

**Revista do Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade Federal da Bahia**
Homenagem ao Professor Adhemar Raymundo da Silva



Nº 22 • Ano: 2011.1
Salvador – Bahia

ISSN 2236-5850

Capa: Carlos Rio Branco Batalha

Diagramação: Maitê Coelho
maitescoelho@yahoo.com.br

Editor: Fredie Didier Jr.

Conselho Editorial Administrativo: Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, Celso Luiz Braga de Castro, Dirley da Cunha Junior, Edilton Meirelles, Edvaldo Pereira Brito, Fredie Didier Jr., Heron Santana, Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Manoel Jorge e Silva Neto, Maria Auxiliadora de A. Minahim, Mônica Neves Aguiar da Silva, Marília Muricy Machado Pinto, Nelson Cerqueira, Paulo César Santos Bezerra, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Rodolfo Pamplona Filho, Ricardo Mauricio Freire Soares, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Saulo José Casali Bahia, Sebastian Borges de Albuquerque Mello, Selma Pereira de Santana, Washington Luiz da Trindade, Wilson Alves de Souza.

Conselho Editorial Consultivo Nacional: Ada Pellegrini Grinover (USP), André Ramos Tavares (PUC/SP), Andreas Krell (UFAL), Araken de Assis (PUC/RS), Aury Lopes Jr. (PUC/RS), Eurico Marcos Diniz de Santi (FGV-Law), Fábio Nusdeo (USP), Gustavo Binenbojm (UERJ), Gilberto Bercovici (USP), Gisele Góes (UFPA), Humberto Ávila (UFRGS), Janaina Paschoal (USP), José Carlos Barbosa Moreira (UERJ), José Manoel de Arruda Alvim Netto (PUC/SP), Leo Pessini (São Camilo), Leonardo José Carneiro da Cunha (UNICAP), Luiz Edson Fachin (UFPR), Luiz Guilherme Marinoni (UFPR), Luiz Rodrigues Wambier (UNAERP), Marcelo Abelha Rodrigues (UFES), Marcos Bernardes de Mello (UFAL), Nelson Mannrich (USP), Ney de Barros Bello Filho (UFMA), Petrônio Calmon Filho (IBDP), Renan Lotufo (PUC/SP), Teresa Arruda Alvim Wambier (PUC/SP), Valerio de Oliveira Mazzuoli (UFMT), Volnei Garrafa (UNB).

Conselho Editorial Consultivo Internacional: Antonio Gidi (Universidade de Houston, EUA), António Monteiro Fernandes (Universidade Lusíada do Porto, Portugal) Antoine Jeammaud (Universidade Lumière Lyon 2, França) Hartmut-Emanuel Kayser (Universidade Philipps de Marburg, Alemanha), John Vervaele (Universidade de Utrecht, Holanda), José Manuel Aroso Linhares (Universidade de Coimbra, Portugal), Juan Monroy Palácios (Universidade de Lima, Peru), Maria do Céu Patrão das Neves (Universidade de Açores), Michele Taruffo (Universidade de Pavia, Itália), Owen Fiss (Universidade de Yale, EUA), Paula Costa e Silva (Universidade de Lisboa), Peter Gilles (Universidade de Freiburg, Alemanha), Robert Alexy (Universidade de Kiel, Alemanha).

QUADRO DO MESTRADO E DOUTORADO ATÉ JUNHO DE 2011

COLEGIADO DO CURSO

01. *Coordenadora:*
Paulo Roberto Lyrio Pimenta
02. *Vice-Coordenador:*
Fredie Souza Didier Júnior
03. *Representantes Estudantis do Mestrado:*
Emanuel Lins Freire Vasconcelos
Pedro Augusto Lopes Sabino
04. *Representante Estudantil do Doutorado:*
Luana Paixão Dantas do Rosário

