da sentença, admite que a parte seja intimada para cumpri-lo por seu advogado, ou seja, a parte também não precisaria ser intimada pessoalmente sobre a multa.

Dessa forma, com o objetivo de compreender e ampliar o conhecimento sobre o tema e de verificar se ainda há necessidade da intimação pessoal do devedor como requisito para a aplicação das astreintes, utilizamos o método de pesquisa descritiva, realizando um amplo levantamento bibliográfico de diversas obras, artigos, dissertações, teses e jurisprudências relacionadas ao assunto, tanto em bibliotecas, quanto em materiais disponibilizados na internet, com a finalidade de obter maior conhecimento do tema estudado.

No esforço para alcançar os objetivos traçados, em um primeiro momento, discorre-se sobre a evolução histórica da astreintes no Brasil com enfoque na evolução dentro da legislação até o Código de Processo Civil de 2015; o conceito das astreintes, a sua aplicabilidade e a sua importância para o ordenamento jurídico pátrio; posteriormente, é dado enfoque a fixação do valor (e a possibilidade de alteração deste), quem se beneficia com a multa, a sua periodicidade, a sua execução e a necessidade da intimação pessoal do devedor como condição necessária para a fruição das

astreintes. Já no término do trabalho, é apresentado a avaliação sobre a questão principal da intimação do devedor, seu reflexo nos direitos da personalidade e as considerais gerais finais.

1. CONCEITO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade, como o próprio nome induz, se destinam a proteger e a desenvolver a personalidade do homem. A personalidade pode ser considerada como um conjunto de características que compõem a pessoa, que formam a sua identidade.

Deste modo, os direitos da personalidade, que poderão ser classificados de acordo com o aspecto que tutelem (físico, moral ou psíquico), referem-se àquilo que é inato ao ser. Como exemplos, podendo serem citados, o direito à vida, ao nome, à honra, à liberdade intelectual e religiosa, entre outros.¹²⁰

Há registros da previsão desses direitos no Código de Hamurabi, datado de 2.000 a. C.¹²¹ Além dele, a sociedade grega e romana já os abrangiam, sendo que aquela procurava conhecer as facetas da natureza humana para proteger a intimidade do homem, enquanto para a outra, eles eram atribuídos a quem possuísse todos os status da sociedade romana (os *status libertatis, civitatis e familiae*). Ou seja, pessoas que possuíam relevância tinham protegidos os seus direitos à privacidade, ao domicílio e à integridade física.¹²²

Os direitos da personalidade também são tutelados atualmente, no ordenamento jurídico pátrio, pela Constituição Federal e pelo Código Civil.

Diante da grande amplitude do tema, ele se relaciona com diversas áreas da vida humana, inclusive, durante um processo judicial, em que uma parte pode ter a sua privacidade e intimidade tolhidas ou a sua integridade psíquica atacada ante a excessiva demora na satisfação de seu direito.

2. BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO

DAS ASTREINTES NO BRASIL

É pacífico na doutrina que o instituto das multas teve origem no direito francês, no início do século XIX, com o objetivo de compelir o devedor a cumprir efetivamente às decisões judiciais que lhe impunha o cumprimento de uma obrigação. Esse modelo de medida coercitiva judicial da França, com pequenas variações, serviu de modelo para diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como o sistema brasileiro.¹²³

No início, as astreintes não foram bem aceitas pela doutrina, pois foram consideradas uma nova espécie de reparação de danos. No entanto, com as evoluções legislativas e jurisprudenciais, esse instituto sedimentou-se como medida coercitiva e independente da indenização que teria direito o autor por perdas e por danos sofridos.

Realmente, no nosso ordenamento jurídico, a possibilidade do juiz fixar a multa para coagir o devedor renitente a cumprir a obrigação, já era prevista nas Ordenações Filipinas em duas ações: uma de natureza possessória, o interdito proibitório, e outra de natureza pessoal, a ação cominatória.¹²⁴

Houveram, posteriormente, previsões do instituto em outras legislações, por exemplo, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943 e na Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), cujo art. 287 assim estabelecia:

Art. 287 – Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645).

Apesar da positivação, as astreintes só assumiram efetiva importância na legislação pátria com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), pois o seu art. 84 estabeleceu a primazia da tutela específica em lugar da tutela reparatória, representando uma mudança de paradigmas e

elegendo a multa como um de seus mais destacados instrumentos.¹²⁵

Adiante, com as reformas do Código de Processo Civil (CPC) e, em específico, com a elaboração do art. 461 (correspondente do antigo art. 287), baseada no texto do art. 84 do CDC, os poderes do juiz na aplicação das astreintes foram ampliados, porque por este, há a possibilidade do juiz fixar uma multa de ofício, até mesmo em antecipação de tutela.

Com as reformas no CPC, sucessivamente, a Lei n.º 10.444/2002 imprimiu nova redação ao artigo 461, acrescentado o artigo 461-A, permitindo a aplicação das astreintes para coagir o devedor renitente a cumprir uma obrigação de fazer, de não fazer ou de entrega de uma coisa.

A disciplina expressa nos artigos 84 do CDC e 287 do CPC/73 deixava muitas questões abertas a respeito da multa. Com a reforma advinda pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (que instituiu o novo Código de Processo Civil), houve uma nova regulação do tema, sendo que esta respeitou as diretrizes fundamentais presentes na legislação anterior, mas, tal como o fez em relação a diversas outras questões, contemplou solução para outros pontos não resolvidos e, em certos aspectos, buscou superar a jurisprudência até então dominante (FROTA JÚNIOR, 2019, p. 108).

Apenas à título de curiosidade, o CPC/2015 estabelece expressamente a possibilidade de fixação das astreintes em seus artigos 497, 500, 536, 537, 806 e 814.

3. CONCEITO DE ASTREINTES

Inicialmente, é necessário conceituar as astreintes, para entender o seu real significado. No entendimento de Áurea Correa de Miranda Breitbach¹²⁶ aquilo que em um primeiro momento não é perceptível, vai se tornando aos poucos visível ao passo que a realidade de fato vai sendo desbravada.

Como visto, as astreintes surgiram na época da revolução burguesa, na França, sendo incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro como uma medida de coagir psicologicamente o devedor a cumprir determinada obrigação (de entregar uma coisa certa, fazer ou não fazer algo), visto que se esse decidisse pelo não cumprimento da ordem judicial, sofreria uma sanção pecuniária.

Em verdade, a multa coercitiva brasileira é uma versão das astreintes que surgida no ordenamento jurídico francês, com finalidade idêntica.¹²⁷

Desta forma, a multa é um meio de pressionar o devedor ao cumprimento da obrigação, ao determinar que em caso de não observação, deva pagar uma quantia em dinheiro, por dia, que pode aumentar com o passar do tempo, acumulando-se, dependendo do tempo de violação.¹²⁸

Em um contexto ampliativo, poder-se-ia considerar que a multa coercitiva é um meio de tutela coercitiva e acessória, que teria por fim pressionar o devedor à cumprir uma ordem judicial, sob pena de restrição ao seu patrimônio.¹²⁹

4. VALOR DA MULTA

Em relação ao valor das astreintes, não existe nenhuma previsão legal para a sua fixação, apenas mencionando o art. 537, *caput*, do novo CPC, a exigência de que seja suficiente e compatível com a obrigação.

É melhor que assim seja, pois se tratando de medida de pressão psicológica, caberá ao juiz analisar as particularidades do caso concreto para determinar um valor que seja apto a efetivamente exercer tal influência no devedor para que este se convença de que a melhor alternativa é o cumprimento da obrigação.¹³⁰

Oportuno esclarecer que o valor das astreintes não está limitado ao valor da obrigação principal. A jurisprudência estabeleceu que não há nenhuma vinculação entre o valor da multa e o da obrigação principal, podendo, deste modo, ultrapassá-lo e,

conforme prevê o enunciado 96 da 1º Jornada de Direito Processual Civil:

Os critérios referidos no caput do art. 537 do CPC devem ser observados no momento da fixação da multa, que não está limitada ao valor da obrigação principal e não pode ter a sua exigibilidade postergada para depois do trânsito em julgado.

Por outro lado, isto não significa que a multa possa atingir um valor exorbitante. No julgamento do agravo interno em sede de agravo em recurso especial n.º 976.921, julgado em 09/03/2017, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que *cabe fixar um teto máximo para cobrança da multa, pois o total devido a esse título não deve se distanciar do valor da obrigação principal*.

Por se tratar de uma medida coercitiva que visa criar uma pressão ao executado para o cumprimento das obrigações, o juiz, ao definir o valor da multa, deverá observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não sendo a sua tarefa simplória, porque o valor não pode ser nem irrisório, de modo a “autorizar” o descumprimento do mandamento judicial, nem excessivo, pois se assim o for, vendo que não terá capacidade para suportar o elevado ônus, ou seja, se tratando de uma multa que é impossível de ser paga, a parte decidi reiterar o descumprimento.¹³¹

O que se tem observado na prática, segundo afirma Vicente de Paula Ataíde Junior¹³² é que por medo de enriquecer indevidamente o autor, os juízes se têm fixado quantias insuficientes que não atingem a finalidade da coerção.

Neste contexto, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do agravo interno em agrado retido no agravo em recurso especial n.º 738.682, sugeriu a observância de critérios para a definição do quantum a ser fixado, a depender das circunstâncias do caso concreto, como o valor da obrigação e a importância do bem jurídico tutelado; o tempo para cumprimento (no tocante ao prazo para cumprir e na periodicidade); a capacidade econômica e

capacidade de resistência do devedor; a possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e, o dever do credor de mitigar o próprio prejuízo.

5. BENEFICIÁRIO DA MULTA

Em decorrência de sua natureza coercitiva, as astreintes sempre beneficiarão a parte que pretende o cumprimento da obrigação. Não há dúvidas que, na hipótese da multa funcionar em sua tarefa de pressionar o obrigado, a parte contrária será beneficiada por sua aplicação, porque conseguirá a satisfação de seu direito em razão do convencimento gerado no devedor em razão da aplicação da multa. Acontece, todavia, que nem sempre a multa produz os efeitos pretendidos e sempre que isso ocorre será criado um direito de crédito no valor da multa fixada. Deste modo, o mais correto não é falar em quem será o beneficiado pela multa para aferir quem é o credor desse valor, melhor será falar em beneficiado pela frustração da multa e a consequente criação de um crédito.¹³³

Apesar de ser um tema controvertido, o § 2º do art. 537, do CPC/2015 (diferente do CPC/1973 que restava inerte sobre quem se beneficiaria) prevê que o credor do valor gerado pela frustração da multa será a parte prejudicada, a qual será, na maioria das vezes, o demandante, mas também pode ser em alguns casos o demandado, quando esse for o prejudicado pelo descumprimento de uma obrigação de fazer ou de não fazer do demandante com a aplicação de multa. Por conseguinte, a multa é revertida para uma das partes, não sendo atribuída para o Estado, conforme o desejo de parte de nossa doutrina.

A opção do legislador, todavia, não está isenta de críticas, pois se o demandante, em razão do descumprimento da obrigação pelo demandado, teve algum prejuízo, tem a opção de pedir a devida indenização por perdas e por danos, nos termos previstos no art. 500, do novo CPC, que estabelece que *a indenização por perdas e por danos dar-se-á sem prejuízo da multa*, tornando-se o demandante duplamente credor, em decorrência do direito à

multa e à indenização por perdas e danos, o que causaria um enriquecimento sem causa.

Respeitando quem emane este entendimento, estes autores não entendem que haja um enriquecimento indevido para o autor, uma vez que, primeiramente, cabe ao devedor cumprir a obrigação no tempo correto e em segundo lugar, a multa para forçar o cumprimento possui uma natureza e a indenização em caso de danos ou perdas, possui outra. Em sendo o caso do autor sofrer perdas ou danos, evidentemente ele deverá ser indenizado, pois além do não cumprimento no prazo hábil, prejuízos foram concretamente sofridos.

6. ALTERAÇÃO DO VALOR E PERIODICIDADE DA MULTA

Conforme o art. 537, §1º do CPC/2015, o juiz poderá de ofício ou a requerimento modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda, ou seja, a que ainda irá vencer, e poderá excluí-la quando a mesma se tornou insuficiente ou excessiva e/ou quando o obrigado demonstrar o cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

Pela análise literal do § 1º do artigo 537, seria possível concluir que o legislador permitiria somente a revisão da multa vincenda, excluindo a permissão de revisão à multa vencida, mas, conforme se infere da análise de decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento do agravo de instrumento n.º 70071051114, esse não é o entendimento dos Tribunais pátrios:

Sem embargos de posicionamentos doutrinários em sentido diverso, persiste a orientação jurisprudencial dominante sustentando admissível a redução do montante das 'astreintes' a qualquer tempo, inclusive no tocante ao período pretérito de inadimplemento já consumado, à luz do art. 537, § 1º, do CPC.**134**

Em relação à faculdade do juiz em alterar o valor da multa, quando percebe que a mesma se tornou insuficiente ou excessiva, ou seja, foi notado por ele que o valor fixado originalmente se

mostrou insuficiente para pressionar efetivamente o devedor a cumprir a obrigação ou excessivo a ponto de não estimular o devedor a tal cumprimento, deve, inclusive de ofício, modificar o valor da astreinte. A discricionariedade do juiz em alterar a quantia imposta pode ocorrer mesmo após o descumprimento da ordem. Inclusive, a permissão para o juiz modificar a multa fixada em sentença (já transitada em julgado) evidencia que esta parte da decisão não se imuniza pela coisa julgada material.¹³⁵

O Superior Tribunal de Justiça compartilha esta mesma visão, pacificada no Informativo 539/STJ, segundo o qual as astreintes não produzem coisa julgada material por serem apenas de coerção indireta, podendo ter o seu valor modificado e até mesmo serem suprimidas no momento executivo.

Em relação à periodicidade da multa coercitiva, comumente é diária, mas o juiz poderá determinar outra unidade de tempo – minuto, hora, semana, quinzena, mês, bem como estabelecer uma multa fixa para os casos de violações de natureza instantânea.

7. EXECUÇÃO DA MULTA

Em relação ao cumprimento da multa cominatória, o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 537, § 3º, estabelece que a decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

Dessa forma, o novo CPC prevê dois itens. São eles: a) que pode ser instaurado imediatamente a execução provisória da multa e que o seu valor deverá ser depositado em juízo; b) que o levantamento do valor somente poderá ser feito após o trânsito em julgado da sentença favorável para a parte.

8. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR

Em relação à necessidade ou não da intimação pessoal do devedor como requisito para fluência das astreintes, sempre houve grande divergência na doutrina e na jurisprudência.

O STJ, durante longo período, não tinha um posicionamento definido sobre o assunto, ora decidia pela incidência imediata da multa, ora pela necessidade de intimação (anterior e pessoal) do devedor sobre a decisão que lhe estabelecia.¹³⁶

Para pacificar o assunto, o Tribunal editou a Súmula n.º 410. Segundo ela, a *prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer*.

As principais justificativas para esse entendimento são: a) o adimplemento da prestação deve ser cumprido pela parte, e não pelo advogado; b) a multa será imposta contra a parte, então deve ser ela a destinatária do alerta judicial; c) seria um encargo excessivo deixar, para o advogado, a obrigação de diligenciar no sentido de localizar seu cliente para comunicá-lo sobre a necessidade de cumprimento da obrigação sob a pena de multa.

Entretanto, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça passou a defender um entendimento divergente, quando a Ministra Nancy Andrighi, no julgamento dos embargos de divergência em agravo n.º 857/758 em 23/02/2011, entendeu que, a exemplo do que ocorre com a execução de sentença por quantia certa, também nas obrigações de fazer e de não fazer haveria de ser permitida a intimação do advogado do devedor.¹³⁷

Segundo ela, a possibilidade da parte ser intimada pelo patrono guarda relação com o espírito fundados do CPC/2015, em especial porque se buscou instaurar uma prestação jurídica mais célere, menos democrática e que vise a antecipação do direito reconhecido. Ou seja, foi dado enfoque ao direito material em detrimento do direito processual, já que este é apenas um instrumento para se alcançar a tutela jurídica final.

Uniformizar os procedimentos, aceitando a intimação pelo advogado para todas as modalidades de cumprimento de obrigações (seja ela de fazer, não fazer ou pagar quantia), facilita a atuação da defesa e do próprio julgador. Além disso, eventual impossibilidade de cumprimento da obrigação de fazer ou não

fazer, estas seriam transformadas em uma obrigação pecuniária, a qual admitiria a comunicação através do patrono.

O entendimento divergente não prevaleceu por muito tempo. No julgamento do recurso especial n.º 1.349.790/RJ a Ministra Maria Isabel Gallotti reafirmou que a intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer e que a Súmula n.º 410 continuava válida em face do ordenamento jurídico em vigor.¹³⁸

Assim, na vigência do CPC de 1973, prevalecia em nossos tribunais o entendimento majoritário de que para a ciência sobre a aplicação de astreintes em virtude do descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer era necessária a intimação pessoal do devedor.

Não obstante, o Código de Processo Civil de 2015, trouxe novamente questionamentos sobre o tema, estabelecendo no seu art. 513, § 2º, inciso I (que aborda o cumprimento da sentença) que *o devedor será intimado para cumprir a sentença, pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos*. Dessa forma, parte de nossa doutrina processualista entende que com o novo CPC houve a superação do entendimento sumulado, que estabelecia ser indispensável à prévia intimação pessoal do devedor para cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, exceto se o mesmo não tiver procurador constituído, se representado pela Defensoria Pública ou se o requerimento ocorrer após um ano do trânsito em julgado da sentença. Todavia, para outra parte, mesmo com a vigência do novo CPC, o entendimento consolidado na Súmula 410 continua válido, sendo imprescindível a intimação pessoal do devedor para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, sendo esta condição necessária para que se reconheça a sua exigibilidade.

Da mesma maneira, a jurisprudência tem decidido em ambos os sentidos. No julgamento dos embargos em recurso especial n.º 1360577/MG (em 19/12/2018) o Relator Ministro Luis Felipe

Salomão entende que a Súmula n.º 410 do STJ continua em vigor mesmo após a entrada em vigor do novo CPC:

É necessária a prévia intimação pessoal do devedor para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer antes e após a edição das Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006, nos termos da Súmula 410 do STJ, cujo teor permanece hígido também após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (...).¹³⁹

Por outro lado, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal no julgamento da apelação n.º 20170110280383 (em 07/02/2018), decidiu em sentido contrário, manifestando que a referida súmula refletia a jurisprudência consolidada na época do CPC/1973, aplicando-se somente execuções iniciadas sob a égide do antigo código.¹⁴⁰

Não obstante o Código de Processo Civil de 2015 ter possibilitado que, para a cobrança de multa, a intimação poderá ser feita por meio do advogado, diversas decisões dos nossos tribunais, seguem aplicando o Enunciado nº 410 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que tem o entendimento de que a intimação pessoal é uma condição necessária para que as astreintes se tornem exigíveis.¹⁴¹

9. CONCLUSÃO

O objetivo central deste artigo foi estudar e conhecer o instituto das astreintes para angariar conhecimentos e informações necessárias sobre esse valioso instrumento colocado à disposição do judiciário, com a finalidade de garantir a efetividade das decisões judiciais.

Entre as principais compreensões, primeiramente, notou-se que a multa (surgida no direito francês no século XIX e presente em nossa legislação desde as Ordenações Filipinas) se trata de uma medida coercitiva para forçar o executado a cumprir uma

obrigação (seja ela de fazer, não fazer ou entregar uma coisa), determinada em decisão judicial.

De acordo com o CPC/2015, o juiz, ao definir o valor da multa, deverá observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para que a quantia não seja muito alta nem muito baixa à situação concreta. A finalidade do *quantum* ser proporcional é que deve ser aplicado uma medida mais justa possível ao caso e que haja de fato, a instigação para que a obrigação seja cumprida.

Além disso, mesmo salientado que há a possibilidade da aplicação de multa e da condenação da parte nos danos e perdas eventualmente sofridos em razão da sua demora, o magistrado deve se atentar para que não haja enriquecimento ilícito para a parte beneficiária. Isto poderia ocorrer com a fixação de uma multa aquém do necessário e possível de ser paga pelo devedor.

Apesar de ser um tema controvertido, o CPC/2015 dispôs que o valor da multa reverterá para a parte beneficiária e não para o estado, como pretendia o legislador na primeira versão do anteprojeto do CPC, segundo a qual o valor da multa seria destinado ao autor até o montante equivalente ao valor da obrigação e, o excedente, ao estado.

A astreinte, cuja periodicidade mais comum é a por dia, pode ser alterada não apenas quanto à parcela vincenda mas quanto à vencida também.

Por fim, no que toca à necessidade (ou não) de prévia intimação da parte sobre a decisão que lhe impõe a multa, foi constatado que mesmo com a vigência do inciso I, § 2º do artigo 513 do CPC/2015, existem divergências nos tribunais sobre o assunto, pelo instituto envolver a ciência sobre um aspecto de direito material.

Não parece coerente que o advogado tenha o “poder” (ou “encargo”) de ser intimado de importantes atos do processo (que podem acarretar graves consequências para seu constituinte), mas não o tenha para aqueles que veiculassem uma obrigação material (como a intimação para pagar quantia ao final do processo

condenatório ou para desempenhar uma obrigação de fazer ao cabo de um processo mandamental).¹⁴²

Quando o legislador pretendeu exigir a intimação pessoal da parte, estabeleceu-o expressamente, como quando ao disciplinar o cumprimento de sentença relativo aos alimentos (art. 528) e para a hipótese de ser ele requerido mais de um ano após o trânsito em julgado (art. 513, § 4º).¹⁴³

O processualista atual não pode se apegar à dogmas antigos, pois eles não servem para explicar problemas jurídicos novos. Seu papel é adequar o modo de pensar à nova realidade existente.

Então, se o objetivo das reformas imprimidas pelo novo Código de Processo Civil era o de alcançar a tutela adequada, tempestiva e efetiva, mais célere e menos burocrática, a intimação do devedor, via advogado, acerca da imposição da multa, é o meio mais adequado de cientificar a parte. E, não há razões para que o judiciário divirja sobre a intimação da obrigação de pagar quantia, de fazer e não fazer,¹⁴⁴ até porque, com a uniformização do procedimento (aceitando-se a intimação do advogado para todas as modalidades de cumprimento de obrigação), a atuação do patrono e da própria justiça representada pelo magistrado e seus auxiliares, é facilitada.

Um dos aspectos mais importantes da reforma processual foi o desapego ao cumprimento rigoroso de normas processuais, que em alguns casos, eram colocados em patamar mais relevante que o próprio direito material. O princípio da instrumentalidade das formas, facilmente observado na hipótese da possibilidade de se emendar petições iniciais carentes, veio para prestigiar a tutela de fato pretendida.

Aliás, uma decisão mais célere, em que não haja a necessidade de se esperar que a carta chegue ao endereço da parte e depois seja apensada ao processo, reflete em uma melhor proteção dos direitos envolvidos e dos direitos da personalidade da pessoa, que sofrerá menos com a demora processual, atingirá o seu direito material em menor tempo e manterá a integridade de sua psique.

Em nome da segurança jurídica é preciso que o Superior Tribunal de Justiça defina com urgência se continuará adotando o entendimento da súmula n.º 410, ou se irá superá-lo definitivamente.

Em conclusão, o que se espera nos julgados futuros é que a questão da intimação pessoal do devedor sobre a imposição da multa, possa ser vista por um olhar desapegado a premissas antigas e, com base na regra presente no art. 513, § 2.º, inc. I, do Código de Processo Civil de 2015, possa ser feita via advogado, pois assim atende-se ao espírito inovador do novo CPC, que preza por uma prestação jurisdicional mais célere (e menos burocrática) e se protege tanto os direitos abordados no caso como os direitos da personalidade dos litigantes.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do art. 461 e outras*, 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ARENHART, SÉRGIO Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. *A destinação da multa coercitiva no projeto de novo CPC*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31540/a-destinacao-da-multa-coercitiva-no-projeto-de-novo-cpc/2>> Acesso em: 10 set. 2019.

BERIZONCE, Roberto Omar. El principio general del abuso del derecho y su incidencia en el ordenamiento procesal. *Civil Procedure Review*, v.7, n.2: 69-85, may.-aug., 2016. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/?option=com_content&view=article&id=323:el-principio-general-del-abuso-del-derecho-y-su-incidencia-en-el-ordenamiento-procesal-roberto-omar-berizonce&catid=90:pdf-revista-n2-2016>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Brasília, DF, 11 de set. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>. Acesso em: 27 jul. 2019.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 ago. 2019.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BREITBACH, Áurea Correa de Miranda. *Notas sobre a importância metodológica dos conceitos*. Ensaios FEE, Porto Alegre, v. 9, n.1, p. 121-125, 1988. Disponível em: <<https://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/viewFile/1193/1542>> Acesso em: 30 ago. 2019.

CALDEIRA, Isabel Trevizano; BRUNOZI JÚNIOR, Antônio Carlos; SANT'ANNA, Victor Souza; LEROY, Rodrigo Silva Diniz. CPC 32, Lei 12.973/2014 e as despesas de IRPJ/CSLL em empresas de capital aberto listadas no Brasil. *Perspectivas Contemporâneas*. Disponível em: <<http://revista2.grupointegrado.br/revista/index.php/perspectivascontemporaneas/article/view/2915/1057>>. Acesso em: 14 set. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARACCILO, Alessio; STAMERRA, Federica; CESAREO, Fabrizio. Astreintes and Italian Law. *Civil Procedure Review*, v.8, n.2: 45-72, may-aug., 2017. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/?option=com_content&view=article&id=367:pdf-revista-n2-2017>. Acesso em: 30 jul. 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FARIA, Guilherme Henrique Lage; PEDRON, Flávio Quinaud. *Astreintes e Súmula 410 do STJ: houve alguma mudança com o CPC?*. Revista Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-29/opiniaao-astreintes-sumula-410-houve-alguma-mudanca-cpc>> Acesso em: 06 out. 2019.

FROTA JÚNIOR, Clóvis Smith. O Código de processo civil de 2015 e o enunciado n. 410 da súmula do STJ: A intimação pessoal como requisito para imposição das astreintes. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume 13. Janeiro a Abril de 2019. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16869/26037>>. Acesso em: 27 jul. 2019.

GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *As Astreintes e o seu tratamento pelo NCPC*. In R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 14, n. 54, p. 227-237, abr.-jun. 2011. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista54/Revista54_227.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2019.

HILL, Flávia Pereira. Comentários à execução das obrigações de fazer e não fazer no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume 15. Janeiro a Junho de 2015. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16869/26037>>. Acesso em: 27 jul. 2019.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARZAGÃO, Newton Coca Bastos. *A multa (astreintes) na tutela específica*. 2013. 260f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12022014-110131/pt-br.php>>. Acesso em: 19 set. 2019.

MATTAR, Fauze Najib. *Pesquisa de marketing*. Edição Compacta. São Paulo: Atlas, 1996.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* – Volume único. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2001, v. III.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Norma Fundamental do Processo Civil Brasileiro: Aspectos Conceituais, Estruturais e Funcionais. *Civil Procedure Review*, v.9, n.1: 101-124, jan.-apr., 2018. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/?option=com_content&view=article&id=404>. Acesso em: 15 ago. 2019.

PEREIRA, Rafael Caselli. A chegada do novo CPC/2015 e o adeus à Súmula 410 do STJ. *Revista Consultor Jurídico*, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-13/chegada-cpc2015-adeus-sumula-410-stj>>. Acesso em: 19 set. 2019.

REALE, Ana Luísa Fioroni. *A multa astreintes como importante medida de apoio, prevista no ordenamento jurídico brasileiro, diante do artigo 139, IV, do novo código de processo civil*. Tese (doutorado em direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19858/2/Ana%20Lu%20Fioroni%20Reale.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2019.

ROMANO, Giliani Costa. O instituto da multa coercitiva (astreintes) no novo Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais* – RT VOL. 967 (maio 2016). Disponível em: <www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.967.15.PDF> Acesso em: 23 jul. 2019.

SILVA, Patrícia Rodrigues da. Pessoas e Organizações – Uma relação em busca de equilíbrio. *Perspectivas Contemporâneas*. V. 1, n. 1 (2006). Disponível em: <<http://revista2.grupointegrado.br/revista/index.php/perspectivascontemporaneas/article/view/354/162>>. Acesso em 03 set. 2019.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

STJ. Embargos de declaração em embargos de divergência em agravo, n.º 857.758. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 23/02/2011. JusBrasil, 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21374687/embargos-de-declaracao-nos-embargos-de-divergencia-em-agravo-edcl-nos-eag-857758-rs-2010-0010160-5-stj/inteiro-teor-21374688>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

STJ. Embargos em Recurso Especial. Relator: Ministro Humberto Martins, Relator para Acórdão: Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial. Dje: 07/03/2019. JusBrasil, 2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/683341588/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1360577-mg-2012-0273760-2/inteiro-teor-683341603?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 set. 2019.

STJ. Recurso Especial 754712 RJ 2018/0181152-4. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. DJ: 25/09/2013. JusBrasil, 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/623424983/recurso->

[especial-resp-1754712-rj-2018-0181152-4](#)>. Acesso em: 10 set. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Execuções no Novo CPC – Parte VI: “Astreintes” Exigibilidade e Modificabilidade*. Disponível em: <[genjuridico.com.br/2015/01/05/execucoes-no-novo-cpc-parte-vi-astreintes-exigibilidade-e-modificabilidade/](#)>. Acesso em: 14 set. 2019.

TJDF. Apelação 0017585-08.2014.8.07.0001 DF. Relator: João Egmont. Publicado no DJe: 20/02/2018. *JusBrasil*, 2018. Disponível em: <[https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/546988808/20170110280383-df-0017585-0820148070001](#)>. Acesso em: 10 set. 2019.

TJRS. Agravo de Instrumento 70071051114. 9ª Câmara, Des. Miguel Ângelo da Silva, julgado em: 19/10/2016. *JusBrasil*, 2016. Disponível em: <[https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/398143280/agravo-de-instrumento-ai-70071051114-rs/inteiro-teor-398143300](#)>. Acesso em: 10 ago. 2019.

VIEIRA, Gustavo. *A evolução e a aplicabilidade do instituto das astreintes*. (Re) pensando conceitos. Artigo web: Jus.com. 2014. Disponível em <[https://jus.com.br/artigos/31507](#)>. Acesso em: 18 jul. 2019.

-
- [117] Doutor em Direito pela PUC-SP. Pós-Doutor Uninove/SP. Professor Visitante da Coventry University (Reino Unido). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado Unicesumar – Maringá (PR).
- [118] Mestranda Unicesumar.
- [119] Pesquisadora ICETI. Pós-graduanda em Direito Processual no Instituto Kooper.
- [120] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 181-182.
- [121] GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 23.
- [122] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 48.
- [123] GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 108.
- [124] PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2001, v. III, p. 178.
- [125] AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do art. 461 e outras*, 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 50.
- [126] BREITBACH, Áurea Correa de Miranda. *Notas sobre a importância metodológica dos conceitos*. Ensaio FEE, Porto Alegre, v. 9, n.1, 1988, p. 123.
- [127] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 535.
- [128] ARENHART, SÉRGIO Cruz. A tutela inibitória da vida privada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 192.
- [129] AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes...*, ob. cit., p. 36.
- [130] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* – Volume único. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 1194.
- [131] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual...*, ob. cit., p. 1194.
- [132] ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. *A destinação da multa coercitiva no projeto de novo CPC*. 2014, n. p.
- [133] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual...*, ob. cit., p. 1195.

- [134] TJRS. Agravo de Instrumento 70071051114. 9ª Câmara, Des. Miguel Ângelo da Silva. DJ: 19/10/2016. *JusBrasil*, 2016.
- [135] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 223-224.
- [136] FARIA, Guilherme Henrique Lage; PEDRON, Flávio Quinaud. *Astreintes e Súmula 410 do STJ: houve alguma mudança com o CPC?*. Revista Consultor Jurídico, 2019, n. p.
- [137] STJ. Embargos de declaração em embargos de divergência em agravo, n.º 857.758. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 23/02/2011. *JusBrasil*, 2011.
- [138] STJ. Recurso Especial 754712 RJ 2018/0181152-4. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. DJ: 25/09/2013. *JusBrasil*, 2013.
- [139] STJ. Embargos em Recurso Especial. Relator: Ministro Humberto Martins, Relator para Acórdão: Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial. Dje: 07/03/2019. *JusBrasil*, 2019.
- [140] TJDF. Apelação 0017585-08.2014.8.07.0001 DF. Relator: João Egmont. Publicado no DJe: 20/02/2018. *JusBrasil*, 2018.
- [141] FROTA JÚNIOR, Clóvis Smith. O Código de processo civil de 2015 e o enunciado n. 410 da súmula do STJ: A intimação pessoal como requisito para imposição das astreintes. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, 2019, p. 127.
- [142] MARZAGÃO, Newton Coca Bastos. A multa (astreintes) na tutela específica. 2013. 260f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 196.
- [143] FROTA JÚNIOR, Clóvis Smith. O Código..., ob. cit., p. 124-125.
- [144] PEREIRA, Rafael Caselli. A chegada do novo CPC/2015 e o adeus à Súmula 410 do STJ. *Revista Consultor Jurídico*, 2016, n. p.

A PROTEÇÃO DA POSSE POR MEIOS ALTERNATIVOS À JURISDIÇÃO

Celso Hiroshi Iocohama 145

Fabio Caldas de Araújo 146

Resumo: O estudo busca demonstrar caminhos diferenciados para a proteção do possuidor de boa-fé como uma forma alternativa à oposição dos embargos. Analisa-se situações em que houve a liberação da apreensão sobre bens (móveis e imóveis) sem que a propositura de uma ação fosse necessária. Diante dos inconvenientes advindos pelo uso dos embargos de terceiro, o estudo indica a notificação extrajudicial como uma atividade de eficaz contribuição para a solução do problema da apreensão indevida, muitas vezes existente por desconhecimento da realidade fática ocorrida. Além de traçar os critérios para a realização de uma notificação extrajudicial eficaz, o estudo também estabelece a possibilidade da intervenção inominada do terceiro lesado diretamente nos autos de onde partiu a apreensão (e até em eventual carta precatória expedida), apontando elementos para sua atuação. Aborda-se, ainda, os reflexos de tais medidas no plano dos honorários advocatícios de sucumbência (com a sua exclusão), atrelando as medidas propostas à eficácia dos princípios de acesso à justiça, ampla defesa, devido processo legal, economia e celeridade processual.

Palavras-chave: Posse; Liberação de bem; Embargos; Terceiro; Notificação extrajudicial.

1. INTRODUÇÃO

A criação de formas alternativas para atingir o fim primordial do processo, configurado pela solução da lide em seu próprio

mérito, pode muitas vezes surgir de situações que exigem uma certa criatividade, a fim de evitar os percalços inerentes à toda demanda judicial.

Tradicionalmente, o socorro dado pelos Embargos de Terceiro tem atendido às necessidades do possuidor, que se vê tolhido indevidamente pela apreensão judicial oriunda de uma relação processual a qual não pertence.

Entretanto, na medida em que uma ação judicial pode ser substituída por outras atitudes lícitas e perfeitamente capazes de atingir o mesmo objetivo (exonerar o bem da constrição judicial), é possível concluir que esse caminho diferenciado certamente acabará sendo o preferencial, ainda mais porque é notório o entendimento de que toda demanda exige sacrifícios.

Neste sentido, acompanhando a tendência da desjudicialização dos procedimentos, o presente estudo parte da constatação de tais caminhos diferenciados, que surtiram – em casos práticos – efeitos tão satisfatórios ou mesmo superiores ao uso dos Embargos de Terceiro e, assim sendo, provocam a necessidade de propagá-los a fim de contribuir com a prestação da tutela jurisdicional atenta a alguns princípios fundamentais do processo civil.

2. OS EMBARGOS DE TERCEIRO E SEUS INCONVENIENTES

Mesmo que os Embargos de Terceiro não recebam qualquer crítica em relação à sua natureza e constituição, ainda assim podem ser lembradas algumas circunstâncias capazes de provocar certo desconforto ao interessado quando de sua disposição.

Neste sentido, as custas processuais sempre são o primeiro obstáculo a ser ultrapassado. Em Estados cujo serviço não está oficializado, os Embargos de Terceiro inevitavelmente atingem a tabela máxima, pois, de regra, os bens em questão – que indicam o valor da causa –, provocam essa incidência.

Mesmo a alternativa da aplicação da Lei n. 1060/50 (com as alterações promovidas pelo art. 98 do Código de Processo Civil, invocando-se a assistência judiciária ao autor, tem certa dificuldade

de ser enquadrada, ainda mais pela evidência patrimonial extraída do próprio bem objeto de proteção.

Em outro momento, também é obstáculo para a parte a questão dos honorários advocatícios contratuais.

Sem qualquer discussão sobre a necessidade (e importância) dos honorários advocatícios como contraprestação dos serviços realizados, não parece ser sujeito de dúvidas o incômodo financeiro provocado à parte, que deverá arcar com o seu encargo, sem que diretamente possa reavê-los, já que a sucumbência, de regra, está afeta ao direito do advogado, nos termos do que afirma o artigo 23 do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906/94) **147**.

Particularmente quanto aos Embargos de Terceiro, poderá também haver o acréscimo do custo e incômodo de terceiros, com a necessidade da realização da audiência para justificação preliminar. Imagine-se tal exigência se a apreensão ocorrer através de carta precatória, onde sua discussão deverá ocorrer no Juízo Deprecante, a teor da interpretação realizada sobre o artigo 676 do Código de Processo Civil **148**. O deslocamento das testemunhas poderá ser extremamente oneroso.

Mesmo que se possa falar da liminar nos Embargos de Terceiro, sua concessão poderá ter ocorrido depois do agravamento da situação para o possuidor. No mesmo exemplo de apreensão por via de carta precatória, dificilmente a liminar conseguirá evitar o deslocamento do bem (do juízo deprecado para as mãos do *credor*).

Contudo, tais inconvenientes podem ser excluídos ou mesmo amenizados, com as propostas que são apresentadas com o presente estudo.

3. O DESCONHECIMENTO DO CREDOR

A ignorância do credor em relação ao real possuidor (e muitas vezes até mesmo no tocante ao real proprietário) do bem apreendido, sempre enseja a discussão da medida da boa-fé para a efetivação da apreensão. Isso tem reflexo direto na fixação de

honorários e na imputação da sucumbência ao mesmo, pois parece estranho responsabilizar-se o credor pelos encargos dos Embargos de Terceiro quando ele não tem conhecimento do verdadeiro possuidor/proprietário.

Com efeito, pelas circunstâncias através das quais normalmente um bem apreendido indevidamente se encontra, fica difícil ao credor e mesmo ao próprio Poder Judiciário conhecer da situação fática envolvendo a posse do bem. A ausência de registro da propriedade, principalmente, faz com que se presuma de forma diferente do que faticamente acontece, já que o exercício da posse (e sua respectiva proteção), não exige a regularidade formal do domínio.

Com efeito, o exemplo clássico atendido pelos Embargos de Terceiro é o que decorre da proteção do possuidor/proprietário que tem como título unicamente o compromisso de compra e venda, sem qualquer escritura, sem qualquer registro (apesar de exercer a posse e tê-la como se proprietário fosse). Tanto foi a consideração de um título precário como esse (compromisso de compra e venda) que o próprio Superior Tribunal de Justiça acabou sumulando a matéria, deixando consagrada a proteção¹⁴⁹, superando a fragilidade da documentação, em atendimento à consideração justa da realidade fática envolvendo o referido bem.

Nesta linha de raciocínio, na medida em que o credor deixa de conhecer a situação do bem, parece destoante condená-lo à sucumbência, com o resultado dos Embargos de Terceiro. Se a inércia do proprietário/possuidor em realizar o registro de seu domínio provoca o desconhecimento alheio, deve ele arcar com o resultado de sua conduta, respondendo pelas custas e arcando com os honorários advocatícios (ficando, portanto, sem direito à sucumbência).

Foi seguindo tal linha de pensamento que muitos julgados surgiram, negando o direito à sucumbência, produzindo-se o entendimento exarado pela Súmula 303 do STJ (Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios). Mais clara, ainda, foi a tese jurídica

firmada em recurso repetitivo (Tema Repetitivo 872), já transitado em julgado, que assim afirma:

Nos Embargos de Terceiro cujo pedido foi acolhido para deconstituir a constrição judicial, os honorários advocatícios serão arbitrados com base no princípio da causalidade, responsabilizando-se o atual proprietário (embargante), se este não atualizou os dados cadastrais. Os encargos de sucumbência serão suportados pela parte embargada, porém, na hipótese em que esta, depois de tomar ciência da transmissão do bem, apresentar ou insistir na impugnação ou recurso para manter a penhora sobre o bem cujo domínio foi transferido para terceiro.

Desta forma, vê-se que muitas vezes é somente com o exercício da demanda (pelo possuidor) que o credor acaba tomando conhecimento do que efetivamente acontece com o bem apreendido e, nesta altura, já não tem mais escapatória quanto ao resultado da apreciação judicial.

A Lei, com efeito, poderia ter configurado expressamente um comportamento anterior à propositura da ação, quando poderia estar melhor representado o interesse de agir do Embargante, na supressão (ou não) do obstáculo que se lhe impõe a apreensão judicial.

Arruda Alvim bem observa a existência de dois interesses jurídicos. Um, o considerado *primário*, tem por fundamento o próprio direito material. O outro, justifica-se pela necessidade da tutela judicial, provocada pela configuração de um obstáculo ao pleno exercício do primeiro interesse **150**.

Ora, se a posse se configura como um interesse primário, a necessidade efetiva dos Embargos de Terceiro somente poderia ser demonstrada depois que, extrajudicialmente, o possuidor promovesse os atos necessários para dar conhecimento ao credor (que provocou a apreensão), de que sua posse deveria ser respeitada. Não havendo mudança no comportamento do credor (com o levantamento da penhora/apreensão judicial), aí sim estaria configurado o interesse de agir para a oposição dos Embargos de Terceiro.

É certo que a estrutura atual de atendimento à urgência, na qual estão envolvidos os Embargos de Terceiro (que se concretiza pela possibilidade da concessão da liminar), bem como a proteção da posse, como uma noção extraída do valor que o Direito Positivo dá ao legítimo possuidor, por si só justificam a existência de uma demanda sem que antes se passe pelo momento que ora se invoca (na configuração efetiva de um interesse de agir).

Mesmo a própria apreensão (e, portanto, a retirada da posse sobre o bem) já poderia ser considerada suficiente para a configuração do interesse de agir.

Contudo, há hipóteses em que tal situação poderia ser diferenciada, quando deveria o possuidor adotar um comportamento efetivo para eliminar a ignorância do credor sobre sua posse, antes mesmo do exercício da demanda, gerando um resultado no plano do material bem mais satisfatório, superando-se todos os percalços já apontados que são provocados pelo conflito judicial.

Ainda, num plano econômico, o conhecimento prévio do credor da posse existente autoriza sua condenação à sucumbência, se ficar inerte quanto à supressão da penhora/apreensão judicial. Logo, se o credor sabia da posse e mesmo assim não buscou respeitá-la (procedendo com o levantamento da penhora ou da apreensão judicial), fez por merecer a responsabilidade pelas custas e honorários advocatícios provocados pelos Embargos de Terceiro. Essa responsabilidade pode, portanto, servir como uma forma de instar o credor a adotar um comportamento ativo (e preventivo) para a solução do problema, evitando incômodos que, por via de consequência, irão afetar seu processo e seu próprio patrimônio.

A ignorância do credor, portanto, pode ser elidida com a notificação extrajudicial, da qual adiante se argumentará.

4. A NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Não há outro meio mais idôneo de comunicar o autor da ação que originou a constrição do bem, que não seja a notificação

extrajudicial, realizada dentro de certos cuidados para a efetiva configuração do *conhecimento*.

Com efeito, se notificação extrajudicial antecipada (à propositura da ação) fortalece a configuração para o interesse de agir do possuidor lesado (se os Embargos de Terceiro se fizerem necessários), permitindo a imposição da sucumbência ao embargado e impedindo a escusa da ignorância da situação fática existente. Contudo, tal notificação deve estar cercada de alguns cuidados para que sirva adequadamente como prova documental de seu conteúdo.

Neste sentido, realizar-se a notificação extrajudicial por via de correspondência (através da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) não é suficiente. Seja pela correspondência simples, seja por aviso de recebimento ou mesmo com a aparente segurança que a entrega em “mão própria” possa ensejar, nenhum dos meios é seguro o suficiente para comprovar que o destinatário de fato tomou conhecimento do conteúdo enviado. Há uma presunção de que recebeu alguma informação (comprovando-se a entrega por aviso de recebimento ou mesmo de mão própria), mas não se tem como provar o conteúdo de tal informação.

Falar-se em notificação judicial, apesar da maior segurança do instrumento, cai-se no problema das custas e na burocracia inerente à atividade jurisdicional, que podem, contudo, ser evitados, se o caminho extrajudicial for efetivamente o procurado.

Assim, a melhor opção fica para a notificação extrajudicial realizada por Cartório de Títulos e Documentos, o qual tem, por força de uma de suas atribuições, a presunção de boa-fé suficiente para lançar-se uma certidão comprovando o ato, tendo o Oficial respectivo, a fé pública do ato que pratica.

Com isso, essa notificação:

- a) pode ser feita pelo próprio possuidor ou por via de seu advogado (mediante procuração);
- b) deve indicar os autos através do qual a constrição judicial foi determinada;
- c) deve comunicar a existência da posse em favor do notificante;

d) na medida do possível, pode estar acompanhada de documentos capazes de fazer uma prova cabal das alegações, dando maior veracidade aos termos da notificação. Se não puder estar acompanhada de documentos (como alguns Cartórios podem entender incompatíveis), será necessário que se coloque a documentação disponível para consulta, informando-se o notificado de sua localização;

e) deve solicitar o levantamento da constrição judicial;

f) deve estabelecer um prazo razoável para que tal levantamento se proceda (dependendo da gravidade da constrição judicial – como no caso de um imóvel – que não se modifica sua situação diretamente -, 30 dias dá tempo suficiente para que o autor da apreensão reflita, consulte sua assessoria jurídica, determine as providências necessárias para a eliminação da constrição e sejam elas efetivamente tomadas);

g) deve estabelecer como consequência da inércia do autor do pedido de constrição judicial a futura responsabilidade pelos encargos advindos da propositura dos Embargos de Terceiro, com o pagamento das respectivas custas e honorários advocatícios.

Certamente que o *legitimado* a receber a notificação extrajudicial é o que figura como autor do processo de onde se originou a constrição judicial. Em se tratando de pessoa jurídica, cabe um cuidado maior na identificação do sócio-gerente responsável e competente para a comunicação pretendida, a fim de dar maior eficácia ao ato (evitando-se as costumeiras discussões sobre quem deveria ou não ter sido cientificado do ato).

Com efeito, pela experiência de casos já ocorridos, percebe-se que a notificação extrajudicial compele a parte notificada a, no mínimo, refletir sobre as consequências futuras de seu comportamento. Com a ciência do que acontece com a posse do imóvel, de regra, o notificado toma atitudes que vão procurar evitar problemas futuros, que certamente ocorrerão com a propositura dos Embargos de Terceiro.

Já houve uma situação onde o notificado, depois de cientificado da situação da posse do imóvel sobre o qual realizou a penhora, requereu em Juízo, nos próprios autos de Execução, a sua substituição, mesmo com os Embargos já opostos pelo devedor. Requereu a substituição do bem penhorado e a baixa respectiva,

tomando todo ato que lhe cabia para se isentar da responsabilidade advinda da constrição judicial.

É regra que o notificado nem mesmo preste contas diretamente ao notificante. O que ele faz é eliminar o problema, cabendo ao notificante diligenciar nos autos originários da apreensão para conferir qual comportamento foi adotado, o que, obviamente não é obstáculo, até porque deverá estar munido de informações oriundas destes autos para a propositura dos Embargos de Terceiro se isso for necessário.

Assim, a notificação extrajudicial acaba não tendo somente a função de caracterizar plenamente o interesse de agir, podendo mesmo servir de efetivo instrumento para a solução do problema, a um baixíssimo custo (envolvendo o pagamento da atividade do Cartório de Títulos e Documentos e algumas autenticações dos documentos encaminhados anexos à notificação, ainda que se some os honorários advocatícios pelo acompanhamento realizado).

Mas, certamente, nem sempre a notificação extrajudicial surte tais efeitos. Até mesmo, em muitas ocasiões, não há tempo para a que a notificação extrajudicial ocorra, diante da gravidade da lesão provocada pelo ato de constrição judicial.

Com efeito, quando a posse do bem é retirada concretamente daquele que sequer seria parte do processo (como no caso de apreensão de bem móvel), o dano inerente à perda da posse deve ser resolvido com a urgência necessária a este tipo de situação, de maneira que a notificação extrajudicial pode até mesmo postergar o sofrimento do lesado.

Por isso, ainda evitando-se os Embargos de Terceiro, é possível encontrar um comportamento satisfatório para a solução do problema, que é a intervenção inominada do lesado nos próprios autos de onde se originou a ordem de constrição judicial ou naqueles onde a ordem está sendo executada.

5. A INTERVENÇÃO INOMINADA

Ainda como um meio alternativo aos Embargos de Terceiro, é possível fazer com que o lesado intervenha no processo de onde partiu a ordem de apreensão do seu bem (ou mesmo na própria carta precatória, se ela foi expedida para tal fim), de maneira que, provocando a manifestação das partes, possa atingir a liberação pretendida.

O ordenamento jurídico pátrio, por certo, não restringe de forma absoluta a participação de terceiros no processo. Pelo contrário, mesmo não se falando da assistência (em especial o art. 121 do CPC) ou das formas nominadas de intervenção de terceiro (ou mesmo a oposição, consagrada pelo CPC como procedimento especial e que continua sendo apresentada como ação própria – art. 683), tem-se por perfeitamente possível as intervenções de terceiro cujo interesse jurídico justifica sua participação.

Evidentemente, que o interesse jurídico deve estar justificado pelo interesse, econômico ou moral ao qual a ordem jurídica atribui relevância **151**, que obviamente é o caso daquele que teve o bem do qual era possuidor agressivamente retirado por ordem judicial, oriundo de processo onde sequer tinha alguma responsabilidade.

Na hipótese da proteção que se quer dar ao possuidor, poder-se-ia questionar se o caminho correto de se intervir como terceiro no processo seria através da oposição, já que, pela natureza de tal medida, seja até sustentável imaginar o seu uso para o fim pretendido.

Contudo, lembrando que a oposição é uma ação, apresentá-la como um caminho para a proteção do lesado seria invocar todos os inconvenientes que uma ação tem e seria como equipará-la com o uso dos embargos de terceiro, que teriam mais eficácia do que a própria oposição (bastando lembrar não se vislumbrar, na oposição, em princípio, da possibilidade de liminar).

De qualquer maneira, se a oposição causa tantos problemas como qualquer outra ação e ainda é menos eficaz que os embargos de terceiro, não se poderia colocá-la como uma forma alternativa,

ficando, pois, excluída a sua adoção para os fins propostos pelo presente estudo.

Assim, o que se vislumbra é a intervenção direta nos próprios autos originários da apreensão, mediante petição devidamente documentada, trazendo para as partes a discussão sobre a posse do bem.

Certamente que tal manifestação não teria limites quanto aos procedimentos em questão, já que, se de algum modo o bem constritado faz parte do processo, o simples fato da existência de uma ordem judicial para tal ato já autorizaria a manifestação da parte lesada, justificando o interesse jurídico respectivo.

O que se demonstra interessante é que, diante da evidência da configuração da posse desse terceiro interveniente, quase inimaginável acreditar-se que a manifestação seria indeferida de plano, ainda mais pelos próprios fundamentos do comportamento, embasados não somente no plano material como no próprio aspecto processual, com a incidência da ampla defesa e da garantia de acesso à justiça, num maior grau, bem como pela harmonia com outros princípios fundamentais que oportunamente serão invocados.

De qualquer maneira, na busca da proteção de seu direito, nada impede que o terceiro peticione nos autos, fazendo a demonstração de seu direito (muitas vezes embasado em elementos indicativos do exercício da posse, como pagamento de impostos, declaração do Imposto de Renda, taxas, serviços realizados sobre o mesmo), acrescentando, quando possível, a própria notificação do causador da constrição judicial.

É certo que, diante da urgência de determinados casos, a intervenção não poderá exigir a notificação prévia, como no caso de uma apreensão sobre bem móvel, cuja lesão (com a retirada da posse e sua transferência para outrem) demonstra-se de extrema gravidade.

Neste caso, uma demonstração convincente, nos autos de onde partiu a ordem de apreensão, já pode ser suficiente para que se impeça o agravamento da lesão.

A título de exemplo, quando há a apreensão judicial de um bem móvel, a configuração de um depositário, diverso do possuidor originário, inevitavelmente ocorrerá. Isso indica uma grave lesão ao possuidor de direito, porque está lhe retirando o bem de suas mãos.

Entretanto, numa demonstração efetiva da posse, especialmente com a apresentação de prova documental que possa convencer o magistrado da existência de uma boa-fé, pode-se vislumbrar uma saída, que é requerer-se a alteração do depositário fiel para o anterior possuidor (lesado).

Note-se que a gravidade da lesão pode ser ampliada quando a apreensão é cumprida através de carta precatória.

Neste caso, o deslocamento do bem até o Juízo deprecante acarretará uma extrema onerosidade para o possuidor, que terá em muito ampliadas as dificuldades para a retomada de seu bem.

Logo, numa intervenção rápida, é possível peticionar nos autos (da própria carta precatória), apresentando toda a prova possível para uma análise de *verossimilhança* e pedindo para que as partes se manifestem sobre os documentos apresentados. Acresça-se ao pedido a alteração do depositário fiel para o próprio possuidor lesado, até que se ultime uma solução para a controvérsia provocada.

Lembrando que a competência para os embargos de terceiro, no caso de apreensão por carta precatória é a do Juízo Deprecante (conforme se pode deduzir da interpretação do art. 1.049 do Código de Processo Civil anteriormente citado) não há dúvidas de que a saída apresentada reduz absolutamente todas as dificuldades que seriam enfrentadas, se assim não se fizesse.

Tal hipótese já aconteceu, sendo o Juízo Deprecante São Paulo, Capital, e o Juízo Deprecado situado a 1000 km de distância. A apreensão ocorreu sobre um veículo de custo baixo (R\$.4.500,00), oriunda de uma discussão sobre uma alienação fiduciária. O problema ocorria justamente porque o possuidor já era proprietário do veículo há mais de quatro anos. No documento de propriedade já figuravam dois proprietários posteriores ao que

aparecia como titular da busca e apreensão. Uma certidão do veículo junto ao DETRAN não apontava qualquer restrição; os anteriores proprietários não tinham qualquer pendência judicial. Mas a apreensão havia tomado abruptamente o bem das mãos do mais legítimo possuidor de boa fé, e agora o veículo teria que submeter à transferência que certamente iria lhe causar, inclusive, prejuízos materiais, no desgaste do veículo com a viagem a ser empreendida.

Porém, a intervenção no processo de acordo com os passos indicados e estando diante de um julgador com evidente bom senso, procedeu-se a manutenção do bem na comarca deprecada (com a alteração do depositário para o possuidor lesado), oportunizando-se às partes a manifestação sobre o que se estava trazendo aos autos sobre a efetiva posse de boa-fé.

Evidentemente que, diante de uma manifesta demonstração da boa-fé desse possuidor, dificilmente haverá fundamento para que as partes (principalmente o credor) sustentem a apreensão e, com isso, haverá grande probabilidade de que o problema seja solucionado incidentalmente, a partir da provocação feita pelo possuidor que aparece como terceiro, buscando a proteção de seu direito.

Neste caso, a tutela jurisdicional poderá ser perfeitamente prestada, ainda que de forma pouco convencional, pois não se poderá conceber que esse terceiro, com evidente direito sobre o bem apreendido, fique lesado por um comando judicial que desrespeite a boa-fé.

Assim, estando devidamente provocada a tutela jurisdicional, poderá deferir ou não a proteção desse terceiro, cabendo, da decisão respectiva, o agravo de instrumento, para o qual todos estão legitimados.

Caso a apreciação da intervenção inominada do terceiro não possa surtir os efeitos desejados (pois, muitas vezes, a prova não poderá ser realizada com uma verticalização necessária, com a ouvida de testemunhas, por exemplo), poderá ainda, o lesado,

valer-se dos embargos de terceiro, já que não haverá coisa julgada operando-se sobre sua manifestação como terceiro interessado.

Portanto, em resumo, a intervenção do lesado como terceiro interessado:

a) não tem prazo específico para ser apresentada, mas dever-se-á observar a sua utilidade, na medida em que, se postergada, não poderá resultar na proteção desejada, pois o bem poderá ter sido liquidado (com leilão, por exemplo), perdendo-se até mesmo a oportunidade da oposição dos embargos de terceiro, caso a intervenção de terceiros não dê o resultado esperado;

b) deve ser feita nos próprios autos, acompanhada de todos os documentos necessários para a demonstração cabal do direito que se alega, permitindo que não somente as partes como o próprio magistrado possam ter informações que lhes convençam da plausibilidade das alegações e da boa-fé existente;

c) deverá requerer a alteração do depositário fiel, no caso de perigo de agravamento da lesão, como no caso de bem móvel que poderá ser transferido para Juízo diverso, passando-se a posse direta do bem para o terceiro, mediante o respectivo compromisso, até que a solução seja dada à sua provocação;

d) se a apreensão ocorrer em cumprimento à carta precatória, deverá ser feita a intervenção com urgência nos seus próprios autos, evitando-se a sua devolução ao Juízo deprecante até que o direito possa ser discutido perante as partes.

6. OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

As formas alternativas apontadas (a notificação extrajudicial e a intervenção como terceiro interessado) afastam a possibilidade do questionamento de honorários advocatícios de sucumbência.

Na verdade, tais honorários advocatícios (de sucumbência) representam um bom motivo para que o autor da apreensão reflita sobre as consequências de seu ato, provocando-o a eliminar o problema que causou (como o levantamento da penhora ou da própria apreensão judicial), na medida em que, assim o fazendo,

livrar-se-á da condenação inevitável que a sucumbência lhe provocará diante do resultado dos embargos de terceiro, se necessitarem ser opostos.

Assim, quando recebe a notificação extrajudicial ou mesmo quando toma conhecimento pela manifestação direta do lesado através da intervenção nos autos como terceiro, o autor da lesão poderá avaliar as informações recebidas e, diante do que lhe é apresentado, fará a análise dos prós e contras da sua insistência em manter a constrição judicial.

Desta maneira, atendendo-se à boa-fé que lhe é apresentada, estará livre da sucumbência a ser fixada apenas nos autos de Embargos de Terceiro (ou mesmo por uma oposição), com o seu resultado. Mantendo-se inerte, estará assumindo o risco de ser então condenado, não podendo, quando de sua impugnação junto aos embargos de terceiro, alegar sua ignorância e invocar a isenção da condenação em honorários advocatícios, devidos por ter dado causa à demanda judicial.

Veja-se que a simples notificação extrajudicial não ensejará, por óbvio, o pagamento dos honorários advocatícios. No mesmo sentido, não caberá tal condenação em sede da manifestação como terceiro interessado.

Isso, porém, não está lesando o direito do profissional que atende os interesses do lesado, justamente porque estará sendo servido pelos honorários advocatícios contratuais, que poderão ser perfeitamente suportados, ainda mais se tiver a solução de seu problema sem todos os incômodos gerados pela propositura de uma ação judicial.

Portanto, os honorários advocatícios têm relevante papel para o tema em questão, podendo servir até como elemento capaz de reforçar o convencimento do autor da lesão, para que aja de modo a restabelecer o direito do possuidor prejudicado.

7. A INCIDÊNCIA DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS PARA A INTERVENÇÃO DO LESADO

Parece evidente que inúmeros princípios estão sendo atendidos com os procedimentos alternativos indicados.