PROFESSORES DO PROGRAMA

01. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado
02. Ana Paula Costa e Silva
(Universidade de Lisboa, professora colaboradora)
03. Celso Luiz Braga de Castro
04. Dirley da Cunha Júnior
05. Edilton Meireles
06. Edvaldo Pereira de Brito
07. Fredie Didier Jr.
08. Heron José de Santana
09. Luiz de Pinho Pedreira da Silva
10. Manoel Jorge e Silva Neto
11. Maria Auxiliadora Almeida Minahim
12. Marília Muricy Machado Pinto
13. Mário Figueiredo Barbosa
14. Mônica Neves Aguiar da Silva
15. Nelson Cerqueira
16. Paulo César Santos Bezerra
17. Paulo Roberto Lyrio Pimenta
18. Ricardo Maurício Freire Soares
19. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
20. Roxana Cardoso Brasileiro Borges
21. Saulo José Casali Bahia
22. Sebastian B. de Albuquerque Mello
23. Selma Pereira de Santana
24. Washington Luiz Trindade
25. Wilson Alves de Souza

ALUNOS MATRICULADOS NO MESTRADO

01. Abelardo Sampaio Lopes Neto
02. Adriana Araujo Ramos
03. Adriana Maria Aureliano da Silva
04. Adriano Figueiredo de Souza Gomes
05. Alessandra Matos Portella
06. Alina Mourato Eleotério
07. Aline Solano Souza Casali Bahia
08. Ana Carolina Belitardo de Carvalho Miranda
09. Ana Claudia Gusmão Cunha Amorim
10. André Krull Arnaldo da Silva
11. Ariele Chagas Cruz Mattiello
12. Augusto Santos Mascarenhas
13. Bruno Nova Silva
14. Caio Lucio Monteiro Sales
15. Carlos Raul Brandão Tavares
16. Carlos Romeu Salles Correa
17. Daniel Oitaven Pamponet Miguel
18. Daniela Pinto de Carvalho
19. Daniela Santos Bomfim
20. Daniella Santos Magalhaes
21. Danielli Faria Rabelo Leitão
22. Delina Santos Azevedo
23. Diego Pablo Candeias de Albuquerque
24. Dilson Cavalcanti Batista Neto
25. Edson Sacramento Tiny das Neves
26. Emanuel Lins Freire Vasconcellos
27. Felipe Silva Noya
28. Geovane de Mori Peixoto
29. Guilherme Levien Grillo
30. Gustavo Adolfo Menezes Vieira
31. Hugo Leonardo Cunha Roxo
32. Igor Lucio Dantas Araujo Caldas
33. Ilana Martins Luz
34. Ildo Fucs
35. Indaia Lima Mota
36. Ivan Mascarenhas Kertzman
37. João Paulo Lordelo Guimaraes Tavares
38. João Paulo Piropo de Abreu
39. José Andrade Soares Neto
40. Jose Antonio Ferreira Garrido

41. Jose Ferreira Coelho Neto
42. José Marcelo Barreto Pimenta
43. Leonardo Sergio Pontes Gaudenzi
44. Leonardo Vinícius Santos de Souza
45. Liana Brandão de Oliva
46. Lilia Mesquita Teixeira Alves
47. Lilia Teixeira Santos
48. Lorena Moura Boente
49. Lucas Barbosa Mollicone
50. Lucas da Silva Santana
51. Lucas Hayne Dantas Barreto
52. Lucas Marques Luz da Ressureição
53. Lucas Nascimento Santos
54. Luciano de Oliveira Souza Tourinho
55. Luciano Roberto Bandeira Santos
56. Luis Costa Cruz
57. Luiz Carlos Souza Vasconcelos
58. Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Junior
59. Manoel Antonio Gonçalves de Sousa
60. Manoel Antonio Gonçalves de Sousa
61. Marcio José Cordeiro Fahel
62. Marcos Sampaio de Souza
63. Marcos Youji Minami
64. Marina Soares
65. Marta Freire Mehmeri
66. Miriam Coutinho de Faria Alves
67. Misael Neto Bispo da França
68. Naira Blanco Machado
69. Nirlana Fernandes Teixeira
70. Paulo Roberto Sampaio Santiago
71. Pedro Augusto Lopes Sabino
72. Pedro Camilo de Figueiredo Neto
73. Pollyanna Quintela Falconery
74. Priscila Lima de Menezes
75. Rafael Cruz Bandeira
76. Raquel Tiago Bezerra
77. Rebeca Cerqueira Rocha
78. Renata Oliveira da Rocha
79. Renato Geraldo Evangelista Salles Júnior
80. Renato Medrado Bonelli Borges Teixeira
81. Roberto José Caldas Freire Júnior
82. Rodrigo Andrade Almeida
83. Rodrigo Britto Pereira Lima
84. Rodrigo Portela Franco
85. Tadeu Vilas Boas Magalhães
86. Taís Carvalho Silva
87. Talita Macedo Romeu
88. Tâmara Luz Miranda
89. Tatiane Ribas Pinto
90. Tício Spinola Gomes
91. Thais Marques de Mendonça
92. Thaize de Carvalho Correia
93. Thereza de Jesus Santos Junqueira
94. Thiago Anton Alban
95. Thiago Pires Oliveira
96. Tiago Silva de Freitas
97. Ubaldino Marques da Silva Júnior
98. Vanesca Freitas Bispo
99. Willer Costa Neto
100. Zilan da Costa e Silva Moura

ALUNOS MATRICULADOS NO DOUTORADO

01. Antonio Adonias Aguiar Bastos
02. Daniela Carvalho Portugal
03. Fabio Periandro de Almeida Hirsch
04. Fábio Roque da Silva Araújo
05. Jackson Chaves de Azevedo
06. João Glicério de Oliveira Filho
07. Joseane Suzart Lopes da Silva
08. Karyna Batista Sposato
09. Leonardo Touchetto Pauperio
10. Luana Paixão Dantas do Rosário
11. Maria da Graça Bellino de A. de Antunes Varela
12. Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas
13. Patricia da Costa Santana
14. Rafael Marcílio Xerez
15. Soraya Santos Lopes
16. Tarsis Barreto Oliveira

SUMÁRIO

Nota do editor	7
<i>Freddie Didier Jr.</i>	

Sobre o homenageado – Ministro Adhemar Raymundo da Silva, exemplo de magistrado, exemplo de professor	9
<i>Gamil Föppel</i>	

Artigos de membros do Programa

MESTRADO

I Historicidade e direito: releitura do método histórico de interpretação à luz da hermenêutica filosófica	19
<i>Pedro Augusto Lopes Sabino</i>	

CORPO DOCENTE

II O direito fundamental à verdade no sistema jurídico brasileiro	47
<i>Ricardo Maurício Freire Soares</i> <i>Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos</i>	

Artigos de convidados

NACIONAIS

III Sobre a participação do Estado na arbitragem comercial internacional: arbitrabilidade subjetiva e objetiva	83
<i>Ana Carolina Squadri Santanna</i>	

IV O <i>duty to mitigate the loss</i> no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano	115
<i>Daniel Pires Novais Dias</i>	

V O imposto de renda sobre ganho de capital não realizado em razão de permuta	169
<i>Demetrius Nichele Macei</i>	

VI Crítica do neoconstitucionalismo	179
<i>Dimitri Dimoulis</i>	

VII As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo	205
<i>Érico Andrade</i>	

VIII (Neo) processualismo e (Neo) CPC: reflexões sobre a nova interpretação processual	235
<i>Gelson Amaro de Souza</i> <i>Rafael José Nadim de Lazari</i>	

IX A extensão da coisa julgada na solidariedade ativa (CC, art. 274)	251
<i>Maurício Requião</i>	
X O Código Civil de 2002 e a sua interação com os microsistemas e a Constituição Federal: Breve análise a partir das contribuições de Hans Kelsen e Niklas Luhmann	263
<i>Rodrigo Mazzei</i>	
XI A questão do reconhecimento de títulos de mestrado e doutorado provenientes dos países do Mercosul	291
<i>Valerio de Oliveira Mazzuoli</i>	
INTERNACIONAIS	
XII El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado.....	309
<i>Joan Picó i Junoy</i>	
XIII Y al final del día, ¿qué es el garantismo en el proceso civil?	325
<i>Juan F. Monroy Gálvez</i>	
Dissertações defendidas (1980-2011.1)	345
Teses de doutorado defendidas	363
Regras para publicação de artigos na Revista do Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA.....	365

NOTA DO EDITOR

Fredie Didier Jr.

Professor-adjunto IV da Universidade Federal da Bahia.

O n. 22 da Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (janeiro-junho de 2011) prossegue a nova fase na trajetória deste periódico.