Com a notificação extrajudicial, se estará dando maior valor à composição extra-autos, que acompanha o constante pensamento processual de conciliação das partes. Nada melhor à tutela jurisdicional que o conflito se resolva entre as partes antes que a relação jurídica processual se instaure e isso poderá ser perfeitamente atendido pela provocação que essa comunicação informal poderá permitir. Logo, não se estará falando da incidência de princípios processuais neste caso, porque, antes e mais importante, a ação não precisou ser exercida para que a solução no plano material ocorresse.

Já com a intervenção inominada, a tutela jurisdicional estará sendo efetivamente provocada, dando ensejo à aplicação de diversos princípios, que estarão sendo mais bem atendidos na medida em que os Embargos de Terceiro sejam evitados.

Em primeiro lugar, o acesso à justiça está sendo ampliado, na medida em que se liberta o lesado da alternativa que lhe é inevitavelmente penosa, ao ter que opor os embargos de terceiro. Seu acesso à proteção jurisdicional está sendo realizado pela simples intervenção nos autos, podendo ser atendido com idêntica precisão e sem estar sendo cercado de todos os conhecidos incômodos que ocorrem com a opção pela concretização da demanda.

Da mesma maneira, pode-se dizer que as garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal estarão sendo atendidas, já que o interessado poderá estar evitando a intromissão na sua posse, assegurando-se de maneira a ter apreciado seu direito nos próprios autos, como parte lesada que é.

Principalmente, porém, é o princípio da economia o mais atendido.

Financeiramente falando, não parece restar quaisquer dúvidas de que a notificação extrajudicial e mesmo a intervenção inominada trazem grandes vantagens: livra-se das custas

processuais, dos valores dos honorários advocatícios que serão inevitavelmente ampliados com a discussão judicial.

No aspecto temporal, a proteção a seu direito poderá ocorrer muito antecipadamente, se atendida a notificação extrajudicial. Mesmo na intervenção inominada, a proteção ao direito poderá ser realizada em reduzido lapso de tempo, especialmente se o autor da lesão reconhecer o problema e requerer o levantamento da constrição judicial.

Portanto, no atendimento de uma ordem jurídica justa, os princípios inerentes à tal finalidade estarão harmoniosamente aplicados, não resultando qualquer prejuízo ao ordenamento jurídico, para as partes envolvidas e para a função jurisdicional, atender-se aos reclamos do lesado, seja na forma extrajudicial como pela intervenção inominada.

8. CONCLUSÕES

DO PRESENTE ESTUDO, ALGUMAS CONCLUSÕES PODEM SER DESTACADAS:

1) a notificação extrajudicial pode ser um meio de evitar os embargos de terceiro, na medida em que elide a ignorância da parte responsável pela apreensão e, ciente da boa-fé sobre a posse de terceiro, poderá tomar medidas para o levantamento da apreensão/penhora;

2) a notificação extrajudicial deve ser feita através de Cartório de Títulos e Documentos, acompanhada de documentos capazes de permitir a observação da boa-fé, a fim de se tornar um instrumento hábil para comprovar o conhecimento de seu conteúdo, cabendo-lhe fixar um prazo para a liberação do bem, sob pena da configuração expressa de um interesse de agir que justificaria a condenação do responsável pela apreensão do bem no ônus da sucumbência.

3) A notificação extrajudicial é instrumento mais adequado para ser usado quando se tratar de bem imóvel e a urgência não se configurar presente.

4) Como terceiro interessado, o lesado com a apreensão judicial do bem poderá intervir no processo de onde partiu a ordem de apreensão ou nos autos da carta precatória que esteja executando tal ordem, demonstrando sua boa-fé, provocando a manifestação das partes, podendo obter a tutela jurisdicional favorável ao seu interesse;

5) Através da intervenção inominada, pode-se requerer a alteração do depositário do bem, de maneira a garantir que a posse continue sendo exercida pelo interessado, até que a controvérsia seja resolvida, amenizando-se os prejuízos da apreensão.

6) Os honorários advocatícios podem servir como medida para a avaliação das consequências que podem ser evitadas com o cumprimento da solicitação dada pela notificação extrajudicial como pela intervenção de terceiro inominada, já que não serão devidos (na forma da sucumbência), nestas duas formas alternativas de proteção do possuidor;

7) Adotar-se a notificação extrajudicial ou a intervenção de terceiro inominada deve ser sempre um primeiro passo de reflexão para aquele que necessita proteger a posse lesada, já que representam momentos que são eficazes e atendem ao interesse de todos, resolvendo a questão no plano material sem que a ação, como todas as suas nuances, muitas vezes incômodas, seja necessária.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BESSONE, Darcy. **Direitos Reais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BESSONE , Darcy. **Da Posse**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Posse**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

[145] Advogado. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Doutor em Educação pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Professor do Curso de Graduação em Direito e do Programa de Mestrado em Direito Processual e da Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR.

[146] Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor do Curso de Graduação em Direito e do Programa de Mestrado em Direito Processual e da Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR.

[147] Afirma o referido art. 23 do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil: “os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”.

[148] Que dispõe: “Art. 676. Os embargos serão distribuídos por dependência ao juízo que ordenou a constrição e autuados em apartado.

[149] A Súmula n. 84 determina: “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”.

[150] ARRUDA ALVIM, **Manual de Direito Processual**, 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, p. 410.

[151] ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual*, 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, p. 120.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO UM MECANISMO METODOLÓGICO PARA A VIABILIZAÇÃO DE CONTRATOS DE¹⁵²

Wilson Engelmann¹⁵³

Marcelo Barreto Leal¹⁵⁴

Inúmeros são os métodos disponíveis ao operador do direito para o exercício de uma exegese. Parece haver, não obstante, uma grande resistência por parte dos juristas em se arrimar em conceitos não próprios da ciência jurídica, talvez por preconceito, talvez por mero desconhecimento.

Essa aversão não se mostra diferente em relação à utilização de conceitos advindos da ciência econômica na aplicação ordinária do ordenamento jurídico, tanto em sua construção, quanto em sua utilização.

Tal posicionamento parece ter sido percebido, com muita acuidade, por Rafael Bicca Machado:

[...] embora possa a alguns parecer desnecessária tal observação, o fazemos porque incrivelmente se vê, lê e ouve, em quase todos os cantos e foros, opiniões e manifestações (no mínimo infantis) que tentam (ou sonham) atribuir ao Direito e – principalmente – aos seus operadores (sejam eles juízes, promotores ou advogados) um caráter quase que divino, como se por meio isoladamente desse se pudesse, tal qual num passe de mágica, fazer desaparecer todos os problemas do mundo e constituir, enfim, uma sociedade livre de desigualdades, escassez e conflitos.¹⁵⁵

Por oportuno, cabe reiterar que afirmativas como a do autor não diminuem a relevância do Direito como instrumento eficaz de

apaziguamento social. Não há dúvidas a respeito de sua importante função como meio de efetivação do Estado, em consonância com a ideologia própria de uma comunidade, hodiernamente organizada sob tal forma.

Ao contrário, assertivas como a em debate tendem tornar o direito mais eficaz e factível, ou seja, tentam conferir à ciência jurídica elementos próprios das demais ciências, fazendo com que se construam premissas verdadeiras, ao invés dos perigosos atalhos do sutil sofisma, muitas vezes não percebido pela maioria em tempos em que tudo deve observar o “politicamente correto”, ou seja, em que verdades passam a permear a sociedade sob a forma de verdadeiros clichês, não se apurando sua real capacidade de perfectibilizar ações que, muitas vezes, vão de encontro ao interesses, em realidade, da “maioria”.

Nesse diapasão, ainda pretendendo demonstrar a necessidade de convergência entre as ciências jurídica e econômica, ressalta-se que, se a primeira tem por desiderato a harmonização das relações sociais por meio de um corpo de normas que traduzem os valores eleitos por uma comunidade, a segunda tem por objeto a escassez dos recursos, que, se não solvida, gera, por sua vez, desarmonia. Ora, seus objetos se encontram e se articulam em prol de um objetivo em comum: a paz social por meio da distribuição, de acordo com a norma vigente, dos bens da vida.

Como bem aponta Douglass C. North, as instituições são constituídas com vistas à redução das incertezas por meio das interações humanas, o que não significa, implicitamente, que os resultados obtidos sejam, necessariamente, eficientes do ponto de vista puramente econômico.¹⁵⁶

Desse modo, querer aplicar o Direito sem se socorrer de premissas verdadeiras e conceitos genuínos de economia parece ser um bom caminho para o insucesso de uma relação contratual, tomando-se por base, à guisa de exemplo, premissa inculpada no Código Civil Brasileiro, como a constante em seus artigos 476 e seguintes¹⁵⁷.

Os artigos 476 e 477 do Código Civil Brasileiro tratam da teoria de exceção de contrato não cumprido; já os artigos 478, 479 e 480, por sua vez, falam da resolução por onerosidade excessiva.

Nesse contexto, caberia perguntar-se: como analisar o equilíbrio de obrigações, o caso em concreto, sem tomar por emprestados conceitos mezinhos da economia, tais como os de custos de transação, custos de transação de troca, regras de demanda e oferta?

Mais ainda, como analisar o equilíbrio de obrigações de cunho econômico, desconhecendo seus conceitos mínimos e adotando uma posição de humildade intelectual frente ao reconhecimento da necessidade de utilização de conceitos não próprios da ciência de que se é operador frequente?

No caso em exame, os conceitos de custo de transação¹⁵⁸, em suas diferentes espécies e contextos, são importantíssimos para uma análise precisa da hipótese de quebra contratual, motivada por exceção de contrato não cumprido ou resolução por onerosidade excessiva, eis que se constituem em suporte para a verificação da incidência das normas adequadas, para a verificação do simples descumprimento contratual ou da necessidade de revisão de cláusulas contratuais que envolvam as obrigações da avença, em um novo cenário.

Outra noção bastante relevante para a definição dos custos diz respeito à sua classificação em: explícitos, ou seja, aqueles que exigem desembolso monetário da empresa; implícitos, ou seja, aqueles que pressupõem um desembolso monetário¹⁵⁹; fixos, ou seja, aqueles que não variam de acordo com a quantidade produzida; e variáveis, ou seja, aqueles que oscilam de acordo com a quantidade produzida.¹⁶⁰

De igual modo, a forma de tratamento conferida pelo Código Civil Brasileiro, em seu artigo 421¹⁶¹, à função social do contrato, permite concluir que o instituto detém uma função econômica, referente à circulação de bens e serviços, viabilizando as trocas econômicas e o próprio funcionamento do mercado¹⁶².

Como bem assevera Fernando Araújo, um dos objetivos econômicos do Direito é a promoção da eficiência através do incentivo à vinculação ótima dos devedores, aqui entendida como aquela que maximiza as probabilidades de cumprimento das obrigações contratuais¹⁶³.

É ainda pertinente reiterar que a celebração e o cumprimento do contrato implicam investimentos das partes, sejam aqueles necessários ao cumprimento dos deveres contratuais por parte de quem esteja a eles adstrito, sejam diversos outros que qualquer das partes pode fazer, confiando no cumprimento do contrato pela outra. O contrato é, assim, instrumentalizado como um meio que propicia o atingir finalidades de realização econômica, para além dos meros interesses do próprio objeto de um dado contrato¹⁶⁴.

Quando a Administração Pública contrata, tal não é diferente, eis que há a possibilidade de modificação do instrumento, mesmo após a realização do certame licitatório, se verificado o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme artigo 65, inciso I, alínea “d”, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993,¹⁶⁵ situação em que o domínio de conceitos de economia são, de igual modo, imprescindíveis para uma correta avaliação, com o fito de profilaxia de burlas ao disposto na norma.

Em contratos de vulto, envolvendo operações complexas e, até mesmo, de mercado regulado, conceitos como economia de mercado, falhas de mercado, externalidades e poder de mercado se fazem presentes cotidianamente, ao se analisarem eventuais possibilidades de rupturas contratuais.

Tem-se uma economia de mercado quando pessoas jurídicas e pessoas naturais decidem onde operar e trabalhar, o que comprar e como consumir seus rendimentos. Tais pessoas interagem entre si, sendo orientadas pelo preço e por seus próprios interesses¹⁶⁶.

Essa dinâmica, chamada economia de mercado, pode apresentar falhas, que surgem quando o mercado, por si só, é incapaz de alocar recursos eficientemente, devido, via de regra, a uma externalidade, ação ou conjunto de ações que impactam o bem-estar dos que estão em torno.¹⁶⁷

Outra causa muito comum de manifestação de falhas é o poder do mercado, ou seja, a capacidade de um único agente ou um grupo de agentes influenciar significativamente preços e condições do mercado.**168**

Conceitos precisos como os apontados até agora são essenciais à formatação e à melhor compreensão de novos conceitos, muitas vezes híbridos, que se apóiam em elementos da economia e do direito, de que é exemplo o de mercado relevante.

Bruno Miragem percebe bem a dinâmica do conceito, que, segundo o autor, deve ser avaliado de acordo com critérios geográficos e materiais, que apresentem a possibilidade de influenciar o comportamento dos agentes econômicos e consumidores.**169**

Tal conceito encerra em si uma dificuldade, como bem apontado, sendo delicada sua aplicação, ainda que se considere a natureza aparentemente simples dos elementos empregados em sua definição, ou seja, a existência de substitutos tanto do ponto de vista da demanda, como da oferta, produtos esses que o consumidor identifica como sendo substitutos que comportem a existência de produtores com a possibilidade real de produzi-los**170**.

Nessa esteira, o conceito de bens, na ótica da lei da demanda, pressupõe a manutenção da demanda, pois, se a quantidade demandada de um bem aumenta, o preço do bem diminui. Assim, os bens são classificados como normais, inferiores, substitutos e complementares.**171**

Bens normais são aqueles em que tudo o demais é mantido constante; e, em havendo aumento de renda, há, em consequência, um aumento de sua demanda. Em contrapartida, bens inferiores são aqueles em que tudo o demais é mantido constante, mas, em havendo um aumento de renda, há uma diminuição de sua demanda.**172**

Já o conceito de bens substitutos se manifesta quando tudo o demais é mantido constante, mas, havendo o aumento de preço de um deles, perfectibiliza-se o aumento de demanda pelo outro.

Finalmente, bens complementares são aqueles em que o aumento no preço de um deles leva à redução da demanda pelo outro.¹⁷³

Outro instituto do direito civil que merece a atenção dos juristas em relação à necessidade de definição mais precisa dos conceitos econômicos é o de responsabilidade civil. A premissa geral, contida no artigo 927 do Código Civil Brasileiro, sobre o dever de indenizar àquele a quem se causa dano, parece necessitar de uma análise econômica, notadamente, nas hipóteses de dano moral, cujos parâmetros são a capacidade econômica de sujeitos passivo e ativo, e, naquelas, de caráter pedagógico, possíveis no caso concreto, de acordo com a premissa anterior¹⁷⁴.

Em pertinente artigo sobre o tema, Rafael de Freitas Valle Dresch contextualiza muito bem o instituto de responsabilidade civil sob a ótica econômica, valendo-se, para tanto, sobretudo, da lógica da distribuição de custos.

Diz o autor que, para se realizar uma distribuição, é necessário determinar a quem dar, devendo essa determinação se pautar pela igualdade. A igualdade ao repartir, em oposição à igualdade nas transações, não deve olvidar as qualidades dos sujeitos passivos da distribuição e tratar a todos como seres dotados com as mesmas capacidades e condições, pois, ao proceder de tal forma, pode-se ocasionar a entrega de bens demasiados a quem não os merece, ou, o inverso, possibilitando, com isso, um enriquecimento sem causa, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Dando prosseguimento à reflexão, destaca ainda que, para se pensar em uma distribuição que obedeça ao critério de igualdade em uma comunidade pluralista, é necessário analisar as qualidades dos participantes (agentes) em relação aos bens e encargos a serem distribuídos.¹⁷⁵

Frente a tais exemplos, torna-se não menos importante examinar o papel desempenhado pelo Estado nas relações privadas e, conseqüentemente, na economia, pois tal premissa, se analisada como princípio, confere a lógica a uma correta interpretação do caso em concreto, bem como coerência ao sistema.

Este debate é travado e provocado de modo desafiador por Eros Roberto Grau, em a Ordem Econômica na Constituição de 1988. Nessa obra, o autor examina não só o Estado moderno, bem como o contemporâneo, ou seja, o Estado como agente regulador da economia.¹⁷⁶

Não deixa de parecer surpreendente, não obstante, a afirmação do autor de que o mercado é uma instituição jurídica constituída pelo direito positivo, o direito posto em ação pelo Estado moderno.

Por esse raciocínio, a expressão mercado, a partir do final do século XVIII, deixa de significar exclusivamente o lugar no qual são praticadas relações de troca, passando a expressar a noção de projeto político, como princípio de organização social.

Dando continuidade à sua reflexão, o autor é enfático ao reiterar que o mercado, além de lugar e princípio de organização social, é instituição jurídica, institucionalizada e conformada pelo direito exercido pelo Estado. Sua consistência advém da segurança e certeza jurídicas que essa institucionalização instala, permitindo a previsibilidade de comportamentos e o cálculo econômico¹⁷⁷.

A microeconomia, disciplina integrante da ciência econômica, aporta elementos e conceitos capazes de melhor fazer entender, sob o ponto de vista do privado, a dinâmica das relações de troca entre seus agentes, ou seja, o mercado.

Essa disciplina também traz grande contribuição à ciência econômica, ao se apropriar da teoria dos jogos, em seus diversos momentos históricos, tendo em vista se constituir em instrumento para o estudo da tomada de decisões individuais de famílias e de empresas (agentes) e em mecanismo de interação entre mercados específicos¹⁷⁸.

Nesse contexto, parte-se, então, do pressuposto de que a teoria dos jogos representa um método de abordagem formal de processos de tomada de decisão por parte dos agentes que reconhecem sua reciprocidade de interação.¹⁷⁹

Contudo, antes da abordagem propriamente dita da teoria dos jogos, imperiosa se faz a análise de alguns conceitos de

microeconomia, conformadores, no mais das vezes, do cenário de aplicação de tal teoria.

Esclarecidos os conceitos fundamentais que alicerçam um bom entendimento a respeito de teoria dos jogos, a qual, na visão de Gregory Mankiw, constitui-se no estudo do comportamento das pessoas em situações estratégicas, passa-se à análise de tal teoria.

Na perspectiva da teoria dos jogos, o jogo é concebido como um modelo formal, envolvendo técnicas de descrição e análise, no qual as ações de cada agente (qualquer indivíduo ou conjunto de indivíduos) são consideradas individualmente, posto que afetam os demais, e, de modo racional, eis que empregam os meios mais adequados aos objetivos almejados, sejam quais forem tais objetivos.**180**

Há os jogos simultâneos, nos quais cada jogador ignora as decisões dos demais no momento em que toma a sua própria, e os jogadores não se preocupam com as consequências futuras de suas escolhas. Em contrapartida, jogos sequenciais são aqueles em que os jogadores realizam seus movimentos, obedecendo a uma ordem predeterminada.**181**

Ao se analisar um jogo, torna-se fundamental a identificação da estratégia dominante, pois esse conhecimento auxilia na tomada mais precisa de decisão, posto que aquele que estiver em situação mais frágil, tenderá a perder menos, e, *a contrario sensu*, aquele que estiver em situação mais forte, poderá, ao se identificar em tal posição, obter uma vitória mais robusta.

Nesse cenário, a proposta é atingir o chamado equilíbrio de Nash, ou seja, a utilização de uma combinação de estratégias para obter um equilíbrio, na qual cada estratégia escolhida represente a melhor resposta possível às estratégias empregadas pelos demais jogadores.**182**

Outra distinção relevante é a estabelecida entre os jogos cooperativos e não cooperativos, sendo os primeiros aqueles em que os jogadores podem estabelecer compromissos entre si, e esses compromissos possuem garantias efetivas; já os segundos, aqueles em que os jogadores não podem estabelecer compromissos

garantidos¹⁸³. Finalmente, em relação às estratégias, elas são definidas como mistas ou puras: as mistas se estruturam de modo aleatório com o fito de surpreender os demais jogadores; já as puras se organizam de modo sistemático.¹⁸⁴

Examinados tais conceitos, procurou-se, à guisa de ilustração, um exemplo concreto, no qual se podem examinar os jogadores envolvidos em uma negociação contratual que pode se frustrar e ser discutida em juízo, ou seja, levada ao Poder Judiciário, para que esse dê uma solução ao caso em concreto.

Tabela 1: Teoria do Jogos

	AÇÃO JUDICIAL	NÃO PROPOSIÇÃO DE AÇÃO
Negociação Extrajudicial	4, 5	5,5
Não Negociar	5,4	-1,-1

Fonte: Elaborada pelo autor.

No caso em tela, os jogadores têm a possibilidade de, diante de uma controvérsia, propor uma ação judicial e não negociar, hipótese em que ambos perderiam.

Na hipótese de ambos abandonarem o contrato, ou seja, não negociarem e não discutirem judicialmente, os dois jogadores perderiam.

Já na hipótese de negociação extrajudicial e não propositura de ação, ambos ganhariam em igual proporção.

O exemplo parece forçado; todavia, levando-se em consideração os custos de oportunidade, em razão do longo período de tramitação de um processo, bem como da incerteza quanto à sintonia com o que pensam os jogadores acerca do contrato e quanto ao entendimento correlato do julgador, parece tranquilo o privilégio desta opção.

Na hipótese de negociação extrajudicial, caso fosse essa a decisão, ambos jogadores fariam concessões mútuas, mas construiriam uma decisão em menor tempo, podendo auferir do negócio renda capaz de ser investida em outras oportunidades, que poderiam surgir ao longo do período hipotético de uma tramitação processual.

De igual modo, o risco de uma decisão totalmente desconectada com o que pensam os jogadores, também cai por terra, tendo em vista tratar-se de deliberação construída por ambos, tendo esses a exata noção do que perderiam, do que poderiam ganhar e de como poderiam compensar eventuais perdas.

Diante da importância de tais noções, a Análise Econômica do Direito propõe o exame das instituições jurídicas sob o prisma da eficiência, ou seja, com a preocupação de que os recursos são escassos e as necessidades infinitas. Em sua perspectiva, as instituições jurídicas devem operar de modo sustentável, servindo de instrumento viabilizador de uma alocação correta de recursos, o que, de modo algum, limita o debate apenas a tal ponto, pois o que se propõe ao jurista é apenas e tão-somente que não se olvide das questões empíricas, inerentes ao campo de jogos denominado mercado: uma situação de livre atuação dos agentes econômicos tal que, funcionando em qualquer um de seus atributos de produtor, acumulador ou consumidor, se comprem e vendam mutuamente bens e serviços, por oposição a uma situação de afetação entre os agentes econômicos. O mercado pode, assim, definir-se como o campo de jogos em que a atividade econômica, o jogo econômico, se desenvolve, não importando os constrangimentos que os agentes exerçam uns sobre os outros, ou que o Estado exerça sobre todos, mas, apenas, que a ação de vender e comprar por parte de um agente econômico seja livre no quadro e no limite dos graus de liberdade em que ele pode se movimentar.¹⁸⁵

De acordo com Richard Posner, a Análise Econômica do Direito fornece importantes contribuições para a compreensão das instituições e do comportamento das sociedades primitivas e

antigas. Os conceitos econômicos que perpassam sua argumentação são a incerteza e o custo da informação. Tais fatores explicam também as formas assumidas pela seguridade e as razões por que essas sociedades conferem mais importância à responsabilidade objetiva do que as modernas. Tais ideias demonstram o alcance e a força do modelo econômico para explicar o comportamento econômico e as instituições sociais.¹⁸⁶

Nesse contexto, o autor comenta que os economistas dispõem de técnicas para pecuniarizar os custos e benefícios não pecuniários, estudando, por exemplo, aqueles em que as pessoas incorrem para economizar tempo ou evitar danos. Esses custos pecuniários se tornam, assim, uma estimativa mínima do valor que o tempo ou a não ocorrência de danos têm para elas. A Análise Econômica do Direito recomenda que essas técnicas sejam empregadas, tanto quanto possível, para possibilitar uma análise de custo-benefício das condutas regulamentadas pelas leis. A novidade no movimento “Direito e Economia” consiste simplesmente em insistir que os juízes, ao tomarem decisões, exerçam sua ampla discricionariedade, de tal modo que se produzam resultados eficientes, no sentido mesmo daqueles que evitem o desperdício social, como, por exemplo, acidentes, cujos resultados penalizem a não tomada de precauções, pois os custos se justificariam, ou a recusa a tomar precauções, pois os custos as justificariam.¹⁸⁷

Vai na mesma direção a contribuição de Robert Cooter e Thomas Ulen, ao mencionarem que a Análise Econômica do Direito é um tema interdisciplinar que reúne dois grandes campos do estudo e facilita uma maior compreensão de ambos. A economia ajuda a perceber o Direito de uma maneira nova, que é extremamente útil para os advogados e para qualquer pessoa interessada em questões relativas às políticas públicas. Muitas pessoas veem o Direito apenas em seu papel de provedor de justiça. A Análise Econômica do Direito propõe a leitura dos instrumentos legislativos como incentivos a mudanças de comportamento, isto é, como preços implícitos, e como

instrumentos para se atingirem os objetivos de políticas públicas com eficiência e distribuição.**188**

Pertinente ainda a contribuição de Ronald Coase, especialmente no que concerne à elaboração da teoria da firma. Em artigo histórico denominado “A Natureza da Firma”, o autor propõe uma resposta para o surgimento da firma, ou seja, uma explicação para a razão pela qual os seres se organizam neste formato para a atuação em mercado. O principal motivo pelo qual é lucrativo estabelecer uma firma parece ser a existência de um custo na utilização do mecanismo de preços. É verdade que os contratos não são eliminados quando existe uma firma, mas são significativamente reduzidos.**189**

A esse respeito, faz-se importante estabelecer uma correlação com o mutualismo, tão bem definido por Adilson Campoy, ao mencionar que a mutualidade somente pode se desenvolver no âmbito de uma empresa cientificamente organizada. Segundo o autor, o seguro é a técnica da solidariedade pela mutualidade, só podendo se realizar pela intermediação de um segurador profissional que, tomando sob sua responsabilidade um conjunto de riscos, os compensa em conformidade com as leis da estatística. Assim, cabe à empresa de seguros angariar segurados, cobrar e receber deles os prêmios devidos, organizar a mutualidade de acordo com as mais refinadas técnicas e determinações oficiais, de tal sorte que os azares que golpearem alguns dos segurados sejam suportados pela coletividade por ela administrada. O segurador, por sua vez, realizará pagamentos de capitais com o fundo constituído pelos prêmios pagos pelo conjunto de segurados que compõem a mutualidade, sendo, portanto, gestor de fundos constituídos com recursos pecuniários de terceiros (segurados), o que significa dizer que lida com a economia popular, razão pela qual universalmente as sociedades seguradoras são submetidas a intenso controle do Estado.**190**

Cabe aqui lembrar a noção de solidariedade, tal como é definida por José Fernando de Castro Farias, ao propor o discurso solidarista corresponde a uma nova forma jurídico-política, que

assume uma nova função simbólica e uma nova capacidade de ação na sociedade. Segundo o autor, a vida social não pode mais ser pensada fora do combate permanente, fora de turbulências, nas quais:

[...] uma pluralidade de formas de vida afeta todos os grupos que se encontram, se afrontam, se combatem, se aliam ou se acomodam entre si no interior de um espaço onde os homens nascem, por acaso. As épocas em que as hierarquias 'naturais' podiam conter essa efervescência não existem mais. O discurso solidarista tenta forjar uma unidade levando em conta essa pluralidade da vida social.**191**

Chama-se aqui a atenção para os excessos de uma leitura solidarista, como alerta Luciano Timm, ao expor que tal modelo de contrato enseja uma maior intervenção estatal nas relações privadas, acabando por se mostrar ineficaz nesta era de internacionalização da economia. A imprevisibilidade dele decorrente, alerta o autor, tende a servir de desincentivo para investimentos externos no país. Propõe, assim, uma leitura do instituto a partir do modelo econômico, ou seja, de sua compreensão como uma transação de mercado entre duas ou mais partes, mas, lembrando sempre que os contratos existem porque nenhum homem é autossuficiente.**192**

Oliver Williamson, nessa mesma perspectiva de um modelo econômico de contrato, destaca que o benefício de articular Direito, Economia e Organizações no estudo dos contratos decorre do uso diligente que a economia dos custos de transação lhes confere. A análise dos contratos incompletos em seu conjunto pode ser facilitada pela substituição do conceito acadêmico de contrato como regra jurídica por aquele inspirado no ordenamento privado e pelo questionamento sobre o quanto ele logra economizar em termos de custos transacionais.**193**

Sensível à necessidade de se analisar a eficiência das instituições, o Poder Judiciário brasileiro, especialmente o Superior Tribunal de Justiça (STJ), responsável pela uniformização da jurisprudência

infraconstitucional nacional, bem como pela interpretação da lei federal, tem demonstrado, cada vez mais, sua recorrência à utilização da ferramenta da Análise Econômica do Direito, evidenciando um compromisso com a aplicabilidade de suas decisões, a exemplo do que afirma, empiricamente, Ronald Coase, ao se referir à realidade da *Common Law*. 194

Atente-se, por exemplo, ao acórdão 1.193.040 – RS (2010/0085543-2)195, que trata do tema equilíbrio atuarial dos contratos de previdência complementar de renda, cuja ementa segue:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. REVISÃO DE PENSÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PERÍCIA. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO.

I.- Os Embargos de Declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, tendo a lide sido dirimida com a devida e suficiente fundamentação.

II.- É inadmissível o recurso especial quanto à questão que não foi apreciada pelo Tribunal de origem.

III.- Impõe-se a realização da perícia requerida, na hipótese em que o Tribunal de origem não se utilizou de fundamentos técnicos suficientes para deferir a revisão do valor do benefício, para que seja possível apurar se realmente ocorreu o desequilíbrio contratual alegado pela autora, bem como se a pretendida revisão afetará o equilíbrio econômico atuarial da entidade de previdência privada.

Em seu voto, acatado pelo colegiado, o relator do recurso especial, Min. Sidnei Benetti, reforma a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do RS, sob a seguinte motivação:

Assim, a revisão do pensionamento foi feita sem que fossem apuradas questões essenciais ao reconhecimento do direito da autora, tais como: a) a conformidade do cálculo do benefício com o contrato ajustado; b) a adequação do Plano subscrito à legislação vigente sobre a matéria; c) a causa da redução do

benefício esperado; e d) os efeitos da revisão do valor do benefício nas reservas da entidade de previdência privada.

Dessa forma, impõe-se a realização de perícia técnica, com base em cálculos atuariais, para que se apure se realmente ocorreu o alegado desequilíbrio contratual, bem como se a pretendida revisão afetará o equilíbrio econômico atuarial da entidade de previdência privada, de forma a concluir, com base nesses elementos, se, no caso, deve-se proceder à revisão dos benefícios. **196**

Também no acórdão nº 1.163.283 – RS (2009/0206657-6) **197**, referente à matéria bancária, o relator, Min. Luis Felipe Salomão, ao invés de se utilizar de mecanismos processuais, emprega a Análise Econômica do Direito para fundamentar sua decisão:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LEI N. 10.931/2004. INOVAÇÃO. REQUISITOS PARA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO A TODOS OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO.

1. A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado.

2. Todo contrato de financiamento imobiliário, ainda que pactuado nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação, é negócio jurídico de cunho eminentemente patrimonial e, por isso, solo fértil para a aplicação da análise econômica do direito.

3. A Lei n. 10.931/2004, especialmente seu art. 50, inspirou-se na efetividade, celeridade e boa-fé perseguidos pelo processo civil moderno, cujo entendimento é de que todo litígio a ser composto, dentre eles os de cunho econômico, deve apresentar pedido objetivo e apontar precisa e claramente a espécie e o alcance do abuso contratual que fundamenta a ação de revisão do contrato.

4. As regras expressas no art. 50 e seus parágrafos têm a clara intenção de garantir o cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis tal como pactuados, gerando segurança para os contratantes. O objetivo maior da norma é garantir que, quando a execução do contrato se tornar controvertida e necessária for a intervenção judicial, a discussão seja eficiente, porque somente o ponto conflitante será discutido e a discussão da controvérsia não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes.

5. Aplicam-se aos contratos de financiamento imobiliário do Sistema de Financiamento Habitacional as disposições da Lei n. 10.931/2004, mormente as referentes aos requisitos da petição inicial da ação de revisão de cláusulas contratuais, constantes do art. 50 da Lei n. 10.931/2004.

6. Recurso especial provido.

Eis um trecho de sua fundamentação em que fica clara a utilização da Análise Econômica do Direito:

Nessa ordem de ideias, doutrinadores da área jurídica e também da área econômica identificaram a Lei 10.931/2004 como um dos instrumentos que caracterizaram a primeira fase da reforma do judiciário, iniciada com EC n. 45/2004 e apontaram ambas, a lei e a emenda constitucional, como realizações das teorias desenvolvidas pela Análise Econômica do Direito – AED, comumente denominada Escola de Chicago, que tem como marco importante os estudos de Roland Coase, advogado norte-americano, Prêmio Nobel de Economia no ano de 1991. (MONTEIRO. Renato Leite. Análise econômica do direito: uma visão didática. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo. 04 a 07 de novembro de 2009).

Tal doutrina tem como pressuposto o aumento do grau de previsibilidade e eficiência das relações intersubjetivas, próprias do Direito, a partir da utilização de postulados econômicos para aplicação e interpretação de princípios e paradigmas jurídicos.

Com efeito, a análise econômica do direito não pretende, por óbvio, esclarecer seus estudiosos, submeter as normas jurídicas à economia, mesmo porque o Direito não existe para atender exclusivamente aos anseios

econômicos. Por outro lado, visa à aproximação das normas jurídicas à realidade econômica, por meio do conhecimento de institutos econômicos e do funcionamento dos mercados. A interação das duas ciências é o mote da Escola, não a exclusão de uma pela outra. A regulamentação jurídica, acreditam os defensores da escola econômica, pode influenciar empreendimentos econômicos e promover o desenvolvimento e a mudança social.

Por outro lado, analisando a função social do contrato, prevista no art. 421 do Código Civil de 2002, normalmente estudada a partir da ideia de justiça social e de justiça distributiva inerentes ao Estado Social, Luciano Benetti Timm apresentou estudo sob a ótica da escola de análise econômica do direito acima referida. (TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia, e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. In: Revista de direito bancário e do mercado de capitais, v. 9, n. 33, p. 15-31, jul./set. 2006).

O autor aduz que a análise econômica da 'função social do contrato' permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais, capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos.

Explica o professor que a análise econômica do direito permite medir, sob certo aspecto, as externalidades do contrato (impactos econômicos) positivas e negativas, orientando o intérprete para o caminho que gere menos prejuízo à coletividade, ou mais eficiência social. A coletividade deixa de ser encarada apenas como a parte fraca do contrato e passa a ser vista como a totalidade das pessoas que efetivamente ou potencialmente integram um determinado mercado de bens e serviços, como no caso do crédito.

Dessa forma, a análise econômica do direito aposta no efetivo cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis, por exemplo, como pressuposto para o sucesso do sistema como um todo. A satisfação de cada um dos pactos celebrados entre financiadores e financiados, individualmente considerados, é requisito para que o sistema evolua e garanta o beneficiamento de outros tantos sujeitos, de toda coletividade interessada. **198**

Finalmente, no acórdão 1.568.244 – RJ (2015/0297278-0)¹⁹⁹, o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva deixa nítida a preocupação com os impactos econômicos de sua decisão em relação à tema trágico, qual seja, a validade de cláusula contratual em seguro saúde que prevê reajustes de prêmios de acordo com a faixa etária dos segurados, a ver:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. MODALIDADE INDIVIDUAL OU FAMILIAR. CLÁUSULA DE REAJUSTE DE MENSALIDADE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. LEGALIDADE. ÚLTIMO GRUPO DE RISCO. PERCENTUAL DE REAJUSTE. DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS. ABUSIVIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. EQUILÍBRIO FINANCEIRO-ATUARIAL DO CONTRATO. 1. A variação das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde em razão da idade do usuário deverá estar prevista no contrato, de forma clara, bem como todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada (arts. 15, caput, e 16, inciso IV, da Lei nº 9.656/1998). 2. A cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança de faixa etária do beneficiário encontra fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional, além de ser regra atuarial e asseguradora de riscos. 3. Os gastos de tratamento médico-hospitalar de pessoas idosas são geralmente mais altos do que os de pessoas mais jovens, isto é, o risco assistencial varia consideravelmente em função da idade. Com vistas a obter maior equilíbrio financeiro ao plano de saúde, foram estabelecidos preços fracionados em grupos etários a fim de que tanto os jovens quanto os de idade mais avançada paguem um valor compatível com os seus perfis de utilização dos serviços de atenção à saúde. 4. Para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, o ordenamento jurídico pátrio acolheu o princípio da solidariedade intergeracional, a forçar que os de mais tenra idade suportassem parte dos custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do community rating modificado). 5. As mensalidades dos mais jovens, apesar de proporcionalmente mais caras, não podem ser majoradas demasiadamente, sob pena de o negócio perder a

atratividade para eles, o que colocaria em colapso todo o sistema de saúde suplementar em virtude do fenômeno da seleção adversa (ou antisseleção). 6. A norma do art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003, que veda 'a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade', apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, aquele sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato. 7. Para evitar abusividades (Súmula nº 469/STJ) nos reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde, alguns parâmetros devem ser observados, tais como (i) a expressa previsão contratual; (ii) não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da especial proteção ao idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano; e (iii) respeito às normas expedidas pelos órgãos governamentais:

a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS. b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos. c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância (i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos; (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e (iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.

8. A abusividade dos aumentos das mensalidades de plano de saúde por inserção do usuário em nova faixa de risco, sobretudo de participantes idosos, deverá ser aferida em cada caso concreto. Tal reajuste será adequado e razoável sempre que o percentual de majoração for justificado atuarialmente, a permitir a continuidade contratual tanto de jovens quanto de idosos, bem como a sobrevivência do próprio fundo mútuo e da operadora, que visa comumente o lucro, o qual não pode ser predatório, haja vista a natureza da atividade econômica explorada: serviço público impróprio ou atividade privada regulamentada, complementar, no caso, ao Serviço Único de Saúde (SUS), de responsabilidade do Estado. 9. Se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde em virtude da alteração de faixa etária do usuário, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença. 10. TESE para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso. 11. CASO CONCRETO: Não restou configurada nenhuma política de preços desmedidos ou tentativa de formação, pela operadora, de 'cláusula de barreira' com o intuito de afastar a usuária quase idosa da relação contratual ou do plano de saúde por impossibilidade financeira. Longe disso, não ficou patente a onerosidade excessiva ou discriminatória, sendo, portanto, idôneos o percentual de reajuste e o aumento da mensalidade fundados na mudança de faixa etária da autora. 12. Recurso especial não provido. ACÓRDÃO

Eis um trecho de sua fundamentação:

As questões controvertidas nestes autos são: a) se houve negativa de prestação jurisdicional pela Corte de origem quando do julgamento dos embargos de declaração e b)

se é válida a cláusula contratual de plano de saúde da modalidade individual ou familiar que prevê o aumento da mensalidade conforme a mudança de faixa etária do usuário.

No caso dos autos, as prestações mensais da recorrente sofreram majoração no percentual de 88% após ela ter completado a idade de 59 (cinquenta e nove) anos, o que, segundo alega, configuraria abuso e onerosidade excessiva, visto que desequilibraria o contrato e impossibilitaria a sua permanência no plano de saúde, em afronta aos direitos do consumidor.

Cumprido destacar, preliminarmente, que a matéria a ser apreciada no Supremo Tribunal Federal (STF) em repercussão geral (RE nº 630.852 RG/RS), qual seja, o tema 381 – aplicação do Estatuto do Idoso a contrato de plano de saúde firmado anteriormente a sua

vigência, com ênfase no controle do aumento da contribuição em razão de ingresso em faixa etária diferenciada, não influencia no julgamento da presente hipótese, porquanto a autora aderiu ao plano de assistência à saúde em 6/9/2005, data posterior à vigência da Lei nº 10.741/2003, portanto.

A despeito disso, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o reconhecimento de repercussão geral não impede o trâmite normal do recurso especial que verse sobre o mesmo tema, assegurando, apenas, o sobrestamento do recurso extraordinário a ser eventualmente interposto. Isso porque não há invasão de competências, já que cabe ao Superior Tribunal de Justiça aplicar o Direito ao caso concreto conforme a melhor interpretação da legislação federal infraconstitucional, ao passo que ao Supremo Tribunal Federal cumpre apreciar hipóteses de afronta à norma da Constituição Federal.

Extraí-se, assim, que os percentuais de variação entre as faixas etárias ficaram sob a responsabilidade da operadora de plano de saúde, que tem liberdade para impor os preços no produto oferecido, com amparo em estudos atuariais.

Apesar disso, o órgão regulador, ainda embasado nos conceitos de prevenção da antisseletividade e de solidariedade intergeracional – os beneficiários das faixas mais jovens subsidiam os de faixa etária mais avançada -, ainda dispõe que (i) 'o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o

valor da primeira faixa etária' (variação de 500% ou 6 vezes) e (ii) 'a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas [145% ou 2,45 vezes] não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas' (145% ou 2,45 vezes). Esta última regra [...] visa reduzir os percentuais de variação nas últimas faixas etárias (acima de 49 anos), obrigando que parte da variação que poderia ser alocada a tais idades seja diluída pelas primeiras sete faixas'. (fl. 649).²⁰⁰

Há uma clara preocupação, no voto relator, em sopesar, de forma adequada, o princípio da solidariedade intergeracional, sem provocar o fenômeno da seleção adversa, qual seja, a criação de barreiras ao ingresso dos mais jovens, tendo em vista a desproporção de valores de prêmios em relação ao seu risco.

Recupera-se, a esse propósito, a contribuição de Luciano Timm, ao lembrar que o fenômeno da seleção adversa foi identificado por George Akerlof em 1970, refere-se, especificamente, ao caso de uma das partes estar mal informada sobre qualidades ou serviços específicos. Nesse caso, a parte mal informada, por conta de sua incerteza, necessitaria de maior incentivo do que aquele normalmente exigido para participar de uma transação. Ao fim e ao cabo, alguns desses agentes se afastam do mercado, diminuindo o número de transações.²⁰¹ Portanto, aqui se tem alguns elementos obtidos a partir da aplicação da Análise Econômica do Direito ao Contrato de Seguro.

REFERÊNCIAS

ABECASSIS, Fernando. **Análise econômica**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

ARAÚJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos: a abordagem econômica e a tutela dos interesses contratuais. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

BARCELOS, Raphael Magalhães; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. **A nova economia institucional**: teoria e aplicações. Brasília, DF: UNB, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso especial nº 1.568.244 – RJ (2015/0297278-0)**. Recorrente: Maria das Gracas As. Recorrido: Samoc S/A Soc Assistencial Medica e odonto-cirurgica. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, Julgado em 5 de maio de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=60645693&num_registro=201502972780&data=20160518&formato=PDF>. Acesso em: 23 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso especial nº 1.163.283 – RS (2009/0206657-6)**. Recorrente: Banco do Estado do Rio Grande do Sul SA. Recorrido: Ignez Ivone Alovise Galo e outros. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão Brasília, DF, Julgado em 26 de junho de 2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200902066576&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso especial nº 1.193.040 – RS (2010/0085543-2)**. Recorrente: MBM Previdência Privada. Recorrido: Eloa Mariana dos Santos Caetano – Sucessão. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, Julgado em 17 de junho de 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000855432&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1994>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

CAMPOY, Adilson José. **Contrato de seguro de vida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. 5. ed. São Paulo: Bookmann, 2010.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A influência da economia na responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

FARIAS, José Fernando de Casto. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

MACHADO, Rafael Bicca. Cada um em seu lugar. Cada um com sua função: apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao ministro Nelson Jobim. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

NORTH, Douglass C. **Custos de transação, instituições e desempenho econômico**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1998.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas: 2012.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2015.

TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva *vs* eficiência econômica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 876, p. 11-43, out. 2008.

WILLIAMSON, Oliver. Por que direito, economia e organizações? In: ZYLBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel. **Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

[152] Este capítulo do livro é o resultado parcial da investigação científica desenvolvida pelos autores, no contexto dos seguintes projetos de pesquisa: a) “Sistema do Direito, novas tecnologias, globalização e o constitucionalismo contemporâneo: desafios e perspectivas”, Edital FAPERGS/CAPES 06/2018 – Programa de Internacionalização da Pós-Graduação no RS; b) Chamada Universal MCTIC/CNPq 2018, Faixa ‘C’: até R\$.120.000,00, título: “Nanotecnologias e Direitos Humanos observados a partir dos riscos no panorama da comunicação entre o Ambiente Regulatório e o Sistema da Ciência”.

[153] Pós-Doutor em Direito Público-Direitos Humanos pelo Centro de Estudios de Seguridad (CESEG), da Facultad de Derecho da Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha; Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, da Unisinos; Coordenador Executivo, Professor e Pesquisador do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, ambos da UNISINOS; Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq; Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO, credenciado junto ao CNPq; e-mail: wengelmann@unisinos.br; <http://lattes.cnpq.br/7143561813892945>; ORCID id <https://orcid.org/0000-0002-0012-3559>

[154] Mestre em Direito da Empresa e dos Negócios, pelo Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Unisinos; Professor Universitário; Advogado; e-mail: marcelo@torellybastos.com.br

[155] MACHADO, Rafael Bicca. Cada um em seu lugar. Cada um com sua função: apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao ministro Nelson Jobim. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 42.

[156] NORTH, Douglass C. **Custos de transação, instituições e desempenho econômico**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1998. p. 15: “As instituições são formadas para reduzir incertezas por meio da estruturação das interações humanas, o que não significa implicitamente que os resultados serão eficientes, no sentido dado a esses termos pelos economistas. A questão é tanto o significado da racionalidade como as características das transações, que impedem que os atores atinjam, em conjunto, o resultado ideal de um modelo de custo de transação zero.”

[157] Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1994>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

[158] BARCELOS, Raphael Magalhães; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. **A nova economia institucional: teoria e aplicações.** Brasília, DF: UNB, 2003. p. 34: “Os custos de transação são afetados tanto pela tecnologia quanto pelos direitos de propriedade. Os custos de transação são dois: o de transação de produção e o de transação de troca. Os custos de transação de produção são os custos de produção invisíveis (Alston 1999) e são relacionados, basicamente, a custos de monitoração. A tecnologia pode diminuir esses custos de monitoração.

[...]

Há também, os custos de transação de troca. Esses custos incluem os custos associados a negociação e reforço dos contratos (Alston 1999). Os custos de transação de troca são custos que ocorrem numa transação em que não há produção envolvida diretamente e sim apenas uma troca.”

[159] MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia.** 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001. p. 271.

[160] *Ibid.*, p. 271.

[161] Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario Sumulas.asp?sumula=1994](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario_Sumulas.asp?sumula=1994)>. Acesso em: 22 nov. 2019.

[162] TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva *vs* eficiência econômica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 876, p. 11-43, out. 2008. p. 115.

[163] ARAÚJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos: a abordagem econômica e a tutela dos interesses contratuais. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 120.

[164] ARAÚJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos: a abordagem econômica e a tutela dos interesses contratuais. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 131.

[165] Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I – unilateralmente pela Administração: d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 23 nov. 2019.

[166] MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001. p. 9.

[167] MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001. p. 11.

[168] MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001. p. 11.

- [169] MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 150.
- [170] Ibid., p. 154.
- [171] Ibid., p. 68.
- [172] MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 68.
- [173] MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 68.
- [174] Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1994>>. Acesso em: 22 nov. 2019.
- [175] DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A influência da economia na responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 135-136.
- [176] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 15 e seguintes.
- [177] Ibid., p. 35 e 37.
- [178] MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001. p. 27.
- [179] FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 3.
- [180] Ibid., p. 3.
- [181] Ibid., p. 27 e 31.
- [182] FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 61.

- [183] FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 73.
- [184] Ibid., p. 75.
- [185] ABECASSIS, Fernando. **Análise econômica**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 193.
- [186] POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 269-270.
- [187] Ibid., p. XIV.
- [188] COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. 5. ed. São Paulo: Bookmann, 2010. p. 33.
- [189] COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. 38-39.
- [190] CAMPOY, Adilson José. **Contrato de seguro de vida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 20.
- [191] FARIAS, José Fernando de Casto. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 195 e 207.
- [192] TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 143.
- [193] WILLIAMSON, Oliver. Por que direito, economia e organizações? In: ZYLBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel. **Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Campus, 2005. p. 46-47.
- [194] COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. 120.
- [195] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso especial nº 1.193.040 – RS (2010/0085543-2). Recorrente: MBM Previdência Privada. Recorrido: Eloa Mariana dos Santos Caetano – Sucessão. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, Julgado em 17 de junho de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000855432&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 23 nov. 2019.

[196] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso especial nº 1.193.040 – RS (2010/0085543-2). Recorrente: MBM Previdência Privada. Recorrido: Eloa Mariana dos Santos Caetano – Sucessão. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, Julgado em 17 de junho de 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000855432&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

[197] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso especial nº 1.163.283 – RS (2009/0206657-6). Recorrente: Banco do Estado do Rio Grande do Sul SA. Recorrido: Ignez Ivone Alovizi Galo e outros. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão Brasília, DF, Julgado em 26 de junho de 2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200902066576&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

[198] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso especial nº 1.163.283 – RS (2009/0206657-6)**. Recorrente: Banco do Estado do Rio Grande do Sul SA. Recorrido: Ignez Ivone Alovizi Galo e outros. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão Brasília, DF, Julgado em 26 de junho de 2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200902066576&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

[199] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso especial nº 1.568.244 – RJ (2015/0297278-0)**. Recorrente: Maria das Gracas As. Recorrido: Samoc S/A Soc Assistencial Medica e odonto-cirurgica. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, Julgado em 5 de maio de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=60645693&num_registro=201502972780&data=20160518&formato=PDF>. Acesso em: 23 nov. 2019.

[200] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso especial nº 1.568.244 – RJ (2015/0297278-0). Recorrente: Maria das Gracas As. Recorrido: Samoc S/A Soc Assistencial Medica e odonto-cirurgica. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, Julgado em 5 de maio de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=60645693&num_registro=201502972780&data=20160518&formato=PDF>. Acesso em: 23 nov. 2019.

[201] TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas: 2012. p. 167.

SOLUÇÃO CONSENSUAL E A AUDIÊNCIA DO ART. 334 DO NOVO CPC VERSUS MEDIAÇÃO COMO FACULDADE DAS PARTES

Elaine Harzheim Macedo²⁰²

Resumo: O presente estudo parte da afirmação do processo como espaço democrático de direito, com foco nos institutos de conciliação e de mediação contemplados na audiência preliminar do art. 334 do novo CPC e sua indistinta e genérica cogência. Como análise crítica realiza-se uma comparação entre a Lei n. 13.140/15 e o novo CPC, em especial no que diz com a autonomia de vontade e a regra de que ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação, acusando uma diametral divergência entre os dois estatutos. Trabalha-se, outrossim, com as ínsitas dificuldades de organização judiciária para bem realizar o propósito legal de estímulo à autocomposição ou composição consensual, partindo-se, destarte, mediante uma metodologia dedutiva, de uma premissa maior e mais genérica para uma menor e mais específica, através de pesquisa bibliográfica, ao efeito de alcançar uma compreensão melhor da mediação e sua aplicação aos processos judiciais, propondo-se a adoção da mediação como faculdade das partes, de modo a permitir a concretização de um processo civil efetivamente democrático, de amplo acesso e de efetividade de seus fins.

Palavras-chave: Solução consensual; Cogência da Audiência preliminar; Conciliação judicial; Mediação como faculdade das partes.

1. INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, cujo início de vigência restou plasmado pelo Superior Tribunal de Justiça para o dia 18 de março de 2016²⁰³, entre as possíveis e necessárias críticas e encômios que o texto provoca e prosseguirá provocando, inovou no trato da resolução do conflito, resgatando de velhas e não tão bem-sucedidas práticas um caminho alternativo constituído pela solução consensual.

Nesse fio, no capítulo preambular das normas fundamentais do processo civil – marco inquestionável e definitivo da constitucionalização do processo – o art. 3º que cuida, no seu *caput*, do acesso à justiça, cláusula constitucional elevada à garantia dos direitos individuais e coletivos, e que em seus §§ 2º e 3º, estabelece:

§2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos, e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Bastam tais dispositivos – qualificados como normas fundamentais do novo processo civil – para se concluir que houve, sim, uma mudança de paradigma. A autocomposição até então vista, pela lei processual e pelos operadores do processo, como uma fase ou momento processual onde seria proposta uma conciliação, sem qualquer comprometimento maior com o sistema de solução de conflitos e suas variáveis, não mais perdura.

Como corolário desse modelo proposto, inúmeros são os artigos do Código voltados a regulamentar a solução consensual, que pode ser vista a partir do todo ou apenas de parte do processo, minimizando sua vocação adversarial que conta com séculos de prática. A proposta de solidificar um processo consensual não é mera utopia, mas, admite-se, é como remar contra a maré, exigindo do intérprete e/ou do operador um repensar o processo!

Nesse diapasão, apontam-se algumas das inovações: a criação de centros judiciários de solução de conflitos e a inclusão de conciliadores e mediadores judiciais como órgãos auxiliares da justiça (arts. 165/173); a previsão de câmaras de mediação e conciliação no âmbito extrajudicial junto aos entes públicos (arts. 174/175); a recorrente expressão de “outras formas” de solução consensual, utilizadas tanto no art. 3º, § 3º, como no art. 175, revitalizando e ampliando, por exemplo, o espectro de atuação consensual no TAC (termo de ajustamento de condutas), regulamentado pela Lei da Ação Civil Pública, art. 5º, § 6º; as transações processuais (arts. 190, 191, 357, § 2º, etc).

Nesse universo onde as formas de autocomposição dos conflitos ganham relevância, com ou sem participação do Poder Judiciário, a audiência do art. 334 do CPC/2015 contribui para a constituição de um novo paradigma processual a merecer estudo e reflexão, o que abrange também seu procedimento, sempre sob o viés crítico e construtivo, pela significativa estratégia democrática, representada pela participação direta daqueles que serão os destinatários diretos da composição e que se submeterão aos seus efeitos, ou seja, as partes.

Estabelecem-se, nesse momento, dois marcos significativos, que dão sustentação teórica ao trabalho desenvolvido: (i) compreender o processo civil como espaço democrático, a partir da doutrina processual constitucional; (ii) reconhecer como dimensão qualitativa deste processo a otimização das soluções consensuais, conforme doutrina que defende a jurisdição a partir de uma compreensão de um *tribunal multiportas*, aberto a soluções alternativas dos conflitos.

Como caminho investigativo, utilizar-se-á da metodologia dedutiva, partindo-se de uma premissa maior e mais genérica para alcançar-se um resultado mais específico, valendo-se da investigação bibliográfica, sem descartar o manejo do direito material, ainda que no plano de exemplos, ao efeito de desvelamento do texto normativo.

2. FUNDAMENTOS DO PROCESSO CIVIL COMO ESPAÇO DEMOCRÁTICO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: PARTICIPAÇÃO E DELIBERAÇÃO

A Constituição de 1988 ao estabelecer o Estado democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana como vetores maiores da nação brasileira instituiu uma democracia não só representativa mas também participativa, refletindo-se esse novo dogma, a partir do art. 2º e parágrafo único do art. 1º da CR, na jurisdição, resultando que o processo passa a ser compreendido como espaço democrático de composição de conflitos, não mais se sustentando um processo civil unicentrado, de estrutura inquisitiva, concentrando-se na pessoa do juiz – irrelevante se de primeiro grau ou de instâncias recursais – todo o poder para a composição dos conflitos, independentemente se tais conflitos são subjetivos individuais, coletivos ou repetitivos, esses últimos tão afeitos à sociedade de consumo, ou ainda se versem sobre questões meramente patrimoniais ou sobre direitos indisponíveis ou, por derradeiro, se tais direitos envolvam interesse dos entes públicos.

Tradicionalmente, na doutrina posterior à Constituição de 1988, sempre se defendeu – e aqui, por todos, colaciona-se a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero²⁰⁴ – o processo justo como direito fundamental a partir da previsão constitucional das garantias processuais constitucionais que constituem ou devem constituir seu núcleo central ou, em outras palavras, seu conteúdo mínimo, vindo o novo Código de Processo Civil ao encontro dessas legítimas expectativas. A essa premissa outra se agrega: sem se pretender explorar o conceito do *processo justo*, presente o corte de conhecimento imposto ao trabalho, não é possível reconhecer o processo justo sem a sua qualificação como processo *democrático*. Aliás, a ideia de processo justo não renuncia à ideia de processo democrático, porque fora da democracia não há que falar em justiça.

Definir o que seja *processo democrático* no campo do processo civil não é tarefa fácil e demanda, por si, trabalho específico. Em apertada síntese, é preciso se ter presente que a cláusula

constitucional maior do Estado brasileiro assentada na *democracia* pressupõe, por óbvio excluídos os debates sobre o exercício democrático no âmbito dos Poderes Executivos e Legislativos, que também o exercício da jurisdição, função precípua do Poder Judiciário, se qualifique como democrático.

Mesmo que resguardadas as devidas modulações – cuja indispensabilidade se reconhece, considerando em determinados conflitos a presença de interesses de maior repercussão como direitos sociais, meio ambiente, tutela da democracia, onde certamente o protagonismo judicial até poderá ser recepcionado com mais valia –, há que se pensar o processo por um olhar divergente, compreendendo-o como um espaço onde efetivamente as partes – que deixam de ser mero “sujeitos” – passam a exercer a condição de agentes, atuando (= participando) e interferindo (= deliberando) no processo ao efeito de construírem a composição do conflito, restando ao juiz uma função de condução, orientação, promoção da composição, fiscalização e, por derradeiro, aí sim com força de império, de chancela da composição, seja homologando autocomposição, seja decidindo o mérito em favor de um ou de outro litigante, quando necessário. Acima de tudo, isso representa a mais autêntica manifestação de cidadania. Democracia no processo pressupõe participação ativa (= poder de influenciar no resultado) de todos que integram a relação processual.

Não é por outra razão que sempre se defendeu na doutrina a participação da cidadania no poder político como forma de concretizar a democracia. Nesse sentido, Rogério Gesta Leal afirma que a esfera política e individual integra um universo maior e mais amplo que representa a sociedade como um todo, consagrando a ideia de soberania popular²⁰⁵, o que já representa um passo a mais. De sorte que a participação do cidadão vai além da mera democracia participativa – que por si só já reformula o conceito pretérito de democracia representativa²⁰⁶, nitidamente em crise, mas nem por isso dispensável, agregando também a ideia de democracia deliberativa. Participar é decidir ou então a

participação é meramente formal, insuficiente, mero expediente de cena, não atendendo ao desiderato maior, a construção de uma democracia real. O tema, tradicionalmente voltado para a esfera do Poder Executivo e do Poder Legislativo, o que não é objetivo deste trabalho, deve igualmente ser compreendido no âmbito do Poder Judiciário e de sua função política de pacificação social, com reflexos diretos sobre o paradigma da jurisdição, num primeiro momento compreendida como jurisdição pública, a ser prestada pelo Estado, mas estendendo-se igualmente a outras formas legítimas de solução dos conflitos de interesses.

Dizendo de outra forma, a democracia é cláusula pétrea também para a jurisdição, seja ela pública ou privada.

Quanto à jurisdição pública, indispensável, no ponto, registrar que o devido processo como garantia constitucional consagrada pela Constituição de 1988 encontra sua legitimação no controle do poder, ao qual também o Judiciário – e não apenas o Legislativo e o Executivo – está afeito. Nesse sentido, o devido processo encontra seu conteúdo na indispensabilidade do juiz natural, no contraditório e direito à defesa, na duração razoável, no exercício probatório, nas decisões motivadas – que devem levar em conta todos os argumentos deduzidos pelas partes –, na pluralidade de instâncias, na previsão de tutelas provisórias em contrapartida à tutela definitiva, e no instituto da coisa julgada, garantia da indiscutibilidade e imutabilidade do que ao final foi decidido. E para que essas condições se materializem, indispensável a efetiva participação daqueles que são os destinatários da prestação jurisdicional, as partes, os sujeitos de direito. Participação material e deliberação, com influência na solução final. Ou a democracia estará ausente!