Todos os ensaios deste volume passaram por uma dupla avaliação cega, conforme recomenda a CAPES. Além disso, os artigos versam sobre temas relacionados às linhas de pesquisa do Programa.

Destacam-se, neste volume, os trabalhos sobre o garantismo processual, de autoria dos professores Joan Picó e Juan Galvez – tema que é tem sido objeto de muitos trabalhos recentemente

Gostaria de agradecer aos avaliadores *ad hoc* que me ajudaram na edição deste volume: Robson Godinho (RJ), Daniel Mitidiero (RS), José Maria Tesheiner (RS), Marcos Ehrardt Jr. (AL), Pedro Henrique Nogueira (UFAL), José Henrique Mouta (CESUPA), Eduardo Talamini (UFPR), Lúcio Delfino (MG), Eduardo Arruda Alvim (PUC/SP) e Leonardo José Carneiro da Cunha (PE).

Um agradecimento especial também a Maitê Coelho, que há anos ajuda a Revista do PPGD-UFBA.

Salvador, em julho de 2011.

SOBRE O HOMENAGEADO
Ministro Adhemar Raymundo da Silva¹,
exemplo de magistrado, exemplo de professor

Gamil Föppel

Advogado. Doutor em Direito Penal Econômico (UFPE).
Professor da UFBA. Membro da Comissão de Juristas, nomeado
pelo Senado Federal, para reformulação da legislação penal.

“O GÊNIO NÃO MORRE

Morre o pobre
Morre o rico
Morre o nobre
“O gênio se foi da lei morte libertando”
Olham-no com desvelo os poetas
Depois sobre as suas cinzas vão cantando
Tornando o seu nome imortal
Para que nunca mais fique esquecido
Como outro qualquer ser banal
Até que as cidades o erguem
Por vezes em majestoso pedestal
As gerações futuras
O recordarão como um ser irreal
Esquecer o gênio não poderão, os poetas o recordarão
Um homem que deixou gravado o seu talento
Muitas vezes se superou
Porém foi simples deixando marcado um advento
Pensou arduamente
Consigo próprio lutou para erguer seu intento
Terá tido sempre em conta
Que o mundo necessitava de quem deixasse exemplo
O mundo sempre necessitou de gênios humanos
Teve sempre muitos seres anormais
A pensar apenas em si, com sua mental pobreza
Por muito abastados, nunca nos demais
Ao contrário o gênio viveu a amar o mundo
Sempre o outro, sabendo que também morreria
Neste mar de lágrimas sem fundo
É na alma dos prosadores e poetas que um gênio repousará

1. Os dados biográficos foram retirados de homenagem que foi prestada ao Ministro, disponível em <http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/cole tanea>.

Sempre aí vive e revive
Nunca o seu espírito morrerá”

Daniel Costa

De forma mais que merecida, o prestigiado Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia resolveu, na revista de número 22, homenagear inesquecível professor de seus quadros: o Ministro Adhemar Raymundo da Silva.

Lamentavelmente, não tive muitas oportunidades de conviver pessoalmente com o homenageado: fui seu aluno em curso que ministrava, em 2000, na Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Professor exemplar, profundo conhecedor da matéria, marcava e chamava a atenção pelo zelo em expor todas as teorias de direito penal e processual penal sempre de forma atual, sempre de forma detalhada, na prender, permanentemente, a atenção de seus ouvintes que, encantados, sorviam todas aquelas lições. Adhemar Raymundo é o exemplo de professor: instigava os alunos com casos complexos para, depois, desfilar seus argumentos, com todas as variáveis, todas as vicissitudes e particularidades, de sorte a todos convencer. É uma pena, Ministro, pena que a minha geração não pode conviver mais tempo com as suas lições, com a sua edificante e agradável companhia.

Adhemar Raymundo nasceu em 21 de outubro de 1915, em Salvador/BA. Foi um dos memoráveis juristas baianos, chegando a integrar o Tribunal Federal de Recursos – que precedeu o Superior Tribunal de Justiça-, tornando-se muito reconhecido por sua contribuição na área do Direito Processual Penal. Trata-se, indiscutivelmente, do maior processualista penal que a Bahia já teve, último dos Titulares de Cadeira de Direito Processual Penal. Fez, pois, parte de uma verdadeira geração de ouro, de juristas inesquecíveis que a centenária faculdade de Direito da UFBA teve.

Seu brilhantismo e talento eram evidentes, tanto que, formou-se em 1937 e, logo no ano seguinte, iniciou na magistratura, como pretor do Termo de Santana, na Bahia. A partir de 1942, seguiu sua jornada no Tribunal de Justiça baiano até que, em 1966, ascendeu ao cargo de Desembargador. Em seu percurso, foi Juiz de Direito nas comarcas baianas de Xique-Xique, sendo promovido por merecimento para a de Juazeiro, Belmonte, Vitória da Conquista e, após dez anos de longa estrada, chegou a Salvador, através de promoção, também, por merecimento.

Diante de sua impecável atuação na segunda instância da Bahia, e da grande contribuição doutrinária, quer pelos trabalhos publicados, quer pelas magistras lições proferidas na Faculdade de Direito da UFBA, foi nomeado Ministro do

Tribunal Federal de Recursos em 1979 - órgão que julgava recursos originários da Justiça Federal, bem como os conflitos de jurisdição entre os juízes federais – tendo se aposentado em 1985. Em seu discurso de posse, marcou pela frase “com a palavra e o exemplo, o juiz se incorpora aos supremos artífices da fecundação divina do universo: o professor, o sacerdote e o lavrador”². O Ministro Adhemar Raymundo era, verdadeiramente, assim: firme nas convicções, porém simples e sempre disposto a ouvir e a debater.

Sobre a magistratura, defendia que a missão do Juiz se dividia em duas facetas: primeiro, a formulação judicial do Direito, na qual o Juiz é criador, “firme em que o ato jurisdicional é o momento culminante de todo o ciclo de produção do Direito e de toda a problemática, da certeza do processo, porque, então, o Direito deixa de ser abstração para penetrar no mundo dos fatos”³. Na segunda, a da administração da Justiça, versava que “boa é a lei onde é executada legitimamente: esse deve ser o supremo ideal dos Juízes”⁴.

Foi, ainda, membro do Conselho de Justiça Federal, entre 1983 e 1985, ano em que se aposentou do cargo de Ministro do Tribunal Federal de Recursos. Neste período, chegou a ser agraciado com a comenda da Ordem do Mérito Judiciário Militar e com a comenda da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho.

Adhemar Raymundo cultivava paixão pela área da magistratura e, também, pela do magistério. Na área acadêmica, foi professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, além de Livre Docente, nesta mesma instituição, a partir de concurso realizado em 1956, ocasião em que apresentou sua tese denominada de “O Processo Penal como Relação Jurídica”. Em 1958 tornou-se Professor Catedrático da Faculdade de Direito da UFBA, em concurso de títulos e provas, com a tese “Da Execução Penal”. Nos tempos de Tribunal Federal de Recursos, sediado em Brasília, foi professor de Direito Processual Penal no curso de Direito da Universidade Nacional, tendo lecionado, ainda, em cursos de mestrado.

Aposentado da magistratura, o Ministro Adhemar Raymundo não se desapegou do magistério *muito menos da sua Faculdade de Direito da UFBA* em qualquer dos momentos da vida: mesmo com as limitações decorrentes dos problemas de saúde, já no final de década de 90 e início dos anos 2000, ainda ministrava aulas

2. Coletânea de julgados e momentos jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ, p. 30. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaooseriada/index.php/coletanea>>. Acesso: 21 de dezembro de 2011.
3. *Ibid*, p. 32.
4. *Ibid*, p. 32.

para grupo de alunos na Faculdade de Direito da UFBA; e para outro grupo, seletíssimo, em sua própria residência, em curso que era chamado de “Reciclagem em Direito Processual Penal”. O Ministro a todos encantava nas suas aulas, quer pela invulgar didática, quer pelo fato de estar sempre e sempre atualizado, quer na doutrina, com todas as teorias mais novas, de direito penal e de direito processual penal, quer pelo fato de dominar, como poucos, o conhecimento da jurisprudência dos tribunais.