Já a tutela judicial efetiva, que segundo Francisco Chamorro Bernal guarda no mínimo quatro dimensões, a saber: (a) acesso à jurisdição; ao processo e às instâncias recursais; (b) proibição constitucional à ausência de defesa; (c) obtenção de uma resolução que componha o conflito; e (d) efetividade na prestação jurisdicional²⁰⁷, indiscutivelmente consagrada na Constituição

como cláusula pétrea – na medida em que o acesso à justiça não se esgota nem pode se esgotar tão somente na provocação do Judiciário – reclama, para sua materialização, não só os mecanismos que concretizam o acesso à justiça, a exemplo da exigibilidade da presença do advogado na administração da justiça do caso concreto, da disponibilização pelo Poder Executivo de órgãos de Defensoria Pública, do benefício da gratuidade, como também a resolução adequada em tempo razoável e o efetivo cumprimento da sentença, assegurando o ordenamento jurídico os mecanismos processuais e materiais para a viabilização de todas essas fases do processo. Trata-se de instrumentos e mecanismos que dão sustentação à efetiva participação e à democrática composição da lide.

Caminha-se, nesse sentido, para um processo civil capaz de efetivamente construir a adequada solução para o conflito, destacando Fábio Lima Quintas depois de mencionar as formas alternativas e consensuais do litígio, estimuladas pelo novo Código:

Na verdade, esse novo regime põe em evidência uma nova perspectiva para compreender o que significa o escopo da jurisdição de alcançar a pacificação social e dirimir conflitos, qual seja a de obter o “tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário” (para utilizar a expressão da Res. CNJ 125, de 2010)²⁰⁸.

Da discussão, em passado recente, do acesso à justiça, da instrumentalização do processo, da constitucionalização do processo, da efetividade e tempestividade processual – conquistas que foram agregando qualidade ao processo regulamentado na lei e praticado na vida forense e das quais não se pretende abdicar – evolui-se para o debate contemporâneo da solução adequada dos conflitos. E é nesse espaço que se pretende incluir a discussão sobre a autocomposição judicializada conforme audiência do art. 334 do CPC de 2015.

3. A SOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS E AS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil instituiu, a partir do Livro I que cuida das normas processuais civis e, mais precisamente, no primeiro capítulo, ao contemplar normas fundamentais do processo civil, a constitucionalização do processo civil, modelo que de há muito a comunidade jurídica vinha reivindicando.

Entre as normas fundamentais elegidas nos primeiros doze artigos, ganha destaque, para o propósito destas reflexões, o disposto no art. 3º, em cujo *caput* se reedita a cláusula do acesso à justiça, vedando-se a exclusão da apreciação jurisdicional de ameaça ou lesão a direito e dispondo expressamente os respectivos parágrafos:

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Tais disposições vêm ao encontro da constitucionalização do processo, do devido processo e da solução adequada do conflito, na medida em que se mantém hígida a participação das partes, apoiadas pelos órgãos e agentes públicos responsáveis pelo processo e pela composição da lide, estimulando-se que esta solução venha pela via consensual, ratificada a autonomia da vontade equilibrada.

Mais uma vez se socorre da doutrina de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero²⁰⁹, ao descorrerem sobre a *justiça multiportas*:

No paradigma do Código Buzaid, a menção à tutela dos direitos remetia o intérprete imediatamente à tutela *jurisdicional* dos direitos, pressupondo-se a jurisdição como único meio possível – ou pelo menos como meio larguissimamente dominante – para solução de disputas judiciais. Nesse particular, o Código de 2015 promoveu

uma “inversão dos paradigmas na justiça”, sendo apontada essa circunstância pela doutrina como uma de suas mais importantes e profundas inovações (o grifo é nosso).

Em sequência, alertam ainda os autores citados, que o Código não fala em *meios alternativos*, mas em *métodos de solução consensual de conflitos*, reconhecendo o seu contingenciamento, pois nem sempre será o caminho mais indicado, daí porque defender a ideia de que o sistema judicial comporta não uma, mas várias portas, ao fito de superação dos conflitos.

Inúmeros são os dispositivos do novo estatuto processual que guardam aderência a esta norma fundamental: a busca da solução do conflito por vias consensuais, seja a mediação, a conciliação ou qualquer outro método adequado, tais como o art. 139, inciso V (é dever do juiz promover a qualquer tempo a autocomposição); arts. 165 a 175 (disposições que regulam os centros judiciários, prevendo as cláusulas condutoras da conciliação e da mediação); art. 174 (criação de câmaras de mediação e conciliação no âmbito administrativo). Estende-se, outrossim, a proposta do consenso, quando frustrada a autocomposição do conflito, para a condução do processo adversarial, a exemplo dos arts. 190 e 191 (negócio jurídico processual); art. 357, § 2º (delimitação consensual das questões de fato e de direito); art. 359 (conciliação na audiência de instrução e julgamento); art. 373, §§ 3º e 4º (convenção sobre o ônus da prova); e claro, a audiência preliminar do art. 334, que é o próprio objeto deste trabalho.

A ideia da autocomposição – no todo ou em parte – põe-se como alternativa à imposição violenta, cogente e imperial do decidir advinda do processo adversarial e da sentença, reconhecendo Luís Eduardo Simardi Fernandes que o novo Código valoriza a pacificação social obtida pela solução consensual, estabelecendo como dever de função aos juízes, advogados, defensores, membros do Ministério Público, o estímulo aos meios consensuais, como a conciliação e a mediação²¹⁰.

Indo além, poder-se-ia, frente a esse universo, afirmar que se agrega mais um princípio ao rol dos princípios informadores do processo civil, no caso, o princípio da consensualidade, como uma nova visão das formas de composição ou superação dos conflitos.

E exatamente para materializar a composição consensual, o Código estabelece uma audiência preliminar, que tanto poderá ser de conciliação ou mediação, conforme dispõe o art. 334: *se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência*, objeto específico deste trabalho, mais adiante a ser enfrentado.

Marcelo Abelha destaca, sobre as normas fundamentais que guardam natureza constitucional e as regras de técnica processual, o permanente dever de entre si dialogarem, a saber:

É preciso entender que o artigo 1º do CPC determina que o Estado juiz, durante todo o itinerário processual, do recebimento da petição inicial até a prolação da sentença ou se for o caso até a efetivação do título judicial ou extrajudicial, cumpra em concreto a orientação ali contida. Cada norma processual aplicada ao longo do processo deve ser interpretada, aplicada, disciplinada e organizada de acordo com os valores fundamentais da CF/1988. O magistrado deve fazer um controle de constitucionalidade em cada caso concreto, em cada situação particular enfrentada ao longo do processo para que desta forma atenda aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana, observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (artigo 8º)²¹¹.

Considerando que o primeiro capítulo do Código trata exatamente dessas normas fundamentais, é como se fôssemos dividir o Código em duas partes: os primeiros 12 artigos, compondo uma das partes, e a segunda, englobando os demais 1.060 artigos, dispositivos esses a serem compreendidos à luz dos

primeiros doze. Um diálogo entre as regras processuais e as normas fundamentais do processo, em apertada síntese.

Importa ainda ponderar que a introdução da autocomposição dos conflitos de interesse encontra fundamento direto com o dogma constitucional da democracia e a concretização da ordem jurídica, em busca de uma efetividade que passa a ser dever de todos. Nesse fio, para Humberto Theodoro Júnior, ao tratar dos equivalentes jurisdicionais, a autocomposição é aquela construída exclusivamente pelas partes, sem qualquer intervenção de um terceiro, a exemplo da desistência da ação, a renúncia e a transação, enquanto que a heterocomposição reclama a presença de um terceiro (agente público ou privado), onde inclui a jurisdição estatal, a arbitragem, a conciliação e a mediação, concluindo o jurista que a classificação como posta é de pouca ou nenhuma relevância, pois o que efetivamente importa é que o conceito, a compreensão e o papel desses equivalentes serão os mesmos, produzindo a composição do conflito²¹². Assim, entre a jurisdição pública prestada em sentença oriunda de processo adversarial ou a conciliação levada a efeito entre as partes, extra ou judicialmente, há um ponto em comum: ambas alcançam o mesmo desiderato, concretizar a ordem jurídica respeitando a Constituição.

Não há um consenso na doutrina, entretanto, em classificar as chamadas autocomposição ou meios alternativos de resolução de disputas. Para Gustavo Osna, por exemplo, diferentemente da proposta de Humberto Theodoro Júnior, a heterocomposição se realiza essencialmente pela jurisdição (pública ou privada), onde o responsável pela decisão é um terceiro, enquanto que a autocomposição abrange a conciliação e a mediação²¹³. No mesmo caminho, Marco Félix Jobim declina as diferentes versões doutrinárias sobre as formas de autocomposição, arrolando-as, a despeito das divergências, entre a desistência, renúncia, submissão e transação²¹⁴.

De qualquer sorte, sem embargo de eventuais enfoques distintos, o fato é que este alinhamento entre jurisdição e

autocomposição tem em si um elemento revelador e só se sustenta teoricamente se o olhar sobre o conflito de interesses, o processo e a atividade judicial passe a ser um olhar constitucional, onde o que revela é a concretização dos direitos fundamentais e da ordem jurídica e a atuação das partes se dê de forma participativa e deliberativa. Ser parte num processo é exercício de cidadania, é afirmar a democracia.

Nos limites deste trabalho, algumas ponderações sobre a mediação e a conciliação, que serão tratadas como formas específicas de autocomposição, considerando o comprometimento de enfrentar a audiência do art. 334 do CPC/2015.

4. A MEDIAÇÃO E A LEI N. 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015

O instituto da mediação veio recentemente regulado pela Lei n. 13.140/2015, publicada em data de 29/06/2015, cujo prazo de vigência foi de 180 (cento e oitenta) dias após sua publicação, isto é, dia 26 de dezembro e, portanto, entrando em vigor antes mesmo da vigência do novo Código de Processo Civil.

Indispensável, portanto, conciliar os dois estatutos – a Lei da Mediação e o Código de Processo Civil – em especial no que diz com a audiência preliminar do art. 334 do CPC/2015.

Na lição de Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Ludmilla Camacho Duarte Vidal,

(...) a guinada legislativa instituindo a política pública de estímulo às soluções extraídas do consenso veio com a Res. 125/2010 do Conselho Nacional da Justiça (CNJ), sendo essa incrementada a partir do advento do Código de Processo Civil de 2015, bem como do Marco Legal da Mediação.

E prosseguem

Os diplomas retro possuem três palavras de ordem: adequação, flexibilização e eficiência. Sob o ponto de vista dos graus da escala de aperfeiçoamento do serviço jurisdicional, a adequação é compreendida como o

patamar mais elevado em relação ao degrau ocupado pela efetividade, servido para auxiliar as partes na escolha do caminho disponível que corresponda, satisfatoriamente, aos interesses da causa²¹⁵.

Sem pretender aprofundar a compreensão e a reflexão sobre o instituto da mediação – até porque foge ao objeto deste trabalho – ponto fundamental a ser destacado vem no parágrafo único do art. 1º da lei de regência: o mediador não detém poder de decisão. São as partes que devem encontrar a solução consensual sobre a controvérsia, ou seja, o poder de decisão lhes compete. Por isso mesmo princípio condutor da mediação, entre outros, é a autonomia da vontade das partes, que para tanto devem guardar paridade, o que desagua em outro princípio do instituto, que é a isonomia. Tais vetores encontram-se expressamente previstos no art. 2º, da Lei n. 13.140/2015. Como corolário, o § 2º deste dispositivo assegura que “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”. Ou seja, basta que um dos conflitantes rejeite a mediação e ela estará prejudicada.

Outro traço fundamental é que a mediação deve ter por objeto conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação (art. 3º). Ou seja, há conflitos que não guardam aderência à autocomposição, especialmente aqueles que integram o patrimônio jurídico da pessoa humana como os direitos de personalidade. Forçoso concluir que a mediação não é solução para todos os conflitos de interesses, ainda que sua adoção possa se expandir para um sem número de situações, antes impensadas de serem resolvidas à luz da autocomposição, como o próprio art. 174 do CPC/2015 que impõe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever público de criar câmaras de mediação e conciliação, voltados esses órgãos à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, valendo-se inclusive do termo de ajustamento de conduta, instrumento criado pela Lei da Ação Civil Pública.

É ainda Dalla Bernardina e Ludmilla Vidal que atestam para a existência de um movimento universal incentivando e valorizando

as técnicas consensuais²¹⁶, num franco reconhecimento da evolução cultural participativa, onde o diálogo, a cooperação e o consenso são determinantes para a pacificação dos conflitos, o que o Direito brasileiro vem chancelando nesses dois estatutos.

O estatuto da mediação cria, por outro lado, a figura de mediadores judiciais – o que encontra harmonia com as disposições do Código de Processo ao prever os centros judiciários de solução consensual de conflitos – e a de mediadores extrajudiciais, que há de ser objeto de contrato, nos termos dos arts. 21 a 23 da respectiva lei de regência, ambas as atuações, porém, voltadas para a definitividade do conflito: título executivo extrajudicial ou título executivo judicial, conforme o caso (art. 20, parágrafo único).

Sem adentrar no procedimento específico da mediação, vale ressaltar que desde logo o estatuto prevê a realização de sessões sucessivas (arts. 14 e 18), até porque se trata de um processo onde se trabalha psicologicamente a assimilação do próprio conflito, de sua origem e extensão, das possíveis consequências, que cumpre às partes irem construindo até chegarem a um denominador comum. A mediação não objetiva um vencedor, mas que não haja perdedores, orientando-se não pelo critério da justiça, mas sim do interesse. Também o CPC, embora tratando a audiência preliminar indistintamente, de conciliação ou de mediação, prevê no § 2º do art. 334 a sequência de mais de uma sessão, limitando, porém, as respectivas realizações a 2 (dois) meses a contar da primeira sessão. Aqui, torna-se evidente, a preocupação com a tempestividade do processo.

Em apertadas linhas, a despeito da convergência de alguns dispositivos, de concluir que não há tratar pelos mesmos cânones a mediação e o processo judicial, embora se perceba uma forte tendência de judicialização da mediação, tanto na Lei n. 13.140/2015 como no próprio Código de Processo Civil, tema que merece espaço próprio para melhor exploração. Se, de um lado, temos dispositivos que convergem entre os dois diplomas

legais, de outro temos contrariedades que são relevantes e devem ser questionadas.

5. A AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO NO ART. 334 E A COGÊNCIA NA SUA REALIZAÇÃO E PARTICIPAÇÃO: CRÍTICAS

Como preâmbulo, merece destaque a compreensão de que a audiência preliminar vem ao encontro da norma fundamental do art. 3º e seu § 3º do novo estatuto e recepciona força constitucional porque estimula as formas alternativas de solução consensual a viabilizar a concretização dos direitos fundamentais e a própria manutenção da ordem jurídica.

A principal técnica utilizada, para alcançar o desiderato a que se propõe, é o chamamento do réu para a audiência sem o ânimo da adversariedade, oportunizando o encontro das partes, autor e réu, devidamente representados por seus advogados, mas sem a instauração, ainda, do contraditório, o que decorre do disposto no art. 335, inciso I, que oportuniza a contestação no prazo de 15 (quinze) dias a ser computado após a realização da audiência de conciliação ou mediação ou da última sessão uma vez frustrada a autocomposição. A solução adotada é, de um lado, meritória porque, pelo menos em princípio, sem a oferta da contestação, as partes estão mais desarmadas e sucessíveis de conversarem e de encontrarem um denominador comum, mas de outro não se pode olvidar que o réu fica numa situação privilegiada, porque conhece as teses e provas documentais que o autor maneja, enquanto que esse desconhece as teses e provas da defesa. De qualquer sorte, independentemente do peso dados às vantagens/desvantagens da audiência preliminar, o fato é que a doutrina já aponta críticas a essa disposição, e não sem razão porque não desgarram da realidade forense, presente o risco de haver o manejo do procedimento instaurado para procrastinar o feito, valendo-se dessa regra para estender no tempo a instauração da fase cognitiva:

De fato, considerando que no CPC de 1973 o interstício para a apresentação da contestação tem como termo

inicial a juntada aos autos da respectiva citação do réu, o prazo previsto no novo CPC poderá ensejar um trâmite inicial demasiado longo, até porque há expressa menção no *caput* do art. 334, de que a cerimônia deverá ser apazada com 'antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência'.

E prosseguem os articulistas referendados:

Ademais, mesmo que se admita o agendamento da audiência com um prazo não tão longo, não se pode olvidar as dificuldades operacionais advindas do ato de citação, com o que a adequação dos dois prazos previstos no dispositivo legal poderá ensejar, não raras vezes, impropriedades, sendo necessário o reagendamento da data originalmente prevista²¹⁷

De qualquer sorte, o texto do art. 334 do CPC/2015, como está posto, sugere a cogência de uma audiência preliminar, independentemente da demanda posta, que poderá ser ou de mediação ou de conciliação. Neste capítulo, atentar-se-á preponderantemente à audiência de mediação, sem prejuízo de algumas referências à via da conciliação, alternativa viável aos eventuais obstáculos à instauração da mediação.

Esta cogência decorre do disposto no § 4º do mesmo artigo, que contempla duas hipóteses para a sua não ocorrência: *a)* quando ambas as partes manifestarem desinteresse na autocomposição, e *b)* quando não se admitir a autocomposição.

Para a primeira hipótese, cumpriria ao autor desde logo expressar seu desinteresse na petição inicial, conforme dispõe o art. 319, inciso VII, do CPC/2015, e ao réu, quando citado, apresentar petição no prazo de 10 (dez) dias de antecedência, ou seja, a audiência já estaria designada, até porque integraria o despacho inicial de recebimento da petição inicial (§ 5º).

Por outro lado, o § 8º considera ato atentatório à dignidade da justiça, sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da

União ou do Estado, o não comparecimento injustificado tanto do autor como do réu. Não trata o dispositivo da hipótese fática em que os dois lados – autor e réu – poderão não se fazer presente na audiência preliminar, sem qualquer justificativa e independentemente de seu silêncio prévio quanto à resistência à autocomposição, abrindo-se um espaço para a interpretação judicial, que tanto poderá inclinar-se para entender o não comparecimento como manifestação tácita – que nos parece mais adequada – no desinteresse de autocomposição, como concluir pelo duplo enquadramento na previsão do parágrafo, sancionando ambas as partes.

No alinhamento da cogência, a ENFAM, em seminário realizado sobre o novo CPC, editou enunciados, entre os quais o de n. 61, assim redigido:

Somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC/2015, não sendo a manifestação de desinteresse externada por uma das partes justificativa para afastar a multa de que trata o art. 334, § 8º.

Há, portanto, uma convergência entre o disposto na lei e o entendimento prévio manifestado por órgão da magistratura para se ter a audiência preliminar como cogente. Considerando que a lei não distingue se a audiência será de mediação ou de conciliação, aplica-se tal cogência a ambas as hipóteses. Aqui reside a primeira crítica a ser oportunamente deduzida.

Voltando, ainda, às hipóteses de dispensa da audiência prévia, tem-se o segundo caso, relativo à não admissão de autocomposição. Como bem destaca Fredie Didier Jr²¹⁸, não há que confundir direitos indisponíveis com impossibilidade de autocomposição, exemplificando o jurista como hipótese incidente aquelas em que o Poder Público é parte no conflito e não está autorizado para a composição, ainda que o novo estatuto processual também estimule a autocomposição em processos administrativos ou judiciais, em que for parte o poder público,

como antes já sinalizado. Pode-se agregar, ainda, conflitos que digam com direitos de personalidade, como demanda que envolva o nome da parte ou o estado de capacidade. Isso sob o aspecto de vedação formal. Mas pode se levar em conta que determinadas demandas não estão materialmente afeitas à autocomposição. Cita-se aqui, como exemplo, ações repetitivas, responsáveis, ainda que não exclusivamente, pelo fenômeno da numerosidade de processo, fenômeno este que, por sua vez, é o principal responsável pela morosidade na atuação do Poder Judiciário e, por via reflexa, na inefetividade da prestação jurisdicional. O conflito nesses casos é subjetivamente muito maior que eventual controvérsia individual, pois, ainda que se alcance uma composição consensual em relação àquele sujeito individualmente posto na relação processual, o conflito se repete para além daquele processo pontual, fazendo-se presente a necessidade de uma composição coletiva, seja consensual, seja por força de decisão judicial, que atinja toda a coletividade. Não é por outra razão que o novo CPC adotou, com todas as letras, o precedente vinculante para demandas tais. Há de se indagar se, efetivamente, vem ao encontro do interesse público, nesses casos, eventual transação pontual, que até pode, ainda que de difícil sucesso, alcançar o interesse individual da parte, mas jamais a defesa da própria ordem jurídica, incontestavelmente entregue ao Poder Judiciário e que as demandas repetitivas põem à nu, considerando a pluralização de seus legítimos interessados, estejam ou não participando de outras ações idênticas.

Contudo, independentemente desta segunda hipótese de não realização da audiência preliminar, o fato é que a cogência de realização de audiência de mediação, prevista para a mais absoluta generalidade de hipóteses de conflito, vem ao desencontro dos princípios que regem a mediação, em especial a isonomia entre as partes, a autonomia da vontade das partes e a busca do consenso.

Assim, a Lei n. 13.140/15 dispõe:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:
(...)

V – Autonomia da vontade das partes;

(...)

§ 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

E mais adiante:

Art. 21. O convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião.

Parágrafo único. O convite formulado por uma parte à outra considerará-se rejeitado se não for respondido em até trinta dias da data de seu recebimento.

De sorte que não só a lei estabelece a autonomia da vontade como princípio norteador da mediação como ainda assegura que ninguém permanecerá em procedimento de mediação. Na mediação provocada, a parte adversa será convidada – e não citada – para comparecer e iniciar o procedimento, e o simples não atendimento a este convite acusa a não-aceitação da mediação como forma de compor conflitos, pondo por terra a mediação.

Já para o CPC, a regra é outra, havendo que ter dupla manifestação, do autor e do réu, para que não se instaure a mediação como opção para a autocomposição, impondo-se, pois, ao réu a instauração do procedimento mesmo externando, de forma isolada, sua discordância. De indagar qual o sucesso esperado nesses casos, o que só o tempo poderá responder. Este é um ponto de divergência entre os dois estatutos, ainda não suficientemente superado pela doutrina.

5.1. Generalização na previsão e insuficiência de critérios para definição entre mediação e conciliação no art. 334

O artigo 334 do CPC/2015 abstrai qualquer inclinação, seja para a mediação, seja para a conciliação, mostrando-se genérico e virtual, sem qualquer comprometimento com a concretude do

conflito subjacente ou mesmo em relação à estrutura com a qual a unidade forense possa contar para seguir o caminho da autocomposição, considerando o disposto no art. 165 do CPC/2015, responsável pela criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos. Impõe, porém, ao juiz o encaminhamento das partes para uma dessas formas de autocomposição, remanescendo para melhor orientação do julgador o disposto nos parágrafos do art. 165:

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

E:

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Duas observações, a primeira diz com o uso reiterado da palavra “preferencialmente”, isso porque, a rigor, qualquer conflito pode ser mediado ou submetido à conciliação. Não há regra nem material nem processual a determinar a opção entre um ou outro procedimento. Em princípio, estimula-se a mediação para aquelas situações em que as partes prosseguirão se relacionando fática e juridicamente independentemente do conflito instaurado, enquanto que a conciliação seria um caminho razoável para superar um conflito pontual e isolado na vida dos conflitantes. A segunda, aí sim comparando a distinção, diz com o procedimento a ser adotado. Na conciliação, o conciliador intervém, propõe, oferta soluções e alternativas; na mediação essas

devem aflorar a partir das próprias partes. São técnicas distintas de se alcançar a autocomposição.

Ou seja, o juiz ao receber a petição inicial não conta com muitos elementos para orientar o próximo passo a ser adotado: encaminha as partes para a mediação ou para a conciliação? São inúmeros os fatores a influenciar essa decisão. Por certo a orientação acima mencionada, mas também a própria estrutura da unidade judiciária poderá ser decisiva. A existência, a proximidade, a regular instalação, o número de conciliadores e mediadores à disposição do juízo deverão ser fatores determinantes, orientando sua escolha.

O que preocupa é que o art. 334 não se torne instrumento de tentativa de superar o fenômeno da numerosidade de processos, que atingiu no ano de 2015 o número fabuloso de 9 (nove) dígitos²¹⁹, aliviando-se a pauta de processos litigiosos, mas esquecendo-se o legislador processual que os principais responsáveis pelo excesso de litigiosidade são os conflitos repetitivos, envolvendo grandes fornecedores de crédito, produtos e serviços, e o próprio poder público, de todos, os menos sensíveis à autocomposição, porque atuam no mais das vezes movidos pela estatística e estratégias negociais e não pelos critérios de justiça. Igual preocupação vem de Gustavo Osna, ao destacar que o recurso às vias de autocomposição não podem constituir “válvula diversa da jurisdição estatal”²²⁰, porquanto consistem um espaço próprio e relevante, com vantagens e benefícios próprios.

Por outro viés, a superação da cogência posta no art. 334 pode ensejar a previsão de uma audiência preliminar de conciliação, a ser realizada pelo próprio juiz (de lembrar a realidade judiciária em todos os confins do território nacional e as enormes dificuldades de organização judiciária em compor tais quadros), até porque a conciliação é atividade ínsita à prestação jurisdicional, de velha tradição no processo civil.

Cediço que a mediação – importante espaço democrático de autocomposição de conflitos – não representa remédio para todos os males que afetam à vida em sociedade e ao Poder Judiciário,

sobrecarregado de demandas, voltando-se mais para determinadas classes de conflitos, não para a generalização de feitos que assola os foros de primeiro grau de jurisdição. Representa, sim, um marco democrático na composição de conflitos, mas utilizar a mediação para sanar as deficiências administrativas, de organização judiciária ou do próprio sistema processual, que não conta com freios ao abuso da litigiosidade (outro problema que não pode ser ignorado), não é a melhor solução, mais representando uma troca de seis por meia dúzia.

Nesse fio, a mediação, sem embargo de que qualquer conflito em tese pode ser mediado, encontra rico espaço de atuação e de possível sucesso em demandas que versem sobre direito de família, direito sucessório, conflitos de convivência entre parentes, especialmente quando envolvem idosos, vizinhança e condomínio. Pressupõe-se, nesses casos, a continuidade nas relações independentemente do conflito instaurado. As controvérsias que envolvem o direito consumerista também podem ser solucionadas via mediação, especialmente quando pontuais, individualizadas, o mesmo se estendendo a contratos e até a ressarcimentos com base no ato ilícito, ainda que aqui as partes conflitantes, em princípio, esgotem suas relações, sob o aspecto temporal, na relação jurídica litigiosa. Mas nem por isso situações tais são avessas ao caminho da autocomposição via conciliação, que se mostra também pertinente. Esse o dilema a ser vencido pelo juiz já ao receber a petição inicial, pois é nesse momento processual que se há de definir a audiência e a forma de autocomposição.

Em síntese, o remeter as partes para a mediação ou para a conciliação é uma primeira indagação que se põe, mas não esgota as incertezas. E se remetida as partes para a mediação, quando mais compatível seria a conciliação, ou vice-versa, não representaria isso uma perda de tempo, em dissonância com o propósito de obter-se a solução integral do mérito em prazo razoável (art. 4º, CPC/2015)? E remetendo para uma das vias as partes deixam entrever que o outro procedimento seria mais adequado? Comportaria às partes a escolha? Em qual momento?

Petição inicial, por conta do autor? Na manifestação do prazo em 10 (dez) dias, valendo-se o réu não da resistência à autocomposição, mas optando por uma ou por outra via, em desacordo com a manifestação do autor? E, em havendo dissonância entre as partes, o que há de prevalecer?

Mais uma vez socorre-se do articulista Gustavo Osna que também conclui no mesmo sentido, acusando a falta de especificidade do novo Código, prevendo indistintamente a audiência de mediação e a de conciliação, trazendo fórmulas procedimentais idênticas para ambas²²¹.

De sorte que se avolumam hipóteses de crise no processo que o art. 334 não tem o condão de afastar ou de impedir.

5.2. Exigências de organização judiciária aptas a tornar a audiência de mediação (ou de conciliação) viável

Muitos dos problemas com a efetiva e tempestiva prestação jurisdicional estão atrelados às dificuldades, comuns aos poderes públicos, que dizem com a infraestrutura de pessoal, numérica e qualitativamente preparada, para o exercício das respectivas funções típicas, seja para o exercício da judicatura, seja para os serviços de assessoramento que a judicatura exige ou ainda para a execução de todas as tarefas processuais, ínsitas às práticas cartorárias. A falta de magistrados e de servidores da justiça que sustentam a máquina do Poder Judiciário é flagrante e de todos conhecida, importante fator na crise do processo.

A partir desta constatação, o novo CPC, especialmente em seu art. 334, mostra-se, a par de seus méritos, distanciado da realidade administrativa do Poder Público e da profunda crise econômica em que o país está imerso, pressupondo que no dia seguinte à entrada em vigor do estatuto tudo estará preparado para fazer acontecer, pouco ou nada dialogando com os artigos 165 e seguintes. Não é bem assim. A título de exemplo, quando da entrada em vigor da Lei n. 9.099/95, que instituiu a obrigatoriedade dos juizados especiais em todo o território nacional, foram necessários alguns anos para que efetivamente

fossem implementados tais comandos e criadas e instaladas as respectivas unidades judiciárias. Não é diferente com a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, que assessoram os juízes com a audiência preliminar do art. 334 do CPC/2015, a compor os órgãos auxiliares da justiça.

De Gustavo Osna vem a indagação, absolutamente legítima, considerando a realidade nacional, se é oportuno a criação de novas estruturas no âmbito do Judiciário, dando destaque aos custos inerentes a tais providências, bem como sua (in)compatibilidade ao momento econômico de estrangulamento fiscal²²².

Também aqui a cogência pretendida há de ceder espaço frente à realidade da organização judiciária, cujas unidades nem sempre contarão com tais serviços à disposição. Se, de um lado, o juiz pode conduzir uma audiência prévia conciliatória, fazendo valer a regra da lei processual, o mesmo não é verdadeiro quanto a audiência de mediação: o juiz é órgão decisor, sustentado pelo poder jurisdicional que lhe é outorgado por força de sua investidura e nos termos da Constituição republicana, aí não embutida a função de mediador. Aliás, decidir e mediar são atividades incompatíveis e que mutuamente se excluem, tema que já foi explorado alhures.

Não há nenhuma incongruência lógica em o juiz conduzir uma conciliação, homologar o acordo e, oportunamente, se a tanto provocado, fazer valer pelas regras do cumprimento de sentença as cláusulas da transação.

O mesmo não vale para a atividade mediadora. A mediação, considerada tecnicamente, pode ser definida como:

Um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte, neutra ao conflito, ou um painel de pessoas sem interesse na causa, para auxiliá-las a chegar a uma composição. Trata-se de uma negociação assistida ou facilitada por um ou mais terceiros na qual se desenvolve processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s)

terceiro(s) imparcial(is) facilitam a negociação entre pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades²²³.

O mediador não exerce papel decisório, não influi nos termos da composição, daí o seu distanciamento da função judicial *stricto sensu*, sempre carregada pelo império. O mediador atua como interlocutor das partes em conflito, devendo manter-se imparcial, ter habilidade de comunicação para escutar e conversar com os conflitantes. Deve, por óbvio, conhecer as bases jurídicas da relação atritada, mas para além do conhecimento jurídico, deve ter uma boa compreensão dos direitos humanos, ter sensibilidade, captar aquilo que está muitas vezes no substrato do conflito e nem sempre é verbalizado. São, portanto, atividades incompatíveis – a de mediar e a de julgar, sem nenhum obstáculo que o juiz togado venha no futuro, se for o caso, conduzir o procedimento de cumprimento de sentença caso à mediação seja judicial e levada à homologação, ou, sendo extrajudicial, deságue num processo de execução, conforme dispõe o art. 20 e seu parágrafo único: *o termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial*. Não se confundem o procedimento da mediação ao efeito da autocomposição, seja judicial seja extrajudicial, e eventual procedimento de execução dos termos do acordo que tenha sido desrespeitado por uma das partes.

Isso mostra, de um lado, a exigência de o Poder Judiciário investir nos órgãos auxiliares da justiça, compondo os centros que deverão contar com profissionais especializados e adequadamente preparados para as atividades de conciliar ou de mediar, mas de outro lado fica pendente a questão de disponibilidade de levar a efeito tais pautas, certamente de elevados custos.

O que se está a defender é uma harmonia maior entre o art. 334 e o art. 165 do CPC/2015 e o art. 24 da Lei de Mediação, esses, sim, convergindo para uma mesma orientação, até porque o

tema é de organização judiciária. No ponto, a relativização do comando, remetendo a composição e organização para os respectivos tribunais e para o Conselho Nacional de Justiça, se faz presente no parágrafo único do art. 165, quando dispõe: *a composição e organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça*, o que também está presente na Lei da Mediação, conforme art. 24 e seu parágrafo:

Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

O que em certa medida se divorcia de tais disposições é a imposição do art. 334, determinando de forma cogente o encaminhamento das partes para a audiência de mediação ou de conciliação. Hora, o *day after* já aconteceu, pois, o Código entrou em vigor no dia 18 de março de 2016. Mas haverá ainda um largo espaço de tempo para que se concretize em todas as instâncias e foros deste país a instalação adequada de centros de conciliação e de mediação.

5.3. Procedimento do art. 334 e sessões sucessivas de mediação

O Código trabalha como se tudo acontecesse num espaço mágico, tanto é assim que estabelece duas regras incompatíveis com a realidade:

a) A designação de audiência com antecedência mínima de 30 (trinta) dias. Ou seja, os centros de mediação terão que estar equipados e preparados para receber milhares (número que corresponde ao ajuizamento de ações nos principais foros do país) de feitos ajuizados, mês a mês. Se a pauta de audiências prévias conciliatórias e de contestação do procedimento sumário do art. 275 do CPC de 1973 em

pouco tempo de aplicação – e em época menos traumática como a dos dias atuais – ruiu como um castelo de cartas, fazendo com o que o novo CPC desistisse desse procedimento, porque ressuscitá-lo, pelo menos em termos, em especial quanto às hipóteses de mediação? Se a audiência preliminar não funcionou para o procedimento sumário, por que deverá funcionar para as sessões de conciliação ou mediação? Pela tão somente previsão de órgãos auxiliares? Se for assim, volta-se ao problema anterior.

b) A previsão de mais de uma sessão destinada à mediação – o que é da essência da atividade mediadora (arts. 14 e 18 da Lei n. 13.140/2015) – ficará adstrita ao período máximo de 2 (dois) meses, a contar da primeira sessão, conforme § 2º do art. 334 do CPC/2015. É fato que a Lei n. 13.140/15, em seu art. 28, dispõe igualmente que “o procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação, vindo ao encontro do disposto no Código processual. Mas, por outro lado, a imposição de termo final não coaduna com a mediação *stricto sensu*, tanto é que a mediação extrajudicial, tratada nos arts. 21 a 23, não contempla regra similar e nem está presente a hipótese nas disposições comuns a ambas as espécies de mediação, conforme arts. 14 a 20, todos do estatuto antes referido.

Como a mediação visa a auxiliar e estimular as partes a identificar e desenvolver soluções consensuais para a controvérsia, esta previsão temporal mostra-se incompatível com a natureza da mediação, ficando muito claro que a lei processual, mesmo que pontualmente ratificada pela lei de regência da mediação, acaba falando língua diferente àquela ínsita ao instituto da mediação. De qualquer sorte, a aproximação entre os dois diplomas legais fica por conta da Lei da Mediação, resguardando um pouco essa eventual necessidade de maior dilação temporal, quando autoriza expressamente a prorrogação do prazo, o que lamentavelmente o texto processual esqueceu de contemplar.

Outra crítica ao procedimento normatizado está no comportamento exigido dos litigantes. A mediação pressupõe a autonomia de vontade das partes – de ambas as partes! – conforme art. 2º, inciso V, da Lei n. 13.140/15. Nos termos processuais, porém, o réu, em não tendo o autor desde logo manifestado na petição inicial que não tem interesse na mediação, está

automaticamente compelido a comparecer à audiência preliminar, não lhe cabendo manifestar-se contrariamente, pois qualquer posição nesse sentido está absolutamente descartada frente ao disposto nos § 4º, inciso I, e § 8º, ambos do art. 334. Não lhe resta opção. Esse tratamento desigual também atinge ao autor, pois como lhe cabe propor a ação, também lhe cabe, já na petição inicial, adiantar que não está disposto a submeter-se à mediação, o que não impede de o réu, valendo-se da prerrogativa legal, manifestar-se em sentido contrário, dizendo que tem interesse em mediar (ou conciliar, o problema é o mesmo). Isso porque nos termos do estatuto processual, não havendo consenso, a mediação se impõe, ou seja, o juiz ao receber a petição inicial, deve, assim mesmo, encaminhar as partes à audiência pois, uma vez citado o réu – e ele é citado para a audiência – terá ele oportunidade para dizer se concorda ou não com a mediação. De sorte que ou o juiz designa a audiência preliminar (ou encaminha para o centro competente, se for o caso) e determina a citação – ficando no limbo qualquer previsão de realização efetiva dessa audiência, ou primeiro cita o réu para dizer se quer ou não quer se valer da autocomposição. Chega-se à tal conclusão porque o texto legal só reverte o comando judicial de encaminhamento para audiência preliminar se ambas as partes se recusarem à autocomposição. Gustavo Osna denuncia, explorando situações hipotéticas e análogas, que a vontade de um dos litigantes acabará por se impor ao do outro²²⁴, o que acaba por desequilibrar a igualdade das partes, isso sem descartar o evidente custo temporal que tal procedimento pode impingir ao processo, e o que é mais grave, sem qualquer previsão de êxito na composição.

6. PROPOSIÇÃO: MEDIAÇÃO COMO FACULDADE DAS PARTES

A partir de tais ponderações, conclui-se que a previsão da lei, bem assim as primeiras reflexões publicizadas quanto ao tema, em especial as divulgadas pela ENFAM, tendo como cogente a realização de uma audiência preliminar de mediação para os

processos em geral mostra-se, a uma, em flagrante contradição ao instituto da mediação relativamente a uma de suas pedras basilares – a autonomia da vontade – e, a duas, nefasta para os objetivos que se propõe de construção de um processo democrático e consensual capaz de em tempo razoável obter a solução integral do conflito, visualizando-se mais razoável que a audiência de mediação não seja tida como comando cogente, mas como opção das partes em litígio.

A priorização, como norma fundamental, no estímulo às formas alternativas ou pelo menos distintas da tradicional composição da lide pelo processo adversarial e pela decisão judicial como decisão de império (força do Estado), permite concluir que o novo Código, assim como destacado por João Luiz Lessa Neto, adotou o modelo multiportas de processo civil, viabilizando que cada demanda deva ser submetida à técnica ou modelo afinado ao conflito com vistas a construção da solução²²⁵, buscando-se o que hoje passa a ser um ideal projetado para um processo civil democrático e efetivo, que é, dizendo com outras palavras, o processo adequado, com a composição do conflito adequada.

A ideia de multiportas está inserida no art. 3º e seus parágrafos. No *caput*, partindo da cláusula de acesso à justiça, na medida em que reitera a garantia constitucional de que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, reproduzindo a via do processo litigioso, adversarial. No primeiro parágrafo reafirma a arbitragem como alternativa legítima, ainda que esse instituto não seja regulado pelo Código de Processo e sim por lei especial própria. A solução consensual vem nos §§ 2º e 3º, oportunizando-se por esse caminho a conciliação, a mediação ou até outros métodos de solução consensual de conflitos. Tais disposições apontam para esse modelo de multiportas, todas, sem exceção, com um único desiderato: superar o conflito e alcançar a pacificação social.

Embora essa abertura para procedimentos distintos buscando a autocomposição ou a composição consensual mereça encômios, até porque significativamente democrática e participativa a

construção da superação do conflito diretamente com e pelos respectivos sujeitos destinatários, o fato é que o requisito da adequação se impõe para o manejo da via mais compatível.

Aqui o ponto de divergência quanto à cogência da audiência de mediação imposta pelo art. 334 do CPC/2015, antes destacado.

Mais consentâneo com o instituto da mediação seria se essa escolha ficasse por conta das partes, propondo-se uma redefinição do art. 334, *ex vi lege*, nos seguintes termos ou similares:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência, podendo as partes, de comum acordo, optar pela mediação, cumprindo ao autor na petição inicial e ao réu no prazo de 10 (dez) dias exercerem sua manifestação de vontade.

Por certo que a alteração do *caput* do art. 334 implicaria também uma redefinição dos respectivos parágrafos, mera consequência da nova redação, que aqui desimporta esmiuçar. Por outro lado, adequa-se a pauta à realidade fática da atividade cartorária, excluindo-se o prazo de 30 dias, que representa mero fetiche da lei, mas preservando o prazo de antecedência para o cumprimento da citação, até para oportunizar ao réu a prévia manifestação de concordância com a opção pela mediação. Por outro lado, o art. 319 do CPC/2015 também deveria receber redação mais específica, impondo-se ao autor, caso não recuse expressamente a autocomposição, declinar se acolhe a mediação ou se opta por submeter-se à conciliação.

Em apertada síntese, não havendo a dupla escolha pela mediação, impor-se-ia a cogência da forma de autocomposição remanescente, isso é, a conciliação – que tanto poder ser realizada pelo próprio juiz na absoluta impossibilidade prática de contar com núcleos de conciliadores, ou por centros devidamente instituídos para essa finalidade, na forma dos arts. 165 e seguintes do CPC/2015. Havendo, contudo dupla manifestação em favor da

mediação, a audiência de conciliação perderia seu objeto, sendo as partes encaminhadas já originalmente, porque assim optaram, para a audiência de mediação, aqui, sim, indispensável a organização judiciária contar com mediadores devidamente preparados.

Tais modificações, nos termos em que aqui se propõe, dependem de alteração legislativa não só do art. 334, mas também do art. 319, que cuida da petição inicial. Como alternativa, beirando a um ativismo judicial, mas com amparo no poder construtivo da interpretação, considerando os princípios que regem a mediação e a ponderação entre os princípios da mediação e do processo civil, num diálogo entre as fontes, possível concluir, jurisprudencialmente e sem embargo da contribuição da doutrina, que a cogência da audiência preliminar se limita à hipótese da conciliação, essa sim afeita à atividade judicial, não abrangendo, porém, a mediação, que será facultativa, a critério dos próprios litigantes, hipótese em que o procedimento a ser adotado será o da Lei da Mediação, mais precisamente em seus arts. 14 a 20. Estabelecer-se a mediação como faculdade das partes é previsão que vem ao encontro da Lei n. 13.140/2015 e da própria essência do instituto, a ele se acomodando.

Estar-se-á, desta forma, dando-se um passo a mais em favor do processo como espaço democrático de composição de conflitos, evitando-se controvérsias incidentais ao processo e, por derradeiro, resguardando-se o próprio instituto da mediação e os princípios que a legitimam.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Premissa maior do novo CPC é a contemplação de um processo democrático, participativo e adequado ao conflito de direito material, representando faceta da democracia participativa e deliberativa. As opções de soluções consensuais ou de autocomposição foram expressamente contempladas no Código e elevadas à hierarquia de norma fundamental, adotando-se expressamente um sistema de justiça multiportas. Entre essas

alternativas, merece, nos limites deste trabalho, o instituto de mediação, que não só foi expressamente contemplado no Código de Processo como também veio, depois de longa data de discussão no Congresso Nacional, regulamentado pela Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015 – portanto posterior ao CPC –, mas que entrou em vigo antes desse. Esse hiato entre um e outro estatuto provocou em alguns pontos divergências substanciais, em especial à que diz com o princípio da autonomia da vontade, fundamental à mediação, e a audiência preliminar de mediação ou conciliação do art. 334 do CPC/2015. A par de um indevido tratamento procedimental unívoco para a mediação e a conciliação, a realidade forense que convive com inúmeras insuficiências na organização do Poder Judiciário, tanto de pessoal como de infraestrutura, leva a concluir que os centros de mediação previstos no art. 165 do estatuto processual carecem de um largo tempo para a sua efetiva concretização. Um e outro fator são preponderantes para inviabilizar uma audiência preliminar de mediação, nos termos propostos pela lei processual, com bom êxito, podendo inclusive produzir resultado nefasto e contrário, impondo uma dilação temporal não pretendida na composição do conflito, e até vedada pela garantia constitucional da tempestividade do processo.

Resgatar-se – o que está positivado na lei da mediação e que é profusamente defendido pela doutrina específica – o princípio da autonomia de vontade e a garantia de que ninguém será mantido em procedimento de mediação, convertendo a cogência da audiência do art. 334, relativamente à mediação e tão somente à mediação, em mera faculdade das partes, oportunizando-lhes manifestação nesse sentido, é o caminho salutar que se sugere.

Eventual silêncio das partes nesse sentido, manteriam viva e adequada a via da conciliação, inclusive em audiência preliminar, até porque se trata de instituto mais afinado à atividade judicial.

Por certo que tais modificações, em termos ideais, carecem de alteração legislativa, mas nada impede que a profusa construção pretoriana e o trabalho doutrinário, podem, sim, contribuir para

que se adequem as regras de cogência do art. 334, limitando-as à audiência de conciliação e liberando a mediação à faculdade das partes.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. Manual de direito processual civil, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

AZEVEDO, André Gomma (coord.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, Vol. 3, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

BERNAL, Francisco Chamorro. La tutela judicial efectiva; derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A, 1994.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, V. 1, Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi, *in* DELLORE, Luiz et al. Teoria Gera do processo contemporâneo, São Paulo: Atlas, 2016.

JOBIM, Marco Félix. Teoria, História e Processo: com referências ao CPC/2015, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 79-81.

LEAL, Rogério Gesta. Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas. Porto Alegre, Livraria do Advogado Ed., 2006.

LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas! E agora?, Revista Brasileira de Direito Processual RBDPRO, n. 92, Belo Horizonte, Editora Fórum, out/dez 2015, p. 97-109.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, artigos 1º ao 69. (Coleção Comentários ao Código de Processo Civil, V.1,

coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MIRANDA, Jorge. Formas e sistemas de governo. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OSNA, Gustavo. A “audiência de conciliação ou mediação” no novo CPC: seis (breves) questões para debate, *in* REVISTA DE PROCESSO, vol. 256, junho, 2016, p. 349-370.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da Lei de Mediação no Compromisso de Ajustamento de Conduta, *in* REVISTA DE PROCESSO, vol. 256, junho, 2016, p. 371-409.

QUINTAS, Fábio Lima. Para que um novo Código de Processo Civil? Uma reflexão sobre os novos contornos da função jurisdicional, *in* REVISTA DE PROCESSO, vol. 256, junho, 2016, p. 295-315.

RIBEIRO, Cristiana Zugno Pinto; FISCHER, Roger. A audiência de conciliação ou de mediação do novo CPC, *in* Procedimento comum: da petição inicial à sentença à luz do novo Código de Processo Civil, TESHEINER, José Maria; MACEDO, Elaine Harzheim; THAMAY, Rennan Faria Krüger (Coord.), Curitiba: Juruá, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum, 57ª ed., Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2016.

[202] Desembargadora do Tribunal do Rio Grande do Sul. Mestrado (1997) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e doutorado (2003) em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

[203]

http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/STJ-sai-na-frente-e-adequa-regimento-interno-ao-novo-C%C3%B3digo-de-Processo-CivilSTJ, acesso em 27.03.2016.

[204] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, artigos 1º ao 69. (Coleção Comentários ao Código de Processo Civil, V.1, coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 83-86.

[205] LEAL, Rogério Gesta. Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas. Porto Alegre, Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 21-22.

[206] Para constar, colaciona-se lição de Jorge Miranda sobre o modelo de democracia representativa, muito mais voltada para o exercício dos poderes legislativo e executivo, assentado nas seguintes pilastras: “a) possibilidade ter o povo, sujeito do poder, uma vontade, actual ou conjectural, jurídica e politicamente eficaz. b) O reconhecimento, por motivos técnicos e materiais, da impossibilidade de o povo governar e, por isso, como sucedâneo, a necessidade de representação política. c) A concorrência da vontade do povo, manifestada pelo colégio de todos os cidadãos com direitos políticos, com a vontade manifestada pelos órgãos governativos de carácter representativo de carácter representativo. d) A responsabilidade política dos governantes, titulares desses órgãos, através do cumprimento dos deveres constitucionais relativos ao exercício dos seus cargos e do dever de informação do povo e, especificamente, através da eleição geral do termo de mandato, de eleições parciais durante este ou de referendo (MIRANDA, Jorge. Formas e sistemas de governo. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 47-48). Por certo não é este modelo de democracia no processo que neste trabalho está se defendendo, embora o tema mereça, por sua relevância relativamente às instituições que compõem o Poder Judiciário, pesquisa própria

[207] BERNAL, Francisco Chamorro. La tutela judicial efectiva; derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A, 1994, p. 11-12.

- [208] QUINTAS, Fábio Lima. Para que um novo Código de Processo Civil? Uma reflexão sobre os novos contornos da função jurisdicional, *in* REVISTA DE PROCESSO, vol. 256, junho, 2016, p. 311.
- [209] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, ob. cit, p. 121.
- [210] FERNANDES, Luís Eduardo Simardi, *in* DELLORE, Luiz et al. Teoria Gera do processo contemporâneo, São Paulo: Atlas, 2016, p. 12-13.
- [211] ABELHA, Marcelo. Manual de direito processual civil, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 48-49.
- [212] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum, 57ª ed., Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 123.
- [213] OSNA, Gustavo. A “audiência de conciliação ou mediação” no novo CPC: seis (breves) questões para debate, *in* REVISTA DE PROCESSO, vol. 256, junho, 2016, p. 352.
- [214] JOBIM, Marco Félix. Teoria, História e Processo: com referências ao CPC/2015, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 79-81.
- [215] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da Lei de Mediação no Compromisso de Ajustamento de Conduta, *in* REVISTA DE PROCESSO, vol. 256, junho, 2016, p. 385-386.
- [216] Idem, idem, p. 399.
- [217] RIBEIRO, Cristiana Zugno Pinto; FISCHER, Roger. A audiência de conciliação ou de mediação do novo CPC, *in* Procedimento comum: da petição inicial à sentença à luz do novo Código de Processo Civil, TESHEINER, José Maria; MACEDO, Elaine Harzheim; THAMAY, Rennan Faria Krüger (Coord.), Curitiba: Juruá, 2015, p. 59.
- [218] DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, V. 1, Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 625.
- [219] *In* <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/09/processometro-vai-medir-processos-que-estao-na-fila-da-justica.html>, acessado em 14.08.16, referindo dados de 2015 onde o número de processos acumulados no Poder Judiciário alcança mais de 105.000.000. Resultados semelhantes podem ser obtidos, com mais precisão, na pesquisa junto ao CNJ cujos relatórios de “Justiça em Números” surpreendem.

- [220] OSNA, Gustavo, ob. cit., p. 353.
- [221] OSNA, Gustavo, ob. cit., p. 358.
- [222] OSNA, Gustavo, ob. cit., p. 361.
- [223] AZEVEDO, André Gomma (coord.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, Vol. 3, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, p. 313.
- [224] OSNA, Gustavo, ob. cit., p. 364.
- [225] LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas! E agora?, Revista Brasileira de Direito Processual RBDPRO, n. 92, Belo Horizonte, Editora Fórum, out/dez 2015, p. 99.

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE SE FIRMAR ACORDOS EM SEDE DE AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: A REVOGAÇÃO TÁCITA DO ARTIGO 17, § 1º, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Lauriano Pereira da Luz²²⁶

Luiz Manoel Gomes Junior²²⁷

Resumo: Sustenta-se, neste estudo, a possibilidade jurídica de se firmar acordos em sede de ação de improbidade administrativa, mesmo na vigência do artigo 17, § 1º, da Lei da Improbidade Administrativa, em sua redação original, dispositivo que vedava expressamente tal prática. Para tanto, defende-se que estaria revogado tacitamente referido dispositivo, especialmente em razão da entrada em vigor de relevantes alterações legislativas que compõem, juntamente da Lei de Improbidade Administrativa, um Microsistema Normativo de Proteção à Administração Pública e à Probidade Administrativa. As alterações legislativas em questão introduziram/sistematizaram no ordenamento jurídico brasileiro dois importantes instrumentos que aparatam o Estado no intuito de combate à corrupção e à improbidade administrativa, o Acordo de Leniência e o Acordo de Colaboração Premiada. Em interpretação sistemática do citado Microsistema Normativo, concluiu-se que estaria revogado tacitamente o artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa.

Palavras-chave: Administração Pública. Improbidade Administrativa. Acordo de Leniência. Acordo de Colaboração Premiada. Microsistema Normativo.

1. INTRODUÇÃO

Sustenta-se, neste estudo, que estaria revogado tacitamente o disposto no artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa (LIA – Lei nº 8.429/1992), em sua redação original, havendo, então, a possibilidade jurídica de se realizar transação, acordo ou conciliação no âmbito das ações civis públicas movidas em razão de improbidade administrativa²²⁸, mesmo na vigência daquele dispositivo legal²²⁹.

Em uma perspectiva normativo/legal, o ordenamento jurídico vedava a possibilidade de acordo/transação nessas ações. É o que se denota da interpretação literal do referido dispositivo, assim redigido, em sua redação original, editada no ano de 1992: *É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.*

Para o fim de demonstrar que, na contemporaneidade, estava tacitamente revogada referida norma legal, utilizando-se de metodologia exploratório/dedutiva, com pesquisa normativa, doutrinária e jurisprudencial, no Capítulo 2, a LIA é contextualizada na ordem jurídica brasileira como integrante de um Microssistema Normativo de Proteção à Administração Pública e à Probidade Administrativa. No Capítulo 3, são descritos os principais avanços normativos deste Microssistema até os dias atuais, ao passo que, no Capítulo 4, sustenta-se a revogação tácita daquele dispositivo. Por fim, apresentam-se as conclusões do estudo.

2. A CARACTERIZAÇÃO DE UM MICROSSISTEMA NORMATIVO DE PROTEÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E À PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Tradicionalmente, a Lei nº 8.429/1992 é conhecida como a Lei da Improbidade Administrativa (LIA), voltada a regular *as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração*

*pública direta, indireta ou fundacional*²³⁰. Referida norma, entre outras questões, define os atos de improbidade administrativa, as respectivas penas aplicáveis, o procedimento administrativo e o processo judicial, este a ser movido pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada²³¹.

A edição da LIA deu-se em cumprimento ao mandamento de proteção à probidade administrativa disposto no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal: *os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.*

Pela leitura da exposição de motivos deste texto legal depreende-se que o cenário político-social em que a norma foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro era o de início da organização do aparato Estatal, pós-redemocratização, voltado ao combate à impunidade dos atos de corrupção. Veja-se trecho da referida exposição de motivos:

Sabendo Vossa Excelência que uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País, é a **prática desenfreada e impune de atos de corrupção, no trato com os dinheiros públicos**, e que a sua repressão, para ser legítima, depende de procedimento legal adequado – o devido processo legal – impõe-se criar meios próprios à consecução daquele objetivo sem, no entanto, suprimir as garantias constitucionais pertinentes, caracterizadoras do estado de Direito. (grifo nosso)

No propósito de organização deste aparato Estatal, não se pode afirmar que pretendeu o legislador editar uma norma legal fechada, que tudo dispusesse acerca dos meios judiciais voltados à investigação e punição relacionada aos atos de improbidade. Pelo contrário, tal norma foi introduzida no ordenamento jurídico daquele momento histórico em sintonia com as demais normas vigentes.

Prova dessa assertiva é a referência na própria LIA ao sequestro de bens (artigo 16) e ao rito ordinário (artigo 17), institutos do

Direito Processual Civil, como meios disponíveis ao Estado para consecução dos objetivos motivadores da edição da Lei.

Como bem aponta Samantha Chantal Dobrowolski, a edição da LIA *inaugura aprimoramento sui generis do âmbito sancionatório de irregularidades e ilícitos contra a Administração Pública* e está em seu âmbito de proteção direito difuso, o *direito ao governo probó* (DOBROWOLSKI, 2018, p. 161/162).

Além disso, não se pode conceber a análise dos atos de improbidade administrativa de forma dissociada de suas causas, em especial a corrupção, o que indica a coexistência da LIA com demais normas voltadas à proteção da Administração Pública e da Probidade Administrativa.

Associação semelhante é proposta por Fredie Didier Junior e Daniela Santos Bomfim, ao sustentarem a proximidade entre a ação penal e a ação de improbidade administrativa, o que conduziria à aplicação nesta de eventuais normas aplicáveis originariamente naquela. Para os autores, *a própria estruturação do processo da ação de improbidade administrativa, com uma fase de defesa prévia, semelhantemente ao que acontece no processo penal, é a demonstração cabal* desta proximidade (DIDIER JR.; BOMFIM, 2017, p. 116).

No mesmo sentido, considerando o direito difuso em proteção e que a medida processual adequada à busca da reparação dos direitos lesados e da punição aos envolvidos é a Ação Civil Pública, invocando a aplicação das normativas dispostas na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), é possível afirmar que a LIA integra um Microssistema Normativo destinado à proteção da Administração Pública e da Probidade Administrativa.

Sustentação assemelhada é sugerida por Fredie Didier Junior e Daniela Santos Bomfim, ao afirmarem que a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) compõe com a Lei de Improbidade Administrativa um *microssistema legal de combate a atos lesivos à Administração Pública* (DIDIER JR.; BOMFIM, 2017, p. 117).

De forma análoga o posicionamento de Samantha Chantal Dobrowolski, ao afirmar que, do ponto de vista especificamente

legislativo, a edição da LIA, em 1992, constitui um marco fundamental no *microssistema normativo anticorrupção nacional*. De acordo com a autora, este *microssistema anticorrupção é constituído por normas jurídicas de distintas hierarquias, com destaque para princípios e regras dedicados à proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa, estendendo-se por dispositivos da própria Constituição Federal, albergando diretrizes de importantes tratados e convenções internacionais internalizados no país, até alcançar um vasto rol de normas infraconstitucionais e seus desdobramentos* (DOBROWOLSKI, 2018, p. 145, p. 147).

Pois bem, tomando-se como pressuposto que a LIA integra um Microssistema Normativo destinado à proteção da Administração Pública e da Probidade Administrativa, conveniente se torna pontuar sobre a evolução de tal Microssistema até os dias atuais.

3. A EVOLUÇÃO DO MICROSSISTEMA NORMATIVO DE PROTEÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E À PROBIDADE ADMINISTRATIVA

O cenário político-social que se evoluiu posteriormente à edição da LIA, considerando-se em especial a descoberta de inúmeros casos de corrupção na Administração Pública Brasileira²³² e os compromissos internacionais firmados pelo Brasil²³³ para enfrentamento e combate a tal prática, contribuiu enormemente para a evolução normativa que dá aparato ao Estado neste intuito.

Afora mudanças legislativas pontuais promovidas na LIA, outros instrumentos normativos foram criados no intuito de melhor aparatar o Estado para a difícil missão de combater a corrupção. Duas destas criações legislativas se destacam, a Lei nº 12.846/2013 (conhecida como Lei Anticorrupção ou Lei da Leniência ou Lei da Empresa Limpa ou, ainda, Lei da Improbidade Empresarial) e a Lei nº 12.850/2013 (conhecida como Lei das Organizações Criminosas ou Lei de Combate ao Crime Organizado ou, ainda, Lei do Crime Organizado).

O que de mais revolucionário provocado na ordem jurídica brasileira pela introdução destas Leis é a possibilidade de celebração de acordos de leniência ou de acordos de colaboração premiada²³⁴. Visam tais acordos a efetiva colaboração das pessoas jurídicas ou agentes envolvidos em práticas criminosas nas investigações, possibilitando, entre outros, a identificação dos demais envolvidos na infração e a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas²³⁵.

Na opinião de Samantha Chantal Dobrowolski, *a responsabilidade civil-administrativa da pessoa jurídica por atos lesivos ao patrimônio público nacional ou estrangeiro, [...], estabelecida em 2013 pela Lei Anticorrupção, completa o microsistema normativo que pune ilícitos e protege a probidade administrativa* (DOBROWOLSKI, 2018, p. 160). Em suas palavras, a Lei Anticorrupção:

surge para aprimorar o sistema interno de integridade e dar respostas a crescentes exigências internacionais, relacionadas à repressão ao “suborno de funcionário estrangeiro” e de agentes privados que praticam ou se beneficiam de atos de corrupção, bem como à proteção de Estados estrangeiros, com a criação de mecanismos de prevenção, monitoramento e controle, inclusive para a garantia de melhores condições de competitividade econômica no mundo globalizado e para punição de condutas atentatórias à probidade administrativa, envolvendo agentes públicos, grandes corporações e conglomerados econômicos (DOBROWOLSKI, 2018, p. 170).

Neste ponto, conveniente contextualizar a aplicação dos dispositivos da Lei das Organizações Criminosas às Ações de Improbidade Administrativa. Por mais que aquela Lei seja voltada precipuamente a regular relações de Direito Penal e de Direito Processual Penal, em uma análise sistemática da ordem jurídica, perfeitamente possível conceber, em um “Diálogo das Fontes”, a aplicação de dispositivos dela em ações de natureza civil, como é o caso das Ações de Improbidade Administrativa.

Cláudia Lima Marques, ao sustentar a coexistência do Código de Defesa do Consumidor com o Código Civil de 2002, bem explica esta convivência de normas em um sistema jurídico, pelo Diálogo das Fontes. Em suas palavras:

Há mais convivência de leis com campos de aplicação diferentes, do que exclusão e clareza. Seus campos de aplicação, por vezes, são convergentes e, em geral diferentes, mas convivem e coexistem em um mesmo sistema jurídico que deve ser ressystematizado. O desafio é este, aplicar as fontes em diálogo de forma justa, em um sistema de direito privado plural, fluido, mutável e complexo (MARQUES, 2004, p. 43/44).

Assim, considerando os mecanismos introduzidos na ordem jurídica pelos citados diplomas legislativos, mais especificamente a possibilidade de se firmar, em sede de investigação criminal, acordo de leniência ou acordo de colaboração premiada, com ampla repercussão nas esferas de punibilidade dos envolvidos, necessária se faz uma interpretação sistemática das normas aplicáveis, de forma a evitar incoerências lógicas. Seria o caso, a título de exemplo, de terem sido negociados no acordo de leniência ou acordo de colaboração premiada a não punibilidade dos envolvidos nas sanções previstas na LIA. Neste caso, não seria lógico e nem seria leal, contrariando a boa fé objetiva, que o Estado, em sede de persecução penal firmasse o referido acordo, obtivesse a respectiva contraprestação pelo acordo firmado, e, em sede civil, em ação de improbidade administrativa, viesse a punir o colaborador.

O Estado, quando firma um acordo de leniência ou um acordo de colaboração premiada, na forma definida nas respectivas leis, é entidade una; não é instituição fragmentada²³⁶. E, em respeito à boa fé e à lealdade esperadas de quaisquer contratantes, não pode o Estado agir contrariamente ao contratado.

No mesmo sentido, a ordem jurídica é una, por mais que seja possível, especialmente para fins didáticos, compartimentalizar seu conteúdo. Mas, quando a ordem jurídica se aplica a alguma

situação concreta, é a ordem jurídica como um todo que está a se aplicar e não apenas um compartimento dela.

Dessa forma, sendo uno o Estado²³⁷ e sendo una a ordem jurídica, é inconcebível que haja contradições na atuação jurídica deste Estado estando ele operando na seara do Direito Penal ou na seara do Direito Civil. Aliás, em se tratando de acordos de leniência ou de colaboração premiada, o pacto travado encerra ou pode encerrar todas as consequências jurídicas do fato que é seu objeto, abarcando todas as esferas do Direito, oferecendo segurança jurídica a quem com o Estado pactua.

Também sustentando a necessária interpretação sistemática, neste contexto, Samantha Chantal Dobrowolski, segundo a qual deve-se enfatizar que a Lei Anticorrupção, assim como a LIA e outros textos legais integrantes do microssistema anticorrupção, *não deve ser compreendida nem aplicada “no vazio”, como diploma isolado, mas, antes, de modo sistemático, segundo interpretações constitucionalmente adequadas, e, quando necessário e cabível, em combinação com outras leis.* Para a autora, referindo-se à Lei Anticorrupção:

[...] é necessário, na sua aplicação prática, tomar em consideração todos os reflexos das condutas sancionadas e dos instrumentos de investigação, punição e sanção disponíveis, de modo a deles extrair os melhores e mais vastos efeitos, tanto no que diz respeito à responsabilização de pessoas jurídicas quanto a pessoas físicas envolvidas em práticas lesivas ao erário, harmonizando os dispositivos que se inter-relacionam, na maior medida possível, para conciliar os reclamos de segurança jurídica e eficiência (DOBROWOLSKI, 2018, p. 171)²³⁸.

Admitindo-se, então, que a LIA integra um Microssistema Normativo destinado à proteção da Administração Pública e da Probidade Administrativa e que, em Diálogo das Fontes, também lhe são aplicáveis as normas precipuamente voltadas ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, passa-se à discussão acerca da

revogação tácita e da eventual revogação formal do seu artigo 17, § 1º, em sua redação original.

4. A REVOGAÇÃO TÁCITA DA REDAÇÃO ORIGINAL DO ARTIGO 17, § 1º, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Discorrendo acerca das complexidades da ordem jurídica na sociedade pós-moderna, em que se convive com uma pluralidade de leis ou fontes, Cláudia Lima Marques sustenta que *efetivamente, raramente encontramos hoje a revogação expressa, substituída pela incerteza da revogação tácita indireta* (MARQUES, 2004, p. 43).

Defende-se, aqui, ser essa a situação do artigo 17, § 1º, da LIA, que prevê, em sua redação original, a vedação à transação, ao acordo ou à conciliação nas ações de improbidade administrativa. Trata-se de norma legal tacitamente revogada.

Conforme bem pontuam Fredie Didier Junior e Daniela Santos Bomfim, à época da edição da LIA, em 1992, *o sistema do Direito Penal brasileiro era avesso a qualquer solução negociada. Não por acaso, falava-se em indisponibilidade da ação penal e em indisponibilidade do objeto do processo penal*. A utilização de instrumentos de negociação no âmbito do processo penal brasileiro, de acordo com os autores, teve início a partir do ano de 1995, com a edição da Lei nº 9.099/1995, que trouxe ao ordenamento os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo (DIDIER JR.; BOMFIM, 2017, p. 116).

Em corroboração, João Paulo Lordelo Guimarães Tavares afirma que, quando da publicação da LIA, *ainda não havia ganhado força a chamada justiça penal consensual, que tem como referência a Lei dos Juizados Especiais* (TAVARES, 2018, p. 45).

Para Fredie Didier Junior e Daniela Santos Bomfim, a proibição de negociação prevista na LIA deu-se em reflexo da proibição similar vigente no âmbito penal à época de edição da Lei. Nas palavras dos autores:

Não havia sido admitida na improbidade em razão do princípio da obrigatoriedade para o Ministério Público e

da visão que a tutela do interesse público era absolutamente indisponível, não admitia graus de tutela. **Se agora é possível negociar as consequências penais, mesmo nas infrações graves, não haveria razão para não ser possível negociar as sanções civis de improbidade** (DIDIER JR.; BOMFIM, 2017, p. 117). (grifo nosso)²³⁹

João Paulo Lordelo Guimarães Tavares, ao defender a aplicabilidade do instituto da colaboração premiada às ações de improbidade administrativa, afirma que a redação original do artigo 17, § 1º, da LIA, *já não tem mais aplicação nos tempos atuais, em razão das intensas transformações ocorridas no campo da convencionalidade, nos últimos anos, podendo ser considerado implicitamente revogado*. Para o autor, interpretando sistematicamente o Direito, tornou-se mais clara a admissão da celebração de acordos no âmbito das ações de improbidade administrativa com a edição da Lei Anticorrupção, em 2013 (TAVARES, 2018, p. 45).

De fato, ao considerar-se a natural interligação entre atos de improbidade administrativa e atos de corrupção, sendo aqueles em geral derivados ou conexos a estes, dispendo a Lei Anticorrupção acerca da possibilidade de se firmar acordos de leniência²⁴⁰, e a Lei das Organizações Criminosas de se firmar acordos de colaboração premiada²⁴¹, afasta-se, implicitamente, a incidência da vedação contida na redação original do artigo 17, § 1º, da LIA. E não poderia ser diferente, pois uma vez permitindo-se firmar acordos na seara de maior proteção do ordenamento jurídico, a penal, onde o bem jurídico principal em questão é a liberdade, justificativa não haveria para se vedar tal prática na seara da improbidade administrativa, a civil, que, embora proteja relevantes bens jurídicos, não conduz à gravidade punitiva inerente ao Direito Penal.

Em sustentação de que a colaboração premiada configura um negócio jurídico atípico nos processos de improbidade administrativa, admitindo-se, portanto, o emprego da autocomposição nestes processos, Fredie Didier Junior e Daniela

Santos Bomfim afirmam que a interpretação literal da redação original do disposto no artigo 17, § 1º, da LIA, levava a uma situação absurda:

seria possível negociar sanções tidas como mais graves pelo sistema porque decorrente da prática de crimes (por definição, o ilícito mais reprovável), mas não seria possível negociar no âmbito de uma ação de improbidade administrativa. Além de absurda, a interpretação desse texto ignoraria completamente a diferença entre os contextos históricos da promulgação da lei (1992) e de sua aplicação (DIDIER JR.; BOMFIM, 2017, p. 117).

Ainda na defesa de ter sido revogado tacitamente a redação original do artigo 17, § 1º, da LIA, tanto João Paulo Lordelo Guimarães Tavares quanto Fredie Didier Junior e Daniela Santos Bomfim apresentam como argumento dogmático a possibilidade de composição extrajudicial do conflito disposta no § 4º, da Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação): *nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator* (TAVARES, 2018, p. 46; DIDIER JR.; BOMFIM, 2017, p. 118).

Também para a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, segundo João Paulo Lordelo Guimarães Tavares, é este o posicionamento, conforme a seguir transcrito:

Tem-se, pois, admitido a celebração de acordos pelo Ministério Público Federal, no âmbito da improbidade administrativa, que envolvam a atenuação das sanções da Lei nº 8.429/1992, ou mesmo sua não aplicação, a fim de dar congruência ao microssistema de combate à corrupção e de defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, que já contempla a possibilidade de realização de acordos de delação ou colaboração premiada no âmbito criminal. Não faria, mesmo, sentido, que o Ministério Público, titular da ação penal e da ação de improbidade, pudesse celebrar

acordos em uma seara e não em outra (TAVARES, 2018, p. 46/47)²⁴².

No mesmo sentido Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch e Guilherme Pupe da Nóbrega, defendendo a referida revogação tácita e refutando a ideia de proibição da transação em respeito ao princípio da indisponibilidade do interesse público:

Sintetizando nossa posição, está mais do que sedimentada a visão de que, mais nefasta que a idolatria a ritos, formalidades e leituras obsoletas de determinados princípios, é a convivência com as consequências de um problema cuja urgência para solução contrasta com o tempo judicial. Conceitos não devem torturar os fatos. Se novos fatos se põem, se estratégias mais efetivas se comprovam mais consentâneas com a realização do interesse público, é o dogma da indisponibilidade que passa a merecer revisita, não o contrário. E, felizmente, assim tem sido, de modo geral (MUDROVITSCH; NÓBREGA, 2019).

Em acréscimo, também em demonstração de que, nos dias atuais, tem-se afastado o dogma da indisponibilidade do interesse público e da aplicação pragmática do disposto no artigo 17, § 1º, da LIA, em sua redação original, é a possibilidade de, em âmbito judicial, ser reconhecida a incidência do Princípio da Insignificância nas ações de improbidade administrativa. A jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) já elenca algumas decisões neste sentido²⁴³. Veja-se trecho da ementa do AgRg no REsp 968.447/PR:

3. O ato havido por ímprobo deve ser administrativamente relevante, sendo de se aplicar, na sua compreensão, o conhecido princípio da insignificância, de notável préstimo no Direito Penal moderno, a indicar a inaplicação de sanção criminal punitiva ao agente, quando o efeito do ato agressor é de importância mínima ou irrelevante, constituindo a chamada bagatela penal: *de minimis non curat Praetor*.

Por fim, Márcia Noll Barboza assegura ser possível, na esfera de discricionariedade do Ministério Público, a aplicação do Princípio da Insignificância a supostos atos de improbidade administrativa de menor relevância material ainda na fase extrajudicial, evitando-se a propositura da demanda judicial por razões de oportunidade e de melhor efetividade na aplicação dos recursos públicos (Ministério Público, Poder Judiciário, etc.). Para tanto, aponta como diretrizes os parâmetros estabelecidos pelo Ministério Público Federal, por sua Câmara de Combate à Corrupção (5ª Câmara de Coordenação e Revisão – 5ª CCR), assim como indica que:

[...] uma adequada compreensão do conceito de improbidade administrativa permite afastar a incidência da Lei nº 8.429/1992 sobre infrações leves, que assim não são consideradas ímprobas, e que o princípio da insignificância, como critério adicional, também pode ser aplicado para afastar tal incidência por razões de oportunidade e efetividade (BARBOZA, 2018, p. 95, 105).

Em arremate, importante destacar que, apesar de ainda não expressamente revogado, o tempo de sobrevida da redação original do artigo 17, § 1º, da LIA, no texto do ordenamento jurídico nacional não parece ser longo. Aliás, no histórico deste dispositivo consta sua revogação expressa pela Medida Provisória (MP) nº 703/2015²⁴⁴, MP esta que teve vigência entre os dias 21/12/2015 e 29/05/2016²⁴⁵.

Ocorre que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 3636/2015, originado do Projeto de Lei do Senado nº 105/2015, já aprovado nesta Casa do Congresso Nacional e enviado àquela Casa para revisão, na forma do artigo 65, da Constituição Federal. No texto aprovado pelo Senado Federal, que se espera seja também aprovado pela Câmara dos Deputados, consta a revogação expressa do artigo 17, § 1º, da LIA²⁴⁶, abonando o que se defende neste estudo, de se tratar de norma já tacitamente revogada. Ao que parece, não demorará para que referida norma seja definitivamente extirpada da ordem jurídica

brasileira, em mais um sinal de que a consensualidade é meio eficaz de se atingir o interesse público.

É forçoso admitir que a ordem jurídica brasileira tem evoluído firmemente rumo às soluções negociadas dos conflitos. A consensualidade tem sido estimulada nas últimas décadas de forma reiterada pelos novos diplomas legislativos, nos diferentes âmbitos de aplicação, processual, penal, civil, administrativo, sem reservas.

Tome-se como referência o mandamento contido no Novo Código de Processo Civil, no artigo 3º, § 2º: *o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos*. Ainda neste Código, em seu artigo 190²⁴⁷, observe-se a liberdade concedida às partes em litígio para firmarem negócios jurídicos processuais atípicos.

No que se refere mais especificamente ao objeto em estudo, note-se a autorização à conciliação prevista na Lei da Mediação, no artigo 36, § 4º²⁴⁸, mesmo na hipótese em que *a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa*, a despeito da vedação expressa à conciliação contida na LIA. Perceba-se o alcance dos Acordos de Leniência e de Colaboração Premiada dispostos na Lei Anticorrupção e na Lei das Organizações Criminosas, respectivamente, e a grande utilidade prática destes instrumentos na consecução dos fins da República.

Observe-se a orientação do Ministério Público Federal, por sua Câmara de Combate à Corrupção, tanto estimulando a realização de Acordos como a aplicação do Princípio da Insignificância, neste caso inibindo o ajuizamento de ações de improbidade administrativa e, naquele, pleiteando apenas por seus efeitos declaratórios ou mesmo pela atenuação das penalidades. Para aquele Órgão, o interesse público, assim, é mais eficientemente atingido. Tal orientação daquele que é o principal legitimado a promover a ação de improbidade administrativa significa uma clara mitigação ao Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público.

Ainda, considere-se o enquadramento da LIA no que aqui se convencionou chamar de Microssistema Normativo de Proteção à

Administração Pública e à Probidade Administrativa e a natural interação deste conjunto normativo, com aplicação interdependente de seus diversos recursos jurídicos. Analise-se sistematicamente este Microsistema, que claramente estimula a realização de Acordo de Leniência ou de Colaboração Premiada como meio mais eficaz de atendimento aos fins públicos e preservação ou restauração do patrimônio público.

Por todo este contexto é que aqui se defende que estaria revogada tacitamente a redação original do artigo 17, § 1º, da LIA.

Destaque-se que é no mesmo sentido a manifestação da Procuradoria-Geral da República (PGR) nos autos do ARE nº 1.175.650/PR (tema de repercussão geral nº 1.043), em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF). A questão principal em discussão nestes autos é a admissibilidade de utilização do acordo de colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, oportunidade em que o STF necessariamente realizará o cotejo entre a vedação contida na LIA e a permissão contida na Lei dos Crimes Organizados. Assim manifestou-se a PGR (manifestação juntada aos autos em 21/11/2019):

As transformações ocorridas no ordenamento jurídico brasileiro, com o robustecimento do autorregramento e da consensualidade processual, aliadas à compreensão de que a colaboração premiada detém nítido caráter de negócio jurídico processual, somam-se a inegável contribuição do instituto para o combate à corrupção e para a satisfação do interesse público, conduzindo à conclusão de que a vedação prevista no art. 17, §1º, da Lei 8.429/1992 revela-se ultrapassada e em descompasso com o atual contexto jurídico-constitucional de efetiva tutela da probidade administrativa.

Neste ponto, é necessário apontar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não é alinhada com o que se defende neste estudo. Para esta Corte, aliado à ainda vigência formal do artigo 17, § 1º, da LIA, e a aplicação do Princípio da

Especialidade, está o argumento de que nas ações de improbidade administrativa, dada a intangibilidade de seu objeto, a moralidade administrativa, a indisponibilidade do interesse público deve prevalecer, mantendo-se íntegra a vedação à transação, acordo ou conciliação. Veja-se trecho do acórdão proferido no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.654.462 – MT, cuja publicação ocorreu no dia 14/06/2018, na vigência da Lei Anticorrupção e também da Lei dos Crimes Organizados²⁴⁹:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DO FEITO PARA QUE SEJAM BUSCADOS MEIOS DE COMPENSAÇÃO DA CONDUTA ÍMPROBA, À LUZ DA LEI 13.655/2018. IMPOSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DA REGRA ESPECIAL CONTIDA NO ART. 17, § 1º, DA LIA. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. AUMENTO DE DESPESAS COM PESSOAL. ATO ÍMPROBO CARACTERIZADO. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.

1. Prevalece em nosso sistema jurídico o princípio da especialidade, segundo o qual, diante de um eventual conflito aparente entre normas, a lei especial deverá prevalecer em relação à norma geral. Precedentes: AgRg no REsp 1.359.182/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 10/06/2013; AgRg no Ag 1.327.071/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 08/04/2011.

[...]

4. Na forma da jurisprudência do STJ, “tratando-se de ação de improbidade administrativa, cujo interesse público tutelado é de natureza indisponível, o acordo entre a municipalidade (autor) e os particulares (réus) não tem o condão de conduzir à extinção do feito, porque aplicável as disposições da Lei 8.429/1992, normal especial que veda expressamente a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nos processos que tramitam sob a sua égide (art. 17, § 1º, da LIA)” (REsp 1.217.554/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 22/08/2013).

[...]

(AgInt no REsp 1654462/MT, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 14/06/2018) (grifo nosso)

Pela pertinência que assume a discussão em trâmite no STF nos autos do ARE nº 1.175.650/PR (tema de repercussão geral nº 1.043) com o objeto deste estudo, resta conveniente reproduzir na sequência os principais argumentos elencados pela PGR para o fim de defender a utilização do acordo de colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa e a revogação tácita da vedação contida na LIA. Estes os principais trechos da manifestação da PGR (manifestação juntada aos autos em 21/11/2019) contidos no subtítulo *2.1 A celebração de acordos de colaboração em ações de improbidade administrativa como forma de efetiva preservação do interesse público*:

A utilização dos acordos de delação no âmbito da ação civil por improbidade poderia, em princípio, evidenciar afronta aos limites da disponibilidade de bens e interesses públicos, em face da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, causando aparente choque entre as diretrizes constitucionais de indisponibilidade do patrimônio público e de combate à corrupção e proteção da probidade administrativa.

A solução em casos assim há de passar pela ponderação dos valores envolvidos, em nome do princípio da unidade da Constituição. A atuação do Estado como agente acusador e sancionador dos atos de improbidade administrativa há de ser equacionada com os demais ditames constitucionais, sobretudo com a busca pela satisfação do verdadeiro interesse da sociedade, pelo efetivo combate à corrupção e pela tutela da probidade administrativa.

Sabe-se que a *ratio* da norma contida no art. 17, § 1º, da Lei 8.429/1992, que veda a formalização de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade, encontra fundamento teórico no princípio da indisponibilidade do interesse público.

No entanto, importante avaliar qual é a verdadeira extensão desse princípio e do dever estatal de preservação dos interesses da sociedade, a fim de se concluir se a celebração de acordos no âmbito das ações de improbidade administrativa desfavorece o interesse público ou, ao revés, constitui maior proteção à tutela da probidade administrativa e, portanto, vai ao encontro

daquele preceito.

O ato de improbidade administrativa traduz-se em inegável ofensa ao patrimônio público, à moralidade e aos demais princípios norteadores da Administração Pública. Por outro lado, não se pode negar a contribuição dos acordos de colaboração para o desmantelamento de fraudes e atos de corrupção perpetrados contra o Estado, sendo certo que tais acordos são firmados na defesa do interesse público e objetivam, sobretudo, a cessação, responsabilização e prevenção de atos de corrupção.

Dessa forma, entendendo que o interesse público corresponde, principalmente, à concretização de uma atividade administrativa proba e lícita, a pactuação de acordos cooperativos em ações de improbidade não importa em esvaziamento ou mitigação à tutela do patrimônio público.

[...]

Assim, considerando que a busca pela verdadeira satisfação do interesse público há de conduzir as ações de todos aqueles que lidam com a coisa pública, parece mais consentâneo com o princípio da indisponibilidade do interesse público que, ao Estado, seja permitido valer-se de institutos que favoreçam o combate à corrupção e a melhor preservação do patrimônio público.

Há, destarte, de se afastar a aparente contradição entre a possibilidade de se firmar termos de colaboração e a tutela da probidade administrativa.

De fato, fica claro que a busca pela colaboração dos investigados, em troca de benefícios quanto a sanções, não implica abdicar da tutela da probidade, mas, ao revés, resulta em alcançá-la de modo mais eficiente.

Confere-se, com o uso do instituto, maior efetividade ao sistema normativo e aos mecanismos de controle da improbidade, com a possibilidade de colocar a atuação repressiva do Estado em condições de mais igualdade com estruturas de poder bem organizadas.

A pactuação de acordos em ações de improbidade administrativa não significa, portanto, mitigação ou enfraquecimento da tutela ao patrimônio público. Ao contrário, a utilização da ferramenta processual tem como finalidade a efetiva preservação do interesse público.

Ressalte-se, aliás, que a celebração de acordos não ocorre exclusivamente no interesse do réu. Para que o Ministério Público formalize o termo de delação há a clara necessidade de que as condições pactuadas sejam

aptas a alcançar um resultado útil para a sociedade.

Este é o fundamento da interpretação que possibilita compatibilizar o uso da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa com o princípio da indisponibilidade do interesse público, compreendendo o referido preceito como alicerce que não pode servir de óbice para a satisfação do verdadeiro interesse da sociedade.

Significa dizer que o emprego da colaboração premiada, na esfera da responsabilização por improbidade administrativa, não resulta livre disponibilidade do interesse ou patrimônio público, mas sim o exercício de uma discricionariedade restrita, condicionada aos limites da lei e à busca pela maior eficiência e efetividade na atuação repressiva estatal.

O que defendido neste estudo, a possibilidade jurídica de se firmar acordos em sede de ação de improbidade administrativa, acabou por ser confirmado com a edição da Lei nº 13.964/2019, publicada no dia 24/12/2019²⁵⁰. Referida norma legal alterou a redação do artigo 17, § 1º, da LIA, passando a prever que nas ações movidas em razão de atos de improbidade administrativa é admitida *a celebração de acordo de não persecução cível*.

Do mesmo modo, a edição da Lei nº 13.964/2019 confirma outro ponto relevante defendido neste estudo, a aplicabilidade, em interpretação sistemática, de normas precipuamente penais ou processuais penais às ações de natureza civil, como é o caso das Ações de Improbidade Administrativa. Note-se, pelo contido na ementa e no artigo 1º da referida Lei, que seu objeto é o aperfeiçoamento da *legislação penal e processual penal*. Apesar de voltada ao direito penal e processual penal, esta Lei promoveu alterações na LIA, norma esta de natureza civil, demonstrando a natural interação existente entre estes distintos ramos do Direito.

Finalmente, apesar do reconhecido avanço legal promovido pela Lei nº 13.964/2019, em se tratando de Ações de Improbidade Administrativa, importante destacar que o tratamento legal mais abrangente e sistemático desta matéria continua em discussão na Câmara dos Deputados por meio do Projeto de Lei nº 3636/2015, originado do Projeto de Lei do Senado nº 105/2015, aprovado

nesta Casa do Congresso Nacional e enviado àquela Casa para revisão, na forma do artigo 65, da Constituição Federal.

5. CONCLUSÃO

Demonstrou-se neste estudo que, à época da edição da LIA, em 1992, o sistema normativo brasileiro não era voltado a soluções negociadas em matéria punitiva, tanto em âmbito penal quanto em âmbito administrativo. Representou a LIA, quando de sua edição, grande avanço normativo para o fim de imprimir maior moralidade no trato com a coisa pública e para o fim de buscar reparação ao patrimônio público em razão de atos de improbidade, assim como punição aos responsáveis por tais atos.

Ao ser inserida no ordenamento jurídico, a LIA passou a integrar, juntamente com outros importantes textos legislativos, um Microsistema Normativo de Proteção à Administração Pública e à Proibidade Administrativa. Naquela época, como infelizmente ainda nos dias atuais, o Brasil era vítima de uma infinidade de atos de corrupção e, quase que por consequência, de atos de improbidade administrativa, dada sua natural conexão. Também como dias atuais, o Congresso Nacional Brasileiro, movido por intensas pressões sociais, a duras penas, se via obrigado a produzir normativas que proporcionassem melhor aparato ao Estado para o fim de combater aquelas práticas tão danosas à República.

Esse foi o cenário de introdução da LIA na ordem jurídica brasileira. Não por coincidência, mas por simples avanço histórico sem ruptura com aquela cultura corrupta que impregnava a Administração Pública Brasileira, o cenário de evolução do Microsistema em questão continua a ser o mesmo. Ou seja, o Brasil continua a sofrer com inúmeros casos de corrupção, noticiados quase que diariamente na imprensa e nas mídias sociais,

e o Congresso Nacional continua se vendo pressionado a melhor aparatar o Estado com novos mecanismos anticorrupção.

É de se admitir, a corrupção na Administração Pública não é um fenômeno exclusivamente brasileiro, mas, ao contrário, também assola diversas Nações e atravessa as fronteiras, exigindo necessariamente, para seu enfrentamento, a cooperação internacional. E tal cooperação internacional tem se dado tanto em relação a fatos concretos²⁵¹, como também abstratamente, por meio de tratados e convenções, em que as Nações se comprometem ao enfrentamento institucional desta mazela tão lesiva aos seus povos. Nesse sentido, o Brasil já internalizou em sua ordem jurídica, após a edição da LIA, várias Convenções Internacionais, de que são exemplos aquelas promulgadas pelos Decretos nº 3.678/2000, nº 4.410/2002, nº 5.015/2004 e nº 5.687/2006, em reforço ao citado Microsistema.

No âmbito interno, sob influxo das Convenções de que o Brasil se tornou signatário e de avanços internacionais nesse objetivo, outras normas legais passaram a integrar este aparato Estatal voltado ao combate à corrupção e, portanto, à Proteção à Administração Pública e à Probidade Administrativa. Especialmente duas normas promoveram evolução significativa no referido Microsistema, a Lei Anticorrupção e a Lei dos Crimes Organizados, ambas editadas no ano de 2013 e introduzindo/sistematizando recursos jurídicos que ainda não eram adequadamente postos em nosso ordenamento²⁵², respectivamente o Acordo de Leniência e o Acordo de Colaboração Premiada.

Em interpretação sistemática deste conjunto normativo posto, na forma de um Microsistema, com significativos avanços legais dados posteriormente à edição da LIA, e com o empoderamento da cultura negocial no âmbito punitivo, tanto em sede Penal quanto em sede Administrativa, concluiu-se que o dispositivo que vedava a transação, acordo ou conciliação nas ações movidas em razão de improbidade administrativa, encontrava-se revogado tacitamente.

Assim, tem o Estado, nas figuras do Acordo de Leniência e do Acordo de Colaboração Premiada, relevantíssimas ferramentas voltadas ao combate à corrupção e à improbidade administrativa, configurando-se, muitas vezes, como os principais recursos a permitir a descoberta das extensões das condutas criminosas e o desmantelamento de verdadeiras organizações criminosas, que exercem um poder não legítimo, mas determinante na condução da Administração Pública Brasileira.

Estando então de tal modo aparatado o Estado de, pode-se afirmar, um robusto Microssistema Normativo de Proteção à Administração Pública e à Proibidade Administrativa, que obviamente carece e sempre carecerá de medidas evolutivas, do que é exemplo o Projeto de Lei nº 3636/2015, em trâmite na Câmara dos Deputados, mostra o Brasil que está institucionalmente comprometido na Ordem Internacional com o objetivo de efetivo combate à corrupção.

Afora avanços e revezes na jurisprudência constitucional²⁵³ e na política²⁵⁴ brasileira, é de se reconhecer que o Brasil caminha, paulatinamente, para o melhor saneamento de sua Administração Pública, o que se espera seja um movimento sempre progressivo e, na medida do possível, ordenado.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Márcia Noll. **Reflexões conceituais e pragmáticas sobre a aplicação da Lei nº 8.429/1992 e do princípio da insignificância na esfera de discricionariedade do Ministério Público.** In: 5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO, CRIMINAL. Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa. Brasília: MPF, 2018. p. 90-106. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/05_18_coletanea_de_artigos.pdf> acesso em: 15 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> acesso em: 15 dez. 2019.

_____. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm> acesso em: 15 dez. 2019.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm> acesso em: 15 dez. 2019.

_____. **Exposição de Motivos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-exposicaodemotivos-149644-pl.html>>, acesso em: 15 dez. 2019.

_____. **Lei nº 12.846, de 1 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm> acesso em: 15 dez. 2019.

_____. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de

maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm> acesso em: 15 dez. 2019.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> acesso em: 15 dez. 2019.

_____. **Lei nº 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 nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm> acesso em: 15 dez. 2019.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art6> acesso em: 31 jan. 2020.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. **A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa.** A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.475. Disponível em <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/475/637>> acesso em: 15 dez. 2019.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **Aspectos da aplicação adequada da Lei de Improbidade Administrativa no atual enfrentamento à corrupção no Brasil.** In: 5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO, CRIMINAL. Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa. Brasília: MPF, 2018. p. 142-193. Disponível em

<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/05_18_coletanea_de_artigos.pdf>
acesso em: 15 dez. 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das Antinomias Pelo Diálogo das Fontes: o Modelo Brasileiro de Coexistência Entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002.** Revista da Esmese/TJ, Aracaju, n. 7, 2004, p. 15-54. Disponível em <<http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/7.pdf>>
acesso em: 15 dez. 2019.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **Colaboração premiada e improbidade: o tema 1.043 de repercussão geral.** Revista Consultor Jurídico, 11 de novembro de 2019, 7h49. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/mudrovitsch-pupe-colaboracao-premiada-improbidade?imprimir=1>> acesso em: 15 dez. 2019.

STJ – AgRg no REsp 968.447/PR, 1ª Turma. Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: DJe 18/05/2015.

STJ – REsp 1.536.895/RJ, 1ª Turma. Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: DJe 08/03/2016.

STJ – AgInt no REsp 1.654.462/MT, 1ª Turma. Rel. Min. SÉRGIO KUKINA: DJe 14/06/2018.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa.** In: 5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO, CRIMINAL. Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa. Brasília: MPF, 2018. p. 28-51. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/05_18_coletanea_de_artigos.pdf>
acesso em: 15 dez. 2019.

[226] Mestrando em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Graduado em Administração e pós-graduado em Ciência da Computação pela UNIOESTE. Graduado em Direito pela FAG. Pós-graduado em Direito Notarial e Registral e em Direito de Família e Sucessões, ambos pela rede de ensino LFG/Anhanguera. Tabelião de Notas e Registrador Civil de Pessoas Naturais do Serviço Distrital de Novo Sarandi, Comarca de Toledo/PR. lauriano.luz@hotmail.com

[227] Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor nos Programas de Mestrado em Direito da Universidade Paranaense –Unipar/PR e da Universidade de Itaúna-UIT/MG, dos cursos de Pós-graduação da PUC/SP – Cogea e da Escola Fundação Superior do Ministério Público do Mato Grosso -FESMP-MT. Atuou como Consultor da Organização das Nações Unidas – Relator da Comissão Especial do Ministério da Justiça para elaboração do anteprojeto da nova Lei da Ação Civil Pública (2008-2010). Advogado.

luizm@luizmconsultoria.com.br

[228] Utiliza-se neste estudo, indistintamente, as expressões “ação civil pública movida em razão de improbidade administrativa” ou “ação de improbidade administrativa” como expressões sinônimas.

[229] Ao tempo da elaboração deste estudo, no mês de dezembro/2019, ainda estava em vigor a redação original do artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa. Em virtude da publicação da Lei nº 13.964/2019, na data de 24/12/2019, que alterou a redação deste dispositivo legal, foram promovidas as devidas adaptações.

[230] trecho da ementa da Lei nº 8.429/1992.

[231] LIA, Art. 17. *A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.*

[232] Citem-se, a título de exemplo, os diversos casos de corrupção desvendados pela Operação Lava Jato, que culminou, em números atualizados pelo Ministério Público Federal até a data de 09/12/2019, em um total de 159 condenações criminais, 4 bilhões de reais devolvidos aos cofres públicos e com a previsão de recuperação de 14,3 bilhões de reais, apenas em ações iniciadas na Justiça Federal de Curitiba/PR (Fonte: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>> acesso em: 22 dez. 2019).

[233] Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, promulgada pelo Decreto nº 3.678/2000; Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, promulgada pelo Decreto nº 4.410/2002; Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto nº 5.015/2004; 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, promulgada pelo Decreto nº 5.687/2006.

[234] Não se ignora que algumas normas legais já haviam introduzido no ordenamento jurídico brasileiro instrumentos de negociação em sede de Direito Penal para o fim de obter a colaboração de envolvidos em práticas criminosas na sua investigação e deslinde (são exemplos: Lei nº 8.072/1990, artigo 7º; Lei nº 9.034/1995, artigo 6º; Lei nº 9.080/1995, artigos 1º e 2º; Lei nº 9.099/1995, artigo 72 e seguintes; Lei nº 9.269/1996, artigo 1º; Lei nº 11.343/2006, artigo 41). Porém, a melhor sistematização destes instrumentos de negociação foi efetivamente dada pelas Leis nº 12.846/2013 e nº 12.850/2013.

[235] Artigo 16 da Lei nº 12.846/2013 e artigo 4º da Lei nº 12.850/2013.

[236] Apesar de ser Instituição una, conforme bem adverte Samantha Chantal Dobrowolski, *Em razão da autonomia das instâncias de responsabilização, é comum que o Poder Público apresente-se fragmentado, com órgãos diversos, que detêm pretensões sancionadoras distintas. Entretanto, para o particular, sua realidade infracional é una, ainda que informada e reportada a diferentes canais estatais. Para compatibilizá-la com a fragmentação organizacional do Estado, no intuito de se assegurar efetivo equilíbrio às posições de cada parte, deve-se efetuar, preferencialmente, a negociação de um acordo abrangente e transversal com o mais amplo alcance jurídico dos fatos reportados e das sanções negociadas, que, de modo razoável e seguro, contemple adequadamente os interesses dos celebrantes, e, especialmente, os do ente estatal considerado amplamente, e não em razão de cada uma de suas expressões funcionais ou orgânicas* (DOBROWOLSKI, 2018, p. 183).

[237] Sabe-se que a legitimação processual ativa, em se tratando de Ações de Improbidade Administrativa, é do Ministério Público em concorrência com a pessoa jurídica interessada na questão (artigo 17 da LIA). Assim, na hipótese de não estarem presentes na formação do acordo o Ministério Público em conjunto com a pessoa jurídica interessada, abre-se a possibilidade de serem ajuizadas demandas incoerentes por tais legitimados processuais. Este aspecto será objeto de deliberação do Supremo Tribunal Federal (STF) quando do julgamento do ARE nº 1.175.650/PR (tema de repercussão geral nº 1.043).

[238] Por mais que haja grande convergência do que contido na obra da autora com muito do que aqui se defende, é preciso destacar que, com relação à revogação tácita do artigo 17, § 1º, da LIA, próximo tópico deste estudo, o mesmo não ocorre. Para a autora, a aplicação de tal dispositivo é afastada apenas em relação às pessoas jurídicas corruptoras, por força da possibilidade de se firmar o acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção (DOBROWOLSKI, 2018, p. 186/187, p. 190). Neste estudo, defende-se a revogação tácita daquele dispositivo.

[239] Este mesmo posicionamento doutrinário é adotado pelo Procurador-Geral da República em sua manifestação nos autos do ARE nº 1.175.650/PR (tema de repercussão geral nº 1.043).

[240] Artigos 16 e 17 da Lei nº 12.846/2013.

[241] Artigo 3º e seguintes da Lei nº 12.850/2013.

[242] Fonte apontada pelo autor: Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. Rel. Subprocuradora-Geral da República Mônica Nicida Garcia. Voto nº 9212/2016, no bojo do Inquérito Civil nº 1.30.001.001111/2014-42

[243] São exemplos: AgRg no REsp 968.447/PR, com decisão publicada em 18/05/2015; REsp 1.536.895/RJ, com decisão publicada em 08/03/2016.

[244] Artigo 2º, inciso I, da MP. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm>, acesso em 15 dez. 2019.

[245] De acordo com o Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 27/2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Congresso/adc-027-mpv703.htm>, acesso em 15 dez. 2019.

[246] O Projeto de Lei, além desta revogação, visa promover relevantes aprimoramentos na Lei Anticorrupção.

[247] NCPC, Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

[248] Lei da Mediação, Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União. [...]

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

[249] O acórdão seguiu a jurisprudência já firmada anteriormente à vigência das referidas Leis. São também decisões neste sentido: REsp 1.217.554/SP, com decisão publicada em 22/08/2013; REsp 1.198.424/PR, com decisão publicada em 18/04/2012.

[250] Esta Lei foi publicada posteriormente à conclusão deste estudo. Por sua repercussão direta no objeto em estudo, foram promovidas as devidas adaptações neste texto.

[251] A título de exemplo, em números atualizados pelo Ministério Público Federal até a data de 09/09/2019, relacionados ao Caso Lava Jato, foram realizados pelo Brasil 384 pedidos ativos de cooperação jurídica em matéria penal, destinados a 61 nações, e foram recebidos 497 pedidos passivos, oriundos de 39 países. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/efeitos-no-exterior>>, acesso em 15 dez. 2019.

[252] Conforme nota anterior, alguns recursos jurídicos já haviam sido postos no ordenamento jurídico brasileiro, mas de forma fragmentária, não sistematizada.

[253] Questão paradigmática na jurisdição constitucional brasileira é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da prisão após condenação em segunda instância, com suas idas e vindas: em 2009, o STF assentou ser inconstitucional a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (votação neste sentido no placar de 7 a 4); em 2016, o STF alterou sua jurisprudência afirmando ser possível a prisão após condenação em segunda instância (votação neste sentido no placar de 7 a 4), mas sem efeitos *erga omnes*, o que provocou grande insegurança jurídica, dados os posicionamentos individuais que continuaram a ser aplicados por distintos Ministros da Corte; ainda em 2016, decidindo liminarmente as ADCs nº 43, nº 44 e nº 54, o STF confirmou o posicionamento de que seria possível a prisão após condenação em segunda instância (votação neste sentido no placar de 6 a 5); já em 2019, no julgamento do mérito destas ADCs, o STF alterou novamente sua jurisprudência, para o fim de se firmar no entendimento de que é inconstitucional a prisão automática após condenação em segunda instância (votação neste sentido no placar de 6 a 5).

[254] Não apenas, mas especialmente as descobertas provocadas na condução do Caso Lava Jato mostraram ao povo brasileiro e ao mundo o quanto a política nacional está corrompida, com a presença de corruptos nos mais elevados cargos da República, eletivos e não eletivos. Dada a prerrogativa de foro em razão da função e eventuais conexões, em números atualizados até 16/09/2019, 7 pessoas foram denunciadas perante o Superior Tribunal de Justiça e, em números atualizados até 09/10/2019, 126 perante o Supremo Tribunal Federal. Dados disponíveis em <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>, acesso em 15 dez. 2019.

INADMISSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DE DEFESA OU RECURSO NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS (CPC/2015, ART. 382, PARÁGRAFO 4º)

Marcos Noboru Hashimoto²⁵⁵

Resumo: O novo Código de Processo Civil introduziu significativas mudanças no ordenamento jurídico, dentre as quais se destaca a abolição de todos os processos cautelares específicos outrora previstos no revogado CPC/73, inclusive aqueles destinados à produção (ou à conservação) de provas; dentre estas, a ação cautelar de produção antecipada de provas (CPC/73, arts. 846 a 851). O CPC/2015, por sua vez, deslocando a Produção Antecipada de Prova para o seu Capítulo XII (Das Provas), outorga-lhe nas hipóteses em que se admite natureza ora protetiva e ora satisfativa, casos em que, por vezes se combate o risco de prejuízo para a instrução de processo atual ou iminente, e em outros casos admite-se-a diante de situações em que a parte age em busca de conhecimento de fatos que lhe permitam avaliar sobre a conveniência ou não de demandar, ou de modo que a prova obtida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução do conflito. Pela via do presente artigo, busca-se discorrer acerca da controvérsia envolvendo a (in)admissibilidade de oferecimento de defesa ou recurso, na produção antecipada de provas.

Palavras-chave: Produção; Provas; Antecipação; Contraditório; Defesas; Recursos; Admissibilidade; Limitação.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (novo Código de Processo Civil) – vigente já há mais de dois anos, importantes mudanças e inovações foram introduzidas no ordenamento jurídico e no sistema processual, dentre as quais se destaca a abolição de todos os processos cautelares específicos outrora previstos no revogado CPC/73, inclusive aqueles destinados à produção (ou à conservação) de provas. Dentre estas, a ação cautelar de produção antecipada de provas (CPC/73, arts. 846 a 851), cuja previsão partia do fundamento de que a antecipação se justificaria pelo risco ou dificuldade da respectiva produção na fase adequada no procedimento normal, nada obstante a construção doutrinária que defendia a existência de um direito autônomo à prova, sem cogitar de qualquer processo futuro.²⁵⁶ O CPC/2015, por sua vez, deslocando a Produção Antecipada de Prova para o seu Capítulo XII (Das Provas), outorga-lhe nas hipóteses em que agora se a admite, natureza ora protetiva e ora satisfativa, casos em que, por vezes se combate o risco de prejuízo para a instrução de processo atual ou iminente (CPC/2015, art. 381, I), e em outros casos admite-se-a diante de situações em que a parte age em busca de conhecimento de fatos que lhe permitam avaliar sobre a conveniência ou não de demandar (inciso III), ou de modo que a prova obtida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução do conflito (inciso II).

Na hipótese em que se lhe confere natureza protetiva, em que se a admite para os casos em que haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fato na pendência da ação (art. 381, inciso I), tal qual já ocorria sob a égide do CPC/73, a prova não é *produzida* no sentido técnico da palavra, visto que seu objetivo é o de *assegurar* a possibilidade de oportuna produção da prova, que poderá ser, oportunamente, *proposta* e, se aceita, será *produzida* e *valorada* pelo magistrado, no momento oportuno.²⁵⁷ Nas demais hipóteses, de natureza satisfativa e a corroborar o direito autônomo à prova, chama a atenção a expressa previsão do inciso II do artigo 381, novidade

introduzida no direito processual civil brasileiro, que admite a medida com vistas à obtenção de prova suscetível a viabilizar a composição extrajudicial das controvérsias – em conformidade ao disposto no art. 3º., parágrafo 3º do estatuto processual; bem como o inciso III do mesmo dispositivo legal, que autoriza a produção antecipada de prova ainda quando não haja perigo para a sua colheita e conservação (sem o requisito da urgência, portanto), de forma que, com o resultado obtido, o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação.²⁵⁸ Nestes dois últimos casos, intenta-se evitar a crescente *judicialização imediata* de demandas/controvérsias²⁵⁹; admitindo-se-a ainda, em favor daquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção (art. 381, parágrafo 5º.).

Ressalva importante formulada pela doutrina, no que diz respeito à produção antecipada de prova de caráter não contencioso (art. 381, §§ 2º e 5º), é a de que tal não se faz possível em quaisquer das hipóteses do mencionado art. 381 do CPC/2015. Isto porque em todas as hipóteses enumeradas a existência de uma controvérsia já instalada ou passível de instalação é determinante para que seja demonstrada a sua necessidade; da mesma forma que não há interesse na produção da prova para simples consulta em situações que não puderem envolver eventual conflito, posto que não há utilidade na prova produzida sem a presença da parte que seria adversa em possível e ulterior demanda, que será necessariamente objeto de repetição sob o crivo do contraditório, revelando desperdício de atos processuais. Aduz-se ainda, que não há limitações às espécies probatórias que possam ser objeto de produção antecipada, à exceção da prova documental – que se processa através da ação de exibição de documento, e da produção antecipada de prova pericial, que observará o rito próprio previsto em lei. O que não pode é o juiz indeferir a produção antecipada da prova em situações que demandem valoração desta, como, p. ex., indeferir a

produção de prova pericial alegando ser desnecessária em vista de outras provas produzidas (quando no mesmo processo tenha havido a produção antecipada de outras provas – o que é permitido nos termos do § 3º do art. 382); o mesmo ocorrendo no caso de indeferimento de produção antecipada de depoimento pessoal sob alegação de aplicação de pena de confissão pelo seu não comparecimento ou recusa a depor, situação que também demanda valoração de prova (não) produzida.²⁶⁰ De fato, como dispõe o § 2º do art. 382, o juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as suas respectivas consequências jurídicas.

Pelas razões já expostas, ainda, a produção antecipada de prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta (art. 381, parágrafo 3º.); sendo que, quanto à competência de foro, a lei contém duas alternativas: aquele em que a prova deva ser produzida ou o domicílio do réu (art. 381, parágrafo 2º). Ou seja, consideradas as peculiaridades do caso concreto e desde que isso não prejudique o devido processo legal e o acesso à justiça, é possível dar-se preferência ao foro em que se situam as fontes de prova, ainda que em detrimento à conveniência do réu em ser demandado em seu próprio domicílio. Quanto à justiça competente, a lei fez uma ressalva para a hipótese de eventual conflito entre o critério objetivo (pessoa) e o critério territorial, ao dispor no parágrafo 4º do art. 381, pela competência da justiça estadual, ainda que a prova seja requerida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal.²⁶¹

Insta analisar o procedimento adotado pelo CPC/2015 na produção antecipada de provas, e da vedação imposta pelo parágrafo 4º do art. 382, no que diz respeito à (in)admissibilidade de defesa ou de recurso, nesta.

2. PROCEDIMENTO

O procedimento da antecipação da prova é sumário e não contencioso.²⁶² Inicia-se por meio de petição inicial que deve conter os requisitos do artigo 319 do CPC/2015, se tiver caráter cautelar e for ajuizado como ação autônoma; sendo requerida por simples petição a produção antecipada da prova quando formulada de forma incidental, observado o disposto no artigo 382 do mesmo diploma legal, que exige ao requerente que apresente as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencione com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair.

Ao receber a petição inicial, o juiz procederá a juízo de admissibilidade, determinando em seguida a citação dos interessados. O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso (art. 382, § 1º).

Em se tratando de prova oral, ao despachar a petição, o juiz designará audiência para inquirição da testemunha ou interrogatório da parte e fixará prazo para apresentação do rol de testemunhas (se por acaso não constar da petição inicial), de forma que a testemunha será intimada e a parte contrária citada. Se a prova a antecipar for de natureza pericial, deverá observar-se o disposto nos artigos 464 a 480, ou seja, nomeará perito, formulará quesitos, fixará os honorários periciais e o prazo para a entrega do laudo, determinando, ainda, que as partes indiquem assistentes técnicos e formulem quesitos (caso já não o tenham feito), assegurado às partes a escolha consensual do perito (art. 471).²⁶³ Tratando-se de inspeção judicial, designará dia e hora para a sua realização. Como já mencionado, se a prova que se pretende antecipar é documental, deverá observar-se o rito previsto para a Exibição de Documento ou Coisa (arts. 396 a 404).

Enfim, dispõe o § 4º do artigo 382, que neste procedimento não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário. O procedimento é de natureza administrativa, não

estando restrito ao pedido inicialmente formulado (ou seja, admite-se a cumulação de pedidos, podendo os interessados requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionadas ao mesmo fato, salvo se sua produção conjunta acarretar excessiva demora – art. 382, § 3º), e referida sentença desafia recurso de apelação.

3. (IN)ADMISSIBILIDADE DE DEFESA OU RECURSO NO PROCEDIMENTO

Leciona CASSIO SCARPINELLA BUENO quanto à vedação do § 4º do artigo 382 do CPC/2015:

O § 4º do art. 382 veda defesa ou recurso, salvo contra o indeferimento total relativo à prova. Longe de atritar com os princípios do contraditório e da ampla defesa, a regra é pertinente porque discussões relativas à *avaliação* da prova serão feitas *a posteriori*. O que basta é que o contraditório seja, como regra, observado nos termos do § 1º (e com a ressalva que fiz acima), o que estará satisfeito se as regras relativas a cada um dos meios de prova forem suficientemente observadas, isto é, o contraditório relativo à *colheita* da prova é irrecusável, sendo desnecessária qualquer antecipação relativa à *valoração* da prova, e, conseqüentemente, ao contraditório dela decorrente.²⁶⁴

A ressalva a que se refere o autor é a de que o contraditório deve ser observado, a não ser que a medida não ostente caráter contencioso (art. 382, § 1º), de forma que a previsão deve ser compreendida com as ressalvas mais amplas, porque não há como a lei excepcionar o contraditório quando for possível identificar o interessado, a não ser que haja *urgência*, o que até pode ocorrer (art. 381, I), mas não é o que cogita o dispositivo em exame. Até porque a existência ou não de litígio é questão por demais relativa, que pode se alterar a depender do resultado da colheita das provas, e até mesmo pela ausência de prévio contraditório na sua realização.

Com efeito, admite-se concessão em caráter liminar na produção antecipada de prova, mas só quando a asseguaração desta seja tão intensa e excepcional que impossibilite o chamamento do réu a juízo, sob pena de se consumir o dano. Conforme ARAKEN DE ASSIS, é o caso, p. ex., da testemunha cujo estado de saúde seja tão grave que o óbito ocorrerá nas próximas horas; sendo certo que raramente as assegurações de prova se processam liminarmente, de modo que tal modalidade de medida de urgência é vista com reservas, embora tenha cabimento no direito brasileiro, observados os pressupostos formais e materiais²⁶⁵, e à luz do disposto no art. 300, caput, do CPC/2015 (poder geral de cautela).

Em comentário ao mesmo dispositivo, NELSON NERY JR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY lembram que no CPC/73 admitia-se contestação em produção antecipada de prova, ainda que fosse restrita a impugnar a existência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, bem como a falta de condições da ação e de pressupostos processuais. Já perante o CPC/2015, a vedação incide sobre defesa ou recurso. No que diz respeito à vedação à defesa na produção antecipada de prova, a expressão utilizada pelo legislador (“não se admitirá defesa”) se mostra infeliz, por tornar incoerente um artigo que alarga os limites da produção da prova; e, quanto à vedação à interposição de recurso – salvo no caso da decisão que indeferir *totalmente* a produção da prova pleiteada pelo requerente originário, é de se verificar que a rejeição de recurso no caso de denegação parcial estaria de acordo com o sistema recursal, que não admite recurso das interlocutórias que não admitem prova no procedimento comum.

De todo modo, segundo estes últimos autores, estaremos diante de “ampla defesa diferida”, posto que a parte pode alegar toda a sorte de *matéria de ordem pública* que obste a produção da prova contra si dirigida. Apenas que a ampla defesa e o contraditório que, por contestação ou recurso já poderiam ser alegados durante o procedimento de produção antecipada de prova, por expressa disposição legal, ficam diferidos para o momento processual

adequado, no processo contencioso que eventualmente venha a se instaurar.²⁶⁶

Por consequência, nesta linha de entendimento, em não se admitindo a contestação na ação probatória autônoma, não se lhe aplicará também o efeito da revelia, e a sentença a ser proferida será meramente homologatória da prova produzida. E, diante da ausência de contraditório efetivo e de cognição exauriente, e por ser a sentença homologatória, não incidem os efeitos da coisa julgada. Ainda, têm-se entendido que neste tipo de procedimento não se identifica sucumbência, diante da ausência de causalidade – posto que a parte adversa não teria a possibilidade de resistir à pretensão do promovente de forma direta, atacando seu mérito; salvo quando haja produção antecipada de provas a pedido também do réu, ocasião em que as partes deverão arcar com as custas *pro rata*, e ambas com honorários advocatícios, nos termos dos arts. 84, §§ 14 e 86, do CPC/2015.

Referidos entendimentos não soam uníssonos. Segundo MARIA ELIZABETH DE CASTRO LOPES, ao se referir o § 1º do artigo 382 à “citação de interessados”, poderão estes ser o réu ou terceiros. Poderá o réu alegar na contestação o descumprimento pelo autor dos requisitos da petição inicial – especialmente os que legitimam a concessão da antecipação, ou arguir matérias de conteúdo processual. Poderá arguir, p. ex., que se descumpre regra de competência, da ilegitimidade de parte (se o autor não for titular da relação jurídica descrita na inicial), que o autor não atende o princípio da substanciação – ou seja, não narra com precisão os fatos e nem indica os fundamentos jurídicos do pedido, ou, ainda, que não esclarece o vínculo existente entre a narração dos fatos e o pedido de antecipação.²⁶⁷ Da mesma forma, quanto ao terceiro, referindo-se o dispositivo legal em comento a qualquer “interessado”, não se mostra razoável que possa o autor, ao seu livre arbítrio, obrigar essa pessoa a participar da atividade probatória que não lhe importa ou interessa, que poderá alegar ilegitimidade, com aplicação subsidiária do disposto aos artigos 338 e 339 do estatuto processual.²⁶⁸

Como leciona FLÁVIO LUIZ YARSHELL, não se pode ignorar, ainda, que o deferimento da antecipação pode violar direitos constitucionalmente assegurados, como sigilo, intimidade e privacidade. De forma que a lei parece ter partido de falsa premissa de que o deferimento da prova jamais poderá acarretar prejuízo ao demandado, o que é de todo equívoco.

Da mesma forma que a decisão que deferir a prova também pode ensejar interesse recursal, posto que, no curso do processo é possível que, em tese, haja atos de caráter decisório capazes de gerar prejuízo imediato e não apenas potencial, que ensejarão a interposição de recurso de agravo de instrumento, não sendo o caso de se concentrar a impugnação para o final. Cita como exemplo: decisão sobre competência, nomeação de perito incapaz ou suspeito, deferimento ou indeferimento de quesitos, etc.; em considerando, ainda, que como a sentença final nada resolverá sobre o mérito, tornar-se-á desnecessário eventual recurso de apelação.²⁶⁹

O que não se permite na produção antecipada de provas é que se instaure controvérsia sobre o(s) fato(s) em si²⁷⁰, devendo o § 4º do art. 382 ser interpretado no sentido de que não será admitida defesa ou recurso que envolva matéria de mérito.

O contraditório não está limitado, portanto, ao processo contencioso que eventualmente venha a se instaurar. Nestas situações apontadas, mostra-se viável e até mesmo necessário o oferecimento de defesa ou recurso – observadas as peculiaridades do procedimento, também na produção antecipada de prova. Nesta, não há prazo legal de oferecimento de contestação, cabendo ao juiz fixá-lo, levando em consideração a complexidade do ato a ser praticado (art. 218, § 1º), e se não o fizer, o prazo será de cinco dias (CPC/2015, art. 218, § 3º). Quanto a recurso, de se verificar: se a decisão rejeitar totalmente a produção da prova (art. 381, § 4º, parte final), o caso é de sentença apelável. Se houver cumulação de pedidos, e o juiz não admitir a produção de quaisquer delas, teremos decisão interlocutória de mérito que

desafiará recurso de agravo de instrumento (CPC/2015, art. 1015, II).²⁷¹

Ainda discorrendo sob a sede recursal, VINICIUS CALDAS DA GAMA E ABREU faz importante alerta. Segundo este, ao prever o art. 382, § 4º do CPC/2015 recurso para a situação de indeferimento total do pedido de produção antecipada de prova formulada pelo autor, o texto normativo acabou por contemplar apenas uma das partes com o direito ao duplo grau de jurisdição, tolhendo o réu de apresentar recurso da decisão interlocutória de mérito que deferiu a produção antecipada da prova, criando uma situação de desigualdade entre as partes sem qualquer fator discriminador que a justificasse. Embora na grande parte da situações a prova a ser produzida é de interesse de ambas as partes e não apenas do juiz – levando-se também em consideração neste aspecto o princípio da cooperação que norteia o novel estatuto processual; nestas situações, notadamente quando feridos direitos constitucionais do réu tais como, p. ex., o direito à intimidade, ao sigilo de dados, de correspondência e de comunicações telefônicas, tal demandará a necessidade de uma forma de impugnação à instância superior. E, diante da ausência de recurso específico, em tese será possível ao réu, caso entenda ter tido violado direito com o deferimento da produção antecipada da prova, o manejo de mandado de segurança para atacar a decisão supostamente ilegal.²⁷²

Finalmente, FREDIE DIDIER JR, RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA e PAULA SARNO BRAGA, aventam ainda sobre duas situações interessantes, a despeito do disposto ao § 4º do art. 382 do CPC/2015. Segundo o artigo 382, § 3º do CPC/2015, os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, *desde que relacionada ao mesmo fato (fato probando)*, salvo se sua produção conjunta acarretar excessiva demora. Admite-se desta forma a cumulação de pedidos de produção antecipada de prova(s) no mesmo procedimento, havendo ampliação do mérito do processo, devendo as partes formular referido requerimento no prazo que têm para se

manifestar, respeitados os limites temporais da regra da estabilização objetiva do processo e a necessidade de produção conjunta das provas que não acarrete em morosidade indesejada.

Como afirmam referidos autores, há clara restrição *cognitiva* – a prova deve restringir-se ao mesmo *fato probando*; descrição esta que se encaixa na possibilidade de formulação de “pedido contraposto” a ser formulado eventualmente pelo réu no mesmo processo em que está sendo demandado, restrito aos fatos discutidos na causa. Desta feita, entendem que embora o texto normativo fale apenas em “mesmo fato”, como a produção antecipada de prova pode também dizer respeito a uma mesma “relação jurídica” (art. 381, § 5º), entendem pela possibilidade de pedido contraposto de produção antecipada de prova também para essa hipótese. Desta feita e como exemplificam, se um dos sujeitos parciais do processo possui interesse na produção de outro meio de prova sobre o mesmo fato, seria razoável permitir que essa prova fosse produzida no mesmo processo; diante de evidente conexão probatória, a justificar a reunião das demandas e processo simultâneo. Sem prejuízo, evidentemente, que o juiz indefira o pedido contraposto, quando acarrete excessiva demora e em observância ao princípio da duração razoável do processo.