Foi, ainda, autor de diversas obras doutrinárias⁵, dentre elas alguns ensaios, dos quais a maioria foi publicada em jornais do Estado da Bahia – o que demonstra sua humildade e simplicidade – e livros. Dentre estas obras, merecem destaque especial ensaios como “Pressupostos Processuais” e “Da sentença”, além de, principalmente, o livro “Estudos de Direito Processual Penal”.

Em sua obra “**O Processo Penal como Relação Jurídica**”, tese apresentada em 1952 à Faculdade de Direito da Universidade da Bahia, para concorrer à docência livre de Direito Judiciário Penal, Adhemar Raymundo impulsionou sua história como um dos maiores juristas do país. Nesta obra, traz uma abordagem inédita a respeito do Direito Processual Penal.

Traz à baila a relação jurídica processual oriunda da transformação que se operou nas relações entre os indivíduos e o poder público. Para tanto, faz um

5 A título de exemplo, citem-se os seguintes criações de sua produção intelectual: • O Processo Penal como Relação Jurídica, tese apresentada para o concurso de Livre-Docência da Faculdade de Direito da UFBA - Salvador/1952; • Da Execução Penal, tese apresentada para o concurso de Professor Catedrático da Faculdade de Direito da UFBA - Salvador/1958; • Estudos de Direito Processual Penal - Salvador/1962; • Prisão Disciplinar, *in* Tribuna da Bahia, de 10/09/77; • Testemunha e obrigação de Comparecer, *in* Tribuna da Bahia, de 17/09/1977; • Prisão em Flagrante, *in* Tribuna da Bahia, de 24/09/1977; • Prisão em Flagrante e Prisão Preventiva, *in* Tribuna da Bahia, de 1º/10/1977; • Da Fiança (em três artigos, publicados na Tribuna da Bahia, de 8, 15 e 22/10/1977); • Aplicação da Pena Privativa da Liberdade, *in* Tribuna da Bahia, de 29/10/1977; • Suspensão Condicional da Execução da Pena, *in* Tribuna da Bahia, de 05/11/1977; • Livramento Condicional, *in* Tribuna da Bahia, de 12/11/1977; • A Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal, *in* Tribuna da Bahia, de 27/05 e 17/06/1978, em dois artigos; • Aditamento da Denúncia, *in* Tribuna da Bahia, de 20/06/1978; • Juízos de Culpabilidade e de Periculosidade, *in* Tribuna da Bahia, de 02/09/1978; • Denúncia Inepta, (em três artigos, publicados na Tribuna da Bahia, de 30/09, 05/10 e 21/10/1978; • Competência Originária, (em cinco artigos, publicados na Tribuna da Bahia, de 8, 15 e 29/07; 12 e 19/08/ 1978; • Absolvição Sumária, *in* Tribuna da Bahia, de 19/11/1977; • O Assistente e o Processo de *Habeas Corpus*, *in* Tribuna da Bahia, de 26/11/1977; • Fiança e Pena Imposta, *in* Tribuna da Bahia, de 10/12/1977; • Limitações da prova no Código de Processo Penal, *in* Tribuna da Bahia, de 18/03/1978; • Alegações Finais e *Habeas Corpus*, *in* Tribuna da Bahia, de 17/12/1977; • A Pronúncia e Seus Efeitos, *in* Tribuna da Bahia, de 1º/04/1978; • Apelação de Sentença do Tribunal de Júri, *in* Tribuna da Bahia, de 15/04/1978; • Justa Causa no Processo Penal, *in* Tribuna da Bahia, de 29/04/1978; • A Prova indiciária, *in* Tribuna da Bahia, de 13/05/1978; • Liminar em processo de *Habeas Corpus*, *in* Correio da Bahia, de 27/06/1979; • Atos Processuais Penais, (Salvador/Rev. Tribs. 1954); • Das Nulidades, (Rev. Fórum/Salvador/1941); • Das Nulidades no Processo Civil, (Rev. Forense/Rio/1941); • Execução Penal, (Rev. Fórum/Salvador/1955); • Instrução Criminal, (Rev. Faculdade de Direito da UFBA/Salvador - 1959/1961); • Questões Prejudiciais no Processo Penal, (Rev. de Direito Processual/São Paulo).