A segunda situação que desperta interesse, é a do cabimento na produção antecipada de prova de *intervenção de terceiros atípica*, com conseqüente ampliação do pólo passivo; hipótese já aventada por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO²⁷³. Exemplificam com a hipótese de produção antecipada de prova que será utilizada contra réu em ação de conhecimento de cunho indenizatório. Se a prova que será utilizada contra o requerido for exatamente a mesma cuja produção se pretende antecipar; e se neste futuro processo o requerido poderá denunciar à lide a terceiro, terá aquele certamente interesse em utilizar a prova contra o futuro denunciado. De modo que se mostra plausível ao requerido, ainda na produção antecipada de prova, trazer ao processo o futuro denunciado à lide, com o propósito de incluí-lo no âmbito da eficácia da prova que se pretende produzir. Essa atípica intervenção

de terceiro ampliaria o pólo passivo do processo de produção antecipada de prova, e, com isso, outra pessoa também ficaria submetida à prova produzida, que, na futura denúncia da lide, poderia ser utilizada.

De todo modo é importante frisar, como lecionam EDUARDO CAMBI, ROGÉRIA DOTTI, PAULO EDUARDO D'ARCE PINHEIRO, SANDRO GILBERT MARTINS e SANDRO MARCELO KOZIKOSKI:

A finalidade do procedimento antecipado de provas é a formação do convencimento das partes, não do juiz. O juiz não se pronuncia sobre a ocorrência ou não do fato, nem sobre suas consequências jurídicas (NCP, art. 382, § 2º). A intervenção judicial se restringe unicamente à obtenção da prova.

Como não há valoração dos fatos, tampouco a resolução de questões de mérito, o processo é encerrado com a prolação de sentença homologatória sem autoridade de coisa julgada material.

No procedimento de produção antecipada de provas, os autos ficam em cartório, pelo prazo de um mês, para a extração de cópias e certidões pelos interessados. Decorrido esse prazo, os autos são entregues ao promovente da medida (NCP, art. 383).

Se for ajuizada ação judicial com base nas provas antecipadas, para se evitar a renovação da mesma atividade probatória, pelo princípio da economia processual, deve o juiz, com base no art. 370 do NCP, indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Não há *cerceamento de defesa* se a parte contra quem se produz a prova participou do contraditório no procedimento de produção antecipada.

4. CONCLUSÃO

Latente, portanto, o equívoco que decorre da interpretação meramente literal do disposto ao parágrafo 4º. do artigo 382, do Código de Processo Civil de 2015. Ainda que não se trate de decisão de indeferimento total de produção de prova pleiteada

pelo requerente originário, há várias hipóteses de admissibilidade de interposição de defesa e/ou recurso em referido procedimento, tal qual demonstrado.

Evidentemente, o que não se permite na produção antecipada de provas é que se instaure controvérsia sobre o(s) fato(s) em si, devendo o § 4º do art. 382 ser interpretado no sentido de que não será admitida defesa ou recurso que envolva matéria de mérito. Deve o juiz se abster, neste procedimento, de se pronunciar sobre a ocorrência ou inoocorrência de fato ou de suas consequências jurídicas. Deve se abster de qualquer antecipação relativa à *valoração* da prova, e, conseqüentemente, ao contraditório dela decorrente.

Será sempre lícito ao réu alegar em sua defesa toda sorte de matéria de ordem pública que obste à produção da prova contra si dirigida, não estando limitado a fazê-lo em eventual processo contencioso futuro que eventualmente venha a se instaurar; podendo fazê-lo já quando do procedimento de produção antecipada de prova, mesmo direito assegurado ao terceiro.

Ainda, embora não cabendo reconvenção em produção antecipada de prova, têm a doutrina entendido pelo cabimento de “pedido contraposto” (como meio de defesa) neste procedimento; e, até mesmo, de intervenção de terceiro atípica – com conseqüente ampliação do pólo passivo, como na hipótese aventada.

Também poderá interpor recurso, seja em relação às liminares eventualmente concedidas em seu desfavor no curso do procedimento, seja em relação a decisões interlocutórias de mérito – como no caso de cumulação de pedidos deferidos apenas parcialmente e que desafiam recurso de agravo de instrumento, seja diante de sentenças que rejeitem totalmente a prova, que desafiam apelação. Como se verificou, casos há em que a doutrina defende até mesmo o cabimento de mandado de segurança como substitutivo recursal para atacar decisão manifestamente ilegal, diante da ausência de expressa previsão legal.

Finalmente, conforme enunciado pela doutrina indicada, se for ajuizada ação judicial com base nas provas antecipadas, para se evitar a renovação da mesma atividade probatória, pelo princípio da economia processual, deve o juiz, com base no art. 370 do NCPC, indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Não há *cerceamento de defesa* se a parte contra quem se produz a prova participou do contraditório no procedimento de produção antecipada.

BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro – volume II – Tomo II. Parte Geral – Institutos Fundamentais*. 2ª. ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 6ª. ed., São Paulo, ed. Saraiva: 2014.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª. ed., São Paulo, ed. Saraiva: 2016.

_____. (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil – v. 2*. LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Comentários: arts. 381-384. São Paulo, ed. Saraiva: 2017.

CAMBI, Eduardo. DOTTI, Rogéria. PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce. MARTINS, Sandro Gilbert. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de Processo Civil completo*. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2017.

DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória, v. 2*. 10ª ed., Salvador, ed. Juspodivm: 2015.

_____. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória, v.*

2. *Apud.*, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. São Paulo, ed. Malheiros: 2017.

NERY JR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16ª ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2016.

RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro Cardoso. GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Novo Código de Processo Civil Comentado – Tomo II – arts. 539 a 770*. ABREU, Vinícius Caldas da Gama e. *Comentários: arts. 381-383*. São Paulo, Lualri editora: 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – volume I*. 58ª. ed., Rio de Janeiro, ed. Forense: 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2015.

_____. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. YARSHELL, Flávio Luiz. *Comentários: arts. 381-383*. *Op. cit.*, p. 1042.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. SANTOS, Evaristo Aragão. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. SATO, Priscila Kei. VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Novo CPC Urgente*. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2016.

[255] Graduação e Especialização pela Faculdade de Direito de Marília (Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha – concentração em Direito Civil e Processual Civil); Especialização pelo CEU/IICS-SP em Direito dos Contratos; Mestre em Direito Negocial pela UEL; Doutor em Direito (Processo Civil – Efetividade do Direito) pela PUC/SP. Professor da UEM – Universidade Estadual de Maringá (graduação), da Universidade Positivo Londrina (graduação), da PUC/PR Maringá (graduação/especialização), das Faculdades Integrado de Campo Mourão (MBA e Especialização) e do IDCC – Instituto de Direito Constitucional e Cidadania de Londrina (Especialização). Membro da ABDPro – Associação Brasileira de Direito Processual. Membro Honorário da UIJ – União Ibero-Americana de Juízes. Advogado e Palestrante.

[256] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – volume I*. 58ª. ed., Rio de Janeiro, ed. Forense: 2017, p. 938.

[257] BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 6ª. ed., São Paulo, ed. Saraiva: 2014, p. 272-273.

[258] BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª. ed., São Paulo, ed. Saraiva: 2016, p. 353.

[259] CAMBI, Eduardo. DOTTI, Rogéria. PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce. MARTINS, Sandro Gilbert. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de Processo Civil completo*. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2017, p. 713.

[260] RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro Cardoso. GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Novo Código de Processo Civil Comentado – Tomo II – arts. 539 a 770*. ABREU, Vinícius Caldas da Gama e. *Comentários: arts. 381-383*. São Paulo, Lualri editora: 2017, p. 120.

[261] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2015, p. 1028-1029.

[262] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 944.

[263] DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória, v. 2*. 10ª ed., Salvador, ed. Juspodivm: 2015, p. 145.

[264] BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 354.

- [265] ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro – volume II – Tomo II. Parte Geral – Institutos Fundamentais*. 2ª. ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2016, p. 323.
- [266] NERY JR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16ª ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2016, p. 1103-1104, notas: § 4º:9 a § 4º:11.
- [267] BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil – v. 2*. LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Comentários*: arts. 381-384. São Paulo, ed. Saraiva: 2017, p. 271.
- [268] ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro – volume II – Tomo II. Parte Geral – Institutos Fundamentais*. *Op. cit.*, p. 320.
- [269] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. YARSHELL, Flávio Luiz. *Comentários*: arts. 381-383. *Op. cit.*, p. 1042.
- [270] WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. SANTOS, Evaristo Aragão. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. SATO, Priscila Kei. VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Novo CPC Urgente*. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2016, p. 350.
- [271] DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória, v. 2*. *Op. cit.*, p. 146.
- [272] RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro Cardoso. GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Novo Código de Processo Civil Comentado – Tomo II – arts. 539 a 770*. ABREU, Vinícius Caldas da Gama e. *Comentários*: arts. 381-383. *Op. cit.*, p. 124-125.
- [273] DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória, v. 2*. *Apud.*, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. São Paulo, ed. Malheiros: 2017.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ANÁLISE HERMENÊUTICA

Kelly Cardoso²⁷⁴

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira²⁷⁵

Resumo: A sociedade consumerista transformou as relações negociais. O fornecimento de bens, produtos e serviços em grande escala fez surgir contratos padrões – *standard* – em consequência aumento de litígios e sobrecarga para o poder judiciário, servindo ao acúmulo de processos com direitos comuns e réus. As ações de interesses individuais homogêneos não abrangidas por completo pelos procedimentos difusos e coletivos exigem do legislador uma adequada regulamentação. O incidente de demandas repetitivas incluídas nos artigos do Novo Código de Processo Civil tenta suprir as lacunas da lei, mas, possivelmente, não da forma desejada pelos litigantes. Em meio a procedimentos insatisfatórios, o legislador procura uma forma de adequar as modificações das relações negociais ao processo civil.

Palavras-chaves: Relações negociais; Contratos; Processos coletivos; Demandas repetitivas; Direitos; Interesses difusos; Interesses coletivos; Interesses individuais.

1. INTRODUÇÃO

Após o marco da Revolução Industrial, as relações interpessoais deixaram de ser únicas, exclusivas, individuais, passando a ser massificadas, coletivas e padronizadas. Os bens, produtos e serviços são produzidos e fornecidos em grande escala, para

atender a um contingente elevado – por meio de contratos *standard*, sejam eles formalizados ou eletrônicos – existindo uma relação sem “rostos” entre fornecedor/fabricante e consumidor. Aos adquirentes não é permitido modificar cláusulas, cabendo apenas consentir; mesmo que aquele bem seja essencial a sua existência – por exemplo, moradia, plano de saúde – deve aceitar as condições impostas.

Consequentemente, maior número de contratos, maior o número de litígios. Nesse sentido, pontua Sosa:

La sociedad moderna plantea a los juristas nuevos desafíos. Ella nos obliga a repensar instrumentos procesales de que disponemos, para que se adecuen a esas nuevas realidades, de manera tal que faciliten el acceso a la justicia y posibiliten la efectividad de los derechos sustanciales em juego (SOSA, 2005, p. 453).

No Brasil, em proteção à tutela dos interesses difusos e coletivos, a legislação dispõe da Lei n. 7.347/85, de Ação Civil Pública; da Lei n. 12.016/09, do Mandado de Segurança Individual e Coletivo; da Lei n.4.714/65, da Ação Popular; da Lei n. 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor e Das Ações Coletivas para a Defesa dos Interesses Individuais Homogêneos, previstas nos artigos 91 a 100. Portanto:

[...] a tutela jurisdicional coletiva aos consumidores como massa de pessoas não individualizadas – mas sempre ligadas por algum interesse comum – sobreveio em 1990 com a lei n. 8.078, de 11 de setembro desse ano, que é o Código de Defesa do Consumidor. São admitidas a demandar em juízo na defesa dos consumidores as mesmas entidades legitimadas às ações civis públicas ambientais, exigindo-se sempre que, além do requisito da preconstituição, as associações tenham tal defesa como objetivo estatutário. Expressamente, a lei institui a ação civil pública para a defesa da massa de consumidores em seus direitos difusos (propaganda enganosa dirigida a um público indeterminado), coletivos (como os dos consumidores de determinado produto) e individuais homogêneos (massa

de consumidores lesados por determinado produto ou serviço). A tutela que por essa via se concede também será preventiva, reparatória específica ou ressarcitória, conforme o caso – com a peculiaridade de que a última poderá beneficiar indivíduos lesados ou destinar-se a um fundo destinado à proteção da massa de consumidores (art. 100). [...] A sentença genérica que reconhece a existência de direitos individuais homogêneos favorece a todos os possíveis lesados – a quem compete comparecer depois em juízo, individualmente, com a demonstração do dano sofrido (art. 98); se a demanda tiver sido julgada improcedente, cada um daqueles que se afirmam lesados continuam autorizado a demandar individualmente em juízo, sem que a autoridade da coisa julgada incida sobre a sentença que assim julgou (art. 103, inc. III) (DINAMARCO, 2003, p. 157-158) (sem grifo no original).

Os interesses e direitos difusos – também nominados como direitos transindividuais -, caracterizam-se quando *não há uma determinação absoluta* dos titulares (aspecto subjetivo), que estão ligados a circunstâncias de *fato*. São considerados materialmente indivisíveis “não podem ser satisfeitos nem lesados senão a todos os possíveis titulares” (ZAVASCKI, 2011, p. 36). Por via processual haverá a substituição do titular do direito, “razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar (CPC, 351) nem assumir ônus probatório não fixado em Lei” (CPC, 333, parágrafo único, I) (ZAVASCKI, 2011, p. 37).

Os direitos coletivos também são denominados transindividuais e indivisíveis. Diferenciam-se dos direitos difusos no que se refere à determinação dos titulares, havendo nos direitos coletivos uma determinação *relativa* (aspecto subjetivos)²⁷⁶. Zavascki (2011, p. 34), afirma ainda, que direito coletivo:

[...] é designação genérica para duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*. É denominação que se atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado. É direito que não pertence à

administração pública nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo.

Portanto, nos direitos difusos, os titulares são indetermináveis, nos direitos coletivos *stricto sensu* podem ser determinados, porém, sem se ter um número exato. Ambos se diferenciam dos direitos individuais homogêneos, que identificam os titulares individualmente, consequentemente divisíveis, pois, “podem ser satisfeitos ou lesados em forma diferenciada e individualizada” (ZAVASCKI, 2011, p. 36). Os titulares individuais estão interligados por possuírem direitos com origem comum. Segundo Zavascki:

Homogeneidade não é sinônimo de igualdade, mas de afinidade. Direitos homogêneos não são direitos iguais, mas similares. Neles, é possível identificar elementos comuns (núcleo de homogeneidade), mas também, em maior ou menor medida, *elementos característicos e peculiares que os individualiza*, distinguindo-se uns dos outros (margem de heterogeneidade). O núcleo de homogeneidade decorre, segundo visto, da circunstância de serem direitos com origem comum; e a margem de heterogeneidade está relacionada a circunstâncias variadas, especialmente a situações de fato, próprias do titular (ZAVASCKI, 2011, p.146)²⁷⁷ (sem grifo no original).

Percebe-se a característica de “base jurídica comum” e “peculiaridades fáticas”, desencadeando um direito supraindividual. Zavascki afirma serem os direitos individuais homogêneos “aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art. 46 do CPC (nomeadamente em seus incisos II e IV)” (2011, p. 35).

Assim, o direito coletivo não abrangeria interesses não individuais homogêneos (heterogêneos) de origem comum, que nada mais são, por exemplo, que várias ações de diferentes pessoas contra o banco da Caixa Econômica Federal, cada uma com seu processo individualmente interposto (fatos diferenciados). Essas

ações são quantitativamente significativas ao poder judiciário gerando acúmulos de processos e conseqüentemente abarrotamento do judiciário. Rodrigues (2010, p. 97) apresenta um exemplo:

[...] de cláusula em contrato padrão de seguro-saúde autorizando a seguradora a aumentar mensalidades para além dos padrões autorizados, na hipótese de insuficiência atuarial superveniente no curso do contrato. Imagine-se, ademais, que se entenda anulável a cláusula no contexto das normas que regem o segmento econômico da saúde privada. Como se trata de impasse que atinge o grupo todo dos segurados, sua solução sinaliza a via da ação coletiva. Mas não aquela destinada pelo CDC para a proteção dos interesses individuais homogêneos (arts. 91 e 100), porque a pretensão, antes que o segurador aplique a cláusula, é no sentido da sua pura desconstituição, pois não se operou, ainda, nenhum prejuízo individual.

Portanto, por não haver dano que permita a Ação Coletiva para defesa dos interesses individuais homogêneos, a liquidação ou a execução, estar-se-ia diante de um interesse coletivo *stricto sensu* descaracterizado o interesse individual homogêneo. Como afirma Rodrigues, porém a coisa julgada terá efeito *erga omnes*, “e se algum dos indivíduos, compreendendo a viabilidade do sistema de seguro que contratou depende do equilíbrio atuarial, pretender que a cláusula seja mantida” será atingido (RODRIGUES, 2010, p. 98). Todavia, seria o incidente de demandas repetitivas realmente a solução plausível? Isso será observado posteriormente.

Devido à preocupação com essas relações negociais que desencadeiam ações massificadas ou repetitivas (individuais homogêneas), são delineadas técnicas altamente discutíveis como a do julgamento liminar das ações repetitivas (art. 285-A do CPC), das súmulas vinculantes (art. 103-A da CF/1988 e Lei 11.417/2006), entre outras, que se preocupam mais com uma padronização superficial das decisões do que com a sua solução legítima e constitucional, uma vez que, para uma solução adequada, exigir-se-ia uma percepção dos aspectos peculiares de

cada caso, além dos aspectos idênticos que as pretensões isomórficas implementam (THEODORO JR.; NUNES; BAHIA, 2010, p. 11). Ademais, o novo Código de Processo Civil acrescenta o incidente de resolução de demandas repetitivas na tentativa de minimizar o aumento de ações individuais homogêneas, decorrentes dos contratos standartizados e massificados que o mercado consumerista exige.

Assim, passa-se à análise do procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil.

2. INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS NO NOVO CPC

Na tentativa de minimizar o aumento na interposição judicial em decorrência de contratos massificados, o novo CPC apresenta-se, de certa forma, adquirente de algumas das características dos modelos estrangeiros, atendendo o anseio de proteger a tutela de direitos individuais homogêneos.

Nesse sentido, o incidente de demandas repetitivas constitui-se de um momento nas ações interpostas em primeiro grau que ocorrerá ao se identificar controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica *questão de direito* e de causar grave insegurança jurídica, decorrente de risco de coexistência de decisões conflitantes conforme disposto no art. 976 do Novo CPC (MEDINA, 2011, p. 1206)²⁷⁸.

O anteprojeto redigido pela Comissão de Juristas em 2009, presidida pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, previa o incidente de demandas repetitivas nos arts. 895 a 906 (projeto original nº 166); após realização de várias audiências públicas e alterações realizadas na Câmara do Senado houve a respectiva aprovação, em dezembro de 2010 figurando o incidente nos arts. 930 a 941. O texto final do novo CPC, aprovado em 16 de julho de 2013, pela Comissão Especial (presidente o deputado

Fabio Trad PMDB-ES), na Câmara de Deputados, realizou alterações significativas ao incidente de resolução de demandas repetitivas expresso nos arts. 976 à 987, considerado um dos destaques do projeto.

Desde logo deve ser destacado que o incidente, devido aos requisitos para sua admissibilidade, visa apenas tutelar direitos individuais homogêneos, não sendo possível a tutela de direitos coletivos em sentido amplo (difusos e coletivos) – procedimento compelido à Ação Civil Pública. Da mesma forma, por uma interpretação literal, o projeto aprovado inicialmente pelo Senado previa, em seu art. 930, à análise apenas de questões de direito no incidente, texto mantido no art. 976, I, do vigente CPC. Ou seja, não seria admitido que o Tribunal pronuncie-se sobre matéria de fato. “Nesse ponto, o projeto se afasta tanto do GLO quanto do KapMuG²⁷⁹, pois, como referido anteriormente, em ambos é possível o pronunciamento tanto sobre questões de fato, quanto de direito” (ROSSONI, 2001, p. 27).

Portanto, a primeira crítica contundente refere-se ao tratamento dado às *idênticas questões de direito* no projeto original do Senado (art. 930 do novo CPC), tratativa abordada igualmente com a publicação das Leis 11.277/06 e 11.418/06, que introduziram no Código de Processo Civil os arts. 285-A (repercussão geral), 543-B e 543-C (recursos extraordinário e especial repetitivos). Para isso, salienta-se o questionamento proposto por Streck e Oliveira, quando das publicações legislativas referidas em 2006:

[...] que são hermeneuticamente ‘casos idênticos’? Pois, do ponto de vista jurídico-processual, caso idêntico só ocorreria se as partes fossem as mesmas, o pedido e a causa de pedir fossem os mesmos. Ou seja, se estivéssemos diante do mesmo caso já submetido à apreciação do Judiciário e não somente daquele juízo. Então, estaríamos diante de litispendência ou de coisa julgada! (STRECK; OLIVEIRA, 2006).

Nesse sentido é também o comentário de Nunes, em sua tese de doutorado, ao discorrer sobre o despreparo da jurisdicionalização preocupada com decisões meramente quantitativas:

Em verdade, normalmente, o juiz somente fará uma análise detida da discussão endoprocessual no momento posterior à instrução, ou seja, decisório. Julga-se com base nos elementos escritos, tal qual faziam os juízes durante o liberalismo processual. Essa constatação, reunida com as perspectivas neoliberais, começa a idealizar técnicas processuais, como a do julgamento liminar de ações repetitivas (do art. 285 A, do CPC, introduzido pela lei 11.277/06) e o julgamento em massa da admissibilidade de recursos extraordinários idênticos (como estabelecido pela PEC45/04 e pelos arts. 543 A e B, CPC, introduzidos pela lei 11.418/06), que indicam um horizonte pouco social e inteiramente massificante e produtivo no processo brasileiro (NUNES, 2008, p. 123).

Compara-se à repercussão geral, pois a ideia de julgamento por “atacado” ou “a toque de caixa” é a mesma. Pretende-se escolher – eleger – um processo modelo para ser julgado pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais Judiciais Estaduais, deixando de ser julgada a causa para se julgar o tema (tese) que estiver sendo abordado pelas milhares de iniciais²⁸⁰. Percebe-se a tentativa de produzir (*reproduzir*) decisões “em escala industrial (alta produtividade, como se pode ver agora como mandamento constitucional: art. 5º, LXXVIII, e art. 93, II, *c*, acrescentados pela Emenda Constitucional de Reforma do Judiciário)” (NUNES, BAHIA, p. 85, 2008).

Julgar casos por meio de *test claim* com base apenas em questões de direito incorre na sua coisificação²⁸¹, pois contraria – o que fôra tratado anteriormente – a constitucionalização do direito civil e processual civil. Manter-se-ia a dicotomia positivista de outrora de objeto-sujeito e a “interpretação” puramente abstrata do direito. É justamente o que a hermenêutica ontológica compreensiva rebate – e persiste no intento da hermenêutica filosófica voltada ao caso concreto – para uma adequada, correta e

fundamentada decisão em respeito à integridade constitucional. Explica-se: não se preocuparia com as peculiaridades fáticas de cada caso – como no sistema alemão – correndo o risco de criar “superdecisões” sumuladas caracterizadas pela interpretação abstrata.

Em relação à questão de fato e de direito²⁸², a reforma do Código de Defesa do Consumidor é indubitavelmente pertinente e mais adequada que o disposto no Projeto do novo CPC, conforme apresentado anteriormente (art. 81 do CDC).

No entanto, a Comissão Especial que analisou o projeto do novo CPC na Câmara de Deputados, após várias audiências públicas, havia alterado o respectivo texto do projeto incluindo, adequadamente, a possibilidade de análise quando houver conflito de questões também de *fato* (§ 9º²⁸³, do art. 988, anterior art. 930), proposta pelo deputado Hugo Leal Filho. Incluiu, ainda, a possibilidade de aplicação do incidente de demandas repetitivas quando houver o “risco de ofensa à isonomia” no *caput*.

O texto finalizado do vigente CPC em seu art. 976, manteve a análise sobre controvérsia *unicamente de direito*, mas aprovou a necessidade de simultaneamente haver risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

O pedido de instauração do incidente será suscitado ao presidente do tribunal pelas partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, bem como pelo relator ou juiz de ofício (art. 977).

Ainda em relação ao anteprojeto do novo Código de Processo Civil, Lobo, em artigo, critica o incidente de demandas repetitivas apresentando alguns questionamentos como o desrespeito aos princípios da imparcialidade e do contraditório – quando da instauração do procedimento de incidente de ofício pelo relator ou colegiado -, os quais não estariam sendo respeitados no momento do pedido incidente; de fato, o direito alemão nesses termos sobressai-se em relação ao direito brasileiro quando, conforme mencionado anteriormente, permite apenas aos autores ou aos réus requerer o incidente, assim como o Projeto de Lei nº

5.139/2009 que respeita amplamente o contraditório como nos termos do §1º do art. 10.

Porém, nessa seara, com Wambier de que no novo CPC há preocupação, e respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. ao comentar os arts. 9º²⁸⁴ e 10º²⁸⁵ do projeto, diz:

Por essa regra proposta no Projeto do NCPC, mesmo em matérias de que o juiz pode conhecer de ofício, a decisão somente poderá ocorrer posteriormente à informação para as partes e à abertura de prazo para eventual manifestação. Isso é uma boa novidade, porque até pouco tempo atrás se considerava inexistir qualquer necessidade de o juiz oportunizar o contraditório quando de decisão relativa à matéria de ordem pública (WAMBIER, 2013, p. 2).

No incidente de demandas repetitivas, as partes serão ouvidas (MP, Defensoria, e outros interessados, etc.) preservando-se o contraditório, a ampla defesa e a oralidade processual como previsto no 984; com prazo de trinta (30) minutos para manifestação oral II, “a” e “b”, art. 984).

Na versão anterior (art. 895 e 930), o incidente deveria ser dirigido ao Presidente do Tribunal, porém, sem especificar expressamente para qual tribunal. Segundo Dantas (2010), o Presidente do Tribunal a que se referia o artigo seria do tribunal local (TJ ou TRF), e se houvesse matéria constitucional ou infraconstitucional em jogo, seria do Supremo e o STJ, afirmando que “esse incidente será uma espécie de preparação para o julgamento do RE ou do REsp.”. Isso quer dizer que a Repercussão Geral, criada nos Recursos Especial e Extraordinário, não foi suficiente para inibir o acúmulo de processos no Superior Tribunal Federal, devendo o incidente de demandas repetitivas servir como limitador à última instância por meio de resolução de um caso “piloto” na primeira instância. A interpretação de Dantas deixou de ser apenas interpretação ou intenção, constando expressamente que o incidente deverá ser suscitado perante o

Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal Regional Federal (§1º, art. 988, versão aprovada pela Câmara dos Deputados).

Nesse sentido, percebe-se que a intenção do legislador e do próprio poder judiciário é tornar o Supremo Tribunal Federal órgão exclusivo de julgamentos ímpares, deixando a cargo dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais a incumbência de última instância recursal e, além disso, retirar a sobrecarga do Supremo e transferi-la aos Tribunais Estaduais e Regionais.

Na sequência da análise do procedimento, após envio do pedido ao tribunal, o colegiado competente reunir-se-á para julgar a admissibilidade do incidente quando presente os seguintes pressupostos: 1) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; 2) houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito. Em caso de ausência de algum dos pressupostos, haverá inadmissão do incidente, o que não impede que, uma vez presente o pressuposto antes considerado inexistente, seja o incidente novamente suscitado nos termos do §3º do art. 976.

Caso instaurado o incidente por algumas das partes legitimadas no art. 977 (I- juiz ou relator de ofício; II -pelas partes; III- pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública), a desistência ou abandono pelas partes não impedirá o exame do mérito do incidente (§1º, art. 976). Nesse caso, o Ministério Público substituirá a parte desistente (§2º, art. 976).

Presentes os pressuposto, em caso de admissão do incidente, o relator do tribunal competente determinará, na própria sessão que julgará o incidente, a suspensão dos processos pendentes, *individuais ou coletivos*, que tramitam no estado ou na região, conforme o caso (art. 982, I, CPC/2015)²⁸⁶, ou seja, se um processo individual, interposto em uma cidade do Estado do Paraná, tiver idêntica questão de direito com outros processos individuais, causando grave insegurança jurídica – se identificada a controvérsia – determinar-se-á a suspensão de todos os processos pendentes em homogeneidade de direito, reforçado ainda, pelo inc. IV do art. 313²⁸⁷, Título II da versão final do novo CPC.

Tendo como base o texto do anteprojeto, Almeida e Gomes Júnior fizeram questionamentos importantes, apontando as lacunas existentes na proposta, afirmando:

O incidente de resolução de demandas repetitivas também tem força para suspender ou impedir a propositura de ações coletivas? Em caso positivo, haveria benefícios para a sociedade? Em caso negativo, não seria possível ponto de conflito entre a decisão do incidente e a proferida na ação coletiva sobre as questões repetitivas? (ALMEIDA; GOMES JÚNIOR, 2011, p. 224).

Tal questionamento, conforme observado, quando da aprovação do projeto reformulado pela Câmara de Deputados, mesmo incluindo expressamente a suspensão dos processos individuais ou coletivos, permanece pendente de dúvida, o uso em “processos individuais *ou* coletivos” da conjunção “*ou*”. Portanto, acredita-se que teria sido mais adequado a inclusão da conjunção “*e*” ou invés de “*ou*”, visto que esta pode significar exclusão mas também adição.

Em análise comparativa entre projeto aprovado pela Câmara do Senado e o projeto aprovado pela Câmara de Deputados, há uma diferença nos efeitos relativos à decisão do incidente. No projeto inicial, aprovado pelo Senado, em nenhum momento, a legislação referia-se aos processos – de idêntica questão de direito – que seriam interpostos após admitir o incidente. Para tanto, questionava-se nesses processos, de que forma o juiz deveria proceder? O mesmo questionamento foi feito por Almeida e Gomes Júnior: “[...] há dúvida ainda sobre o efeito da decisão do incidente. Seria somente efeito vinculante que poderá ser alterado? Ou, ao contrário, haverá coisa julgada material coletiva produzida em um incidente?” (2011, p. 225). Ainda, uma vez decidida a questão comum de direito pelo órgão do Tribunal, o teor do acórdão será vinculante para os demais juízes e órgãos fracionários do Tribunal? Tratar-se de verdadeiro efeito vinculante e não de extensão da coisa julgada como no KapMuG. A reforçar expressa o art. 985²⁸⁸ referir que a tese jurídica será aplicada a todos os

processos que versem idêntica questão de direito e o art. 988, IV²⁸⁹, ao possibilitar reclamação caso não adotada a “tese”.

Observa-se que o texto anterior à Lei nº 13.256/2016, previa expressamente o inciso IV do art. 988 “garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamentos de casos repetitivos”. Com isso, surgia, no direito brasileiro, problema há muito enfrentado na *Common Law*, e até hoje não resolvido, de saber o que é vinculante em um precedente (ROSSONI, 2011, p. 29).

No que tange ao art. 985, II²⁹⁰ – em substituição ao projeto do Novo CPC apresentado pelo IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual) – a redação passa a prever expressamente o efeito vinculante ao julgamento da tese jurídica definida no procedimento de incidente de demandas repetitivas, suprimindo eventuais e futuras dúvidas sobre os efeitos.

A inclusão do art. 985, II, prevê a aplicação da tese a processos futuros e destina-se processos com idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional.

No que tange aos efeitos que produzirá o incidente de demandas repetitivas, evidente a semelhança com os arts. 332 (repercussão geral), 1.036 à 1.041 (recursos extraordinário e especial repetitivos) do Código de Processo Civil em vigor. Em comentários a esses artigos, Medina explica que o efeito produzido será expansivo e não vinculante, e este dependerá de emissão de súmula vinculante por parte do Tribunal. Porém, em relação aos art. 1.039, parágrafo único, em caso de sobrestamento dos demais processos, negada a repercussão geral, “vê-se que a decisão do STF tem caráter absolutamente vinculante quanto à inadmissibilidade do recurso em razão da ausência de repercussão geral” (MEDINA, 2012, p. 670).

Questionou-se se o incidente de demandas repetitivas seria a solução para unificar as sentenças individuais, por intermédio da sentença à *test claim*, preservando o princípio da razoável duração do processo. Responde-se ao questionamento: sim, poderia ser uma forma de resolver os litígios individuais de forma coletiva.

Porém, conforme afirmado no art. 985, haverá efeito *erga omnes* e vinculativo a todos os processos que versem idêntica questão de direito que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal. Portanto, percebe-se o mesmo infortúnio tratado por Rodrigues aos direitos individuais homogêneos.

Ademais, há de se convir que caracterizar efeito vinculante às decisões, inclusive com efeito futuro, é um risco hermenêutico filosófico, pois permitiria fatalmente a criação de regras pelo Poder Judiciário, o que, como exposto, é inconcebível à hermenêutica filosófica ontológica compreensiva, avessa à tese neopositivista-solipsista e discricionária.

À aplicação da súmula, Streck explica, em entrevista concedida ao Jornal Carta Forense:

[...] as súmulas não são um problema ou um 'mal em si'. Podem ser importantes para colocar o 'selo jurídico' em conquistas hermenêuticas. Também podem contribuir para a formação de uma cultura jurídica que respeite a integridade do direito. Portanto, o problema não está no fato de o sistema jurídico ter ou não mecanismos vinculatórios. Esta é a contradição secundária do problema. [...] Explico: pensa-se, cada vez mais, que, com a edição de uma súmula, o enunciado se autonomiza da faticidade que lhe deu origem. É como se, na própria *common law*, a *ratio decidendi* pudesse ser exclusivamente uma proposição de direito, abstraída da 'questão de fato' (v.g., por todos, Neil McCormick). Se isso é crível, então realmente a súmula e qualquer enunciado ou verbete (e como gostamos de verbetes, não?) será um problema. E dos grandes. E como respondo a isso? Com uma 'exigência hermenêutica' que se traduz na frase de Gadamer: só podemos 'compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido'. O autor, ainda explica que: "texto e norma não são 'colados', nem cindidos. A questão de direito, que surge do julgamento anterior (ou da cadeia de julgamentos), será sempre uma questão de fato e vice-versa. Por isso – e nisso reside o equívoco de setores da doutrina – é impossível transformar uma súmula em um 'texto universalizante'. Insisto: isso seria voltar à filosofia clássica-essencialista. É preciso entender que a 'aplicação' de uma súmula não pode ser feita a partir de

um procedimento dedutivo. Que as súmulas são textos, não há dúvida. Só que 'esse texto' não é uma proposição assertórica. Portanto, não pode ser aplicada de forma irrestrita e por 'mera subsunção' ou por 'dedução'. No paradigma filosófico em que nos encontramos, é equivocado falar ainda em subsunção, indução ou dedução" (2008) (informação verbal).

Portanto, percebe-se a preocupação, com o advento do NCPC a respeito das súmulas em tentativa de aproximar à aplicabilidade dos precedentes da *common law*. Porém, ensina Streck (2011 (a), p. 395):

[...] esquece-se de que súmula não é 'precedente'. Isso porque um precedente é um caso anteriormente apreciado e julgado por um juiz ou tribunal. Por ser *caso*, tem nome, sobrenome e individualidade. Efetivamente, as súmulas, sejam 'comuns' ou vinculantes, não podem ser consideradas precedentes *stricto sensu*, por várias razões. Talvez a principal delas seja o fato de o texto ser diferente da norma. Na verdade, não deveria haver uma confusão entre as funções de criar um texto e de concretizar uma norma.

Nesse sentido, a súmula, no sistema brasileiro, não é o problema em si mesmo, mas sim, sua forma de aplicabilidade, problema observado no contexto do incidente de demandas repetitivas, em face de uma decisão servir para todos os outros processos atuais e futuros. Cria-se uma regra sobre um direito com peculiaridades fáticas que são obscurecidas pela cristalização da tese que deve ser respeitada sem a devida preocupação com esses fatos e, principalmente, sem a devida preocupação com os fundamentos expostos no momento da decisão²⁹¹. Como afirmado por Streck, isso não ocorre no procedimento de precedentes da *common law* que teóricos brasileiros tanto querem copiar²⁹².

Assim, *mutatis, mutandis*, é *terrae brasilis*. O pan-principiologismo e a falta de uma teoria da decisão, aliados ao incentivo de ativismos dos mais variados,

forjou um sistema jurídico absolutamente fragmentário, em que os processos se multiplicam aos milhares (ou milhões). *Veja-se que, 'darwinianamente', o próprio 'sistema' fez uma 'correção de rumo' (ou seria uma adaptação?), criando as súmulas vinculantes e a repercussão geral. E parece que isso não serviu para diminuir as demandas. Ao contrário: do que se pode perceber, vivemos a era das 'efetividades quantitativas'. Estatísticas! Números! Vivemos preocupados com o rápido despacho de processos, mesmo que milhares deles sejam embargos declaratórios provocados pela pressa, para dizer o mínimo. Trata-se de um círculo vicioso, pois. A questão é: não estaria na hora de nos preocuparmos com efetividades qualitativas? [...] Desde já lanço a pergunta: como é possível que um Código de Processo Civil (também o de processo penal) admita que um juiz ou tribunal, agentes políticos do Estado, produzam decisões (sentenças e acórdãos) omissas, obscuras ou contraditórias? Ora, se a fundamentação é um dever fundamental do juiz e um direito igualmente fundamental do utente, de que modo se pode admitir que sejam lançadas/promulgadas sentenças com esses vícios? Só para registrar: a Corte Europeia dos Direitos Humanos declarou, de há muito, que a fundamentação, antes de um dever dos juízes e tribunais, é um direito fundamental do cidadão. Fundamentação frágil gera nulidade. Pois é. Lá não tem embargos (STRECK, 2012, p. 1) (sem grifo no original).*

Considerando com as objeções de Streck, há a preocupação “deturpada” com o princípio da razoável duração do processo e a tratativa do cidadão provocador da tutela jurisdicional como mero consumidor de serviços, denota a “reprodução decisional” inadequada à concretização dos fundamentos e garantias constitucionais. Essa preocupação com a razoável duração do processo fora demonstrada, inclusive, expressamente no art. 980 ao prever o prazo de um ano para ser julgado o incidente. Nesse sentido, alerta Nunes (2008, p. 118):

Tal perspectiva processual, aqui denominada “neoliberal”, permite a visualização do sistema processual tão-somente sob a ótica da produtividade (art. 93, inc. II, alínea c, CRFB/88 com a nova redação dada pela EC/45)

e associa a figura pública do cidadão-jurisdicionado à de mero espectador privado (consumidor) da “prestação jurisdicional”, como se o poder-dever estatal representasse, e fosse, um mero aparato empresarial que devesse fornecer soluções (produtos e serviços) do modo mais rápido, à medida que os insumos (pretensões dos cidadãos) fossem apresentados (propostos). O judiciário não é visto prioritariamente como uma entidade que desempenha uma função estatal, mas, sim, como um mero órgão prestador de serviços. Essa perspectiva reduz o papel do cidadão a de mero consumidor de produtos do Estado-privado-jurisdicção, e a interpretação dos princípios processuais constitucionais (que deveriam fornecer correção normativa ao sistema de aplicação de tutela, dentro de um espaço público) passa a ser feita em perspectiva formal, como se fossem utilizados tão-somente para que o processo obtenha máxima eficácia prática dentro de critérios quantitativos (e privatísticos) e não qualitativos.

Obter-se-á, portanto, a reprodução decisional e não a criação de decisões corretas, adequadas e íntegras ao Estado Democrático de Direito, fato tão rebatido por Dworkin. Em comentário sobre a “reprodução” de sentenças repetitivas, Nunes discorre que, “[...] para a aplicação minimamente adequada (se for possível) do novo preceito legal, o juiz deveria, na sentença repetida, realizar uma demonstração analítica dos elementos identificadores entre os casos [...]” (2008, p. 124).

Outra ideia defendida pelo autor no caso de repercussão geral, e que condiz perfeitamente com o procedimento de demandas repetitivas, seria a de que o Tribunal de origem as principais razões expostas pelas partes (um resumo dos pontos essenciais/argumentos centrais) para, então, enviá-las ao TJ ou TRF da respectiva região (NUNES, BAHIA, p. 83, 2008). Detalhe que poderia ser enquadrado no contexto do art. 979, §2º, que prevê que, “para possibilitar a identificação das causas abrangidas pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, *no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados*”.

Dessa forma, há que se ter em mente que a razoável duração do processo não significa que se deve desconsiderar a qualidade, ou seja, adequabilidade da decisão, tampouco continuar com interpretação dicotômica positivista-objetivista de outrora sem a real utilização de uma hermenêutica ontológica compreensiva voltada à normatização do caso concreto. O processo justo não é necessariamente o processo célere a qualquer custo, o processo não pode ser apenas quantitativo, mas, mais ainda, deve ser qualitativo.

[...] o que diz a doutrina sobre o projeto do novo CPC que, sob o pretexto de commonizar o processo, institucionaliza, de vez, o julgamento sem base concreta, passando o Judiciário a julgar teses ao invés de casos (o que, inclusive, fere toda a tradição da common law)?²⁹³ (STRECK, 2013(b), p.1) (sem grifo no original).

Fere a tradição da *common law*, pois, esta não desconsidera os fatos e fundamentos utilizados na criação do precedente, diferentemente do que ocorre no Brasil. Infelizmente, no processo civil, as súmulas viram regras, ou seja, há uma dissociação dos fatos e dos fundamentos inerentes àquela súmula proferida em relação àquele caso concreto, incorrendo na subsunção reprodutiva positivista de outrora. Streck explica a diferença entre o *stare decisis* e as súmulas, “[...] precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras; as súmulas, ao contrário são enunciados ‘gerais e abstratos’ – características presentes na lei – que são editados visando à ‘solução de casos futuros’” (2008).

Observação também realizado por Nunes, Bahia e Pedron ao afirmarem ser corrente o “uso de emendas e enunciados de súmula completamente dissociados do caso concreto que lhes deu fundamento, como se fossem normas gerais e abstratas que se desligariam, como a lei, de seus fundamentos originalistas [...] (2020, p. 686), confirmando, portanto, a diferença que se dá aos precedentes no *common law*²⁹⁴.

No que tange à correlação entre o *stare decisis* e a súmula vinculante, o prof. Medina também coaduna com a tentativa errônea de relacionar um à outra nesse sentido afirma:

A doutrina do *stare decisis* (ou, em sua fórmula mais extensa, ‘*stare decisis et non quieta movere*’) por outro lado, tem por pressuposto a existência de uma jurisprudência íntegra. [...] o Estado não respeita as decisões do Poder Judiciário, e nem os próprios órgãos do Poder Judiciário respeitam as decisões que proferem. De fato, parece não haver, entre nós, preocupação em se criar decisões das quais se poderá extrair um precedente (no sentido de orientação, e não de ‘uma decisão judicial’ qualquer) que deverá ser seguido pelo próprio tribunal ou pelos demais tribunais do País (ou *stare decisis* vertical e horizontal). À época, tratando da súmula vinculante, afirmei que, com essa figura, havia a preocupação de impor um dado entendimento ‘*sem se ocupar de convencer*’. A criação de mecanismos tendentes a forçar a observância de entendimentos sumulados, se não respaldada em uma prática jurisprudencial consistente, tende a fracassar (MEDINA, 2013, p. 02) (sem grifo no original).

Portanto, há esse liame jurisdicional que se dará no incidente de resolução de demandas repetitivas – o que já acontece com os arts. 332 (repercussão geral), 1.036 à 1.041 (recursos extraordinário e especial repetitivos) (arts. 285-A, 543 B e C incluídos no CPC/1973) – com as súmulas, por meio do enrijecimento decisional e sua reprodução subsuntiva alheia aos fundamentos, permitindo a propagação das já fadadas decisões imotivadas e mal fundamentadas num “sistema” de “copia e cola”. Sem as alterações propostas pelo NCPC, alguns juízes já criam entraves ao processo judicial e à hermenêutica filosófica compreensiva embasada no Estado Democrático Constitucional, ao deixar de motivar adequadamente a decisão proferida. Sobre isso, Streck recorda, diversas vezes, em seus escritos, ao criticar os Embargos Declaratórios, recurso inconcebível à hermenêutica filosófica, pois, é dever do juiz motivar e fundamentar de forma eficaz, trata-se de um direito fundamental constitucional²⁹⁵.

Essa “interpretação” – não hermenêutica – abstrata “espécie de neoconceptualismo que pode ser visto na proliferação de enunciados jurisprudenciais (e até doutrinários) e súmulas (vinculantes ou não). E todos querem incidentes de demandas repetitivas” (STRECK, 2013 (a), p. 01).

Sobre a preocupação exacerbada pelo tempo de processamento e redução dos litígios com uma única decisão, Nunes (2008, p. 125) observa:

É nítido o fato de que o legislador realiza a reforma buscando a redução do tempo processual, com menos atos processuais e a diminuição do trabalho do magistrado, especialmente em *casos idênticos* (identidade genérica, e não de especificidades), recorrentemente proposto perante o Poder Judiciário, envolvendo unicamente matéria jurídica. No entanto, se o juiz, ao repetir a sentença já proferida, sem contraditório, e analisando o mérito, declarar a improcedência sem realizar uma demonstração analítica da identidade, será possível e fácil para um advogado hábil demonstrar o descumprimento do devido processo legal, contraditório e ampla defesa caso não tenha acesso aos autos dos processos originários, dos quais provêm as sentenças anteriores, e elabore razões do recurso de apelação, no qual apontará o aludido descumprimento. Ou, caso possua acesso aos autos, poderá demonstrar que existem diversidades das ações, e, assim, será possível obter o provimento (acatamento) de seu recurso no Tribunal, com reenvio para o primeiro grau. Mesmo que o juiz, nesse caso, após a intimação do réu e a contestação, renove mais uma vez a sentença, será aberta nova oportunidade recursal (ou seja, duas apelações no mesmo procedimento), com aumento considerável do tempo processual (grifo no original).

Em comentário ao art. 938 (anteprojeto) (art. 985 em vigor), questionara Lobo: “Caberá recurso contra a decisão? Agravo interno?” (LOBO, 2010, p. 239), isso no tocante a decisão de mérito sobre a tese jurídica incidental. De acordo com o parágrafo único²⁹⁶ do art. 938 (projeto do Senado), caberá recurso ordinário ao STJ e recurso extraordinário ao STF da decisão proferida, assim

mantido com a aprovação na Câmara de Deputados, dispostos no §4º do art. 995. As partes elencadas nos incisos I e II do §3º, art. 988 poderão interpor recurso ordinário e extraordinário, inclusive, a figura do *amicus curiae* (§3º do art. 138) incluído no Título IV – das partes e procuradores na versão final aprovada pela Câmara de Deputados.

De outro lado, há que se argumentar sobre recurso em relação a admissibilidade da instauração do IRDR, nesse sentido, conforme acórdão proferido pela 3ª Turma do STJ, em 05/11/2019 – Relatora: Ministra Nancy Andrighi, não há que se falar em recurso ordinário ou extraordinário, tampouco em qualquer recurso:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – IRDR. ACÓRDÃO DE TRIBUNAL DE 2º GRAU QUE INADMITE A INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE. RECORRIBILIDADE AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. POSSIBILIDADE DE NOVO REQUERIMENTO DE INSTAURAÇÃO DO IRDR QUANDO SATISFEITO O REQUISITO AUSENTE POR OCASIÃO DO PRIMEIRO PEDIDO, SEM PRECLUSÃO. RECORRIBILIDADE AO STJ OU AO STF PREVISTA, ADEMAIS, SOMENTE PARA O ACÓRDÃO QUE JULGAR O MÉRITO DO INCIDENTE, MAS NÃO PARA O ACÓRDÃO QUE INADMITE O INCIDENTE. DE CAUSA DECIDIDA. REQUISITO CONSTITUCIONAL DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS. AUSÊNCIA. QUESTÃO LITIGIOSA DECIDIDA EM CARÁTER NÃO DEFINITIVO. 1- Os propósitos recursais consistem em definir: (i) preliminarmente, se é cabível recurso especial do acórdão que inadmite a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR; (ii) se porventura superada a preliminar, se a instauração do IRDR tem como pressuposto obrigatório a existência de um processo ou de um recurso no Tribunal. 2- Não é cabível recurso especial em face do acórdão que inadmite a instauração do IRDR por falta de interesse recursal do requerente, pois, apontada a ausência de determinado pressuposto, será possível a instauração de um novo IRDR após o preenchimento do requisito inicialmente faltante, sem que tenha ocorrido preclusão, conforme expressamente autoriza o art. 976, §3º, do CPC/15. 3- De outro lado, o

descabimento do recurso especial na hipótese decorre ainda do fato de que o novo CPC previu a recorribilidade excepcional ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal

Federal apenas contra o acórdão que resolver o mérito do Incidente, conforme se depreende do art. 987, caput, do CPC/15, mas não do acórdão que admite ou que inadmite a instauração do IRDR. 4- O acórdão que inadmite a instauração do IRDR não preenche o pressuposto constitucional da causa decidida apto a viabilizar o conhecimento de quaisquer recursos excepcionais, uma vez que ausente, na hipótese, o caráter de definitividade no exame da questão litigiosa, especialmente quando o próprio legislador previu expressamente a inexistência de preclusão e a possibilidade de o requerimento de instauração do IRDR ser novamente realizado quando satisfeitos os pressupostos inexistentes ao tempo do primeiro pedido. 5- Recurso especial não conhecido (Pub. DJe 22/11/2019).

Porém, em meio às discussões, houve uma inclusão acertada pela Comissão Especial, na Câmara dos Deputados e mantido no código em vigor, que pode mitigar o efeito “universalizante” da tese jurídica no incidente de resolução de demandas repetitivas: a possibilidade do interessado, ou seja, pessoa com processo de mesmo conflito de direito, requerer o prosseguimento do seu processo, demonstrando a distinção do seu caso, nos termos do art. 1.037 (§§8º a 13). O requerimento deve ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso. “Cabe agravo de instrumento da decisão do juiz que concede ou nega o pedido de prosseguimento do processo diante da distinção (art. 1.037, § 13, I, CPC); se a decisão for de relator, cabe agravo interno (art. 1.037, § 13, II, CPC)” (DIDIER JR.; CUNHA, 2016, p. 601). De acordo com o art. 1.037, § 9º:

Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:

§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso

especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.

Tal utilização é similar do critério *opt out* da *common law* que “consiste em permitir que cada indivíduo membro da classe, requeira em juízo sua *exclusão* da demanda coletiva, de modo a ser considerado terceiro, não sujeito à coisa julgada” (GRINOVER, 2010, p. 239); caso terceiro interessado não requeira sua exclusão, sofrerá os efeitos da coisa julgada independente se positivos ou negativos. Assim, os efeitos do incidente não afetarão o terceiro que tiver seu requerimento atendido pelo tribunal. Esse critério é reforçado quando observado o expresso no §1º do art. 979: “*para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente*, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados” (sem grifo no original). Porém, de acordo com Grinover, esse critério, mesmo que utilizado em alguns países da *civil law* como Holanda e Portugal, é criticado em vários países “porque, afinal das contas, a coisa julgada atingirá (podendo prejudicá-los) pessoas que não participaram da demanda” (GRINOVER, 2010, p. 239), reafirmando o que Lobo já criticara sobre a desobediência ao princípio do contraditório. Há, portanto, uma tentativa de estabelecer os efeitos previstos no sistema da *common law* (americano) correspondente à *Class Action* da *Rule 23(b)(3)*:

Nessa modalidade de *class action*, os membros do grupo têm direito à notificação (*notice*) e à oportunidade de auto-exclusão (*opt out*) da ação coletiva. A coisa julgada, seja negativo ou positivo o resultado da ação, será *erga omnes*, mas ela não ficam sujeitos os membros do grupo que tiverem exercido o direito de auto-exclusão da demanda (*opt out*) (WATANABE, 2010, p. 305).

Ainda, de acordo com Watanabe “nos países que admitem o direito ao *opt out*, a sentença coletiva não será vinculante aos membros do grupo que tiverem exercido o direito de exclusão,

tendo eficácia vinculante somente em relação aos membros remanescentes” (2010, p. 306). Descaracterizar-se-ia, assim, o efeito *secundum eventum litis*, utilizado no sistema brasileiro, no plano das pretensões individuais, a coisa julgada desfavorável não impedia as ações individuais, a título pessoal, dos membros do grupo (GRINOVER, 2010, p. 241).

Admitido o incidente o relator ouvirá as partes e demais interessados (inclui-se aqui a figura do *amicus curiae*) que deverão apresentar, ou requerer no prazo comum de 15 dias a juntada de documentos (art. 982). Haverá necessidade de juntar documentos e de diligências se a tese for “eminente de direito”? (LOBO, 2010, p. 240). Portanto, se determinado sujeito de direito contiver documentos – não existentes no caso “piloto”, que reforcem a tese tanto do autor como do réu, auxiliando o futuro julgamento do processo -, deverá apresentá-los.

Isso reporta ao problemas da escolha do caso “piloto”. Um dos mais graves é justamente o critério para a escolha do *processo-piloto*. Ao contrário das ações coletivas, em que a legitimidade para defender determinada coletividade decorre de previsão legal (com presunção de capacidade para atuar) não há como verificar se o processo escolhido para representar a controvérsia é realmente o melhor, o que as teses têm corretamente desenvolvido. Ao contrário do sistema norte-americano, – em que há toda uma fase de *certificação* do autor que atua em favor da *classe* – na forma proposta não há mecanismos de controle no sentido de que o processo-piloto seja o que melhor representa o direito em discussão (ALMEIDA; GOMES JÚNIOR, 2011, p. 222).

Faz-se, também, um comparativo da escolha do caso “piloto” ao procedimento alemão, também adepto do registro. Nesse sentido, escreve Cabral (2007, p. 134):

Interessante notar que a admissibilidade do Procedimento-Modelo é analisada e decidida pelo juízo de origem. [...] Para tanto, exige a lei que o juízo de origem seja aquele em tenha sido formulado, cronologicamente, o primeiro requerimento de tratativa coletiva. Determina ainda, como requisito para o início do

procedimento coletivo, que, no período de 4 meses após a publicação no registro, tenham sido requeridos, neste ou em outros juízos, pelo menos outros 9 procedimentos-padrão paralelos, vale dizer, deve haver, no prazo fixado, 10 requerimentos do incidente-padrão que versem sobre o mesmo objeto, pretensões paralelas baseadas nos mesmos fundamentos (causas de pedir semelhantes). Se não for observado o número mínimo de requerimentos no prazo legal, deve o juízo rejeitar o requerimento e prosseguir no processo individual.

Intui-se que, na tentativa de resolver esta situação, o legislador tenha incluído o art. 983 para manifestação das partes – autor, réu, Ministério Público, Defensoria Pública, e demais interessados (sujeitos de direito) – para não correr o risco de julgar um caso “piloto” incompleto de informações e pareceres, em que o escolhido é o adequado e que realmente causará grave insegurança jurídica. Porém, da mesma forma, não soluciona por completo o problema do caso “piloto”.

Em relação à publicação, quando da instauração do incidente, ela será sucedida da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça (art. 979). Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro. O projeto aprovado pela Câmara de Deputados incluiu, ainda, o requisito de que o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados para possibilitar a identificação das causas abrangidas pela decisão do incidente.

A expressão “mais ampla e específica” divulgação e publicidade indica que esta seria por meio de mais de um veículo de comunicação, mas, ao final, restringe-se à inserção no *site* do CNJ. Haverá obrigatoriedade de veicular as informações em outros meios de comunicação, tais como televisão, rádio, jornal impresso de grande circulação? (LOBO, 2010, p. 237).

O novo Código de Processo Civil seria o instrumento legal formalmente competente para conferir ao CNJ atribuição/competência funcional para cadastrar/registrar processos? Ou seria necessário alterar a lei infraconstitucional, ou até mesmo a Constituição Federal, que criou o CNJ e previu sua competência? Além disso, não prevê prazo quando menciona a expressão vaga “imediatamente”. Deveria, portanto, haver um prazo, e publicado – instauração e julgamento²⁹⁷ – com os respectivos documentos anexos que lhe serviram de fundamento (LOBO, 2010, p. 237).

No que tange à publicação e informação do incidente, o substituto ao Projeto do Novo CPC, apresentado pelo IBPC, incluía um artigo importante acrescentar o Capítulo VIII-A – Do Incidente de Concentração de Demandas:

Art. 941-A. Sem prejuízo do disposto no Capítulo anterior, deparando-se com diversas ações individuais com o mesmo pedido ou causa de pedir, ou o mesmo fundamento jurídico, o juiz notificará o Ministério Público e a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados à ação coletiva para, querendo, ajuizá-la.²⁹⁸

Felizmente a sugestão não fora aceita visto que a leitura da parte final do artigo “*na medida do possível, outros legitimados à ação coletiva para, querendo, ajuizá-la*” denota desrespeito à isonomia processual, pois não haveria meios para notificar tantas partes.

Após análise e admissão do incidente, as partes, os interessados, o Ministério Público e a Defensoria Pública, visando à segurança jurídica, poderão requerer ao tribunal competente para reconhecer de eventual recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente; também é legitimado, independentemente dos limites da competência territorial, aquele que for parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão jurídica que deu causa (art.982, § 3º, CPC/2015).

Observa-se um erro grave nesse artigo, já que o STF somente poderá suspender os processos se a matéria envolver ofensa à Constituição e o STJ somente quando houver ofensa à lei infraconstitucional. Segundo Almeida e Gomes Júnior: “poderá ser deferida pela legislação ordinária competência não prevista na Constituição Federal?” (2011, p. 222).

Ainda sobre recursos, o art. 988 e parágrafos, que trata da Reclamação interposta pela parte interessada ou pelo Ministério Público, com intuito de garantir a observância da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas (inciso IV). A Reclamação dirigida ao Presidente do Tribunal, instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal sempre que possível. Qualquer parte poderá impugnar o pedido do reclamante, devendo o Ministério Público ter vistas ao processo, pelo prazo de cinco dias, caso não tenha sido ele a parte reclamante (art. 991, CPCP/2015).

Percebe-se a inclusão da figura do recurso de reclamação – já existente no ordenamento jurídico constitucional em seus arts. 102, inciso I, alínea “i”, e 105, inciso I, alínea “f” da Constituição Federal de 1988 – no projeto do NCPC, para que se cumpra o respeito às teses dos Tribunais Superiores. Ainda nesse sentido, expresso no Capítulo I, Livro III – Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais, em respeito à uniformização e estabilidade da jurisprudência, podendo ser modificado entendimento sedimentado do incidente de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos por meio incidental, (inc. III, art. 927).

Novamente observa-se o caráter vinculativo da decisão da tese do incidente pelo órgão do Tribunal; inclusive, prevê expressamente no inc. III do art. 332 do novo CPC a improcedência liminar do pedido da ação inicial que contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas, assim como o inc. IV, “c”, do art. 932 incumbindo ao relator negar provimento a recurso contrário ao entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas.

Ainda, obterão caráter vinculativo, em todo o território nacional, todas as ações individuais ou coletivas que versem sobre idêntica questão de direito.

Portanto, ainda há muitas dúvidas a serem respondidas sobre o novo incidente de demandas repetitivas inserido no projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

Concorda-se com a assertiva de Streck de que se trata de uma tentativa “boa”²⁹⁹ de resolução de conflitos massificados, voltados para os direitos homogêneos individuais não previstos no ordenamento jurídico, porém, há uma tentativa de “colonização” do direito e importação de procedimentos “extraterrestres” para o direito brasileiro. Tentar introduzir procedimentos incompatíveis com a tradição jurídica, sem procurar realizar alterações no que realmente necessita, é extremamente arriscado, ou seja, não adianta criar um procedimento legislativamente sem se preocupar com sua adequada aplicabilidade. Provou-se isso ao apresentar, nos contratos bancários, a decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível de Dourados (MS), que se utilizou do art. 285-A do CPC de 1973 (art. 332 do CPC vigente), julgando liminarmente a improcedência dos pedidos do autor em ação revisional de contrato bancário, impetrada contra o Banco do Brasil S/A, que previa cobrança de juros de 12% ao ano, capitalização mensal de juros e comissão de permanência. A referida sentença, foi anulada pelo TJMS e confirmada em sede de recurso pelo STJ, afirma que o juiz de primeira instância erroneamente aplicou o artigo 285-A à revisão de contrato bancário, incompatível ao intuito procedimental, primeiro por contrariar jurisprudência dominante do tribunal, “Segundo porque o caso não trata apenas de matéria de direito, mas de questão de fato que é a interpretação de cláusulas contratuais para verificar se há alguma ilegalidade ou abusividade”³⁰⁰ (REsp 1109398/MS).

Se houve despreparo do juiz e má interpretação do art. 285-A, pergunta-se: O que acontecerá quando da interpretação dos artigos do incidente de demandas repetitivas, que já causam dúvidas, conforme apresentando anteriormente? Porque aprovar os

artigos sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no NCPC se, em comparação com Projeto de Lei nº 5.139/2009, este é melhor retratado e completo? Mesmo com os acréscimos oportunos feitos pela Comissão Especial da Câmara de Deputados preocupante é a sua aplicabilidade.

Outros fatores são importantes para a *adequada aplicabilidade do procedimento de incidente de resolução de demandas repetitivas*, como as partes envolvidas e a estrutura procedimental. Dessa forma, não se deve apenas alterar a legislação, mas exigir que todos os envolvidos no processo corroborem para um procedimento eficaz. Essa observação é feita por renomados doutrinadores – como Marcato em entrevista concedida à Ghirello (2011) – que defendem um “processo mais célere e adequado sem prejuízo de direito”:

[...] o processo tem um tempo de maturação e demora previsto legalmente com espaço para as alegações da defesa e o contato com as partes. Mas, a lentidão atual não é a do processo normal, mas a do período em que a ação fica parada. ‘A demora patológica é quando o processo fica paralisado sem nenhum ato nas prateleiras dos tribunais aguardando momento de julgamento. Isso aponta para deficiências na estrutura do Judiciário, que não são resolvidas com uma mudança na lei, mas com melhores condições para Justiça trabalhar’ (informação verbal).

Questiona-se: o incidente de resolução de demandas repetitivas é possível? Em sede de “*commonlizar*” o processo julgando teses (*test claim*) movidos pela preocupação com a celeridade processual (jurisdição meramente quantitativa), não se estaria contrariando preceitos constitucionais fundamentais? *Pode ser transferida ao Poder Judiciário toda a esperança de solução de conflitos*, mesmo sabendo que existem órgãos públicos administrativos criados especificamente para fiscalizar e solucionar conflitos da massa, como o próprio PROCON? Essa realidade é tão notória que, segundo o jornal Folha de São Paulo, de 19 de agosto de 2013, “as ações sobre direitos do consumidor entopem o STF”, que, de

acordo com pesquisa realizada pela FGV, “desde que a reforma do Poder Judiciário entrou em vigor, em meados dos anos 2000, as ações dessa natureza protocoladas na corte aumentaram quase 300%” (FERRAZ, 2013). Porém, não se deve dar atenção apenas a números, para não incorreremos na análise meramente quantitativa do sistema processual brasileiro, mas, aos entraves dos meios existentes e “falíveis” que deveriam dar respaldo jurídico antes das partes acessarem o Poder Judiciário. Tal observação não pretende embustear o cidadão negando-lhe acesso à justiça, mas, lhe dando acesso à justiça sem necessariamente provocar o judiciário. Assim aferem Theodoro Jr.; Nunes e Bahia (2010, p. 25-27):

Fala-se muito na necessidade de garantia da igualdade, isto é, que se deve buscar o estabelecimento de uniformidade nas decisões porque, o fato de haver divergência sobre um mesmo ‘tema’ viola a garantia constitucional de tratamento isonômico. [...] Assim, preserva-se a igualdade quando, diante de situações idênticas, há decisões idênticas. Entretanto, viola-se o mesmo princípio quando em hipóteses ‘semelhantes’, aplica-se, sem mais, uma ‘tese’ anteriormente definida (sem considerações quanto às questões próprias do caso a ser decidido e o paradigma): aí há também violação à igualdade, nesse segundo sentido, como direito constitucional à diferença e à singularidade. Nesses termos a temática se torna mais complexa, uma vez que não é mais possível simplificar a questão almejando tão só resolver o problema da eficiência quantitativa, tendo como pressuposto uma interpretação desatualizada do que representa a atual concepção de igualdade; até porque isonomia e diferença seriam cooriginários na formação da igualdade.

Evidentemente, em termos de isonomia no acesso a justiça, o procedimento de resolução de demandas repetitivas será de grande valia para mitigar as loterias das decisões do poder judiciário, inclusive pela previsão de preferência pelo julgamento do incidente em detrimento dos demais feitos. Segundo Dantas “O incidente é uma boa alternativa ao processo coletivo, que ainda não funciona

bem no Brasil, e prestigia os princípios constitucionais da segurança jurídica e da isonomia”³⁰¹. Também concorda com essa ideia Medina “Esse projeto tem como uma de suas mais importantes características a de estar alinhado com garantias constitucionais. O incidente de demandas repetitivas, *se bem aplicado*, realizará em plenitude o princípio da isonomia”³⁰².

Assim, novamente concorda-se com Streck. É necessário “*commonlizar*” o processo civil como também fundamentar adequadamente uma decisão inerente à hermenêutica ontológica compreensiva – em respeito ao Estado Democrático de Direito – do jurista? Ou seja, o incidente é “bom”, mas não seria necessário e, talvez, poderá não ser corretamente utilizado enquanto o vício hermenêutico persistir. Diga-se: interpretação positivista discricionária, solipsista quando “cada um decide conforme sua consciência”, sedimentam-se súmulas e utiliza-se delas para decidir “teses” e não casos. Como afirmou Medina, cumprirá o princípio da isonomia “*se bem aplicado*”. Portanto, se o estudo da hermenêutica ontológica compreensiva fosse cumprido, independeria constar expressamente no Código de Processo Civil, assim como se pretende fazer com a inclusão do art. 489 no novo CPC, ao constar os elementos essenciais da sentença³⁰³, algo que, pelo “déficit” hermenêutico hodierno, até seria justificável.

Em outras palavras, o que se quer dizer é que sem o trabalho participativo de todos os órgãos de classe e instituições (OAB, AMB, CNJ, CNMP etc.) e todos os envolvidos, inclusive engajando-se e preparando-se tecnicamente para o exercício de seus respectivos múnus, não existirá possibilidade de alteração pragmática (NUNES; BAHIA, 2008, p. 86).

É descabido, portanto, prever expressamente algo que é essencial ao Estado Democrático de Direito: uma sentença adequada e íntegra, moldada à correta e concreta hermenêutica (ontológica compreensiva). Assim, o incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil será oportuno, caso seja inserido num *sistema preparado* para aplicá-lo

de forma a corresponder às expectativas. Diga-se, então, não às expectativas políticas e/ou quantitativas, mas sim à eficaz concessão da tutela jurisdicional adequada e íntegra ao cidadão brasileiro, detentor de direitos e garantias fundamentais pela Constituição da República Federativa do Brasil.

CONCLUSÃO

A massificação contratual, standartização das relações interpessoais, aumentou consideravelmente a interposição de demandas de caráter individual homogêneo no judiciário. Pela falta de um procedimento específico a essas demandas e, na em decorrência do novo paradigma processual de fazer cumprir o princípio da razoável duração do processo, o legislador acrescentou ao atual CPC o procedimento de incidente de resolução de demandas repetitivas.

De início, concorda-se com a importância de criar um procedimento para as demandas de interesses individuais homogêneos, não atingidas pelos processos coletivos já existentes, que sobrecarregam o judiciário brasileiro, melhorando o acesso à justiça, efetividade do processo, decisão em prazo razoável – justa e adequada, otimização dos processos. Porém, o procedimento intentado pelo legislador, nos artigos de incidente de demandas repetitivas no Novo Código de Processo Civil, ao invés de soluções traz dúvidas.

O que torna arriscado o procedimento é a forma como se tentou adequar legislações estrangeiras sem extrair o que há de melhor delas e copiando algumas que são consideradas problemas – como o caso do efeito ser considerado vinculante.

Conclui-se, inclusive, que poderá ser aprovada uma norma inconstitucional ao que se refere à imputação de competência ao STF e ao STJ, que compete apenas à Constituição Federal. Além do mais, há que se observar a tentativa de limitar ao STF e ao STJ

o grande número de processos de interesses individuais homogêneos. Estar-se-ia tentando tornar o Superior Tribunal uma Corte Suprema sem a adequada estruturação.

Percebe-se que a intenção do legislador é interessante, todavia, para resolver um problema não se deve criar outros.

O procedimento de solução de demandas repetitivas pode realmente ser útil em momento histórico de avalanches de processos consumeristas. Entretanto, necessária a *correta aplicação* do procedimento por um sistema judiciário que possui outros problemas estruturais, técnicos e de conhecimento, que, se não resolvidos criar-se-á um “elevante branco” bom, inútil, e mal utilizado. A prova disso é a própria Constituição Federal que, mesmo detentora de direitos e garantias fundamentais ao brasileiro, do ser humano, não é aplicada, concretizada adequadamente pelo sistema judiciário ou governamental.

Assim, precisa-se também criar políticas públicas para o sistema judiciário para que ele possa funcionar de forma a concretizar os direitos fundamentais e levar a efeito as promessas incumpridas pelo Estado, inclusive, por uma adequada solução de demandas advindas de contratos standartizados. A resolução de demandas repetitivas, o novo paradigma contratual no âmbito de exemplos como os contratos bancários e de planos de saúde serão bem aplicados se associados à hermenêutica filosófica ontológica compreensiva que preserva a tradição do Estado Democrático brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Almeida de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Um Novo Código de Processo Civil para o Brasil**. Análise teórica e prática da proposta apresentada no Senado Federal. 3 t. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 17

jan. 1973. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impresao.htm>.
Acesso em: 05 dez. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Emendas Constitucionais. Brasília: Senado, 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia 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 (...). **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 09 nov. 2017.

CABRAL, A.P. **O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão**: uma alternativa às ações coletivas. São Paulo: Repro, n.147, a.32, p. 123-146, mai.2007.

DANTAS, Bruno. **Lei de Recursos Repetitivos Pode se Tronar Obsoleta**. Entrevistado por Eurico Batista. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-mai-02/entrevista-bruno-dantas-integrantes-comissao-cpc>, Acesso em: 20 jul. 2011.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. v.3. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, C.R. **Instituições de direito processual civil I**. 3 ed. ver., atual. e com. remissões ao código civil de 2002, Malheiros Editores: São Paulo, 2003.

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1631846 / DF. 3ª Turma. Rel. Nancy Andrighi. **Diário de Justiça**, 22 nov. 2019. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%28%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.MIN.%29+E+%28%22TERCEIRA+TURMA%22%29.ORG.%29+E+%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.MIN.%29+E+%28%22TERCEIRA+TURMA%22%29.ORG.&processo=1631846&data=%40DTDE+%3E%3D+20191010+E+%40DTDE+%3C%3D+20191209&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 04 mai. 2020.

FERRAZ, T. S. Jr. **A ciência do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980.

GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Código Modelo de Processos Coletivos. Um diálogo iberoamericano. Comentários artigo por artigo**. Comentário: Teori Albino Zavaski (p. 231-239), México: Porrúa, 2008.

GHIRELLO, M. **Novo CPC precisa de mais debates, dizem entidades**. Publicado em: 12.04.2011. Disponível em: <<http://conjur.com.br>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

GRINOVER, A.P. **Código Modelo de Processos Coletivos Para Ibero-América, exposição de motivos**. Publicado em 2010. Disponível em: <http://www.uj.com.br>, Acesso em: 20 jul. 2011.

HAIDAR, R. **Norma permite decidir milhares de ações de uma só vez**. Publicado em: 17 de jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-17/cpc-permite-decidir-milhares-acoes-julgamento-unico>>. Acessado em: 17 de jul. de 2013.

LOBO, A.M. **Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: Repro, n.185, a.35, jul.2010.

MEDINA, J. M.G. **CPC Código de Processo Civil Comentado**. Com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **O que precisamos e de uma jurisprudência íntegra**. Publicado em 12 de ago. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-ago-12/processo-precisamos-jurisprudencia-integra>>. Acesso em: 10 de set. 2013.

MENDES, A.G.C. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil – v. 4. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, D.J.C. **Comparticipação e policentrismo**. Horizontes para a democratização processual civil. 2008. 217f. Tese (Doutorado) em Direito Processual. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo: comentários sobre a virada tecnológica no direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2020.

_____.; BAHIA, A.G.M.F. **Por um novo paradigma processual**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, ano 26, p. 79-98, jan.jun./2008.

RAATZ, I. **Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira?** *Temas Atuais de Processo Civil*. v.2 n.5 maio de 2012. Disponível em: <www.temasatuaisdeprocessocivil.com.br>.

RODRIGUES, R.Z. **Ações Repetitivas**. casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSSONI, I.B. **O “incidente de resolução de demanda repetitivas” e a introdução do group litigation no direito brasileiro: avanço ou retrocesso?**. Disponível em: <http://usp-br.academia.edu/IgorRossoni/Papers/217685>. Acesso em: 20 jul. 2011.

SOSA, A.L. **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. La cosa juzgada em los procesos colectivos. São Paulo: DPJ, 2005, p.453-469.

STRECK, L. L. **Verdade e Consenso**. Constituição hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011(a).

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011(b).

_____. **A metafísica jurídica, o mineirinho e o caso concreto.** Publicado em: 20 de jun.2013(a). Coluna Senso Incomum. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 20 de jun.2013.

_____. **Direito Sumular.** Publicado em 01 de dez. 2008. Jornal Carta Forense. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br>>. Acesso em: 19 de jun.2013.

_____. **Azdak, Humpty Dumpty e os Embargos Declaratórios.** Publicado em: 29 de mar.2012. Coluna Senso Incomum. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 20 de jun.2013.

_____. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Publicado em: 13 de jun.2013(b). Coluna Senso Incomum. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 13 de jun.2013.

_____. **Ativismo judicial não é bom para a democracia.** Publicado em: 15 de mar.2009. Consultor Jurídico. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 20 de jun.2013. Entrevista concedida à Aline Pinheiro.

_____. **Juiz não é gestor nem gerente. Ele deve julgar. E bem!** Publicado em: 08.08.2013. Coluna Senso Incomum. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 08 de ago. 2013.

Substitutivo Apresentado por Diretores do Instituto Brasileiro de Direito Processual ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010. PL nº 8.046/2010 na Câmara dos Deputados, Código de Processo Civil. Disponível em: www.nupej.uff.br/sites/default/files/Anteprojecto.pdf, Acesso em 19 set.2011.

THEODORO JÚNIOR, H.; NUNES, D.; BAHIA, A. **Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário.** São Paulo: Repro, n.177, a.34, jul.2019.

WAMBIER, L.R. **O contraditório e o projeto do novo CPC.** Publicado em: 29.07.2013. Disponível em:

<<http://atualidadesdodireito.com.br>>. Acesso em: 29 de jul. 2013.

WATANABE, K. **III. XI World Congress of Procedural Law.**
In: GRINOVER, A.P; MULLENIX, L. *Os Processos Coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado.* XIII Congresso Mundial de Direito Processual Civil Salvador-Bahia, 16 a 22 de setembro de 2007. Tema n. 5 – Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAVASKI, T.A. **Processo Coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 5 ed. rev. e atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

[274] Bolsista Capes PNPd junto ao Programa de Mestrado em Processo e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR. Advogada. Doutora em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Especialista em Direito Constitucional pela UNIPAR *campus* de Francisco Beltrão-PR.

[275] Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC (1993); Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL (1984).

[276] “É preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais). Direitos coletivos são direitos subjetivamente *transindividuais* (= sem titular individualmente determinado) e materialmente *indivisíveis*. Os direitos coletivos comportam sua aceção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é sua titularidade, e daí a sua transindividualidade” (ZAVASCKI, 2011, p. 34).

[277] Ainda, segundo Zavascki: [...] los *derechos individuales homogéneos* son, simplemente, derechos subjetivos individuales (= con titular determinado) y, por tanto, materialmente *divisibles* (= pueden ser lesionados o satisfechos tanto con relación a todo el grupo de manera universal, como relativamente a cada miembro del grupo aisladamente). Las consecuencias en el plano procesal son muy significativas. Así, por estar conformados por unidades materialmente autónomas y con titulares individuales, permitiendo que su satisfacción o su lesión puedan ocurrir en forma universal y conforme o en forma individual y diferenciada, los derechos homogéneos permiten, en el plano procesal, que su tutela se realice mediante dos modos distintos: (a) por la vía usual de tutela de los derechos subjetivos individuales, por iniciativa del propio titular, en régimen de legitimación ordinaria y mediante procedimiento individual; y (b), alternativamente, por la vía de la acción colectiva, en régimen de substitución procesal y mediante procedimiento especial con características peculiares [...] (2008, p.232).

[278] Segundo projeto nº 166 do Senado: “Art. 930. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes”.

[279] Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – lei instituidora do procedimento-modelo para o mercado de capitais no direito alemão.

[280] Comparativo ao texto abordado por Nunes e Bahia em “*Por um novo paradigma processual*” em 2008, ao falarem da repercussão geral.

[281] Assevera Streck (2010, p. 96): No plano da dogmática jurídica, os fenômenos sociais que chegam ao Judiciário passam a ser analisados como meras abstrações jurídicas, e as pessoas, protagonistas do processo, são transformadas em autor e réu, [...] isso significa dizer que os conflitos sociais não entram nos fóruns e nos tribunais graças às barreiras criadas pelo discurso (censor) produzido pela dogmática jurídica dominante. Pode-se afirmar, desse modo, que ocorre uma espécie de “coisificação” (objetificação) das relações jurídicas.

[282] Essa divisão é importante, tanto é assim, que: “[...] Os professores dizem em sala de aula que não dá mais para cindir fato e Direito (ou questão de fato e questão de Direito). Muitos chegam a referir a notável tese de Castanheira Neves sobre o assunto [...] Mas, se isso é assim, por que as petições e sentenças falam em ‘dos fatos’ e, depois, ‘do direito’? Já notaram isso? Por que será? Não seria um problema de índole (a)paradigmática? Ou é somente um habitus (homenageio Bourdieu)?” (STRECK, 2013(a), p. 01).

[283] “O incidente pode ser instaurado quando houver decisões conflitantes sobre mesma questão de fato”.

[284] De acordo com esse dispositivo, *Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que seja esta previamente ouvida*. É a garantia da audiência prévia, diante de qualquer movimento capaz de resultar em decisão que contrarie os interesses da parte (WAMBIER, 2013, p. 2).

[285] O art. 10, de sua vez, inova, assimilando aquilo que parte da doutrina e setores da jurisprudência preconizam já há algum tempo. Prevê essa regra que nenhum órgão jurisdicional poderá decidir com base em fundamento de que não se tenha dado às partes conhecimento (direito à informação) e oportunidade de manifestação, mesmo que de matéria de ordem pública se trate (WAMBIER, 2013, p. 2).

[286] No projeto apresentado pelo Senado não mencionava a suspensão de processos individuais e coletivos, apenas consta no art. 934 que em primeiro e segundo grau de jurisdição art. 934 NCPC).

[287] Art. 313. Suspende-se o processo:

[...]

IV- pela admissão de incidente de resolução de demandas repetitivas;

[...]

[288] Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; [...]

[289] Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

[...]

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

[290] Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

[...]

II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

[291] Em artigo publicado na Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil, Raatz (2012, p. 1) afirma: É paradoxal que a *doutrina dos precedentes à brasileira* vise, justamente, a combater os reflexos do subjetivismo do qual ela mesma é caudatária. Mais paradoxal ainda é pretender fazê-lo com boas doses de objetivismo relativamente à interpretação de tais precedentes. Por um lado, o sistema de precedentes obrigatórios não leva em conta os fundamentos da decisão como qualificadores do seu grau de vinculação para as decisões futuras: basta que a decisão tenha sido tomada pelo Superior Tribunal de Justiça em respeito a algum procedimento capaz de conferir-lhe tal força, como, por exemplo, aquele previsto no artigo 543-C, do CPC.

[292] Segundo Streck (2011 (b), p. 390): [...] as súmulas (brasileiras) [...] do modo como são compreendidas pela dogmática jurídica – encarnam uma instância controladora de sentidos, metafisicamente, isto é, através delas, *acredita-se que é possível lidar com conceitos sem as coisas* (enfim, sem as multiplicidades e as peculiaridades dos casos concretos).

[293] O prof. Lênio L. Streck, no XXII Encontro Nacional – CONPEDI, realizado em Curitiba, foi perguntado sobre o incidente de demandas repetitivas elencadas no projeto do NCCP. Ele atenciosamente respondeu-me que a ideia em si não é o problema, assim como as súmulas (informação verbal). Afirmou o mesmo em relação ao que já escrevera sobre as súmulas em seu livro *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: “o problema é que as súmulas (brasileiras) têm uma pretensão de universalização que é incompatível com um direito que deve ser construído a partir da discussão de casos concretos” (2011 (a), p. 390), ou seja, as súmulas virariam regras dissociadas dos fatos e fundamentos que as criaram, incorrendo no discricionarismo positivista (informação verbal).

[294] Os autores ainda pontuam: “Vivemos um movimento invertido dos países do *common law*. Se lá se buscam cada vez mais técnicas para flexibilizar a alta estabilidade do uso dos precedentes (*stare decisis*), nós, do *civil law*, especialmente no Brasil, procuramos cada vez mais pensar em premissas para estabilizar nossa jurisprudência, diante de sua completa instabilidade e da falta de uma teoria dos precedentes adequada às nossas peculiaridades” (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 684-685). Contudo, estar-se-ia aplicando erroneamente, já que no *common law* “para que um precedente seja aplicado há que se fazer exaustiva análise comparativa **entre os casos** (presente e passado, isto é, o precedente), para se saber se, em havendo similitude, em que medida a solução do anterior poderá servir ao atual” (NUNES, BAHIA, PEDRON, 2020, p. 687), o que não coaduna com o incidente de demandas repetitivas baseado apenas na análise de *questões unicamente de direito*.

[295] Segundo Nunes: “Percebe-se em nosso país que a degeneração da busca desenfreada de rapidez procedimental fora fruto do próprio modelo estatal imposto a partir da década de noventa. Essa tendência gerou um discurso processual peculiar, no qual a aludida rapidez permitiu a defesa sub-repitícia de supressão de direitos fundamentais, mediante sua leitura formal, além da criação de um ideal de julgamento de ações em larga escala, massificante, eficientes, de modo a atender às tendências do mercado e à defesa da propriedade [...]” (2008, p. 110-111).

[296] Art. 938. *Parágrafo único*. “Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela corte especial do Superior Tribunal de Justiça, que, respectivamente, terão competência para decidir recurso extraordinário ou especial originário do incidente, *a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional*” (sem grifo no original).

[297] Em relação ao julgamento do incidente o art. 939 indica o prazo máximo de 6 (seis) meses, porém não menciona a partir de quando será contado este prazo.

[298] Substitutivo apresentado pelos diretores do Instituto Brasileiro de Direito Processual ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010. Op.cit.

[299] (informação verbal).

[300] Ver: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102430>.

[301] HAIDAR, 2013 (Informação verbal).

[302] idem.

[303] Em artigo publicado em 19 de agosto de 2013, na Revista do Consultor Jurídico, em sua coluna Medina defende a expressa previsão dos fundamentos da sentença em face da própria Constituição Federal “não define ou esmiúça o dever de motivação das decisões judiciais, que fica a cargo do labor desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência”, mesmo, tendo a exigência do art. 93, inc. IX da CF. E considera justificável a previsão do art. 499 no NCPC em decorrência dos inúmeros julgados dos tribunais anulando decisões omissas sobre fundamentos que, se examinados, poderiam levar o julgamento a resultado diverso, ou, pior, fundamentado em princípios. E afirma: “[...] a jurisprudência vem nos **dando mostras** de que são necessárias medidas, **previstas na lei**, que estimulem a criação de um ambiente estável, com uma jurisprudência efetivamente íntegra”.

INOVAÇÕES E ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, E A MANUTENÇÃO DO SUBJETIVISMO DO TERMO “INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS” PARA A CONCESSÃO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Juliane Dziubate Krefta³⁰⁴

Aline Fatima Morelato³⁰⁵

Resumo: O presente trabalho é voltado à análise da Gratuidade da Justiça como um importante mecanismo de acesso à justiça. Pretende abordar as novidades sobre a Gratuidade da Justiça no atual Código de Processo Civil, recentemente alterado pela Lei nº. 13.105/2015, trazendo à tona importantes alterações que corrigiram a obsoleta Lei nº. 1.060/50. Objetiva fazer uma reflexão a respeito do requisito para a concessão do benefício da gratuidade da justiça, qual seja, a *insuficiência de recursos*, e o seu alto grau de subjetivismo, pontuando algumas questões positivas e negativas a ele relacionadas.

Palavras-Chaves: Acesso à justiça; Gratuidade; Alterações; Inovações; Insuficiência de recursos; Subjetivismo.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o desiderato de fazer uma reflexão acerca do instituto da Gratuidade da Justiça e as alterações promovidas pela Lei nº. 13.105/2015 no atual Código de Processo Civil, partindo da premissa de que é um importante instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, notadamente o direito ao acesso à justiça.

O regramento sobre a Gratuidade da Justiça sofreu mudanças significativas no Código de Processo Civil, corrigindo várias distorções e lacunas da decrépita Lei nº. 1.060/50, que tratava sobre o assunto, e que há tempos estava sendo plasmada pela jurisprudência.

A correção terminológica (*gratuidade da justiça*), a expressa previsão de que a pessoa jurídica também pode figurar como beneficiária, a extensão da benesse às custas e aos emolumentos dos notários e registradores, são algumas das várias alterações a respeito do instituto preconizadas no Código de Processo Civil.

De outro lado, malgrado o Código de Processo Civil tenha inovado um pouco a nomenclatura do requisito para a concessão do benefício, passando a simplesmente exigir a alegação da *insuficiência de recursos*, manteve a sua natureza subjetiva, não revelando qualquer critério objetivo para elucidá-lo.

Sobre esse aspecto, o presente trabalho engendra um debate para saber se o legislador caminhou ou não bem, expondo os pontos positivos e negativos quanto ao indeterminismo do pressuposto *insuficiência de recursos* e refletindo a respeito de suas consequências no mundo jurídico – principalmente a reação da jurisprudência – e também na sociedade.

1. O Acesso à Justiça, os Direitos Fundamentais e a Gratuidade de Justiça – preliminar e indissociável compreensão

O direito à gratuidade da justiça é um direito fundamental do jurisdicionado (e não um simples benefício). A Constituição Federal em seu artigo 5º, LXXIV, prevê que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Ele tem o desiderato de evitar que a insuficiência de recursos financeiros represente um obstáculo insuperável ao acesso à justiça³⁰⁶.

A justiça deve estar ao alcance de todos³⁰⁷, ricos e pobres, competindo ao Estado – na sua atuação positiva –, como seu gestor³⁰⁸, garantir que a pessoa de poucos recursos financeiros

tenha condições de acionar o Poder Judiciário da mesma forma que o afortunado.

Como afirma Boaventura de Souza Santos, “o tema do acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica” (2003, p.167).

Para Cappelletti e Garth uma das finalidades do termo acesso à justiça é determinar que o sistema jurídico fosse igualmente acessível a todos e reafirmam a importância de sua efetividade:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido, como sendo de importância capital entre os novos individuais sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentidos na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – *o mais básico dos direitos humanos* – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos (2002, p. 4).

Os referidos autores identificam vários óbices ao acesso à justiça – entre elas as desigualdades socioeconômicas – e, sequencialmente, propõem soluções práticas ao problema, emergindo como primeira a assistência judiciária, ao que eles denominaram de “*primeira onda*” (CAPPELLETI; GARTH, 2002, p. 6-12).

Nesse viés a gratuidade da justiça – não tecendo, nesse primeiro momento, qualquer consideração acerca das distinções terminológicas – eclode com um importante mecanismo viabilizador do acesso à justiça e tem a precípua finalidade de dar efetividade a outros direitos fundamentais constitucionalmente previstos, como a igualdade (art. 5, *caput*, CF), a cidadania (art. 1º, inciso II, CF), e a própria dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF).

À medida que se busca a efetividade dos direitos fundamentais o direito processual passa a ter um importante papel nessa missão³⁰⁹, pois é ele quem indica qual é o (melhor) caminho para

se alcançar o direito material, sob essa perspectiva vê-se a necessidade de atualização da lei processual a fim de se adequar as exigências da sociedade moderna.

A única lei que regulamentava o benefício da justiça gratuita data de 1950, é uma lei não só defasada do ponto de vista material e processual, como também dotada de imperfeições técnicas e entraves à concessão do benefício. Era preciso simplificar e desmistificar para então, avançar – pelo menos um degrau – na universalização do acesso à justiça, e a Lei nº 13.105/2015, que alterou o Código de Processo Civil (CPC), o fez.

O autor Luiz Dellore (2015) ao tecer elogios ao legislador diz que “as inovações do CPC simplificam o procedimento, buscam evitar abuso dos requentes da gratuidade e, especialmente, pretendem obstar debates laterais e incidentes, para que se possa focar na discussão do mérito.”

2. O Código de Processo Civil em vigor e as inovações relativas à gratuidade de justiça

A atualmente (e corretamente) nominada *gratuidade da justiça* foi profundamente reformulada pelo Código de Processo Civil. As mudanças são muito significativas, o Código consolidou o assunto em seis dispositivos, do artigo 98 ao artigo 102, além do que revogou expressamente vários artigos da Lei nº 1.060/50 (arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17).

Considerando isso, o artigo pontuará as alterações legitimadas.

2.1. Terminologia

O Código corrigiu os equívocos praticados quanto à terminologia que redundavam em incompreensões acerca do tema. Não se pode confundir assistência judiciária gratuita, gratuidade da justiça (justiça gratuita) e assistência jurídica integral e gratuita.

A *assistência judiciária gratuita* consiste no patrocínio gratuito da causa, seja por advogado do Estado, entidades conveniadas com

o Estado, escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito ou mesmo advogados particulares nomeados como dativos. Já a *gratuidade da justiça* traduz-se na isenção para o adiantamento das custas do processo. Por sua vez, a *assistência jurídica integral e gratuita* engloba além da representação do hipossuficiente em juízo, a orientação jurídica dele em questões extrajudiciais (TARTUCE; DELLORE, 2014, p. 308 e 309).

Preconiza Rafael Alexandria de Oliveira:

É comum a confusão quanto aos conceitos de *benefício da justiça gratuita* (ou da gratuidade da justiça, ou ainda da gratuidade judiciária), de *assistência judiciária* e de *assistência jurídica*. Todos eles decorrem do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita de que trata o art. 5º, LXXIV, da CF/1988, mas não se confundem. Pontes de Miranda: (a) benefício da justiça gratuita é, como já dito, a dispensa do adiantamento de despesas processuais, para o qual se exige a tramitação de um processo judicial, o requerimento da parte interessada e o deferimento do juízo perante o qual o processo tramita; (b) assistência judiciária consiste no direito de a parte ser assistida gratuitamente por um profissional do Direito, normalmente membro da Defensoria Pública da União, do Estado ou do Distrito Federal, e que não depende do deferimento do juízo nem mesmo da existência de um processo judicial; (c) assistência jurídica é um conceito mais amplo, que abrange o benefício da justiça gratuita e a assistência judiciária, mas vai além deles, englobando todas as iniciativas do Estado (em sentido amplo) que têm por objetivo promover uma aproximação entre a sociedade e os serviços jurídicos – como, por exemplo, as campanhas de conscientização de direitos do consumidor promovidas por órgãos administrativos e os serviços jurídicos itinerantes prestados à população carente (2015, p. 355).

Semelhantemente, Augusto Tavares Rosa Marcacini desenvolve um conceito distinguindo os institutos da assistência judiciária, justiça gratuita e a assistência jurídica integral e gratuita:

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso

LXXIV, inclui entre os direitos e garantias individuais a assistência jurídica integral e gratuita. Utiliza a Lei Maior um terceiro conceito, que também não deve ser confundido como sinônimo de assistência judiciária ou justiça gratuita. Por justiça gratuita, deve ser entendida a gratuidade de todas as causas e despesas, judiciais ou não, relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo. O benefício da justiça gratuita compreende a isenção de toda e qualquer despesa necessária ao pleno exercício dos direitos e das faculdades processuais, sejam tais despesas judiciais ou não. Abrange, assim, não somente as custas relativas aos atos processuais a serem praticados como também todas as despesas decorrentes de efetiva participação na relação processual. A assistência judiciária envolve o patrocínio gratuito da causa por advogado. A assistência judiciária é, pois, um serviço público organizado, consistente na defesa em juízo do assistido, que deve ser oferecido pelo Estado, mas que pode ser desempenhado por entidades não-estatais, conveniadas ou não com o Poder Público [...] Por sua vez, a assistência jurídica engloba a assistência judiciária, sendo ainda mais ampla que esta, por envolver também serviços jurídicos não relacionados ao processo, tais como orientações individuais ou coletivas, o esclarecimento de dúvidas, e mesmo um programa de informação a toda a comunidade (2009, p 40-43).

O Código de Processo Civil ao usar o termo técnico *gratuidade da justiça*, acertadamente, corrigiu as distorções terminológicas, afastando qualquer possibilidade de confusão que se possa fazer com a *assistência judiciária gratuita* e a *assistência jurídica integral e gratuita*.

2.2. Beneficiários

De acordo com a legislação processual em vigor, podem ser beneficiários da justiça gratuita a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira.

A redação do Código de Processo Civil encerrou uma discussão histórica, pontuada jurisprudencialmente pelo STJ, e agora reconhecida legislativamente, ao prever (art. 98, *caput*) que a pessoa jurídica tem direito ao benefício da gratuidade da justiça.

Para que a pessoa jurídica seja beneficiada com a gratuidade da justiça não basta a mera declaração, devendo demonstrar que efetivamente necessita do benefício, independentemente de ter ou não finalidade lucrativa (MEDINA, 2015, p. 190).

Não obstante a utilização do termo “pessoa”, entende-se que o benefício pode ser gozado pelos entes despersonalizados, como por exemplo, o condomínio, a massa falida, etc. (OLIVEIRA, 2015, p. 357-358).

Além disso, o art. 98 estende o benefício da justiça gratuita aos estrangeiros, sejam eles residentes ou não no país, diferentemente do que traz o *caput* do art. 5º da CF/88 que em relação à generalidade dos direitos fundamentais engloba apenas os estrangeiros residentes no país (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 472).

2.3. Pressupostos

A letra do Código de Processo Civil alterou o aspecto objetivo para a concessão do benefício, passando a constar apenas a “*insuficiência de recursos financeiros*” para o adiantamento das custas, não mais se exige a situação de miserabilidade da parte requerente, como também se aboliu o uso da expressão “*a parte não pode arcar com as custas sem prejuízo do sustento próprio ou da família*”.

Para que se conceda o benefício, há uma presunção *iuris tantum* de veracidade da declaração feita pela parte pessoa natural, mas só com relação à pessoa natural, a pessoa jurídica deve comprovar a impossibilidade de adiantar as custas.

Apesar desta mudança de paradigma, a lei não dispôs de forma suficientemente clara o que significa “*insuficiência de recursos*” e quais seriam os seus parâmetros mínimos, deixando, mais uma vez, ao encargo do intérprete a função de aquilatar se o requerente faz jus ou não à benesse, o que certamente continuará acarretando distorções e insegurança jurídica.

O subjetivismo da expressão será mais bem aprofundado no tópico seguinte, mesmo porque a sua discussão constituiu um dos

pilares do presente artigo.

2.4. Abrangência

A Lei da Assistência Judiciária, previa em seu artigo 3º quais seriam as despesas processuais compreendidas pelo benefício da justiça gratuita, e nesse aspecto a norma era satisfatória, então o Código de Processo Civil manteve o que tinha na Lei nº. 1060/50 e avançou, como por exemplo, no tocante à previsão da remuneração do intérprete e do tradutor, bem como na realização de memória de cálculo pelo contador para fins de execução, entre outros.

O art. 98, §1º, do Código em vigência, tratou de exemplificativamente discriminar as despesas processuais que podem ser compreendidas pela gratuidade da justiça, algumas delas já previstas no art. 3º, da Lei nº. 1.060/50, agora expressamente revogado.

O beneficiário está dispensado de adiantar o pagamento de taxas ou custas judiciárias (*inciso I*). O CPC foi redundante ao prever taxas e custas, mormente porque tais despesas tem o mesmo significado, elas “designam o valor que se deve pagar ao Estado pela prestação do serviço judiciário. Têm natureza jurídica tributária, constituindo-se numa taxa [...] a concessão do benefício não constitui isenção tributária, visto que não dispensa o pagamento em si, mas sim o *adiantamento* da verba.” (OLIVEIRA, 2015, p. 359).

As despesas com postagens de qualquer natureza e com publicação na imprensa oficial também são abrangidas pelo benefício da justiça gratuita (*incisos II e III*).

O benefício engloba também, as indenizações de testemunhas (*inciso IV*), tanto os custos com a viagem para depor em juízo, quanto às relativas ao dia de trabalho ganho e não trabalhado, que deve ser paga ao empregador (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 472).

As despesas com realização do exame de DNA (*inciso V*) também são albergadas pelo benefício da gratuidade da justiça.

Aliás, o Código de Processo Civil inovou em relação à Lei da Assistência Judiciária Gratuita, incluindo neste inciso outros exames periciais considerados essenciais.

Os honorários do advogado e do perito, a remuneração do intérprete, tradutor e contador, e todos os terceiros que, de alguma forma, contribuem para o Poder Judiciário (*inciso VI e VII*) estão cobertos pela benesse da gratuidade.

Importante destacar, que o afastamento da responsabilidade pelo adiantamento das custas dos honorários advocatícios, não se refere aos honorários de sucumbência devidos pelo beneficiário ao advogado da parte contrária, nos termos do §2º do artigo 98, mas tão somente os honorários devidos ao seu próprio advogado, quando este é nomeado pelo juiz, ou seja, o defensor dativo (OLIVEIRA, 2015, p. 361).

O art. 95, §3º, do Código Processual Civil, normatiza a respeito do custeio da perícia (inclusive honorários) na hipótese de o responsável pelo pagamento de tal despesa ser beneficiário da justiça gratuita. Dispõe o parágrafo, que nessa hipótese a perícia será realizada, preferencialmente, por um servidor do Poder Judiciário ou por órgão conveniado e, subsidiariamente, por particular. Em ambos os casos os honorários serão custeados com recursos do orçamento do ente público respectivo – União e Estado ou Distrito Federal.

Ainda, possibilita a legislação processual civil, que a Fazenda Pública recobre o valor despendido a título de honorários periciais, daquele que for condenado ao pagamento de tais verbas (art. 95, §4º, CPC), no caso de ser a parte vencida beneficiária da gratuidade da justiça, o ente público deve observar as regras pertinentes à sucumbência e a exigibilidade sob condição suspensiva, previstas nos parágrafos §§2º e 3º do art. 98. Mas, em nenhuma hipótese transferir tal ônus a outra parte não beneficiária.

Também estão incluídos no conceito de gratuidade da justiça, os depósitos devidos para interposição de recurso, propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao

exercício da ampla defesa e do contraditório (*inciso VIII*), esse dispositivo acaba por servir como uma cláusula geral, incluindo todas aquelas despesas não arroladas nos incisos anteriores, e, que por estarem intrinsecamente relacionadas ao exercício do contraditório e da ampla, devem ser afastadas.

Por fim, e não menos importante, trouxe uma importante inovação, incluindo os emolumentos dos registradores e notários relativos a atos de averbação e registro decorrentes de processo judicial em que houve a concessão do benefício da gratuidade (*inciso IX*).

O Código de Processo Civil estendeu para o âmbito extrajudicial o benefício da gratuidade da justiça concedido judicialmente, garantindo-se, assim, a prestação jurisdicional em sua inteireza.

Outrossim, o § 8º do artigo 98 preconiza que se o tabelião ou registrador, no momento da realização do ato cartorial, tiver *dúvida fundada* quanto ao preenchimento dos pressupostos para a concessão da justiça gratuita – ou seja, insuficiência de recursos –, pode requerer ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrais (competência do juiz corregedor dos cartórios extrajudiciais) que revogue a gratuidade ou permita o parcelamento dos valores devido (DELLORE, 2015).

Esse parágrafo deu ensejo a algumas críticas, para Luiz Dellore o questionamento judicial acerca da capacidade financeira da parte para arcar com as despesas notariais e registrais:

[...] não parece ser uma atividade jurisdicional, mas administrativa, em analogia à 'suscitação de dúvida' hoje existente. Trata-se de uma esdrúxula inovação, que traz ainda mais temas para decisão do Poder Judiciário. Assim, além de todas as questões que o juiz deve decidir, terá ainda de apreciar se uma parte, de um processo já findo, ainda tem ou não dificuldades financeiras para fins de pagamento de taxas de cartório (2015).

Ainda no que tange a abrangência do benefício, impende destacar que as multas processuais de qualquer natureza – como,

por exemplo, as multas por litigância de má-fé e por ato atentatório a dignidade da justiça – não estão abarcadas pela gratuidade da justiça, pois elas são punições a comportamentos ilícitos. “E não poderia ser diferente: a gratuidade da justiça não pode servir como escudo para a procrastinação e a litigância de má-fé. Daí a razão pela qual o beneficiário da justiça gratuita deve ser executado normalmente em relação a eles.” (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 474).

2.5. Modulação do benefício

Outra importante novidade trazida pela Lei nº. 13.105/15, foi a possibilidade do juiz modular os efeitos do benefício, abrangendo apenas alguns dos custos do processo ou mesmo parcelar as despesas processuais (art. 98, §§5º e 6º, CPC).

Tal medida é interessante, ao passo que o postulante pode ter condições financeiras de arcar apenas com algumas despesas processuais, como por exemplo, as custas e taxas, todavia, não dispor de recursos para pagar os honorários periciais, por exemplo. Ainda, ao longo do processo pode sobrevir mudança na condição financeira da parte e ela passar por dificuldades para custear as despesas processuais, nesse ponto, o juiz poderá conceder-lhe os benefícios a partir de tal momento.

A possibilidade de parcelamento das despesas processuais sugere que o legislador quis dizer que a concessão da gratuidade da justiça é a última opção, sendo possível à parte arcar com as despesas de forma parcelada o juiz deve optar pelo seu seccionamento e não a sua dispensa (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 474).

2.6. Responsabilidade do beneficiário

A gratuidade da justiça, como já dito, é um instrumento do acesso à justiça daqueles que se declaram financeiramente desprovidos de condições de custear o processo. Isso significa que se o beneficiário for perdedor em uma demanda ele será igualmente responsável pelo pagamento do ônus inerente a sua

derrota, a diferença reside no fato de poder exigir ou não a sua cobrança.

Se o beneficiário for vencido ele terá responsabilidade pelas despesas processuais, ele deverá reembolsar os gastos realizados pela outra parte, será condenado às verbas sucumbenciais, ficando, todavia, sob condição suspensiva de exigibilidade, podendo ser cobradas pelo credor no prazo de 5 (cinco) anos, contados do trânsito em julgado da decisão que fixou a sucumbência, desde que demonstre a ocorrência um fato superveniente que alterou a condição financeira do beneficiário (MEDINA, 2015, p. 188-189).

Repisa-se, a gratuidade não isenta o seu beneficiário do pagamento das despesas processuais, tão somente as coloca sob condição suspensiva de exigibilidade.

2.7. Requerimento e impugnação

O benefício da gratuidade não pode ser concedido de ofício pelo juiz, devendo a parte interessada requerê-lo no primeiro momento em que ela ingressa no feito – petição inicial, contestação ou na peça de ingresso do terceiro interveniente – ou em um momento posterior – por meio de petição simples ou mesmo no bojo de outra manifestação –, inclusive, na m grau recursal (art. 99, *caput* e §1º, do CPC).

Nesse aspecto, não há um momento processual pré-estabelecido e único para o requerimento da gratuidade da justiça, todavia, o tempo do pedido é importante para delimitar quais são as despesas processuais que se dispensa o adiantamento, isto porque, a concessão do benefício tem efeito prospectivo não alcançando os atos processuais já praticados (OLIVEIRA, 2015, p. 371-372).

O requerimento não demanda maiores formalidades, devendo a parte apenas declarar a insuficiência de recursos, se pessoa natural; no caso de pessoa jurídica, deverá ainda comprovar a necessidade do benefício.

O juiz ao analisar o pedido de gratuidade formulado apenas o indeferirá se nos autos existiram elementos que demonstrem que o

postulante não preenche o pressuposto da *insuficiência de recursos*. Todavia, antes de indeferi-lo deve oportunizar a parte que comprove a alegada carência financeira para custear o processo (art. 99, §2º, CPC).

A oportunidade de ser ouvido antes do indeferimento do pedido de gratuidade da justiça, somente se aplica a pessoa natural, uma vez que em seu favor há presunção de veracidade da alegação de hipossuficiência, não necessitando juntar qual prova nesse sentido no momento da realização do pedido, diferentemente do que acontece com a pessoa jurídica, que ao postular o benefício já deve comprovar a sua necessidade (OLIVEIRA, 2015, p. 373).

Importante destacar que o Código de Processo Civil encerrando discussões, expressamente previu que a assistência do requerente por advogado particular, por si só, não constitui óbice para a concessão do benefício (art. 99, §4º).

Na hipótese de não concessão do pedido o requerente poderá interpor agravo de instrumento, nos termos do art. 101, *caput*, do CPC, salvo se a questão for solvida na sentença, hipótese em que caberá apelação. De outro lado, se concedido, poderá a parte contrária impugná-lo.

A impugnação à gratuidade da justiça sofreu importantes alterações com o Código de Processo Civil, a primeira delas é que ela não mais se processa em autos apartados, devendo ser formulada nos próprios autos. Sem maiores formalidades, a impugnação deve ser oferecida pela parte no primeiro momento posterior à concessão que lhe couber falar nos autos, ou seja, se o benefício for deferido por ocasião da petição inicial, deve o réu impugná-la já na contestação; se concedido ao réu por ocasião da contestação, deve o autor impugná-la na réplica; se deferido no momento da interposição do recurso, a impugnação deve ser oferecida nas contrarrazões recursais; e se o pedido for superveniente, deve a parte contrária impugná-lo no prazo de 15 (quinze) dias contados de sua concessão.

Há, todavia, algumas questões que não restaram suficientemente esclarecidas pelo Código de Processo Civil, no que concerne a impugnação à gratuidade da Justiça. Entre elas, o autor Luiz Dellore (2015), aponta o termo inicial do prazo para a impugnação, defendendo o autor que este deveria se dar a partir do momento que a parte contrária tomasse conhecimento da situação de não hipossuficiência da parte, sob pena de se limitar o instituto.

Outro ponto, diz respeito ao ônus da prova na impugnação, pois o legislador manteve-se silente nesse aspecto.

A doutrina se inclina a defender que o ônus de comprovar que o beneficiário não faz jus à gratuidade é do impugnante ante a existência de presunção relativa da necessidade, com a mera alegação de insuficiência de recursos (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 479).

2.8. Revogação do benefício

A revogação do benefício da gratuidade da justiça implica na obrigação da parte ex-beneficiária de recolher todas as despesas de deixou de adiantar, inclusive as despesas que foram eventualmente adiantadas pelo ente público (perícia, por exemplo) e as vindouras (art. 100, parágrafo único, do CPC), isso no caso de a parte não fazer jus ao benefício desde o momento em que a requereu (OLIVEIRA, 2015, p. 377).

No entanto, a revogação pode se dar pelo fato de ter cessado a situação de hipossuficiência econômica que ensejou o benefício, hipótese em que ela apenas terá que arcar com as despesas processuais a partir do momento que passou a dispor da boa condição financeira.

Ainda evidenciada a má-fé do ex-beneficiário, o Código de Processo Civil prevê a aplicação de multa de até o décuplo das despesas que tiver deixado de adiantar – nesse caso não basta a mera revogação do benefício.

Decidiu-se, antes da entrada em vigor do Código, que “deve ser cabalmente demonstrada a intenção da parte em induzir o Poder

Judiciário a erro, se aproveitando indevidamente do benefício” (MEDINA, 2015, p. 191).

Em linhas gerais, essas são algumas das alterações consubstanciadas pelo Código de Processo Civil em relação ao benefício da gratuidade da justiça, malgrado a lei processual não tenha esgotado o tema, esclareceu vários pontos que antes era debatido pela jurisprudência.

Além do mais, importante pontuar que o legislador reformador repensou o processo civil atento aos anseios da sociedade moderna e preocupado com a efetividade dos direitos constitucionais – acesso à justiça, por exemplo – prevendo expressamente no artigo 1º do CPC que “*o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil*”.

Ocorre, entretanto, que mesmo diante de significativas alterações, o legislador ainda não preencheu ou objetivou o pressuposto de concessão dos benefícios anteriormente citados, sendo remanescente o subjetivismo da análise do termo “insuficiência de recursos”, o que passará a ser refletido no presente artigo.

3. O SUBJETIVISMO DO PRESSUPOSTO: INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS

Conforme já visto, o Código de Processo Civil alterou o requisito para a concessão do benefício da gratuidade da justiça, bastando a declaração de *insuficiência de recursos* pela pessoa natural, e a sua comprovação no caso de pessoa jurídica.

Todavia, é inegável a carga de subjetividade que há no conceito de *insuficiência de recursos*, e como todo conceito jurídico vago traz certa insegurança jurídica, notadamente porque pode acarretar decisões extremamente díspares no cotidiano forense, uma vez que tal análise (o que é insuficiência de recursos?) fica a critério do entendimento de cada magistrado, além do que pode gerar inúmeros abusos por parte dos seus requerentes – ainda mais quando a mera alegação é bastante à concessão do benefício – que

diferentemente do que alegam gozam de boa saúde financeira para arcar com as despesas processuais (TARTUCE; DELLORE, 2015, p. 314-315).

Mesmo antes da alteração do CPC, ainda na Lei nº. 1.060/50, já discutia a doutrina e a jurisprudência acerca dos pressupostos para a concessão do benefício, ante a vagueza dos conceitos de *hipossuficiente, necessitado, carente de recursos financeiros para arcar com as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio e de sua família* e a falta de um critério objetivo mínimo para a concessão do benefício³¹⁰.

Nada obstante o progresso vivenciado com o Código de Processo Civil de 2015 no que tange a gratuidade da justiça, vê-se que no ponto concernente à triagem dos hipossuficientes de recursos, o legislador conservou um conceito jurídico indeterminado.

Segundo Frederico do Valle Abreu (2005) o conceito jurídico indeterminado é caracterizado pela “vaguidade semântica existente em certa norma com a finalidade de que ela, a norma, permaneça, ao ser aplicada, sempre atual e correspondente aos anseios da sociedade nos vários momentos históricos em que a lei é interpretada e aplicada”.

Assim, o conteúdo abstrato do pressuposto *insuficiência de recursos* tenha sido propositadamente pensado pelo legislador, por entender que o intérprete, na análise casuística, goza de melhores condições para valorá-lo, refletindo, pois, uma decisão mais justa.

O autor Augusto Tavares Rosa Marcacini defende que a insuficiência de recursos é um conceito indeterminado e não segue um padrão rigoroso, por isso, a melhor solução é a análise caso a caso:

O conceito de necessitado não é determinado mediante regras rígidas, matemáticas, não se utilizando limites numéricos determinados. Têm direito ao benefício aqueles que não podem arcar com os gastos necessários à participação no processo, na medida em que, contabilizados os seus ganhos e os seus gastos com o próprio sustento e da família, não lhe reste numerário

suficiente para tanto. O direito ao benefício decorre da indisponibilidade financeira do sujeito. Em face da notória insuficiência do salário mínimo vigente em nosso país, pode ser possível presumir que aquele que auferir até cinco salários mínimos, por exemplo, é quase que certamente merecedor de usufruir dos benefícios. Mas, como dissemos, não se deve utilizar números fechados como critério. Um chefe de uma família numerosa, que pague aluguel, e que tenha filhos em idade escolar, por exemplo, mesmo percebendo o equivalente a dez salários mínimos pode não ter condições de arcar com as despesas de um processo. De outro lado, um jovem que viva com os pais, os quais provêm o seu sustento, moradia e estudo, e que ganhe uns dois ou três salários mínimos que não são empregados em qualquer despesa essencial para sua manutenção, pode não ser considerado beneficiário (2009, p. 90-91).

Nesse espectro, o aplicador da norma jurídica é quem tem o poder-dever de materializar, no caso concreto, o conceito jurídico indeterminado do que é ser necessitado economicamente para arcar com as despesas processuais, dando assim, maior efetividade ao preceito constitucional do acesso à justiça.

Atento às alterações do Código de Processo Civil quanto ao tema leciona Rafael Alexandria de Oliveira:

Insuficiência de recursos. Faz jus ao benefício da gratuidade aquela pessoa com 'insuficiência de recursos para pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios'. Não se exige a miserabilidade, nem estado de necessidade, nem tampouco se fala em renda familiar ou faturamento máximos. É possível que uma pessoa natural, mesmo com boa renda mensal, seja merecedora do benefício, e que também o seja aquele sujeito que é proprietário de bens imóveis, mas não dispõe de liquidez. A gratuidade judiciária é um dos mecanismos de viabilização do acesso à justiça; não se pode exigir que, para ter acesso à justiça, o sujeito tenha que comprometer significativamente a sua renda, ou tenha que se desfazer de seus bens, liquidando-os para angariar recursos e custear o processo. A lei não fala em números, não estabelece parâmetros. O sujeito que ganha boa renda mensal pode ser tão merecedor do benefício quanto aquele que sobrevive à custa de programas de

complementação de renda. O que pode diferenciá-los é a maior ou menor dificuldade com que o pedido de concessão do benefício é tratado: o de melhor renda pode ser chamado a justificar o seu requerimento, provando a insuficiência de recursos. Por isso mesmo, nem sempre o beneficiário será alguém em situação de necessidade, de vulnerabilidade, de miséria, de penúria. É preciso atentar para isso. (2015, p. 359).

É compreensível a carga de subjetividade impregnada ao termo *insuficiência de recursos*, notadamente porque o legislador adotando a teoria do direito processual constitucional (art. 1º do CPC) quis que a normativa do benefício atendesse realmente às exigências da sociedade hodierna, deixando ao encargo do juiz o dever jurídico de buscar identificar e adotar a solução apta a, no caso concreto, alcançar satisfatoriamente a finalidade³¹¹ da norma – de que garantir a todos o acesso à justiça.

Todavia, é cediço que a valoração de um conceito subjetivo pelo magistrado (assim como para qualquer pessoa) transcende a sua formação jurídica, e, mesmo que inconsciente, revela suas convicções pessoais (crenças, valores, referências sociais), deste modo, o que no sentir de um julgador é pessoa hipossuficiente aos olhos do outro não o é, é aí que repousam as “injustiças”.

A falta de a lei definir um critério objetivo mínimo para se determinar o que é a *insuficiência de recursos*, demandou trabalho da doutrina e especialmente da jurisprudência, que, mesmo timidamente, adotou os mais diversos parâmetros.

Nesse sentido, uma das primeiras orientações que surge na jurisprudência é a necessidade de prova cabal da insuficiência de recursos para a concessão do benefício da gratuidade às pessoas jurídicas³¹². Depois de muita discussão, o entendimento sedimentado na jurisprudência³¹³ foi consagrado pelo legislador no Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 98, *caput*.

Também se firmou o entendimento de que o requerente que se dedica a emprestar dinheiro não faz jus ao benefício, uma vez que tal circunstância é incompatível com a alegada necessidade (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 475).

Os Tribunais também já fixaram como critério objetivo para se determinar se o requerente é realmente hipossuficiente, a renda mensal inferior a dez salários mínimos³¹⁴, todavia, o Superior Tribunal de Justiça já refutou a utilização desse critério, sob o fundamento de que “a desconstituição da presunção estabelecida pela lei de gratuidade de justiça exige perquirir, in concreto, a atual situação financeira do requerente”³¹⁵.

Outro parâmetro que tem sido utilizado pelos juristas para aferir a condição de miserabilidade do requerente é a faixa de isenção do Imposto de Renda, extraído da tabela progressiva do tributo devidamente atualizada³¹⁶.

O critério do patrocínio da causa por advogado particular para afastar a benesse já era rechaçado pela jurisprudência³¹⁷ e foi recepcionado pelo atual Código de Processo Civil em seu artigo 99, §4º.

O Superior Tribunal de Justiça preconiza que o intérprete deve conjugar o binômio *necessidade-possibilidade*, assim, para se conceder o benefício da gratuidade da justiça deve-se considerar não apenas os rendimentos mensais do requerente, mas, também, o comprometimento de suas despesas³¹⁸.

A análise da condição financeira do postulante deve ficar restrita a sua situação presente, e não ao seu histórico de riquezas, o simples fato de o requerente já ter sido rico empresário ou pessoa de posses não significa que não possa ser, hoje, pessoa pobre na acepção jurídica do termo e necessitar da assistência judiciária. Da mesma forma, a recíproca é verdadeira o pobre que é beneficiário da gratuidade, pode, por fatores supervenientes, tornar-se pessoa abastada financeiramente, o que, certamente, lhe cassará o benefício (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 477).

Destarte, a adoção pelo juiz de um parâmetro como ponto de partida para verificar o preenchimento dos requisitos para a concessão da justiça gratuita não deve ser visto como violador da norma. Bem da verdade, a gratuidade da justiça é uma das portas de acesso ao Poder Judiciário, entretanto, não pode ser utilizada

pelo beneficiário, tão-somente, para se furtar das obrigações oriundas do processo.

A Lei nº. 1.060/50 exigia, em sua redação original, que o requerente comprovasse o estado de pobreza alegado, hoje – a partir da nova redação dada ao art. 4º, §1º da referida lei pela Lei Federal nº. 7.510/86 –, basta a simples afirmação de necessidade do benefício, o que, inclusive é referendado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça³¹⁹. Nesse sentir, o aplicador do direito exerce um fundamental papel para que o processo não seja um fim em si mesmo, mas sim um instrumento para a materialização de um direito.

Nota-se que o indeterminismo do termo *insuficiência de recursos* aliado a *mera alegação da necessidade*, poderia transviar o sentido da norma, devendo o magistrado ficar atento para que os privilegiados de fortuna não ingressem gratuitamente no feito.

Assim, havendo elementos no processo que infirmem a alegação do postulante – que goza de presunção *iuris tantum* – a hipossuficiência deve ser comprovada:

Dúvida fundada quanto à pobreza. O juiz da causa, valendo-se de critérios objetivos, pode entender que a natureza da ação movida pelo interessado demonstra que ele possui porte econômico para suportar as despesas do processo. A declaração pura e simples do interessado, conquanto seja o único entrave burocrático que se exige para liberar o magistrado para decidir em favor do peticionário, não é prova inequívoca daquilo que ele afirma, nem obriga o juiz a se curvar aos seus dizeres se de outras provas e circunstâncias ficar evidenciado que o conceito de pobreza que a parte invoca não é aquele que justifica a concessão do privilégio. Cabe ao magistrado, livremente, fazer juízo de valor acerca do termo *pobreza*, deferindo ou não o benefício (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 477).

Infelizmente a finalidade do benefício, não raras vezes, é distorcida, seja pela abstração do conceito ou mesmo pela lisura do ser humano, e isso contribui para o aumento de demandas

desqualificadas respaldadas na ausência de riscos no caso de improcedência.

Para Márcio Pirôpo Galvão (2010), os mecanismos de acesso à justiça fomentam ações despreziosas – e cita como exemplos as ações trabalhistas e aquelas do âmbito dos Juizados Especiais – exclusivamente pela ausência de custo econômico, defende, inclusive, que o acesso ao Judiciário de forma gratuita virou uma “loteria onde todos querem tentar a sorte”.