apanhado histórico do Direito Processual Penal, trazendo grande material de direito comparado, delineando, de forma apurada, o surgimento de sua feição científica e delineando a separação do Direito Material e do Processual. Nesta obra, constata, consoante seu próprio texto, de precisão singular, que:

“A relação jurídica material, que nasce com o delito, é, portanto, diversa da relação jurídica processual, de caráter formal, vez que aquela assenta na correlação de direitos e deveres (direito subjetivo de punir e dever do acusado de sofrer a pena), e a processual surge desde o momento em que se inicia a ação penal, quando existe a imputação a alguém de um fato tido como delituoso.”⁶

Apesar de parecer óbvia esta separação, Adhemar Raymundo foi capaz de descrevê-la tecnicamente de forma jamais vista, versando, inclusive, sobre a legitimidade da atuação estatal quando da ocorrência de um fato típico:

“Em síntese: há uma relação jurídica preexistente à processual, com o seu conteúdo de direito material, originária de um fato tido como criminoso ou que se suspeita que o seja, em razão da qual se desenvolve o processo, o instrumento de que o Estado se serve para aplicação do direito objetivo.”⁷

“Quando um delito é cometido, diz Florian, surge da parte do estado o direito de aplicar a lei penal ao agente; surge e constitui-se uma relação jurídica entre o estado e o delinquente.

A relação substancial ou material precede ao processo, como um evento que surge antes e fora do processo. Resulta de um ato tido como delituoso, do qual emerge para o estado o direito de punir ou o *jus puniendi*.”⁸

(...)

“Assim, a relação processual é distinta da ação penal, de vez que esta é direito a exercer uma atividade, da qual surge para o juiz o dever de “prover à exigência de proteção jurisdicional”; aquela (a relação) é vínculo entre os sujeitos do processo, de modo que este vem a ser o veículo indispensável à obtenção daquele resultado (prestação jurisdicional).”⁹

Em “**Atos Processuais Penais**”, escrito quando era magistrado no Estado da Bahia, Adhemar Raymundo faz uma análise detida a caracterizar o que são atos processuais, que coordenam o processo até o seu fim único: a prestação jurisdicional.

6. SILVA, Adhemar Raymundo da. O Processo Penal Como Relação Jurídica. Salvador: Tipografia Beneditina Ltda., 1951, p. 25.

7. *Ibid.*, p. 25.

8. *Ibid.*, p. 57.

9. *Ibid.*, p. 60.

Segundo versa, no Direito, Processo significa movimento que tende a um fim¹⁰, qual seja, o pronunciamento jurisdicional. Os atos processuais são a essência do processo e resultam do exercício dos poderes, faculdades, etc., atribuídos pela norma legal aos sujeitos do processo, estes submetidos ao vínculo comum da norma legal e coordenam a sua atividade para este fim.

Adhemar Raymundo, nesta obra, esclareceu ao Direito brasileiro que nem todo ato que está no processo, mas apenas aqueles praticados pelos sujeitos da relação processual (MP, acusado, juiz, querelante, assistente), motivo pelo qual, inclusive, as falhas e defeitos do inquérito não acarretam, de regra, a nulidade processual.

“Os atos processuais abrangem dois tipos diversos – os atos processuais no sentido estrito e os negócios processuais – eles se destinam a produzir determinado efeito jurídico. (...) Nos primeiros a relação entre a vontade e os efeitos é mediata; nos segundos é imediata.

Se os atos jurídicos administrativos representam exercício de atividade administrativa, não expressam, portanto, uma vontade livre, e, sim, obrigatória.

(...)

Pelo exposto, concluímos: a) o ato processual é ato jurídico; b) o ponto de vista de MASSARI é por demais restrito, visto ter pretendido ajustar princípios do direito privado ao direito público; c) a vontade é elemento característico do ato processual, da mesma forma que sem ela não há ato jurídico, observadas as diferenças próprias de sua atuação, tendo em vista os interesses a que ela visa; d) a noção do ato jurídico é dada, portanto, não pela existência de uma vontade livre, mas de uma declaração de vontade produtora de efeitos (atos processuais não-negociáveis, equivalentes aos atos administrativos em sentido estrito), mas representa o impulso, sem o qual não se produzirão os efeitos, atribuídos pela ordem jurídica.”¹¹

Em outra obra, o livro “**Estudos de Direito Processual Penal**”, publicado inicialmente em 1962 pela Universidade Federal da Bahia, reúne estudos sobre temas fundamentais da matéria, lições que em muito contribuíram para o estudo da matéria, abordando assuntos como a sentença de pronúncia, atos processuais penais, pressupostos processuais, execução penal, revisão criminal, nulidade processuais, dentre outros.