E continua o autor, citando a decisão do Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados, Dr. José Carlos de Souza, que as demandas desnecessárias “abarrotam o Poder Judiciário e dificultam o acesso à Justiça de jurisdicionados com pretensões mais nobres. Incentivam o aumento da inadimplência e sedimentam a cultura do não-cumprimento dos contratos [...] Configuram provocação abusiva da máquina judiciária e má-fé do devedor” (GALVÃO, 2010).

Como visto, a utilização abusiva da gratuidade da justiça pode representar o congestionamento da máquina judicial, comprometendo a razoável duração do processo e ao revés de seu propósito, servir como óbice ao efetivo acesso à justiça daqueles que tem realmente tem urgência na prestação jurisdicional.

Talvez uma boa alternativa para se evitar decisões díspares e a banalização do benefício, ante a carga de subjetividade do seu pressuposto, fosse exigir uma comprovação mínima da *insuficiência de recursos*. Afinal, quem realmente necessita do benefício não teria dificuldade alguma em demonstrar a sua impossibilidade financeira para arcar com as despesas processuais.

É certo que a Lei nº. 1.060/50, e agora o Código de Processo Civil, estabelecem ônus ao litigante que de má-fé requereu o benefício da gratuidade, todavia, a prova nesse sentido deve ser contundente, o que estimula, de certa forma, pedidos indiscriminados de gratuidade, uma vez que sopesando os riscos, os ganhos prevalecem.

Destarte, o que se percebe é que, nesse ponto, o legislador civil não conseguiu encerrar as discussões, deixando a solução para a

doutrina e a jurisprudência, agora basta saber como as discussões serão encaminhadas de modo que não se instale – ou aumente – um estado de desconfiança em torno do benefício da gratuidade da justiça, em decorrência dos abusos praticados, mas que, também, não se deixe de cumprir a sua precípua finalidade constitucional de ser um instrumento de acesso ao Judiciário daqueles que não desfrutam de plenas condições financeiras.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O atual Código de Processo Civil atuou muito positivamente no que pertine ao instituto da Gratuidade da Justiça, ele alvoreceu pontos que a Lei nº 1.060/50 era retrógrada e mesmo silente, bem como normatizou questões já consolidadas pela jurisprudência.

Em contrapartida, a legislação processual civil não se fez clara quanto ao pressuposto para a concessão do benefício da gratuidade da justiça, mormente porque se limitou a prever que a simples afirmação de *insuficiência de recursos* para pagar as despesas processuais é suficiente ao seu deferimento.

Afinal, o que *insuficiência de recursos*? Qual o critério objetivo para se definir quem se enquadra ou não nesse perfil. Mais uma vez, a lei que trata sobre a gratuidade da justiça silenciou nesse pormenor, reservando ao aplicador do direito a missão de examinar casuisticamente quem é merecedor ou não da benesse, partindo de uma interpretação alicerçada na finalidade da lei – promover o acesso à justiça.

Assim, duas questões surgem. A primeira é se o legislador foi relapso ou se ele propositadamente preferiu a um conceito indeterminado para a concessão do benefício. E a segunda é se ele agiu bem.

E, ao que se conclui é que a preferência por um termo dotado de subjetivismo tem um propósito, qual seja permitir que a lei seja adaptável as mais diversas situações do cotidiano forense, de modo a tornar o acesso à justiça um direito fundamental mais efetivo. Conquanto à segunda questão (se ele agiu bem), apenas a

experiência prática poderá dizer, notadamente porque vai depender e muito da consciência do postulante (e seu advogado), o qual é o real sabedor de sua condição financeira.

REFERÊNCIAS

ABREU, Frederico do Valle. *Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 674, 10 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6674>>. Acesso em: 27/03/2016.

ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade mecum acadêmico de direito Rideel*. 21.ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº. 1998/0053550-0, Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes. Data de Julgamento: 02/09/1999. Data de Publicação: DJ 25.10.1999 p. 79.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 2014/0315675-3, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de Julgamento: 28/04/2015. Data de Publicação: DJe 07/05/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº. 2004/0103656-9, Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Data de Julgamento: 21/11/2006. Data de Publicação: DJ 16/04/2007 p. 184.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial 2000/0060786-0, Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Data de Julgamento: 22/05/2001. Data de Publicação: 13/08/2001, p. 150.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial 91.609/SP, Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data de Publicação: 08/06/1998, p. 113.

_____. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Terceira Turma. Agravo nº. 50101513420134040000 5010151-34.2013.404.0000, Relator: Nicolau Konkel Júnior. Data de Julgamento: 14/08/2013. Data de Publicação: 16/08/2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 16ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº. 14520235 PR 1452023-5 (Decisão Monocrática), Relator: Paulo Cezar Bellio. Data de Julgamento: 27/10/2015. Data de Publicação: 05/11/2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Normas Fundamentais do Processo Civil*. Em: *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Tereza Arruda Alvim Wambier *et al.*[coord.]. São Paulo: Editora RT, 2015.

DELLORE, Luiz. *Novo CPC: o lado A da justiça gratuita*. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/justica-gratuita-novo-cpc-lado>, publicado em 09 de março de 2015, Acesso em: 27/03/2016.

_____. *Novo CPC: o lado B da justiça gratuita*. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/novo-cpc-o-lado-b-da-justica-gratuita>, publicado em 13 de abril de 2015, Acesso em: 27/03/2016.

GALESKI JUNIOR, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Direito e economia: uma abordagem sobre a assistência judiciária gratuita*. In: *Publica Direito* (recurso eletrônico on-line). Fortaleza: CONPEDI, 2010.

GALVÃO, Márcio Pirôpo. *Abuso de direito à gratuidade da Justiça*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3339, 22 ago. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22466>>. Acesso em: 27/03/2016.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita*. São Paulo: Editora Forense, 2009 (edição eletrônica).

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora RT, 2015.

NERY JUNIOR; Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora RT, 2015.

NETO, Emetério Silva de Oliveira; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Acesso à justiça e o novo Código de Processo Civil: um olhar crítico*. Em: Acesso à justiça (recurso eletrônico on-line). Florianópolis: CONPEDI/UFSC, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Da Gratuidade da Justiça*. Em: *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Tereza Arruda Alvim Wambier *et al.*[coord.]. São Paulo: Editora RT, 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo, Cortez, 2003.

TARTURE, Flávia; DELLORE, Luiz. *Gratuidade da justiça no novo CPC*. Em: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 236, p. 305-323, out. 2014.

[304] Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Univel – União Educacional de Cascavel. Bacharel em Direito pela Unisep – União de Ensino do Sudoeste do Paraná. Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

[305] Doutora pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito. Mestre em Direito Processual Civil e Cidadania pela UNIPAR (Universidade Paranaense), Pós-graduada em Direito e Planejamento Tributário pelo IEGE (Instituto Internacional de Educação e Gerência), Graduada em Letras Português/Inglês pela UNIOESTE (Universidade Estadual do Oeste do Paraná) e em Direito pela UNIVEL (União Educacional de Cascavel), Advogada na Comarca de Dois Vizinhos, Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica, Docente do Ensino Superior na UNISEP (União de Ensino do Sudoeste do Paraná – FAED).

[306] Art. 5º, XXXV, CF. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

[307] É o que Emetério Silva e Juvêncio Vasconcelos chamam de universalização ou horizontalização do acesso à justiça ensinando que: “Horizontalizar é fazer com que à todas as pessoas (pobres ou ricas) sejam assegurados os mesmos meios de acesso à justiça. É promover a isonomia, ou seja, a igualdade na e perante a lei, pois esta ‘não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos’ (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 10). Com efeito, o acesso à justiça, nos termos do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Carta de 88, é cláusula pétrea, e por está alçado à categoria hierárquica superior não pode sofrer menoscabos, o que exclui possíveis discriminações arbitrárias entre as pessoas quando da execução desta garantia fundamental. Assim, considerando a força normativa da constituição²³, portanto das normas de direitos e garantias nela previstas, a universalização do acesso à justiça, aliada a efetividade da tutela jurisdicional ou dos meios assecuratórios de direitos fomentadores da justiça social, avultam imprescindíveis. (NETO, Emetério Silva de Oliveira; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Acesso à justiça e o novo Código de Processo Civil: um olhar crítico.** *In*: Acesso à justiça (recurso eletrônico on-line). Florianópolis: CONPEDI/UFSC, 2015, p. 186.

[308] A jurisdição é monopólio do Estado, proibindo a lei que as pessoas façam justiça com as próprias mãos, salvo raras exceções, como, por exemplo, as hipóteses de autotutela – arts. 1210 e 1219 do Código Civil.

[309] O processo não deveria ser colocado no vácuo. Os juízes precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a questões sociais [...] o ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002, p. 5.

[310] Fernanda Tartuce e Luiz Dellore, por exemplo, no artigo escrito em coautoria, *Gratuidade da Justiça no novo CPC*, divergem sobre o assunto, enquanto ela acredita ser acertada a opção do legislador em trazer um conceito dotado de subjetividade, por outro lado, ele discorda, defendendo que ainda que a norma deixasse uma margem para a decisão do juiz de acordo com a casuística, deveria, ao menos, estabelecer um critério objetivo mínimo de modo a evitar disparidades nas decisões (2015, 314-315).

[311] Interpretação teleológica.

[312] Assistência judiciária. Pessoa jurídica. Demonstração cabal da insuficiência de recursos. 1. Ademais de fundamentado, exclusivamente, na interpretação do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, o certo é que a Corte já assentou a necessidade de demonstração cabal da insuficiência de recursos para que a empresa possa desfrutar dos benefícios da assistência judiciária. 2. Recurso especial não conhecido (STJ – REsp: 182557 RJ 1998/0053550-0, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 02/09/1999, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 25.10.1999 p. 79)

[313] Súmula 481 STJ. Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.

[314] ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – AJG. PARÂMETRO. DEZ SALÁRIOS MÍNIMOS. 1. A Segunda Seção desta Corte vem consolidando entendimento no sentido de fixar patamar objetivo para a concessão do benefício da AJG, qual seja dez salários mínimo. 2. Hipótese em que a agravante comprovou renda mensal bem inferior ao limite paradigmático destacado, inexistindo qualquer razão para o indeferimento do pleito, em prestígio à norma de regência (Lei n. 1.060/1950) e ao princípio da acessibilidade (artigo 5º, XXXV, Constituição Federal). (TRF-4 – AG: 50101513420134040000 5010151-34.2013.404.0000, Relator: NICOLAU KONKEL JÚNIOR, Data de Julgamento: 14/08/2013, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 16/08/2013)

[315] STJ – AgRg no AREsp: 626487 MG 2014/0315675-3, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 28/04/2015, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/05/2015

[316] TJ-PR – AI: 14520235 PR 1452023-5 (Decisão Monocrática), Relator: Paulo Cezar Bellio, Data de Julgamento: 27/10/2015, 16ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1683 05/11/2015

[317] Assistência judiciária. Defensoria Pública. Advogado particular. Interpretação da Lei nº 1.060/50. 1. Não é suficiente para afastar a assistência judiciária a existência de advogado contratado. O que a lei especial de regência exige é a presença do estado de pobreza, ou seja, da necessidade da assistência judiciária por impossibilidade de responder pelas custas, que poderá ser enfrentada com prova que a desfaça. Não serve para medir isso a qualidade do defensor, se público ou particular. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp: 679198 PR 2004/0103656-9, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 21/11/2006, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 16/04/2007 p. 184)

[318] STJ – REsp: 263781 SP 2000/0060786-0, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 22/05/2001, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: <!-- DTPB: 20010813</br> --> DJ 13/08/2001 p. 150</br> JBCC vol. 193 p. 249

[319] PROCESSUAL CIVIL. RECONHECIMENTO DE CONCUBINATO E PARTILHA DE BENS. PEDIDO ALTERNATIVO DE INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. INDEFERIMENTO DE PLANO DA INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E GRATUIDADE DA JUSTIÇA. ALEGAÇÃO DA PARTE. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE O ADVOGADO NÃO ESTAR SENDO REMUNERADO. PRESUNÇÃO. RECURSO PROVIDO. Pelo sistema legal vigente, faz jus a parte aos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. O deferimento da gratuidade, garantia assegurada constitucionalmente aos economicamente hipossuficientes (Constituição, art. 5º, LXXIV), não exige que a parte demonstre que o advogado não está sendo por ela remunerado. Enquanto a Justiça gratuita isenta de despesas processuais e condenação em honorários advocatícios, a assistência judiciária, mais ampla, enseja também o patrocínio por profissional habilitado. Caracteriza cerceamento de defesa o indeferimento, de plano, da inicial de ação que pretendeu o reconhecimento de concubinato e partilha de bens, com pedido alternativo de indenização de serviços prestados, sem possibilitar à parte a produção de qualquer prova, notadamente em se tratando de alegado relacionamento de mais de trinta anos. (Recurso Especial nº 91.609/SP, 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Recorrente: A. P. M. R. Recorrida: V. G. F. B. j. 16.04.98, un., DJU 08.06.98, p. 113).

A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO NO BRASIL: EVIDÊNCIAS E COMPARAÇÕES COM A JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS E A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES

Luciana Turatti³²⁰

Júnior Roberto Willig³²¹

Resumo: A criação judicial do Direito não é uma discussão recente, mas recebe evidência, atualmente, no Brasil, especialmente em função da adoção de “modelos” superados e que se contrapõem ao positivismo. Este artigo busca identificar evidências na criação judicial do Direito brasileiro que permitam a comparação e aproximação com as correntes de pensamento alemãs da Jurisprudência dos Conceitos e da Jurisprudência dos Interesses. Dessa forma, as reflexões começam com a análise da Jurisprudência dos Conceitos, uma corrente positivista, do século XIX, que tentou superar o jusnaturalismo e desenvolver o formalismo. Em seguida, desenvolve-se a análise da Jurisprudência dos Interesses, outra corrente de viés positivista, do final do século XIX e início do século XX, mas que combatia o formalismo, em busca de uma abertura do sistema jurídico à realidade “fora do texto”. Ao final, busca-se desenvolver o objetivo do artigo, comparando a criação judicial do Direito às citadas escolas alemãs. Neste sentido, conclui-se que, no Brasil, existem evidências na criação judicial do Direito – súmulas, enunciados, precedentes, decisões *contra legem* – que demonstram um resgate das correntes alemãs do século XIX e início do século XX. O método adotado foi o fenomenológico-hermeneutico.

Palavras-chave: Jurisprudência dos Conceitos;
Jurisprudência dos Interesses; Criação Judicial do Direito.

1. INTRODUÇÃO

O papel criativo do intérprete (juiz) na construção do Direito, muitas vezes, é colocado como novidade, supostamente resultado do constitucionalismo e do rompimento com alguma espécie de positivismo jurídico. O fato é que esse tema já vem sendo debatido há algum tempo, especialmente nos países europeus. Na Alemanha, no século XIX e início do século XX, duas importantes correntes de pensamento jurídicas – a Jurisprudência dos Conceitos e a Jurisprudência dos Interesses – travavam um debate sobre a criação judicial do Direito, relegando ao juiz desde uma mera função de autômato até uma função criativa.

No Brasil, atualmente, vive-se um cenário de protagonismo do Judiciário, que, em muitos aspectos retoma a discussão alemã dos séculos passados. Com algumas peculiaridades, a criação judicial do Direito brasileiro, diferente da novidade que se possa acreditar estar construindo, apresenta equívocos, já superados em outros sistemas, e que podem, inclusive, agredir o regime democrático pátrio.

Com base neste cenário, no qual se retoma a antiga (e sempre presente) discussão da função do intérprete (juiz) no Direito almeja-se responder se há evidências na criação judicial do Direito no Brasil que permitem uma aproximação e uma comparação com as escolas alemãs do século XIX e início do século XX, conhecidas como Jurisprudência dos Conceitos e Jurisprudência dos Interesses.

Neste sentido, parte-se de duas hipóteses: primeiro, que a atual criação judicial do Direito no Brasil é a repriminção das correntes de pensamento da Jurisprudência dos Conceitos e da Jurisprudência dos Interesses; segundo, que a atual criação judicial do Direito no Brasil tem como base outras correntes de pensamento e não as alemãs do século XIX e início do século XX.

Para atingir o objetivo proposto foi empregado o método fenomenológico hermenêutico, que permite penetrar nos

fenômenos e com base nas contradições percebê-los em sociedade. Os métodos de procedimento utilizados no presente trabalho foram o histórico e o comparativo. A investigação do objeto, levando-se em conta o seu objetivo geral, ocorreu por meio de pesquisa descritiva. E, para chegar aos resultados esperados, foram utilizadas as seguintes técnicas de pesquisa: bibliográfica, documental e legislativa.

2. A JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS: UM PRODUTO DA ESCOLA HISTÓRICA DO DIREITO

A Jurisprudência dos Conceitos é uma corrente do século XIX, de viés positivista e que tentou superar o jusnaturalismo e desenvolver o formalismo³²² (STRECK, 2018). Assim como todas as correntes jusfilosóficas da modernidade, ela tinha como principal característica a crença no cientificismo – baseado no método científico (observação, descrição e análise lógica), comum às ciências empíricas ou naturais. Na realidade, por se tratar de uma tentativa de rompimento com o jusnaturalismo, sobretudo na busca por afastar quaisquer elementos metafísicos, era fortemente influenciada pelo iluminismo e pela filosofia crítica de Kant³²³ (BRAGA, NEME, 2015).

Com expoentes como Puchta, Ihering e Windscheid, cujas linhas de pensamento servirão de base para o desenvolvimento deste primeiro subtítulo, a Jurisprudência dos Conceitos foi um produto da Escola Histórica do Direito, que, por sua vez, tinha como objetivo buscar fontes não estaduais e não legislativas do direito (HESPANHA, 2015). Ainda, conforme refere Larenz (1997), a Jurisprudência dos Conceitos emerge como um desdobramento da Escola Histórica do Direito, descendendo da linha romanista da Escola, que se contrapunha aos germanistas³²⁴, e que se desvia do caráter histórico da ciência do direito para a busca do seu caráter científico e sistemático, utilizando especialmente as fontes do direito romano, cuja sistematização foi o seu principal legado.

Neste sentido, antes de adentrar nas teorias dos autores da Jurisprudência dos Conceitos, é fundamental dar atenção às suas raízes cravadas na Escola Histórica do Direito. Na Alemanha, a Escola Histórica do Direito teve na figura de Friedrich Carl Von Savigny seu principal representante. Savigny, um antilegalista, combateu a codificação na Alemanha, pregando sua face negativa, com base no universalismo cosmopolita e “desnacionalizador” e o seu artificialismo (HESPANHA, 2015). Uma de suas célebres obras, publicada em 1914, foi *Über den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Sobre a tendência do nosso tempo para a legislação e a ciência do direito), na qual enfrentava Thibaut³²⁵, que tinha preconizado uma codificação do direito civil alemão (GILISSEN, 1995), o que gerou uma famosa polêmica em relação à codificação entre os dois autores.

Concedendo uma importância significativa aos eruditos (doutrinadores³²⁶), na criação e aplicação do Direito, conforme refere Caenegem (2010)³²⁷, a Escola Histórica alemã, capitaneada por Savigny, entendia que o Direito era uma das várias expressões do “espírito nacional”³²⁸, que seria traduzido – este Direito do povo – pelos juristas, os “oráculos naturais do que sentia o povo” (STRECK, 2018).

O espírito do povo revelar-se-ia nas produções da sua cultura, na sua língua, desde logo. Também na poesia popular, nas tradições folclóricas, no direito histórico, nas produções dos intelectuais, nas tradições literárias. Seriam justamente estas manifestações da “alta cultura” aquelas que, um pouco paradoxalmente, melhor revelavam a alma nacional. Pois eram aquelas que, justamente pela qualidade intelectual dos seus autores, se conseguia atingir, com uma maior profundidade, sistematicidade e plenitude, o espírito de uma nação. Na sua “inocência”, o povo exprimir-se-ia numa “multiplicidade” de registros, que só as elites culturais conseguiam reduzir a um “sistema científico” (HESPANHA, 2015, p. 411).

Neste sentido, conforme resume Oliveira (2013), Savigny entendia o Direito (Lei) como algo “vivo”, emanado da experiência

vivencial de um povo³²⁹, que o legislador exprime e, em algumas circunstâncias, até integra, mas não pode, arbitrariamente, criar. Além disso, é importante destacar que Savigny também rejeita uma interpretação teleológica; o juiz deve atender não ao que o legislador busca atingir, mas só ao que na realidade preceituou, ou mais precisamente: ao que nas palavras da lei, segundo o seu sentido lógico e gramatical, extraído da conexão sistemática, verdadeiramente encontrou uma expressão de conteúdo da sua determinação. O juiz não tem que aperfeiçoar a lei, de modo criador – tem apenas que executá-la: um aperfeiçoamento de lei é, decerto, possível, mas deve ser obra unicamente do legislador, e nunca do juiz (LARENZ, 1997, p. 12). Essa crença na imanência de um sentido criador nas manifestações históricas é comum ao que se denomina historicismo.

A Escola Histórica do direito descobriu na historicidade do direito a historicidade do próprio povo. Através do despertar da reflexão sobre a historicidade da própria existência foi aberto na ciência jurídica um processo que ainda hoje não chegou ao seu termo, ou seja, o fato de que a relação do dever ser com o ser histórico, da norma jurídica com a realidade social, penetrou pela primeira vez na sensibilidade da ciência jurídica – o que a autoridade do *Corpus Iuris* e o racionalismo bi-dimensional do direito natural tinham impedido (WIEACKER, p. 1967, p. 409).

Nesta lógica, no seu historicismo, Savigny naturalmente utilizava uma construção sistemática do direito (método sistemático), afirmando que o todo do Direito só em sistema é reconhecível. No mesmo sentido, Larenz (1997, p.18) refere que, desde o começo, é característica de Savigny a exigência de uma combinação dos métodos histórico e sistemático, referindo-se aquele à formação de cada lei dentro de uma certa situação histórica e propondo-se este compreender a totalidade das normas e dos institutos jurídicos subjacentes como um todo englobante.

Neste cenário, Hespanha (2015) faz um compêndio, do ponto de vista da teoria do direito, citando quatro consequências da Escola Histórica alemã: 1) o antilegalismo e a reação contra o

movimento de codificação; 2) a valorização dos elementos consuetudinário e doutrinal do direito; 3) revalorização da história do direito e do seu papel dogmático, como reveladora não de um passado morto e separado do presente (antiquarismo), mas de um passado que, pela tradição, fecundava o presente; 4) a sistematicidade e organicidade da jurisprudência.

A quarta e última das características acima sintetizadas por Hespanha (2015) foi fundamental para o surgimento da Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*) ou também denominada de pandectista (*Pandektenwissenschaft*). Conforme refere Oliveira (2013), a Escola Histórica apresenta elementos importantes³³⁰ para a afirmação posterior do pandectismo, cujo ponto culminante é atingido com o formalismo conceitual da Jurisprudência dos Conceitos e que dará vida ao *Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB (Código Civil Alemão) de 1900.

A Jurisprudência dos Conceitos representou, na Alemanha, política e juridicamente, aquilo que o exegetismo³³¹ representou na França, especialmente porque ambas teses têm como pressuposto a equiparação entre Direito e lei (ou Direito e conceito – a *pandecta*). Segundo Wieacker (1967, p. 492), esta ciência jurídica estava baseada na perspectiva do direito do positivismo científico, o qual deduzia as normas jurídicas e a sua aplicação exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica, sem conceder a valores ou objetivos extrajurídicos (por exemplo: religiosos, sociais ou científicos) a possibilidade de confirmar ou infirmar as soluções jurídicas.

Discípulo de Savigny, Georg Friedrich Puchta foi o precursor desse modelo positivista, denominado científico ou conceitual, que tinha como coordenadas fundamentais o sistema conceitual e a lei (STRECK, 2018). Considerando que sua principal obra chamou-se *Pandekten* (Pandectas), outros juristas passaram a utilizar o termo, sendo que todos que seguiram Puchta ficaram conhecidos como pandectistas (BRAGA, NEME, 2015). Segundo Larenz (1997), foi Puchta quem, com inequívoca determinação,

conclamou a ciência jurídica do seu tempo a tomar o caminho de um sistema lógico no estilo de uma “pirâmide de conceitos”, decidindo assim a sua evolução no sentido de uma Jurisprudência dos Conceitos formal.

Evidenciando o aspecto da cientificidade do Direito³³², Puchta desenvolveu um sistema lógico-dedutivo, no estilo de uma “pirâmide de conceitos”, que se caracterizava pela relação lógica entre proposições jurídicas, capazes de criar epistemologicamente conhecimento jurídico e, portanto, Direito novo. A missão da ciência era descobrir estas conexões conceituais e desenvolver o que Puchta denominou de “genealogia dos conceitos” (MIOZZO, 2011).

A ciência do direito, segundo Puchta, deveria realizar uma “genealogia dos conceitos” e agrupá-los na forma de uma pirâmide, estruturada segundo os critérios da lógica formal. Do conceito mais geral, deduzem-se conceitos mais específicos e o conhecimento jurídico deve articular-se no interior desses vários estratos de estrutura ascendente e descendente (OLIVEIRA, 2013).

Evidenciando o formalismo kantiano, na Jurisprudência dos Conceitos, o que garantiria a verdade científica não seria mais a adequação do pensamento a uma realidade externa (*adaequatio intellectus rei*), mas a coerência interna das categorias do sistema de saber. E o decisivo num saber era justamente este quadro categorial e não a apreensão atomística e inorgânica da realidade empírica (HESPANHA, 2015). A legitimidade da norma jurídica baseia-se, com Puchta, somente na sua correção sistemática, na verdade lógica e na sua racionalidade; a própria criação do direito desenvolveu-se a partir do conceito (WIEACKER, 1967). Era a crença num direito sem lacunas – sistema fechado para o Direito –, em formato lógico de uma pirâmide conceitual e desenvolvido a partir de padrões clássicos de indução e dedução (STRECK, 2018).

Puchta e o seu processo lógico-dedutivo da Jurisprudência dos Conceitos, segundo Larenz (1997), prepararam o terreno ao

formalismo jurídico, que viria a prevalecer durante mais de um século, sem que a contracorrente introduzida por Rudolf Von Ihering conseguisse por longo tempo sobrepor-se-lhe. Neste ponto, também é interessante frisar que, antes de se contrapor à Jurisprudência dos Conceitos, criticando-a por ser uma jurisprudência construtivista, Ihering, que foi discípulo de Puchta, dedicou-se ao desenvolvimento da doutrina dos conceitos.

Neste sentido, se faz importante ressaltar que os estudos de Ihering se dividem em dois períodos, sendo o primeiro reservado ao desenvolvimento da doutrina dos conceitos. A partir dos escritos do verão de 1861, Ihering modifica completamente seu pensamento, passando a defender uma teoria do direito mais pragmática, criticando tudo que já havia escrito, em muito se aproximando da chamada Jurisprudência dos Interesses (BRAGA, NEME, 2015).

Durante o período que se dedicou à doutrina dos conceitos, Ihering descrevia e elogiava a arte da construção jurídica como a forma mais elevada da jurisprudência (WIEACKER, 1967). No entanto, ao contrário de Puchta, não arranca de um conceito fundamental que seja prévio de um Direito positivo e que a este sirva de alicerce mas, pelo contrário, o seu método de construção de conceitos, que se assemelha ao das ciências exatas da natureza, repousa exclusivamente na indução (LARENZ, 1997).

Ainda, conforme refere Streck (2018), Ihering, demonstrando ser um crítico do historicismo de Savigny e na busca pela elucidação dos conceitos fundamentais do direito, chega a comparar o mundo jurídico a um alfabeto, onde as letras seriam os conceitos, a partir dos quais torna-se possível a construção de um universo de palavras. Assim, a função do jurista seria, com base nas “palavras” (aqui significadas como a lei e os casos concretos), encontrar as “letras” (sendo estas os conceitos jurídicos fundamentais).

O alfabeto contém, para a linguagem, a solução duma questão, que mais acima indicávamos, como sendo o problema capital da técnica, em matéria de direito, ou

seja, facilitar o conhecimento da matéria por meio da sua simplificação. Há, pois, motivo para inquirir, se a mesma maneira de resolver a questão não se poderia aplicar também ao direito, o sentido do alfabeto, que se apoia na análise e decomposição dos elementos simples, e nasce da obrigação de que as palavras não são mais que combinações fundamentais. (IHERING, 1943, p. 24)

Em suma, nesta fase, o autor sustenta um método indutivo baseado na decomposição das normas jurídicas em seus elementos formais, para depois proceder a sua recomposição. Neste sentido, parte da observação das ciências naturais e dos fatos particulares para induzir os conceitos (STRECK, 2018). Apesar de suas contribuições à Jurisprudência dos Conceitos, foi quando da sua crítica que Ihering teve maior destaque, conforme será demonstrado.

O autor mais citado em relação à Jurisprudência dos Conceitos, apesar de Puchta e Ihering terem contribuído para essa teoria, foi Bernhard Joseph Hubert Windscheid. Autor da conhecida obra “Tratado das Pandectas” (*Lehrbuch der Pandekten*), Windscheid³³³ era defensor da ideia de que os juristas não deveriam debruçar-se sobre questões de ordem política, econômica e ética, nesse ponto, portanto, se afastando de Puchta, precursor da Jurisprudência dos Conceitos, que sustentava um conceito supremo permeado por um conteúdo ético³³⁴ (HESPANHA, 2015). No entanto, conforme refere Larenz (1997), era fundamentalmente a linha de Puchta (e também de Savigny) que Windscheid seguia, vendo o Direito como algo histórico e simultaneamente racional. Para o autor, Windscheid vê o Direito, na sua contingência histórica, como algo racional, e por conseguinte como algo suscetível de uma elaboração científica, não apenas de caráter histórico, mas também de caráter sistemático.

Segundo Braga e Neme (2015, p. 527), Windscheid idealizou o direito enquanto um sistema histórico-racional, enfatizando a forte influência de Savigny, mas a racionalidade do sistema encontrava bases em um fator psicológico, resultado da chamada “razão dos povos”, incorporada à lei por meio do legislador.

A obra de Windscheid teve grande influência sobre o contexto da época, sendo considerada a mais importante autoridade da prática jurídica. Sem uma codificação, o manual científico constituía a última instância decisória da prática do direito comum. O autor conseguiu, no seu manual das pandectas, a missão que, no plano da prática, exigia um edifício doutrinal criador e harmônico, que elaborasse e ordenasse todas as tradições dogmáticas reconhecidas e que excluísse todo o trabalho acessório de natureza antiquária e exegética (WIEACKER, 1967). Além disso, posteriormente, se confunde com a origem do Código Civil alemão de 1900, a ponto desse ser chamado como as Pandectas de Windscheid transformadas em parágrafos (HESPANHA, 2015).

Neste contexto, as obras dos pandectistas eram a base da prática jurídica alemã, que buscavam na própria legislação (conceitos) a superação das lacunas. Conforme refere Streck (2018), com o tempo, foram identificados problemas relacionados a incapacidade dos Códigos abarcarem toda a realidade circundante – lacunas legislativas –, questionando-se como seria possível interpretar o Direito para que essa obra não fosse destruída e, ainda, como excluir da interpretação do Direito os elementos metafísicos que não eram bem quistos pelo modo positivista de ler a realidade. Num primeiro momento, a resposta foi dada a partir de uma análise da própria codificação, que, na Alemanha, se deu com a Jurisprudência dos Conceitos. Ou seja, de todo modo, fica claro que, no ambiente metodológico da Jurisprudência dos Conceitos, a solução para as questões judiciais do direito estavam já desde sempre assentadas na estrutura sistemática da legislação (do BGB, no caso), onde não há margem de criação para os juízes: sua tarefa é simplesmente um ato de conhecimento das estruturas lógicas que compõem os dispositivos do código (OLIVEIRA, 2013).

Pablo Miozzo refere que se é possível afirmar que para a Escola da Exegese francesa tendo como objeto o Código Civil napoleônico, o Juiz era pensado literalmente como “boca da lei”, para a Jurisprudência dos Conceitos, na interpretação do Direito Romano recepcionado na Alemanha e reconstruído pela doutrina,

os juízes poderiam ser vistos – analogicamente – como a “boca dos conceitos”. O juiz não podia fazer discursos de validação ou sobre a validade do Direito, estando o seu trabalho reduzido à subsunção, ou seja, a tarefa do juiz se restringia a um ato de conhecimento, sendo-lhe vedado alterar o conteúdo dos atos estatutários (os conceitos produzidos pelos juristas). O papel do intérprete era o de fazer apenas uma revelação, uma extração do sentido já dado (*Auslegung*) (STRECK, 2018).

O certo é que, segundo Hespanha (2015), este legado da pandectística – em que o rigorismo formal do processo de decisão pretendia garantir, só por si, a justeza material dos resultados – marcou decisivamente a cultura política e jurídica dos dias atuais, ao cultivar um estilo de saber jurídico explicitamente separado da discussão política e ideológica, aparentemente limitado a um plano estritamente jurídico de discussão. No entanto, há outros aspectos relevantes dessa corrente do pensamento positivista que deixaram suas marcas em sistemas jurídicos mundo afora e que inclusive tem traços marcantes em modelos jurídicos atuais, conforme é possível identificar na parte final deste desenvolvimento. Apesar disso e da sua importância, a Jurisprudência dos Conceitos foi superada no final do século XIX e início do século XX por um movimento que ficou conhecido como a Jurisprudência dos Interesses, que é a antítese do positivismo nacional (ou seja, da Jurisprudência dos Conceitos), e que será desenvolvido na sequência.

3. JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES: “FOGO AMIGO” E O “NÃO” AO DIREITO LIVRE

Com o objetivo de promover a libertação do julgador das rígidas estruturas formais, que o conceitualismo do século XIX havia legado à moderna e agitada sociedade do século XX, surgiram, em toda a Europa, movimentos que lutavam pela abertura do sistema jurídico à realidade “fora do texto”. Estas novas correntes de pensamento, que foram intituladas de “movimentos”, porque tinham um caráter internacional, tiveram

estudos vigorosos na Alemanha e foram denominadas de Direito Livre.

O Movimento para o Direito Livre surge como resposta ao racionalismo do século XIX, radicalizando a crítica à Jurisprudência dos Conceitos, sendo influenciado pelo irracionalismo filosófico de Schopenhauer, Nietzsche e Bergson (MIOZZO, 2011). A expressão “Movimento para o Direito Livre” foi cunhada por Eugen Ehrlich, embora para Larenz (1997), essa linha teórica tenha em Oskar Büllow seu precursor, especialmente em função do seu escrito intitulado *Gesetz und Richteramt* (lei e função social)³³⁵ (ROCHA, 2009).

No entanto, conforme refere Hespanha (2015), a crítica da Escola do Direito Livre ao formalismo – que buscava atribuir ao juiz uma maior capacidade de conformação do direito, com base na sua leitura da justiça concreta do caso –, na origem, foi constatada pelo jurista prático Ernst Fuchs, na obra *Die gemeinschädlichkeit der konstruktiven jurisprudence* (O caráter socialmente danoso da jurisprudência construtiva), de 1907, na qual o autor afirmava que o juiz, no processo de identificação da solução jurídica, partia sempre do seu sentido de justiça (*Rechtgefühl*) e não dos dados da lei e de considerações de lógica formal. Na sequência, continua Hespanha (2015, p. 458), o auxílio de um historiador – Hermann Kantorowicz (*Rechtswissenschaft und Soziologie*, 1910) – e de um sociólogo do direito – Eugen Ehrlich (*Grundlegung der Soziologie des Rechtes*, 1912) – “contribuíram para dar uma maior consistência teórica às propostas de problematização ou abandono do modelo formalista legalista e conceitualista do direito, a caminho de uma fundamentação ‘livre’, baseada na sensibilidade jurídica comunitária, auscultada, caso a caso, pelo juiz”.

Mas o principal destaque do Movimento para o Direito Livre foi Hermann Kantorowicz, que pretendia unificar, em um único movimento, as posições teóricas que sublinhavam a função criativa, e não apenas declarativa do juiz. É dele a afirmação de que, em casos específicos e, como um mal necessário, os juízes

poderiam decidir inclusive *contra legem*³³⁶. Além disso, é Kantorowicz que encaminha o movimento para o abandono do racionalismo e aposta no voluntarismo, marcado pelo subjetivismo do intérprete (STRECK, 2018).

Nesse cenário, que, poucos anos após a codificação, a Jurisprudência dos Conceitos ainda dominava quase ilimitadamente, com o seu positivismo, que negava ao juiz a possibilidade de uma criação livre do direito, remetendo-o para um tarefa de subsunção em relação à lei ou aos conceitos científicos, o Movimento para o Direito Livre aproximou-se, na sua ala mais extremista, de um naturalismo desligado do positivismo legal. Acreditam os juristas mais apaixonados por este movimento, que a atribuição ao juiz³³⁷, da possibilidade de criar livremente o direito, não tinha o sentido (errado) de uma decisão segundo o arbítrio ou ainda segundo o saber jurídico privado do juiz, mas entendiam que deviam dar satisfação a necessidades e interesses relevantes da sociedade (WIEACKER, 1967).

Foram essas posições extremas do Movimento para o Direito Livre que promoveram, em 1905, na Alemanha, o desligamento de alguns importantes autores do movimento, como, por exemplo, Philipp Heck, que foi o principal articulista dessa secessão e que inaugurou a chamada Jurisprudência dos Interesses (STRECK, 2011).

Líder da Escola de Tübingen, na Alemanha, Heck foi o responsável por inaugurar essa corrente mais moderada do Movimento do Direito Livre, que também era uma antítese do positivismo nacional, ou seja, da Jurisprudência dos Conceitos, emergindo em um contexto de formação e estruturação do direito público, que, contudo, não aceitava as formas antilegalistas de encontrar o direito que eram pregadas pelo Movimento do Direito Livre.

O mote principal da Jurisprudência dos Interesses encontra-se circunscrito na premissa de que a norma jurídica tem por finalidade resolver conflitos de interesses³³⁸ (STRECK, 2011). Segundo Heck (1947), considerando que o escopo da

jurisprudência e, em particular, da decisão judicial do caso concreto, é a satisfação de necessidades da vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal, existentes na sociedade, que são chamados de interesses, a Jurisprudência dos Interesses caracteriza-se pela preocupação de nunca perder de vista esse escopo.

Pregava-se a crítica à “falácia conceitual”, no sentido de que o excessivo conceitualismo levava o juiz para um terreno abstrato, muito distante das tensões sociais que, naquele tempo, se mostravam cada vez mais agudas. Esses interesses em conflito condicionam tanto o ambiente legislativo quanto o jurisdicional. Na tarefa interpretativa, cabe ao juiz recompor os interesses em conflito que estavam presentes na gestação da lei e, nos casos de lacuna, proceder ao seu preenchimento a partir de uma ponderação dos interesses que estão em situação de tensão no caso que lhe é apresentado³³⁹ (STRECK, 2018). Heck (1947) não concordava com a proposta pandectista de que era possível encontrar, por via cognitiva, princípios jurídicos gerais, não na lei, mas no sistema jurídico, e proceder com eles a chamada subsunção. A crítica de Heck era no sentido de que os comandos legais, que por via cognitiva podem ser determinados, não chegam para satisfazer as necessidades da vida, reconhecidas como dignas de proteção, e que, por isso, no caso de lacunas da lei, tem lugar a formação valoradora de novos comandos, da mesma forma que nos casos de normas em branco, e não a subsunção a conceitos sistemáticos.

Nessa lógica, a Jurisprudência dos Interesses considera o direito como tutela de interesses. Segundo Larenz (1997), isso significa que os preceitos legislativos não visam apenas delimitar interesses, mas são, em si próprios, produtos de interesses, afirmando que as leis são as resultantes dos interesses de ordem material, nacional, religiosa e ética, que, em cada comunidade jurídica, se contrapõem uns aos outros e lutam pelo reconhecimento. Ao mesmo tempo, Heck afirma que a lei criada pelo legislador não consegue englobar toda realidade social, de modo que caberia ao juiz, a partir de

pontos de vistas teleológicos, criar a norma aplicável ao caso concreto, ou seja, o autor refere que o pensamento legislativo é necessariamente insuficiente, especialmente quando se trata da nova codificação de um grande âmbito de relações, exigindo a lei uma atividade complementadora em caso de apresentar lacunas e contradições (ROCHA, 2009).

Nestas condições, o juiz não se limita a preencher as normas em branco que a lei contenha. Tem de completar e eventualmente corrigir, em conformidade com os interesses, os comandos existentes. O juiz não é simples aparelho de subsunção em que por um lado se metam a hipótese de facto e a norma jurídica e de onde saia do outro lado a sentença, sem qualquer valoração pessoal. É, também, pelo contrário, criador das normas a aplicar, auxiliar, portanto do legislador, embora subordinado (HECK, 1947, p. 24).

No entanto, é importante evidenciar que a Jurisprudência dos Interesses não tinha o objetivo de promover a criação judicial do direito. Este foi o ponto que a distanciou das tendências mais radicais do naturalismo jurídico e a aproxima do positivismo legal. A Jurisprudência dos Interesses é uma técnica da aplicação judicial da lei, não da criação judicial do direito e, muito menos, uma teoria da fundamentação do direito (WIEACKER, 1967).

Na Jurisprudência dos Interesses, em termos hermenêuticos, tem-se uma transformação parcial do papel do juiz, quando afirma-se que o intérprete deveria respeitar a legislação e realizar valorações pessoais somente em caso de lacunas. Ou seja, esta compreensão parte do pressuposto de que o Direito estava pré-dito pelo legislador e que o juiz seria chamado a dizê-lo a partir de suas impressões pessoais somente em caso de silêncio legislativo. Havia uma tentativa de equacionar o problema da criação judicial com o dever do juiz respeitar a lei, já que estava a ela vinculado (MIOZZO, 2011). O julgador deveria fazer, com arrimo na ciência do Direito, uma comparação entre os interesses de fato em conflito à espera de decisão e aqueles interesses previstos na norma.

Neste contexto, também surge a crítica às limitações da Jurisprudência dos Interesses, que se tornam patentes em relação a uma autêntica lacuna de determinação da ordem jurídica legal. Segundo Wieacker (1967), neste caso, a corrente convidava o juiz expressamente a uma decisão do conflito de acordo com os interesses dominantes em concreto. Esses interesses colhidos pelo juiz eram, por analogia³⁴⁰, respondidos por decisões semelhantes. No entanto, se não houvesse resposta, não havia uma hierarquia pré-estabelecida dos valores jurídicos. Portanto, sem uma valoração prévia em outro processo, nesses “casos fronteira”, a Jurisprudência dos Interesses ficava desarmada.

Apesar dos problemas e dos graves defeitos que tem na sua fundamentação teórica, a Jurisprudência dos Interesses atingiu amplamente os fins práticos, que era o que propriamente lhe importava, especialmente na prática jurídica alemã, onde teve um sucesso invulgar, revolucionando efetivamente a aplicação do Direito³⁴¹. A substituição do método da subsunção rígida dos conceitos legislativos, fundamentada tão somente em termos lógico-formais, pelo juízo de ponderação de uma situação de fato complexa, bem como de uma avaliação dos interesses em jogo, de harmonia com os critérios de valoração próprios da ordem jurídica, concederam aos juízes uma consciência sã, tornando supérfluas as pseudo-motivações (LARENZ, 1997).

Apesar de ser muito mais criticado que a Jurisprudência dos Interesses, o movimento do Direito Livre, que pregava a libertação do Direito do formalismo exegético e conceitual, sustentando que ao lado do Direito legislado também existe um Direito livre, foi um dos impulsos de Heck para fundar a Jurisprudência dos Interesses. No entanto, não foi o único. O outro foi o pensamento do “segundo” Ihering, que sustentava uma visão finalística, pragmática, do Direito. (STRECK, 2018).

Na maturidade, diferente da sua posição na juventude, Ihering tornou-se um crítico do pensamento lógico-formal da Jurisprudência dos Conceitos, a qual passou a considerar como insuficiente, sustentando, como contraponto, uma visão finalística,

pragmática, do Direito. Larenz (1997), contemporizando, refere que o mérito histórico de Ihering consiste em, muito antes da maioria dos seus colegas, ter sentido a insuficiência da pandectista contemporânea e ter chamado a atenção desta para os problemas do seu tempo. A sua limitação foi ter se mantido predominantemente na crítica, na negação, e ter erigido a nova fundamentação justeorética, que pretendeu estabelecer, num terreno inadequado para isso – no terreno do positivismo sociológico.

Com sua nova postura, Ihering vê que a coerência lógica de uma proposição jurídica não é o mesmo que sua validade prática, declarando-se, então, contra a ilusão da dialética jurídica, que buscava dar ao positivo o nimbo do lógico (LARENZ, 1997). A partir da obra *Der Zweck im Recht* (A Finalidade no Direito)³⁴², Ihering inicia sua segunda fase, dominado pela ideia de que a prossecução de fins e o interesse são forças geradoras do direito (HESPANHA, 2015). Na obra, como já refere o título, Ihering afirma que a finalidade é a entidade criadora do direito, ou seja, se o direito pode ser explicado casualmente a partir da realidade da sociedade, ele deve ao mesmo tempo ser motivado pelas finalidades humanas (WIEACKER, 1967). A essa finalidade, que também pode ser traduzida como um motivo prático ou fins práticos, Ihering vincula às proposições jurídicas singulares, fins em virtude dos quais, unicamente, segundo ele crê, essas normas são criadas e podem ser explicadas³⁴³. Assim, o eixo da sua obra reside na questão do sujeito dos fins, do sujeito que está por detrás das proposições jurídicas e que, através delas, consegue prevalecer. Apesar das contradições e críticas, Ihering conclui que todas as proposições jurídicas têm por fim a segurança das condições de existência da sociedade e que a sociedade é o sujeito do fim de todas as proposições jurídicas (LARENZ, 1997). Neste sentido, também é importante reforçar que Ihering não contesta a natureza do direito como um conjunto de normas alicerçadas no poder coactivo do Estado³⁴⁴, pelo contrário, resume o direito ao

exercício da coação para a proteção dos fins sociais (ROCHA, 2009).

A quintaessência dos princípios que o norteiam nesse sentido, a disciplina da criação, é o direito. Ao definir o Estado deste modo, não quero dizer que esta fórmula exaure sua essência, não quero afirmar que ele nada mais seja do que isso [...]. Todavia, por diversos e numerosos que possam ser esses fins, que ele, Estado, já abarcou e que ainda abarcará, existe um objetivo que sobreleva todos os outros, uma meta que o acompanha desde o princípio, sim, uma finalidade que até mesmo o fez nascer e que jamais pode ausentar-se. Trata-se da finalidade do direito, a formação e asseguramento do direito. Todos os propósitos do Estado passam para segundo plano diante deste, só emergindo, historicamente, quando aquela tarefa primeira e essencial já estiver satisfeita, sendo ela pressuposto necessário para as outras. Assim, o cultivo do direito é a função vital do Estado (IHERING, 2002, p. 212).

Apesar de não se ter clareza nas pretensões de Ihering, é dele o mérito de ter introduzido esta mudança de pensamento na dominante fase pandectista, bem como, ter sido um dos primeiros juristas a descobrir a dimensão social do direito privado, sem o qual não é possível uma política refletida no direito (WIEACKER, 1967). A viragem de Ihering para uma jurisprudência pragmática foi o ponto de partida da Jurisprudência dos Interesses e também a base para o movimento do Direito Livre.

Estas correntes de pensamentos jurídicas alemãs, nas quais Ihering transitou – Jurisprudência dos Conceitos e Jurisprudência dos Interesses – foram fundamentais para o desenvolvimento do atual sistema jurídico alemão e de outros tantos países. Atualmente, apesar dos avanços (e retrocessos), há evidências concretas da influência destas escolas em algumas criações do direito. Neste sentido, o objetivo do próximo subtítulo é verificar se no Direito brasileiro existem criações (judiciais) que evidenciam um “retrocesso” às escolas alemãs do século XIX e XX.

4. CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO NO BRASIL

O problema da criação judicial do Direito, historicamente, é associado caricaturamente a um rompimento com o positivismo. Diferente do que se possa imaginar, a discussão sobre o papel (criativo) do juiz e da ciência jurídica não é um tema novo, mas remonta um contexto anterior, que, na Alemanha, ganha relevância especialmente durante o século XIX e início do século XX, com as correntes jurídicas anteriormente expostas – a Jurisprudência dos Conceitos e a Jurisprudência dos Interesses – e que auxiliaram na gestação e eclosão do positivismo.

Estas duas correntes positivistas alemãs tiveram uma grande influência na família da *civil law*, alterando a forma de pensar a ciência do direito e, especialmente, a função do intérprete (juiz). O avanço de fronteiras promovidos pela Jurisprudência dos Conceitos e pela Jurisprudência dos Interesses ainda é perceptível em diversas criações do Direito, não só na Alemanha, mas também em outros países, como, por exemplo, aqui no Brasil.

Atualmente, em solo brasileiro, há discussões que reproduzem preocupações que remontam problemas que já eram apontados e debatidos pelas correntes alemãs acima citadas, especialmente em razão da criação judicial do Direito, vinculada à função do juiz. Não que isso seja necessariamente um retrocesso (ou talvez seja), mas invocar modelos básicos, que são construções preliminares, chama a atenção e, por isso, é importante a presente análise.

Um destes “retrocessos” brasileiros refere-se às súmulas de efeito vinculante³⁴⁵, que são consideradas uma repriminção da Jurisprudência dos Conceitos. A súmula é uma pandecta, ou seja, conceitos que pretendem abarcar todas as hipóteses de aplicação futura. Do modo como são compreendidas pela dogmática jurídica, as súmulas vinculantes encarnam uma instância controladora de sentidos, metafisicamente, isto é, através delas, acredita-se que é possível lidar com conceitos sem as coisas (enfim, sem as multiplicidades e as peculiaridades dos casos concretos) (STRECK, 2011). Segundo Streck e Abboud (2013, p. 63), a súmula vinculante “desvincula-se do(s) caso(s) que a originaram,

ela se impõe como um texto normativo de vinculação geral e abstrata para casos futuros tal qual a lei, possui dimensão atemporal, logo, duração indefinida, passando a ter validade após sua publicação na imprensa oficial”.

Introduzidas na Constituição Federal, através da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, como uma inovação, apesar de sua utilização sinalizar a adesão a um *paleo positivismo*³⁴⁶, baseado em uma metodologia subsuntiva-dedutiva (BOBBIO, 1995), as súmulas de efeito vinculante apresentam uma interessante adesão no direito pátrio, especialmente considerando que já são mais de cinquenta enunciados publicados pelo Supremo Tribunal Federal³⁴⁷.

No entanto, há (e sempre existiu) uma forte crítica ao império destes enunciados assertórios que se sobrepõe à reflexão doutrinária (STRECK, 2018), pois as súmulas se confrontam diretamente com o pensamento hermenêutico.

A visão tradicional sobre a súmula vinculante é refratária ao acesso hermenêutico, por que ignora que o direito deve ser concretizado em cada caso concreto, e não apenas através de subsunção de fatos a previsões normativas, dessa maneira, passa-se a acreditar que a súmula vinculante, uma vez editada, resolveria diversos casos idênticos, mediante um simples silogismo, invocando a favor a utilização da súmula sempre a necessidade de tratar de maneira igualitária os jurisdicionados, ou seja, de que a súmula vinculante é um instrumento que privilegia a isonomia, ignorando que ‘o caso concreto, com as suas circunstâncias particulares e com a individualizada perspectivação histórico-social que impõe, exige uma autônoma ponderação também concreta que os critérios normativos invocados – os princípios, os institutos dogmáticos, as normas – só podem fundamentar pela mediação de um específico enriquecimento normativo’ (STRECK; ABBUD, 2013, p.51).

Assim, a pré-compreensão decorrente da faticidade das singularidades das situações concretas, que poderia ser um argumento a favor da súmula, acaba sendo o seu principal

problema, pois é eliminada pelo esquema sujeito-objeto a partir da hipostasiação de uma supernorma que passa a sobreviver à revelia das próprias situações concretas que a ensejaram (de qualquer modo, na medida em que as situações concretas também ficaram escondidas nos julgamentos que engendraram o enunciado sumular, a possibilidade de se levar em conta as próximas singularidades diminui sobremodo). A súmula parte, assim, de um grau zero de significação, o que é anti-hermenêutico, sendo que a soma de várias situações de grau zero redundará no estado de natureza hermenêutico (STRECK, 2012, p. 393).

Na opinião de Ramires (2010), as súmulas são o reflexo do ensino jurídico e da prática do direito no Brasil, que, historicamente, são preocupados com a norma e com a completa ausência de análise pedagógica de casos, sendo que os intérpretes desenvolveram um distanciamento dos fatos aos quais as normas se destinam. O autor entende que o resultado disso é que norma torna-se fato, a ser investigada como fato³⁴⁸. Há uma insistente cisão entre fato e direito, onde somente o segundo tem relevância para a ciência, sendo que essa abstração dos estudos jurídicos leva a ideia de que o direito não se preocupa com a realidade, mas tão somente com os conceitos que se encaixam de forma sistêmica. Tal ideia caberia perfeitamente no “Tratado das Pandectas”, de Windscheid (BRAGA; NEME, 2015).

Assim, Streck (2018, p. 107) refere que “a velha jurisprudência dos conceitos acaba chegando ao direito contemporâneo a partir do lugar que era o seu destinatário: as decisões judiciais, ou seja, são elas, agora, que produzem a conceituação. Com um agravante: o sacrifício da faticidade; o esquecimento do mundo prático”. Neste sentido, importante referir que as súmulas são chamadas de “jurisprudência dos conceitos à brasileira”, por justamente representarem uma aproximação com a corrente alemã, mas com uma diferença básica: a Jurisprudência dos Conceitos defendia a necessidade de um intérprete mais neutro, cujo processo compreensivo deveria ser praticamente mecânico, tendo-se, por conseguinte, um intérprete (juiz) passivo e irresponsável por suas

decisões, haja vista que a função interpretativa é declarativa e reprodutiva do sentido já atribuído previamente aos textos considerados normativos, dando-se ênfase ao papel da ciência na construção do Direito (MIOZZO, 2011); enquanto que, com as súmulas, os juízes são ativos, criando conceitos. O âmago do problema da arbitrariedade judicial na invocação de súmulas, portanto, está na combinação de dois fatores: a elevação do julgado ao *status* de lei geral e a existência de precedentes antagônicos, adaptáveis a todas as “necessidades” (RAMIRES, 2010, p. 45).

Neste ponto, as súmulas diferem do modelo das *pandectas* alemãs, que não aceitavam que fosse usada uma valoração vinda de fora do Direito, como critérios pessoais do juiz; “tratava-se de uma questão política, isto é, os poderes são distintos, separados e juiz não faz lei; só aplica” (STRECK, 2018, p. 108). Aqui, no Brasil, a utilização de súmulas – conceitos sem coisas – como fórmulas abstratas, matemáticas, para solucionar todos os casos, tem origem na criação judicial do Direito. Não são os eruditos que criam os conceitos sem coisas, como na Alemanha, mas sim os próprios juízes.

Consolidando a crítica às súmulas, Streck e Abboud (2013) referem que, na medida em que a súmula é feita para resolver casos futuros, e nisso reside um equívoco hermenêutico de fundamental importância, o senso comum passa a imaginar que a utilização da súmula vinculante teria a função precípua de transformar os casos difíceis (que exigem exaustiva interpretação) em casos fáceis (que em razão do texto sumular passariam a ser solucionados de forma automática via subsunção). Ou seja, a súmula viria para facilitar a vida do intérprete que poderia utilizar a dedução para solucionar milhares de processos de uma só vez, por que agora eles são “fáceis”, bastando, então, a subsunção.

Por fim, conforme refere Streck (2018A), aceitando as súmulas vinculantes, é necessário compreendê-las no sentido de que vinculam tanto mais quanto mais fundamentadas sejam as suas decisões ou razões decisórias, num receptáculo de orientação

povoado não por uma lógica matemática, mas por uma justeza hermenêutica tributária da faticidade ínsita ao direito, num *continuum* de procedência atestado mediante pautas de equanimidade (*fairness*). Portanto, ao mesmo tempo, conforme refere o autor, é equivocado sustentar que o sistema jurídico brasileiro está se transformando em um sistema de precedentes.

As súmulas não são as únicas criações judiciais hoje criticadas no direito pátrio. Outra construção próxima, que parece querer voltar ao século XIX, são os fóruns de enunciados, criados por variadas instituições jurídicas.

Neste sentido, Rosa e Streck (2017) referem que, com todos os avanços paradigmáticos, os juristas adoram, ainda hoje, fazer enunciados, que, assim como as súmulas, são conceitos sem coisas. Enfim, nada mais, nada menos do que a tentativa metafísica de encontrar respostas antes das perguntas. Segundo os autores, o Brasil, por vezes, parece esquecer que já não é de agora que não se opera mais em um paradigma metafísico ontoteológico.

Enunciados são problemas sérios; são, acima de tudo, um dribble na lei e na Constituição sem qualquer autorização para tal. Já fazer depender de número de vagas e da adesão ou não do juiz da vara a um projeto, é uma capitulação. É uma tentativa de resolver problemas sem enfrentar os problemas (STRECK, 2017).

Outra nova discussão, similar à questão das súmulas e dos enunciados, também foi motivada com a edição do novo Código de Processo Civil, de 2015. Trata-se da adoção de um sistema de precedentes, cuja aproximação às correntes alemãs, atualmente, é ofuscada em função de sua proximidade com o sistema de precedentes da *comon law* norte-americana³⁴⁹. O precedente, em sentido lato, é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos; e, em sentido estrito, pode ser definido como sendo a própria *ratio decidendi*, que, por sua vez, são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi (DIDIER JR, 2017).

Segundo Marinoni (2014), a justificativa, ou melhor, a eticização dos precedentes implica ver que o respeito aos precedentes é uma maneira de preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito, assim como de viabilizar um modo de viver em que o direito assume a sua devida dignidade, na medida em que, além de ser aplicado de modo igualitário, pode determinar condutas e gerar um modo de vida marcado pela responsabilidade pessoal.

Para a confirmação dos ideários dos processualistas acima, é necessário que o sistema de precedentes, previsto nos arts. 926-928, do novo CPC, não seja enquadrado como uma modalidade de “direito jurisprudencial”, mas, simplesmente, um esforço legislativo para criar maior consistência e previsibilidade nas decisões exaradas do Poder Judiciário. Basicamente, reforçam os precedentes das cortes superiores – o Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e o Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional –, que deverão ser observados pelos juízes e tribunais, de maneira que toda divergência em relação à jurisprudência pacificada terá de ser fundamentada adequada e especificamente, considerando os princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia (TRINDADE, 2016).

Não se deve ler o CPC como um sistema de *stare decisis* ou simplesmente como “sistema de precedentes” à brasileira. Na realidade, ele cria e potencializa uma vertical modalidade vinculatória de diversos provimentos elencados no art. 927 do CPC, em relação ao qual deve-se utilizar o ferramental da hermenêutica para a sua aplicação em conformidade com a principiologia constitucional, para superar uma aplicação silogística da lei e desalinhada com o caso concreto (ABBOUD; STRECK, 2016).

No entanto, Motta e Ramires (2016) afirmam que, para funcionar, um sistema de aplicação de precedentes deve ter em conta a distinção entre texto e norma, ou mais especificamente, a percepção de que o sentido de um precedente não se esgota com o sentido que lhe imprimiu o julgador que o decidiu, pois, aquele

juiz, afinal, só pretendia resolver um caso concreto, não uma infinidade de outros.

A dificuldade que pode haver no estabelecimento do que, em uma decisão passada, é extensível aos casos futuros decorre justamente do fato de que, mesmo na *common law*, os precedentes judiciais nunca são elaborados para resolver casos futuros. Uma resposta não pode ser dada para responder a outras perguntas que não a sua própria, pois isso implicaria uma autonomização do enunciado, “estabelecendo-se, assim, uma universalidade, com o escondimento da singularidade do caso”. O precedente “não é uma regra abstrata, mas uma regra intimamente ligada aos fatos que lhe deram origem, razão pela qual o conhecimento das [suas] razões é imprescindível” (MOTTA; RAMIRES, 2016, p.105).

No mesmo sentido, Streck e Abboud (2016) referem que, do ponto de vista democrático, não há nenhum avanço em trocar o obsoleto paradigma de juiz-boca-da-lei por um juiz-boca-dos-provimentos-vinculantes-dos-tribunais-superiores. Assim, alertam os autores para a importância do art. 926, do CPC, que refere que é dos conceitos de coerência e integridade, no sentido do crescimento da substância dos julgados e não de suas ementas formais, que poderá exsurgir um modo de combater uma verticalização sistêmica dos julgamentos. Na aferição da coerência e da integridade, a atitude do intérprete é substancialista e não meramente procedimental. Os autores acreditam que o modo como o Código tenta importar o sistema do *stare decisis* do *common law* é apressado e inadequado, pois o precedente judicial nos países de tradição anglo-saxônica funciona como ponto de partida para a discussão e resolução da lide e, nos países do *civil law*, essa função é desempenhada pela própria legislação. Sua aplicação exige intensa interpretação e realização do contraditório entre as partes. Além do risco do engessamento hermenêutico, o grande perigo dessa aposta desmedida no efeito vinculante se opera a partir de uma visão simplista de que os Tribunais Superiores estão habilitados a, primeiro, formular teses em

abstrato e, segundo, julgar levando em conta essas teses, obnubilando os casos concretos, além de, em muitos casos, o julgamento atropelar os limites semânticos do texto legal.

Infelizmente, estes traços marcantes do sistema de precedentes, com teses abstratas e de mero encaixe, sem considerar o caso concreto, lembram o modelo de Puchta e da Jurisprudência dos Conceitos, claro que, assim como as súmulas, partem do Judiciário, um canal diferente do utilizado na corrente alemã, mas com o mesmo objetivo (e equívocos).

Na Alemanha, foi o “segundo” Ihering que combateu o construtivismo da Jurisprudência dos Conceitos, firmando as bases para uma nova corrente, mais aberta à realidade “fora do texto”, que foi denominada de Movimento para o Direito Livre, que teve na Jurisprudência dos Interesses seu movimento mais brando. Não que no Brasil se tenha um movimento similar, que denote as críticas às evidências de aproximação ao formalismo e que busque inspiração no Direito Livre, ou seja, um movimento que critica a “Jurisprudência dos Conceitos à brasileira” e que, como Ihering, busca uma abertura para fora destes textos. Aqui, verifica-se diferente, ao mesmo tempo da adoção da concepção formalista, a criação judicial brasileira – que inclusive é a base do atual formalismo –, em alguns momentos, lembra o pensamento secular alemão também da Jurisprudência dos Interesses.

Claro que, conforme refere Heck (1999), expoente da Jurisprudência dos Interesses, a construção do positivismo é o resultado de um direito jurisprudencial. Afirma o autor que os códigos e legislações clássicos são baseados em respostas a determinados casos concretos, que demandaram um avaliação e vinham servindo (essas respostas) a atender a solução de novas demandas. *“Así se formó, lentamente, un sistema de derecho positivo, con la ordenación de las regras en torno a ciertos conceptos y con la percepción, cada vez más clara, de los principios a que responden las soluciones”* (HECK, 1999, p. 13). Mas não é essa construção (ou sua continuação) que está acontecendo no direito brasileiro, mas

sim um processo de construção judicial, com base num protagonismo judicial, que inclusive tem decisões *contra legem*.

Antes, somente retomando as correntes alemãs, nessa construção positivista e conforme explorado anteriormente, a Jurisprudência dos Interesses entende que o legislador não consegue englobar toda realidade social, reconhecendo ao juiz a atribuição para exercer a complementação dependente e valorativa, com vistas a atender ao caso concreto. Assim, difere da Jurisprudência dos Conceitos, que basicamente pregava a subsunção, e também do Movimento para o Direito Livre, que possibilita a decisão judicial segundo livre estimação (HECK, 1999).

Neste contexto, verificando a criação judicial do Direito no Brasil, saltam aos olhos, especialmente, na análise de algumas decisões judiciais, uma abertura para a realidade “fora do texto”, como acontecia na proposta da Jurisprudência dos Interesses e no Movimento para o Direito Livre. Streck (2017A) vem defendendo que essa derrocada começou “quando o primeiro professor entrou na sala de aula após o dia 5 de outubro de 1988 e gritou para os alunos: ‘– o juiz boca da lei morreu e agora nasce o juiz dos valores e dos princípios’. Começava a erodir (carcomer) a Constituição Federal”. Entende o autor que o sistema jurídico foi substituído pelo “sistema moral” (entendido *lato sensu* como o conjunto de crenças, convicções, subjetividades dos indivíduos e da coletividade), no qual não se concorda com as leis e se assume postura “tipo direito livre”, “jurisprudência dos interesses”, “valores”, etc.

Metade da herança para amante, prisões preventivas sem prazo, prisões decretadas em sede de *Habeas Corpus*, mandados de busca coletivos em favelas, a operação “lava jato”, na qual já há cumprimento de penas sem denúncia e sem processo (e sem condenação), são exemplos reais e brasileiros de decisões deste “sistema moral”, que aqui também é chamado de ativismo judicial. Entende-se que decisões *contra legem* são práticas ativistas, porque o juiz se assenhora da lei e coloca os seus juízos pessoais no lugar

dos do constituinte e/ou do legislador ordinário, assim como também é ativista a decisão que confunde explicitamente os conceitos de texto e norma, remetendo o direito aos cânones formalistas.

O ativismo judicial, com o protagonismo do juiz, não é tema específico do presente artigo, sendo utilizado somente como parâmetro para a aproximação com as correntes alemãs. No entanto, é importante, neste momento, referir a diferença entre o ativismo judicial e a judicialização da política. Streck (2018A) refere que essa dificuldade conceitual deve ser enfrentada, especialmente porque vive-se sob um regime democrático, cujas consequências do ativismo podem ser muito prejudiciais. Segundo o autor, a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais Poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos.

Neste sentido, retomando o pensamento de Heck (1947, p. 189), independente do movimento, “as reformas do direito têm sempre desvantagens [...] O aperfeiçoamento do direito não se efetua sem afetar a estabilidade, tanto quando se realiza por via autoritária como, e muito principalmente, quando é realizada por juízes”. Caenegem (2010, p. 91), de certa forma, complementando, refere que “o Direito produzido pelo juiz será tão bom quanto os juízes que o produziram (dificilmente poderia ser melhor)”. Por fim, cabe ainda mencionar Streck (2012A), que refere que o direito não é aquilo que o Judiciário diz que é, bem como também não é/será aquilo que a doutrina diz que é, quando compila a jurisprudência a partir de um repertório de ementários ou enunciados com pretensões objetivadoras. Do mesmo modo, o direito não é recheado de conceitos.

As evidências – súmulas, enunciados, precedentes, decisões *contra legem* – possibilitam a comparação da atual criação judicial do direito brasileiro às intenções propostas pelas correntes de pensamento da Alemanha, que remontam o século XIX e início do século XX – Jurisprudência dos Conceitos e Jurisprudência dos Interesses. Modelos que foram ultrapassados, sendo “melhorados”, na sua origem (ao menos), por outras teorias, mas que aqui, no Brasil, ainda influenciam fortemente (e equivocadamente) o Direito, especialmente o Judiciário do país.

5. CONCLUSÃO

Na sua obra clássica *Juízes, Legisladores e Professores*, Caenegem (2010) questiona o que é melhor: o Direito dos precedentes, construído por juízes, o Direito das leis, feito por legisladores, ou o Direito dos Livros, editado pelos doutrinadores? Na sequência, o autor desenvolve cada uma das bases apontando defeitos e qualidades históricas destes modelos, que, em diferentes momentos, foram (e são) decisivos na formação do atual sistema jurídico, independente do país que se utilizar como fonte. No entanto, como bom historiador jurídico, não indica qual o melhor “modelo”, até porque não necessariamente os sistemas normalmente adotam um único padrão, mas uma construção mista.

No Brasil, por acompanhar a família da *Civil law*, a legislação sempre foi o norte do Direito. No entanto, especialmente em tempos recentes, um outro autor vem ganhando protagonismo: o Judiciário. A criação judicial do Direito, no Brasil, vem sendo evidenciada e enaltecida, deixando muitos doutrinadores (talvez só esses) preocupados.

Baseadas em criações judiciais formalistas, algumas das “inovações” brasileiras recentes – súmulas vinculantes, enunciados e o sistema de precedentes, por exemplo – preocupam justamente pela aproximação que tem com a Jurisprudência dos Conceitos, corrente do pensamento alemão, que limitava a atuação do juiz e

tinha como base as pandectas, que são conceitos sem coisas, ou seja, conceitos que pretendem abarcar todas as hipóteses de aplicação futuras, sem qualquer reflexão doutrinária, e com o sacrifício da faticidade, o esquecimento do mundo prático. Neste sentido, caso o Direito brasileiro não conseguir ver as súmulas, os enunciados ou os precedentes como suporte para a interpretação do juiz para a análise do caso concreto, mas passar a exigir a subsunção destas modernas pandectas, ter-se-á um terrível retrocesso tedesco.

Outro aspecto a ser observado (e duramente criticado) em solo brasileiro, é a “livre” atuação do juiz, que, inclusive, com decisões *contra legem*, vem implementando um ativismo judicial eivado de decisões com base num “sistema moral”, típicos de modelos superados da Jurisprudência dos Interesses e do Movimento do Direito Livre.

Com base neste cenário, no qual se retoma a antiga (e sempre presente) discussão da função do intérprete (juiz) no Direito, o presente artigo questiona, como problema central, se há evidências na criação judicial do Direito no Brasil que permitem uma aproximação e uma comparação com as escolas alemãs do século XIX e início do século XX, conhecidas como Jurisprudência dos Conceitos e Jurisprudência dos Interesses. Assim, conforme se verifica ao longo do desenvolvimento do presente texto, confirma-se parcialmente a primeira hipótese, que refere que a atual criação judicial do Direito no Brasil é a reconstituição das correntes de pensamento da Jurisprudência dos Conceitos e da Jurisprudência dos Interesses.

A confirmação parcial deve-se ao fato das criações judiciais brasileiras terem algumas peculiaridades, especialmente do fato de partirem do Judiciário, enquanto que na Jurisprudência dos Conceitos partiam dos eruditos. Além disso, alguns modelos tem como base (ou pelo menos acreditam ter) outras influências, como, por exemplo, as súmulas, que teriam grande influência das *stare decisis*, entendidos como precedentes de força vinculante,

presentes no direito norte americano, onde vige o chamado *common law*.

Entretanto, ao mesmo tempo e mesmo com os destaques acima, infelizmente, há claras evidências na criação judicial do Direito no Brasil que permitem uma aproximação e uma comparação com as escolas alemãs do século XIX e início do século XX, conhecidas como Jurisprudência dos Conceitos e Jurisprudência dos Interesses.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRAGA, Rogério Piccino; NEME, Sérgio Aziz Ferrareto. **Súmulas vinculantes**: um retorno à jurisprudência dos conceitos? Filosofia do direito I [Recurso eletrônico in-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; Coordenadores: Fernando Galindo Ayuda, Leonel Severo Rocha, Renato César Cardoso. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 ago. 2018.

CAENEGEM, R. C. Van. **Juízes, legisladores e professores**. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de António Manuel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2.ed. Fundação Colouste Gulbenkian: Lisboa, 1995.

HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho.** Tradução de Manuel Entenza. Granada: Editorial Comares, 1999.

HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses.** Tradução de José Osório. São Paulo: Acadêmica: Saraiva, 1947.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia:** síntese de um milênio. Almedina: Coimbra, 2015.

IHERING, Rudolf Von. **A Finalidade do Direito.** Campinas: Bookseller, 2002.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito.** Trad. João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

IHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano.** Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba Editora, 1943.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.** São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes.** 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MIOZZO, Pablo Castro. **O problema da criação judicial do direito: da jurisprudência dos conceitos a Hans Kelsen.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica – ISSN 1980-7791

MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. **O novo Código de Processo Civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade?** IN: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coords.).

Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão e História**: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial. 2013. Tese (Doutorado em Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2013.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ROCHA, Sérgio André. **Evolução histórica da teoria hermenêutica**: do formalismo do século XVIII ao pós-positivismo. Revista *Lex Humana*, Universidade Católica de Petrópolis, nº 1, 2009. Petrópolis. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/33902/1/LH1-1_artigo6.pdf?ln=pt-pt>.

ROSA, Alexandre Moraes da; STRECK, Lenio Luiz. **Mesmo que a lei seja clara, sempre cabe...um enunciado: bingo!** 09 set. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-09/diario-classe-mesmo-lei-seja-clara-sempre-cabeum-enunciado-bingo>>. Acesso em: 07 ago 2018.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **Art. 927**. IN: STRECK, Lenio Luiz;

NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). Comentários ao código de processo civil. Coordenador executivo Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **A frase “faça concurso para juiz” é (e) o que restou do processo penal**. 09 mar. 2017A. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-09/senso-incomum-frase-faca-concurso-juiz-restou-processo-penal>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Letramento: Belo Horizonte, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018A.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012A.

STRECK, Lenio Luiz. **Os enunciados do Fonacrim, os falsos dilemas e o problema das prisões**. 24 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-24/senso-incomum-enunciados-fonacrim-falsos-dilemas-problema-prisoas>>. Acesso em 07 ago. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRINDADE, André Karam. **O controle das decisões judiciais e a revolução hermenêutica no direito processual civil brasileiro**. IN: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coords.). *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1967.

[320] Doutora em Direito pela UNISC/RS; Professora dos Programas de Pós-Graduação em Ambiente e Desenvolvimento, PPGAD, e em Sistemas Ambientais Sustentáveis, PPGSAS, ambos da Universidade do Vale do Taquari – UNIVATES.

[321] Doutorando em Direito Público, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS; Mestre em Direito Público pelo mesmo PPGD; Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Vale do Taquari – UNIVATES; e-mail: jwillig@univates.br

[322] Segundo Bobbio (1995), no formalismo jurídico a concepção formal do direito define portanto o direito exclusivamente em função da sua estrutura formal, prescindindo completamente do seu conteúdo – isto é, considera somente como o direito se produz e não o que ele estabelece.

[323] “Da ética de Kant (que, em si mesma, não era de modo algum formal) provém, portanto, um dos veios principais do formalismo científico, ou seja, do positivismo científico que havia de transformar o *usus modernus* tardio numa ciência autônoma do direito positivo” (WIEACKER, 1967, p. 402).

[324] “Entre os numerosos representantes da *Historische Schule*, uns referem-se sobretudo ao direito germânico (Eichhorn, Jacob Grimm, Beseler), outros ao direito romano, tal como tinha sido recebido na Alemanha (Hugo, Savigny, Puchta)” (GILISSEN, 1995, p. 515). Segundo Hespanha (2015, p. 412), “a romanística, como Savigny e Jhering reconhecem, estava mais adiantada do que a germanística nessa reconstrução do espírito (do “sistema”) do direito. Isto explica a atenção dedicada por Savigny ao direito romano, ao direito romano medieval e ao *usus modernus* do direito romano na Alemanha, bem como o fato de ter ensaiado uma construção orgânica do direito da tradição romanística que ele expressamente identificava com o direito comum do Império Alemão”.

[325] Thibaut lançou diversos escritos polêmicos sobre a discussão da codificação do direito, destacando-se *Sobre a necessidade de um direito civil geral para a Alemanha* (1814), no qual exprime a posição da chamada “escola filosófica do direito” e que motivou a posição contrária de Savigny. O escrito “começava falando do renascimento da nação alemã, fazendo o elogio do povo alemão e indagando o que deveriam fazer os príncipes para favorecer esse processo de renovação. Uma das principais tarefas que o autor atribui aos soberanos alemães é precisamente a de promover a codificação do direito” (BOBBIO, 1995, p. 58).

[326] A Escola Histórica outorgava à doutrina, através dos intelectuais e literados, a função da revelação organizada e sistemática do espírito do povo, o que fez com que o direito dessa Escola se identificasse com um *Professorenrecht* (direito dos professores) (HESPANHA, 2015).

[327] Na França, segundo Caenegem (2010), a figura proeminente para a criação e aplicação do direito é o legislador, pois os juízes e doutrinadores eram vistos com desconfiança.

[328] “Savigny passou a considerar como fonte originária do Direito não já a lei, mas a comum convicção jurídica do povo, o 'espírito do povo' – o que aconteceu, pela primeira vez, no seu escrito *Vom Beruf unserer Zeit*” (LARENZ, 1997, p. 13).

[329] “Também o direito já não podia ser agora entendido como produto racional do legislador estadual [...] Antes aparecia, como parte da cultura global, como um 'tranquilo' desabrochar a partir do inconsciente dos povos – tal como as 'canções populares' ou a 'épica popular' românticas surgem inconscientemente, como se 'se tornassem poesia por si mesmas” (WIEACKER, 1967, p. 408).

[330] Nas obras da maturidade de Savigny, o que veio a influir foi, além da perspectiva histórica, a ideia de sistema como sistema científico construído a partir dos conceitos jurídicos – ideia que serviu de ponto de arranque para a Jurisprudência dos Conceitos, em que não se deve incluir, ou então apenas com reservas, o nome do próprio Savigny (LARENZ, 1997, p. 19).

[331] Esta Escola dominou a ciência do direito na França e na maior parte dos países da Europa continental de 1830 a 1880; teve precursores; e ainda exerce, atualmente, uma profunda influência sobre o ensino (sobretudo sobre o do direito civil) e sobre a prática do direito. A Escola da Exegese, na França, teve duas grandes vitórias: o estatismo e o racionalismo. Estatismo: a concepção legalista consagra o culto do Estado-Deus e da soberania da nação; o legislador, sozinho, cria o direito. Racionalismo: as leis devem ser interpretadas racionalmente, logicamente; a experimentação, a história, o direito comparado, nada disso tem qualquer interesse para o jurista (GILISSEN, 1995).

[332] “Na Alemanha do princípio do século passado [XIX], o direito científico constitui a verdadeira alternativa ao direito codificado. Para os pandectistas a codificação já havia ocorrido uma vez e se referiam ao Código Justiniano. De agora em diante o desenvolvimento do direito devia ser realizado não tanto pelo legislador quanto pelo jurista” (BOBBIO, 1995, p. 122).

[333] “Não é pela audácia e pela originalidade, mas pela objetividade trabalhada, pela formulação classicamente harmônica e concludente dos resultados e pela influência dominadora sobre a jurisprudência e legislação do seu tempo, que ficou célebre o jurista mais citado até aos dias de hoje, Bernhard Windscheid” (WIEACKER, 1967, p. 509).

[334] Windscheid mantinha a teoria de Puchta acerca da pirâmide de conceitos, todavia, alçava ao vértice seu conceito supremo como eminentemente psicológico, entendido como um ato de vontade (BRAGA; NEME, 2015, p. 527).

[335] Na Ciência do Direito afirmou-se no começo do século XX, com o chamado Movimento do Direito Livre, de que pode considerar-se precursor o escrito de Oskar Bülow, aparecido em 1885, com o escrito intitulado Lei e Função Judicial. “A ideia básica do texto é a de que cada decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma atividade criadora de Direito” (LARENZ, 1997, p. 78).

[336] Segundo Miozzo (2011), no interior do movimento há, em linhas gerais, duas tendências, uma menos radical que outra, com relação à medida de vinculação ao Juiz do Direito posto e, portanto, ao alcance da criação do Direito. Justamente no que tange estes limites se discute a possibilidade de criação *contra legem*.

[337] “Não pode, contudo, deixar de se sublinhar a ênfase que este movimento deu à natureza política da decisão do juiz (do jurista), insistindo na responsabilização pessoal que lhe está inerente e, com isto, no compromisso ético e social do juiz quando decide, compromisso que tinha sido escamoteado pelo positivismo, ao apresentar o juiz como um autômato executor da lei ou dos princípios científicos do direito” (HESPANHA, 2015, p. 459).

[338] Os “interesses” também são a base da crítica a esta escola, especialmente na falta de determinação quanto ao delineamento dos critérios para o estabelecimento dos interesses que nortearão o aplicador da norma. Segundo Larenz (1997, p. 69): Desta maneira, o ‘interesse’ é tanto objecto como critério de valoração, como ainda ‘factor causal’ – o que constitui uma falta de clareza não só do ponto de vista terminológico, mas também uma seqüela da ‘teoria genética dos interesses’, que constantemente se sente como elemento perturbador nas explanações de carácter metodológico.

[339] “La objetiva especificidad de la jurisprudencia de intereses consiste en el esfuerzo de principio por reducir las nociones normativas que constituyen el derecho a la imbricación de esas disposiciones reivindicativas, y por colmar las lagunas de la ley teniendo en consideración todas las disposiciones reivindicativas afectadas en cada caso” (HECK, 1999, p. 70).

[340] “A maior parte das vezes dá-se, nesses casos, à integração das lacunas, o nome de aplicação de preceitos por analogia” (HECK, 1947, p. 182).

[341] Bobbio (1995) reforça afirmando que a diferença entre estes dois modos de conceber a ciência jurídica (Jurisprudência dos Conceitos *versus* Jurisprudência dos Interesses) não é somente de natureza teórica, mas tem também importância prática, pois pode resolver de modo diferente questões jurídicas concretas.

[342] Wieacker (1967, p. 515) aponta outro ponto de partida da segunda fase de Ihering, referindo que, “a partir dos fins dos anos cinquenta, desenvolveu-se em Ihering uma autodestruição massiva da jurisprudência dos conceitos expressa pela primeira vez nas anônimas *Vertrauliche Briefe*, onde se denuncia o abuso da jurisprudência dos conceitos ou construtiva”.

[343] Segundo Bobbio (1995), Ihering define quatro categorias fundamentais de ações humanas: o *ganho* e a *coação*, que caracterizam respectivamente a esfera do econômico e a esfera do jurídico – a atividade econômica é uma atividade dirigida para a obtenção de um ganho; a jurídica é dirigida para evitar uma consequência desagradável (a pena) –, e o *sentimento do dever* e o *amor* que caracterizam as esferas das atividades éticas.

[344] “Ora a sociedade, assim latamente entendida, precisa, para a segurança das suas condições de existência, de uma regra de comportamento individual observada de maneira estável, regra para cuja imposição se cria no Estado um poder coactivo. Esta regra – a forma de asseguramento, criada através do poder coactivo estadual, das condições de existência da sociedade – é o Direito” (LARENZ, 1997, p. 60).

[345] As súmulas de efeito vinculantes surgiram, no Brasil, em função de uma grande influência das *stare decisis*, entendidos como precedentes de força vinculante, presentes no direito norte americano, onde vige o chamado *common law* (BRAGA; NEME, 2015).

[346] Expressão utilizada por BOBBIO (1995), que refere que o *paleo positivismo* é representado pela corrente francesa conhecida como escola da exegese, bem como pela Jurisprudência dos Conceitos alemã.

[347] Mancuso (1999, p. 286) refere que “antes do advento da súmula vinculante no contexto constitucional, a jurisprudência, isto é, a sucessão de acórdãos de análogo teor acerca de um mesmo assunto, se continha nos lindes de um meio suplementar de integração do Direito, ainda quando pudesse dar ensejo a uma súmula, ou seja, a um extrato de entendimento predominante num dado Tribunal, tomado sob *quorum* qualificado (CPC, art. 479). É que, tirante a hipótese de súmula vinculante, a jurisprudência, *tout court*, ainda que sumulada, se torna impositiva apenas sob dois enfoques: para o próprio Tribunal [...] e em face do caso concreto em que fora suscitado o incidente de uniformização”.

[348] Ramires (2010) ainda refere que, outro grande incentivo a essa “abstrativização” do conhecimento jurídico veio da sistemática recursal brasileira, onde nas instâncias superiores é vedada a rediscussão de matérias de fato, a exemplo da Súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça.

[349] “Há de se ter presente que, do ponto de vista da tradição, ou do estilo jurídico, continuamos a ser um país vinculado à família romano-canônica, cuja fonte primária do direito é a lei. Os dispositivos do NCPC citados acima não autorizam nenhuma conclusão de que estaríamos incorporando entre nós alguns elementos da tradição do *common law*. Instrumentos de vinculação já existentes em nossa ordem jurídica – e que, de alguma maneira, acabaram reforçados pela nova codificação – são tão estranhos à tradição do *common law* quanto à própria ideia de total vinculação da decisão judicial à lei, e a conseqüente relação legislativo-judiciário, predominante na cultura romano-canônica (TRINDADE, 2016, p. 55).

A FRAUDE À EXECUÇÃO NAS SITUAÇÕES DE INSOLVÊNCIA E A SIMULAÇÃO NO PRISMA DA LEI 13.097/15

Adelino Borges Ferreira Filho³⁵⁰

Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral³⁵¹

Resumo: Com a nova legislação sob análise e o advento do Novo Código de Processo Civil, questiona-se a possibilidade e eficácia da simulação nos negócios de compra e venda de ativos imobiliários e o reconhecimento de fraude à execução, com a alteração do paradigma, que exige maior zelo do credor. Torna-se fundamental o reconhecimento do *consilium fraudis* como elemento viciador do negócio jurídico simulado. Delimitado o objeto e o objetivo, apresenta-se o método hipotético-dedutivo para verificar o amoldamento da proposição-tese à questão problema suscitada. Verifica-se que a simulação, caracterizada pelo *consilium fraudis* é imperativo do reconhecimento da fraude à execução.

Palavras-chave: Fraude à execução; Simulação; Lei 13.097/15; Registro da Penhora; Zelo do Credor.

1. INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor do CPC/15 e sua base principiológica, ampliou-se de forma exponencial a interface do Direito Processual Civil com as demais áreas jurídicas, sobretudo, com o Direito Negocial. A velocidade e a rapidez com que os negócios jurídicos se operam atualmente exigem das partes, do judiciário e do

legislador respostas e condutas mais rápidas e apuradas, com vistas a dar o rápido andamento que se espera da esfera negocial. Em razão disto é que houve significativa alteração na disciplina processual da fraude à execução, a qual guarda significativa interação com a simulação do negócio jurídico, onde a manifestação de vontade do adquirente é viciada pela ocultação da real intenção do negócio: a evasão patrimonial do devedor.

Já com o advento da Lei 13.097/15, passou-se a exigir um cuidado muito maior do credor para com o seu crédito, sobretudo no que diz respeito aos bens imóveis sujeitos a registro. Anteriormente, a mera citação do devedor em processo de execução, poderia ensejar o reconhecimento de fraude contra a execução em razão de qualquer bem que viesse a deixar o rol de ativos da empresa ou da pessoa física após a citação. Com o advento da nova legislação, os bens imóveis sujeitos a registro, poderão ser livremente alienados, ainda que haja citação válida do devedor em processo de execução, sem que haja o reconhecimento de fraude à execução. Agora, para o reconhecimento desta é necessário que o credor registre a citação no órgão competente (ex. registro de imóveis), para que os bens não possam ser livremente dispostos. Passou-se do paradigma da fraude ao paradigma do dever de diligência com o próprio crédito, em razão de conferir maior celeridade e agilidade a seara negocial, transferindo ao credor a responsabilidade acautelatória do crédito, reduzindo desta forma, substancialmente, o dever de cautela do adquirente e as obrigações dos serviços notariais.

Neste viés, surge como questão problema a possibilidade de simulação de negócios jurídicos de compra e venda de ativos imóveis, por parte de devedores empresariais para resguardar o patrimônio das empresas e até mesmo, seu patrimônio pessoal. À luz do Novo Código de Processo Civil e da Lei 13.097/15, bem como em relação aos vícios sociais do negócio jurídico, pretende-se aportar o instituto do *consilium fraudis* como elemento caracterizador (na presença da simulação) para autorizar, ainda que ausente o registro de citação em processo executivo, o

reconhecimento da fraude à execução. Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo para verificar o amoldamento da proposição-tese à questão problema suscitada, justificada a presente pesquisa pela relevância temática no que diz respeito aos impactos na esfera negocial e processual, decorrentes da aplicação da Lei 13.097/15 para revestir de legalidade determinados negócios jurídicos viciados pela simulação, que poderiam afastar pretensões creditórias legítimas em razão de atuação desleal de uma das partes do negócio.

2. A FRAUDE À EXECUÇÃO SOB O PRISMA DA LEI 13.097/15 E DO CPC/2015

Após a breve contextualização trazida, passa-se à análise dos aspectos inovadores da Lei 13.097/15, dentre os quais, importa ao presente estudo a exigência de averbação da citação válida do devedor em processo executivo, pelo credor, para que se possa falar em fraude à execução. Assim dispôs a referida norma:

Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:

I – registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias.

Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel (PLANALTO, LEI 13.097, 2015).

Já o Novo Código de Processo Civil de 2015, traz igualmente importantes apontamentos sobre a temática em análise, aqui colacionadas:

Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

I – quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

II – quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828;

III – quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;

IV – quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;

V – nos demais casos expressos em lei (PLANALTO, LEI 13.105, 2015).

E prossegue a Lei Processual, quanto aos ditames específicos aplicáveis:

§ 1º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente.

§ 2º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem.

§ 3º Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação

da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.

§ 4º Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias (PLANALTO, LEI 13.105, 2015).

Com esta nova regra aplicada aos casos práticos, surge como possibilidade, a alienação de bem imóvel por parte de devedor, após a citação em ação executiva, sem ofensa à norma jurídica. Anteriormente, tal alienação só poderia ser feita, acompanhada das certidões de feitos distribuídos e havendo ações executivas distribuídas, estaria impedido o devedor de alienar seus bens, assim como, não poderia ser considerado o terceiro como de boa-fé diante destas circunstâncias.

A má-fé, nestes casos, seria presumida em razão do suposto dever de diligência do terceiro adquirente em obter as certidões de feitos ajuizados no momento da tradição do bem. E é neste ponto que surge certo empasse doutrinário e jurisprudencial, em especial, quanto ao ânimo negocial das partes, objeto de análise do presente estudo.

A ruptura com o antigo paradigma de presunção de má-fé quando da realização de negócios jurídicos havidos por devedor que sabidamente (por meio de citação) possui ações executivas contra si, leva a um novo prisma processual e negocial: o da relativização da má-fé em razão do próprio dever de diligência atribuído ao credor pelas normas em análise.

Ao obrigar que o credor registre as situações jurídicas na matrícula do imóvel para que estas sejam oponíveis perante terceiros, o legislador criou obrigação nova na seara creditória, retirando do terceiro adquirente o dever de cautela em relação à realização do negócio jurídico. Isto, apesar de prover grande agilidade aos negócios, acaba por deixar uma lacuna, que pode ser explorada por devedores que pretendem ocultar ou resguardar bens de forma escusa, revestindo negócios jurídicos simulados de legalidade aparente, conforme será verificado.

Antes de avançar na análise da simulação do negócio, se faz pertinente o estudo topográfico das principais correntes doutrinárias quanto à interpretação dos dispositivos legais pertinentes.

Ao analisar o tema, Leonardo Brandelli (2016, p. 106-108) afirma que o CPC/2015, “em seu art.792, juntamente com o art.54 da Lei 13.097/2015” trouxe um “novo relevo jurídico” à temática da fraude à execução. Conclui seu entendimento em razão de que “não é possível haver alguma situação jurídica que seja oponível contra terceiros que não participaram da relação jurídica que a engendrou, sem que tais terceiros não tenham tido a possibilidade de dela tomar conhecimento”.

Em prosseguimento, é categórico o autor:

Em matéria imobiliária, o Registro de Imóveis é o órgão de publicidade. É nele que se concentram todas as informações acerca de imóveis, que permitem que a pessoa interessada tome delas conhecimento facilmente assim que desejar, razão pela qual de tal publicidade decorre a cognoscibilidade. [...] Assim, fere a razoabilidade jurídica pretender imaginar que a existência de uma ação não publicizada registralmente possa ser oposta a um terceiro que dela não participa. Ele não tem o dever de conhecê-la, e a única diligência que lhe é exigida em se tratando de bens imóveis é a tomada de conhecimento do que consta no registro imobiliário, onde devem estar concentradas as informações jurídicas relevantes, inclusive processuais (art. 792 do NCPC e art. 54 da Lei 13.097/2015). [...] Desse modo, muito bem andou o legislador em levar a publicidade registral para o cerne do suporte fático da fraude à execução, transformando-a em um requisito essencial, sem o qual não pode haver o seu reconhecimento, salvo se a publicidade tiver in caso eficácia declarativa, e houver a prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento, antes de adquirir, da situação fraudulenta (BRANDELLI, 2016, p. 109).

Com base na posição doutrinária exposta, sustenta-se a possibilidade do terceiro adquirente apenas consultar as informações sobre o imóvel constantes da matrícula do Registro

Imobiliário – e não havendo o registro de quaisquer situações jurídicas oponíveis – comprovar sua boa-fé. A possibilidade de compilação, pelo serviço notarial, das informações jurídicas relevantes é outro ponto importante, dispensando outras diligências por parte do adquirente. Esta posição aponta para a superação do dogma doutrinário pretérito, no sentido da necessidade de obtenção do adquirente de outras certidões e diligências, tais como certidões do cartório distribuidor, protestos, certidões negativas da Justiça Federal e do Trabalho, dentre outras, para somente então, ser reputado como adquirente de boa-fé.

Ao comentar a necessidade de certidões adicionais da norma pretérita, de José de Mello Junqueira (2016, p. 64-65) assevera que:

Irrelevantes, e assim tem a prática confirmado, as certidões apresentadas perante o tabelião quando da lavratura de uma escritura de aquisição de direitos reais sobre imóveis, uma vez que não exaurem as hipóteses todas de eventual responsabilidade patrimonial da pessoa.

Daí porque a necessidade de os credores se preocuparem em garantir seus créditos separando este ou aquele imóvel, por meio da publicização registral de fatos que possam vir afetar o patrimônio do eventual devedor.

Consolida-se a tese de que devem ser concentrados no Registro todas as situações jurídicas que envolvem o imóvel, a ponto de não serem atingidos direitos de terceiros de boa-fé, se desconhecida a existência dessas ações por intermédio da publicidade registral.

Na mesma esteira prossegue o autor ao comentar o parágrafo único do artigo 54 da Lei nº 13.097/2015:

O dispositivo nos leva a afirmar que o legislador previu uma presunção de boa-fé e conseqüente eficácia do negócio se, quando de sua realização e registro, não constava restrição na matrícula do imóvel, não importando tenha o adquirente se descuidado da procura de existência de ações ou outras medidas restritivas ao patrimônio do alienante. [...] Pelo texto e termos incisivos do parágrafo único, 'não poderão ser opostas', afasta-se

qualquer discussão sobre a boa-fé do adquirente, presumindo-se existente. Essa é a principal consequência das medidas adotadas pela Lei 13.097/15, levando o intérprete a reconsiderar o alcance ao artigo 593 do Código de Processo Civil [atual artigo 792 do CPC/2015] (JUNQUEIRA, 2016, p. 65).

Já ao analisar o artigo 792 do CPC/2015 e compará-lo ao artigo 54 da Lei nº 13.097/2015, afirma que as averbações contidas nos registros são:

[...] instrumentos de garantia e segurança para os negócios jurídicos imobiliários que, segundo os fins protagonizados pela própria dicção da lei, prestam-se ao estabelecimento de mecanismos de proteção aos adquirentes e recebedores de direitos reais de garantia, desde que tenham por base os assentos registrais. [...] O Registro de Imóveis indica a coisa, sua propriedade e titularidade, o que, quem e o quanto do direito encerra, até prova bastante em contrário (art. 1.245 do Código Civil). Daí a necessidade de acobertá-lo e dotá-lo de segurança jurídica e credibilidade. Quem adquire com base em uma certidão registral, em princípio tem de ter segurança pelo que lhe foi informado, uma vez que se presume conhecido somente o que constou da certidão e consequentemente do registro e da matrícula (JUNQUEIRA, 2016, p. 67).

Os posicionamentos trazidos revelam nítida alteração de prisma quanto à matéria processual da fraude à execução: de um viés de presunção de má-fé, para um viés de presunção de boa-fé. E no centro desta alteração de polo, está a valorização da concentração dos atos registrais na matrícula.

Nesse sentido, José Miguel Garcia Medina (2015, p. 1070-1071) define:

Em se tratando de ação que deva recair ou de ato executivo que tenha incidido sobre bem sujeito a registro, a pendência do processo ou o ato construtivo devem ser levados a registro (cf. incs. I a III do art.792 do CPC/2015). [...] o art. 54 da Lei 13.097/2015, e, em alguma medida, também o art.792 do CPC/2015, adotam

o princípio da concentração [de] todos os atos ou fatos vinculados a determinado objeto [que] devem ser dados a conhecimento no mesmo órgão [reduzindo o envolvimento de outros] órgãos publicitários, quando tudo deveria convergir para uma única repartição. Sob esse prisma, como regra, só se reconhecerá a fraude à execução se realizada a averbação a que se referem os arts. 54 da Lei 13.097/2015 e os incisos dos arts. 792 do CPC/2015. [...] O CPC/2015, assim, em consonância com a Lei 13.097/2015, optou por proteger os interesses do terceiro que venha a adquirir bens do executado, exigindo, nos casos em que o bem se sujeite a registro, a averbação da pendência do processo ou do ato constitutivo para que a alienação ou oneração do bem possa ser considerada em fraude à execução.

Para o autor, o disposto no inciso IV do artigo 792 do CPC/2015 não tem o condão de alterar este entendimento:

Ressalte-se que a necessidade de averbação, no caso do inc.IV do art.792 do CPC/2015, em se tratando de imóveis, decorre do previsto no art. 54, IV da Lei 13.097/2015, e deve ser realizada em consonância com o que dispõem os arts.56 e 57 da mesma lei (MEDINA, 2015, p. 1071).

Guilherme Rizzo Amaral (2015, p. 825), ao analisar o mesmo artigo, aponta que, em sendo o caso de alienação ou oneração de bens, quando tramitava ação capaz de reduzir o devedor à insolvência, no caso de bens sujeitos a registro, aplica-se o contido na Súmula nº 375 do STJ, *in verbis*:

Não tendo sido averbada a existência do processo ou de ato de constrição no registro do bem previamente à alienação ou oneração, terá o exequente que comprovar a má-fé do terceiro adquirente.

Na jurisprudência pátria, diversos são os apontamentos para a evolução do entendimento anteriormente mencionado, dentre as quais, destaca-se inicialmente posicionamento exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde se determinou a

aplicação do artigo 792, inc. IV do CPC/2015 às hipóteses de bens não sujeitos a registro, em leitura sistêmica com o disposto no mesmo artigo, parágrafo 2º. A título exemplificativo, destaca-se os fundamentos jurídicos contidos na decisão do Agravo de Instrumento nº 2242367-65.2016.8.26.0000, da Colenda 12ª Câmara de Direito Privado, em 12/04/2017, sob a relatoria do desembargador Castro Figliolia, que, na exposição das razões do voto, aponta:

A sistemática desenhada pelo novo código demonstra inequívoca preocupação em proteger o terceiro adquirente de boa-fé, ao condicionar a caracterização da fraude à execução à prévia averbação da constrição ou da existência do processo junto ao registro do bem.

É certo que o inciso IV do dispositivo legal em referência não prevê a necessidade de averbação prévia. Contudo, considerado o disposto no §2º, a interpretação sistemática da norma conduz à conclusão de que o referido inciso diz respeito unicamente aos bens não sujeitos a registro. Para esses, dada a impossibilidade de averbação premonitória, deve o adquirente provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem. Se assim não fizer, presume-se que tinha conhecimento da existência da demanda contra o alienante capaz de reduzi-lo à insolvência a restar caracterizada a fraude de execução.

O inciso II do art. 792 acima transcrito faz menção ao art. 828, segundo o qual o exequente pode obter, no ato da distribuição da execução, certidão para averbação junto ao registro de imóveis, de veículos e de outros bens sujeitos à penhora.

Na mesma linha, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros acerca da penhora o art. 844 do CPC/2015 evidencia que 'cabe ao exequente providenciar a averbação do arresto ou da penhora no registro competente, mediante a apresentação de cópia do auto ou do termo, independentemente de mandado judicial'.

Se o exequente não tomar tais providências, o reconhecimento da fraude à execução exige a demonstração de má-fé da adquirente, conforme

entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula de nº 375 do Superior Tribunal de Justiça, editada antes do CPC/2015, mas que continua aplicável ao novo regime [...] (TJSP, Motivação do Voto no Agravo de Instrumento Nº 2242367-65.2016.8.26.0000).

Vale dizer, o ato de alienar ou onerar bem, na pendência de julgamento de ação capaz de reduzir o devedor alienante à insolvência, por si só, não é capaz de definir a existência de fraude à execução de forma autônoma, sendo necessário para tanto, que o exequente credor, faça prova da seara anímica do adquirente, para comprovar a existência de má-fé por parte deste.

Em outro posicionamento do mesmo TJSP, em sentido próximo, proferido pelo desembargador Luiz Antônio Costa, Apelação nº 1023339-33.2016.8.26.0576, em 19/12/2016, encontra-se a seguinte fundamentação:

Do conjunto probatório carreado aos autos, observa-se que o Embargante adquiriu o bem imóvel diretamente da executada, acautelando-se quando da aquisição ao realizar pesquisa junto ao Registro de Imóvel, onde constatada a inexistência de constrição sobre o bem.

Em princípio, só podem considerar-se ineficazes os atos de disposição ou oneração de bens em fraude à execução se os adquirentes tiverem conhecimento da existência do processo ou houver razões para que não pudessem ignorá-la.

Para manutenção da penhora em relação ao bem imóvel adquirido pelo Apelante deveria haver prova cabal de sua ciência acerca da tramitação da Ação de Execução de Título Extrajudicial contra a vendedora, fazendo com que desaparecesse a presunção de boa-fé existente em seu favor.

Esse entendimento, firmado na esteira de outras decisões, inclusive do STJ, foi recentemente sumulado naquela Corte (Súmula nº 375): "O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente".

Necessário destacar, ainda, que a má-fé não pode ser presumida, reclamando a exibição de prova bastante, inexistente nos autos.

Portanto, temos dos autos que: (1) a penhora não foi levada ao registro imobiliário antes da alienação; (2) não há comprovação de relações de parentesco, amizade ou subordinação entre o Apelante e a executada; e (3) não há comprovação de má-fé por parte do adquirente [...]. (TJSP, Acórdão na Apelação Nº 1023339-33.2016.8.26.0576).

Desta forma, percebe-se perfeitamente possível a aquisição de bem imóvel por terceiro adquirente, valendo-se somente da certidão do Registro de Imóveis, sem que presuma-se sua má-fé. Contudo, é recomendável e de bom alvitre a perquirição de demais certidões tradicionais, sempre que possível, como elemento complementar de comprovação da boa-fé negocial, ainda que não mais obrigatório.

3. A SIMULAÇÃO NA COMPRA E VENDA DE ATIVOS IMOBILIÁRIOS E A REVESTIDURA DE (I)LEGALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

Após a análise do compêndio legal e doutrinário pertinente ao objeto do estudo, passa-se à análise da presunção de boa-fé propriamente dita e suas possíveis implicações em relação à manifestação de vontade viciada por parte dos negociantes, em se tratando de aquisição de bem imóvel sujeito a registro.

É comum na experiência jurídica, diversos casos em que pessoas jurídicas na eminência de terem expropriados seus bens móveis e imóveis, começam a alienar seu patrimônio à terceiros, em busca de liquidar seus ativos financeiros imobilizados, ou até mesmo, em resguardar (à margem da lei) a posse de seus imóveis, com a transferência da propriedade à terceiro. Classicamente, estes atos negociais poderiam ser entendidos como fraude à execução, em razão da operabilidade da (já superada) presunção de má-fé do terceiro adquirente, em especial, daquele que não resguardasse a aquisição do bem por diversas certidões e documentos.

Com as alterações trazidas pela nova legislação, fica nítido que para haver oposição aos negócios jurídicos de bens imóveis, é

necessária a averbação das ações distribuídas, capazes ou não de levar o devedor à insolvência. Portanto, inexistente qualquer averbação na data de lavratura da escritura pública de compra e venda, inoponíveis são quaisquer situações jurídicas, em especial, a fraude à execução.

Desta posição decorre uma situação problema não verificada pelo legislador, consistente no objeto da pesquisa, ou seja, os negócios jurídicos simulados (ou até mesmo dissimulados) para ocultar bens imóveis da empresa devedora, resguardando bens que deveriam ser entregues para garantir a solvência de créditos.

Para tanto, colaciona-se definição de simulação que é a “discrepância entre a causa típica do negócio escolhido e a intenção prática pretendida em concreto” (BETTI, 1969, p. 373-375). Seria desta forma “uma declaração enganosa de vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado” (AMARAL, 2014, p. 564).

Definidos os conceitos pertinentes quanto à simulação, define-se esta como elemento central para a hipótese de reconhecimento de fraude à execução sob o viés da nova Lei, unindo-se à definição do *consilium fraudis*, tem-se que, o ônus de cautela imposto para a prevenção da fraude à execução, ao menos no que diz respeito a bens imóveis, passou a incidir de maneira mais pesada sobre o credor do que sobre o terceiro adquirente, cabendo àquele, para resguardar o seu crédito, providenciar o registro ou averbação, na matrícula do imóvel, de qualquer ato processual que possa vincular o bem, mais cedo ou mais tarde, à satisfação da dívida. Não estando essas informações consignadas na matrícula, presume-se a boa-fé do terceiro adquirente.

Conforme o entendimento de Bruno Mattos e Silva (2015, p.1):

[...] no que se refere à fraude à execução decorrente da existência de ação que possa levar o vendedor de imóvel à insolvência, há uma aparente conflito entre o dispositivo da Lei nº 13.097, de 2015 (que exige averbação e concedeu ao credor prazo para que ela seja efetuada) e o do novo CPC (que não exige expressamente averbação

ou registro, mas afirma que o ônus de obtenção das certidões não existe para bem sujeito a registro). Como se tratam de normas de igual hierarquia, pode-se entender que prevalece a disposição da lei mais nova. Contudo, a melhor técnica, no que se refere a imóveis (ao menos quanto aos imóveis com matrícula ou mesmo registro de propriedade anterior à Lei de Registros Públicos), deve prevalecer a norma mais específica, no caso, a Lei nº 13.097, de 2015.

O risco desta nova ótica legal e a nova sistemática de requisitos é o de propiciar a realização de negócios simulados para salvaguardar bem imóvel de devedor. E para que isto não ocorra, há que se ter uma relativização desta presunção de boa-fé em favor do terceiro adquirente.

Fredie Didier Junior (2016, p. 407) começa a elucidar a solução, ao afirmar que, nos casos em que a averbação não seja realizada, “cabará ao exequente o ônus de demonstrar que o terceiro adquirente tinha conhecimento da pendência do processo ou do ato constitutivo (na linha do enunciado n. 375 da Súmula do STJ)”.

Em prosseguimento, o autor sustenta que:

[...] se o bem não for sujeito a registro, cabará ao terceiro adquirente demonstrar sua boa-fé: demonstrar que adotou as cautelas esperadas de pessoa diligente e de cultura mediana, levantando todas as certidões cabíveis para a aferição do desembaraço do bem, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem (DIDIER, 2016, p. 407).

Resta claro que nas hipóteses dos incisos I a III do artigo 792 do CPC/2015, realizado qualquer tipo de averbação, haverá a presunção absoluta da *sciencia fraudis* por parte do terceiro adquirente, levando ao reconhecimento da fraude à execução e à ineficácia do ato como óbice à satisfação do crédito do exequente. Por analogia, se a averbação não foi ultimada, restará caracterizada tão somente a presunção relativa de boa-fé do adquirente,

permitindo prova em contrário, cuja responsabilidade constitutiva será integralmente do exequente.

Não se pode então aderir a uma interpretação extremada da presunção contida no artigo 54, parágrafo único, da Lei nº 13.097/2015, o que criaria uma presunção absoluta de boa-fé por parte de qualquer adquirente, trazendo grave e pesada responsabilidade ao credor, qual seja a do registro imediato da distribuição e do ajuizamento de qualquer demanda executiva. Isto acabaria por fatalmente aproximar o instituto em apreço a um limbo jurídico de revestimento de legalidade a situações jurídicas ilegais e viciadas, como a própria simulação. Em verdade, se o credor não tomasse conhecimento da vontade manifestamente viciada dos negociantes, e dela fizesse prova, jamais poderia afastar a presunção de boa-fé, caso não tivesse procedido à averbação do processo no Registro de Imóvel.

Este espaço para que o exequente credor faça prova da má-fé do terceiro adquirente, tais como a indicação de vínculo parental, preço vil, ausência de pagamento, alienação de bem único capaz de reduzir o devedor a insolvência, dentre outras, revela importante resguardo jurisprudencial no que tange a eficácia das obrigações e a liquidez dos negócios jurídicos, impondo significativa barreira em razão de manifestações de vontade viciadas e negócios simulados, ao passo que, permite o reconhecimento dos atos de alienação e oneração prejudiciais à satisfação do crédito.

Embora este entendimento esteja mais fortemente consolidado para os bens não sujeitos a registro, Teresa Arruda Alvim Wambier, *et all* (2016, p. 1265) afirmam existir espaço para a interpretação do artigo 792, parágrafo 2º, do CPC/2015, sendo perfeitamente possível a interpretação de que, “deixando o credor de providenciar a averbação, caberia a ele o ônus [e a possibilidade] de provar a má-fé do terceiro”.

Notadamente que o ônus do registro, e o ônus de provar a má-fé do terceiro adquirente ainda permanecem – sob a ótica da nova legislação – nas mãos do credor. Isto decorre em grande parte pelo que apregoa o artigo 54, parágrafo único, da Lei nº 13.097/2015

que protege, textualmente, o “terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre imóvel”. Provar a falta de boa-fé insta em afastar esta proteção jurídica data a título relativo ao terceiro adquirente.

Aliás, da própria dicção do referido diploma, não se pode inferir esta possibilidade. Isto ocorre em razão da aplicabilidade do CPC/2015, que traz escopo suplementar no inciso IV do artigo 792, ao apregoar que há fraude à execução quando houver alienação ou oneração de bem sobre o qual poderia recair futuro ato expropriatório – em razão das regras de responsabilidade patrimonial – capaz de reduzir o devedor alienante à insolvência.

Resolvida a questão quanto a possibilidade de oposição à presunção de boa-fé do terceiro adquirente, perquire-se se a prova em *contrario sensu* pode se dar pela simples indicação de que este deixou de adotar as cautelas de estilo do homem médio (como previsto pela antiga dogmática) ou se esta prova estará muito mais vinculada às características e elementos do negócio jurídico propriamente dito.

Neste ponto, retoma-se a controvérsia quanto a pertinência – ou não – da obtenção das certidões do foro em geral, tais como, dos cartórios distribuidores Estaduais, Federais e do Trabalho, negativa de protesto, tributos municipais, estaduais e federais, além da certidão do Registro de Imóveis – que embora não mais exigidas juridicamente, serviriam como elemento de prova da ausência de boa-fé.

O já referido parágrafo 2º do artigo 792 do CPC/2015 é contundente ao afastar esta necessidade no que tange aos bens imóveis, o que por si só, desautoriza eventuais argumentos quanto à possibilidade de comprovação de boa ou má-fé por meio destas certidões, para fins do objeto deste estudo.

À luz dos novos regramentos, o terceiro adquirente – ainda que animicamente maculado pela simulação negocial – demonstrará presumidamente sua boa-fé com a simples apresentação da certidão do registro de imóveis. O contido nos artigos 828 e 844 do CPC/2015 reforçam este entendimento, à medida que, o

primeiro artigo autoriza que o credor averbe nos registros de propriedade do devedor quaisquer pendências de atos constritivos sob bens do devedor. Desta forma, se o credor não for diligente quanto ao seu próprio crédito, e não houver indícios contundentes de má-fé do adquirente (como anteriormente elencado), não haverá possibilidade de oposição ao negócio jurídico realizado – ainda que simulado – se deste vício não souber o credor ou dele não puder fazer prova.

Vale dizer, seria a aplicabilidade do *venire contra factum proprium* em detrimento do direito creditório, em razão do dever de diligência imposto pelo legislador na nova sistemática. Se o próprio credor não for diligente, cauteloso e ágil no resguardo do seu crédito, não mais caberá ao judiciário reconhecer a existência de vícios e/ou simulações, tendo em vista, o aparente descaso do próprio credor. A publicização do crédito, na nova sistemática, é a barreira para afastar eventuais tentativas de fraude e/ou simulações negociais que possam recair sobre bens do patrimônio do devedor.

Quanto ao aludido artigo 844, tem-se que:

“Para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, cabe ao exequente providenciar a averbação do arresto ou da penhora no registro competente, mediante apresentação de cópia do auto ou do termo, independentemente de mandado judicial”.

É categórico o comando normativo, no sentido de que, não havendo diligência por parte do credor, este nada mais poderá reclamar, se disto não puder comprovar. Contudo, Rodrigo Mazzei e Leriâne Drumond Bento (2016, p. 159) afirmam que o referido artigo 844 do CPC/2015, se não interpretado de forma adequada, pode conduzir a um “ambiente pernicioso”. Sustentam que não se pode interpretar o referido dispositivo de forma a concluir que o fato de não existir averbação no Registro Imobiliário competente gere “presunção absoluta de inexistência de embaraço para a aquisição de bens de titularidade do executado”.

Em prosseguimento, os mesmos autores sustentam que esta interpretação acabaria por colidir frontalmente com o princípio da boa-fé negocial e processual, previsto no próprio artigo 5º do Código de Processo Civil, sendo um de seus pilares máximos de sustentação, em igual compasso com a Lei Civil Maior, que esculpe a aludida principiologia para os negócios jurídicos em geral (artigos 422 e 113/CC). Assim sendo, é necessário conciliar o artigo 844 do CPC/2015 com o disposto nos artigos 422 e 113 do Código Civil, para fim de garantir a boa-fé tanto no plano processual quanto no seu âmbito negocial, de modo a dar “amplitude e justificativa ao art.5º da nova codificação” (MAZZEI ; BENTO, 2016, p. 159-160).

Apontam:

Com tal bússola, para aquisição de bens (em especial de forma onerosa) só se pode considerar a boa-fé em seu caráter objetivo, quando o adquirente toma as medidas normais (ou ao menos mínimas) para que a sua aquisição esteja protegida juridicamente. Isso implica em dizer que deverá ser efetuado exame em relação ao comportamento do adquirente no momento da aquisição do bem.

Assim o fazendo se estará protegendo o adquirente de boa-fé, pois seu comportamento – em plano objetivo – revelará se está ou não de boa-fé. Tal aferição pode ser feita com apoio no que está disposto na parte final do §2º do art.792, pois ao adquirente – qualquer que seja o bem que vai adquirir – caberá o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem (MAZZEI ; BENTO, 2016, p. 159-160).

Em igual sentido, Fredie Didier Junior (2016, p. 159-160) aponta:

É certo que o terceiro adquirente tem o ônus de diligenciar a obtenção de certidões negativas pertinentes, inclusive junto aos cartórios de distribuição de demandas, no domicílio do devedor alienante e no local onde se encontre o bem. Trata-se de providências que

devem ser tomadas, pois, de acordo com as regras da experiência, revelam probidade e cautela na aquisição do bem, que podem ser exigidas da pessoa comum.

Isto demonstra portanto, que há a possibilidade de verificação do elemento anímico do *consilium fraudis*, conforme observa o magistrado Bruno Henrique Silva Santos, em recente julgado:

Ocorre que uma interpretação a *contrariu sensu* do parágrafo segundo do mesmo art. 792 leva à conclusão de que não se pode exigir do terceiro adquirente a verificação “das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem” quando o bem em questão for sujeito a registro. Essa regra vem a confirmar a atual linha de regulamentação legal da fraude à execução de que, em relação aos bens sujeitos a registro (dentre os quais estão os imóveis), impõe-se ao credor a cautela de fazer anotar a existência de processos em curso, citações ou gravames judiciais sobre referidos bens como medida de acautelamento de seu crédito, não sendo de se exigir do adquirente, salvo nos casos de bens não sujeitos a registro, a consulta de certidões de cartórios judiciais (TRF-4, Despacho nos Embargos de Terceiro Nº 5012244-74.2017.4.04.7001/PR).

Por derradeiro, a simulação continua sendo elemento de nulidade dos negócios jurídicos de alienação de bens imóveis, ainda que observados os requisitos da nova legislação pertinente, sendo o *consilium fraudis* o elemento anímico determinante para comprovar a manifestação de vontade viciada e escusa dos contratantes, no sentido de simular negócio jurídico para que produza efeito diverso daquele aparente.

4. CONCLUSÃO

Em que pese a alteração do polo de deveres de credores e devedores em se tratando de fraude à execução, a nova legislação ao tornar mais permissivas as hipóteses de alienação de bens e, conseqüentemente, possibilitar maior revestimento de legalidade e

publicidade à negócios jurídicos simulados, com a decretação da má-fé e o reconhecimento do *consilium fraudis*, mantém-se a possibilidade de discussão da relação jurídica subjacente, entre vendedor e comprador, por credor ou terceiro interessado, bem como pelo próprio magistrado, sendo a simulação o principal elemento na atual legislação para o reconhecimento da fraude à execução.

O poder-dever de cautela do magistrado, e o dever de comprovação da má-fé do credor em comprovar a simulação ou a má-fé, possibilitam a proteção aos direitos creditórios, ainda que revestidos do formalismo legal exigível, mesmo diante de inércia do credor em diligenciar a proteção de seu crédito.

Em que pese a possível dificuldade de verificar-se os mencionados elementos caracterizadores para a simulação, esta ainda encontra respaldo e plena possibilidade de aplicabilidade em se tratando de fraude à execução, incumbindo às partes contratantes, em mesmo plano que os requisitos formais, a observância estrita da boa-fé e seus deveres anexos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco dos Santos Neto. **Direito Civil: Introdução**. 8. ed. rev., modificada e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do Novo CPC**. São Paulo: Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, 2015.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negocio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editores, 1969.

BRANDELI, Leonardo. Fraude à execução imobiliária e a publicidade registral no Novo CPC. *In*: DIP, Ricardo (coord.). **Direito Registral e o Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRASIL. LEI Nº 13.097, DE 19 DE JANEIRO DE 2015. **Reduz a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13097.htm>. Acesso em: 16 de mar. 2018.

_____. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 de abr. 2018.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Acórdão na Apelação Nº 1023339-33.2016.8.26.0576.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Motivação do Voto no Agravo de Instrumento Nº 2242367-65.2016.8.26.0000.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Despacho nos Embargos de Terceiro Nº 5012244-74.2017.4.04.7001/PR.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Execução – v.5. Salvador: Jus Podivm, 2016.

JUNQUEIRA, José de Mello. Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo. **ARISP JUS:** Informativo jurídico especializado. São Paulo: ARISP, Set-Dez/2016.

MAZZEI, Rodrigo; BENTO, Lerie Drumond. Fraude à execução no CPC/15: algumas questões registras. In: DIDIERJR, Fredie (coord.geral); PAULINO, Roberto (coord.) **Direito Notarial e Registral.** Coleção Repercussões do Novo CPC. v.11. Salvador: Jus Podivm, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973.** 3ª ed. da obra *Código de Processo Civil Comentado*, reescrita de acordo com a Lei 13.105, de 16/03/2015. São Paulo: Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Bruno Mattos e. **Fraude à execução por insolvência: a Lei 13.097/2015 e o Novo CPC.** São Paulo: Gen Jurídico, 2015. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2016/01/26/fraude-a-execucao-por-insolvencia-a-lei-13-0972015-e-o-novo-cpc/>>. Acesso em: 2 de abr. 2018.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim *et all.* **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil:** artigo por artigo. São Paulo: Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, 2016.

[350] Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina/PR (UEL). Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Campus Londrina/PR. Advogado. adelino@bflaw.adv.br.

[351] Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Professora do Programa de Mestrado em Direito Negocial e do Curso de Graduação e Pós Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina/PR (UEL). anaclaudiazuin@live.com