Nesta obra, inclusive, traz capítulo importantíssimo sobre a execução penal, adotando como representante maior do país de uma diretriz sobre o tema.

10. SILVA, Adhemar Raymundo da. O Processo Penal Como Relação Jurídica. Salvador: Tipografia Beneditina Ltda., 1951, *passim*.

11. SILVA, Adhemar Raymundo da. Atos Processuais Penais. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. Vol. 159, p. 66/70

Divergindo das conceituações quanto à natureza jurídica da execução penal, que se dividiam entre jurisdicional (Frederico Marques, Saulo de Carvalho, José Eduardo Goulart, Maria Juliana Moraes de Araújo) ou mista (Ada Pellegrini Grinover, Haroldo Caetano da Silva), Adhemar Raymundo a considerava como administrativa.

Aborda, ainda, nesta sua obra, sobre a teoria da relação processual, suas vantagens e seus aspectos práticos, bem como traz o que chama de “nova concepção do Processo Penal, o qual teria tido seu aspecto formal relegado a segundo plano, pelos procedimentalistas, para se destacar a sua “substancialidade processual”¹².

Em “**Pressupostos Processuais**”, Adhemar Raymundo, quando ainda era magistrado criminal na Bahia, traz a discussão, até não muito aprofundada no Brasil, com vasto direito comparado, sobre os Pressupostos Processuais.

A obra versa, principalmente, sobre determinadas condições preexistentes, necessárias para que torne possível o nascimento e o desenvolvimento da relação processual, para que se exerça a atividade jurisdicional. A atividade dos sujeitos processuais (Juiz, Ministério Público, Acusado, Querelante e Assistente) advém do exercício dos seus poderes, faculdades, deveres e ônus, através do qual exsurge o aspecto dinâmico do processo como corolário desse pressuposto.

Após debater acerca do entendimento de diversos consagrados processualistas penais, discordando de quase a totalidade deles, traz a sua definição sobre o tema. Segundo o ilustre jurista, a classificação correta a ser adota sobre os pressupostos processuais seria: “a) pressupostos da existência (jurisdição, demanda e partes); b) pressupostos da validade do processo. Os primeiros constituem o mínimo indispensável à constituição da relação processual, a fim de o juiz poder prolatar uma decisão. Os segundos validam o processo. A falta destes, contudo, não impede o pronunciamento judicial, uma vez que a relação processual já se constituiu, apesar de eivada de irregularidade ou nulidade.”¹³

Em sua obra denominada de “**Da sentença**”, leciona sobre diversos aspectos das sentenças, como seu conceito, sua classificação processual e sua natureza jurídica. Dentre o tema, esclarece pontos divergentes, como a natureza da sentença que defere a reabilitação judicial, que seria constitutiva; a que concede o perdão judicial, a qual considera como condenatória; a que declara extinta a punibilidade ou se anula o processo, tida como declaratória; a exarada em ordem de habeas

12. *Id.* Estudos de Direito Processual Penal. Salvador: Progresso, 1957

13. SILVA, Adhemar Raymundo da. Pressupostos Processuais. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954. Vol. 155, p.52/55

corpus, quando o pedido liberatório assenta na inexistência do direito de punir, também declaratória, etc.

“A jurisdição e o processo Penal constituem os pressupostos lógicos da sentença. É que a função jurisdicional, cuja finalidade é dizer do direito em cada caso concreto, atinge o seu ponto culminante, na fase de cognição do processo penal condenatório, com a decisão da causa. Declara-se, imperativamente, o preceito concreto e específico”¹⁴

Faleceu no dia 5 de agosto de 2006, aos 90 anos de idade, vítima de enfarto. Em 2011, recebeu do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia merecida e reconhecida homenagem, com a publicação do livro “Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – 400 anos fazendo história”.

Obrigado, Professor, por todas as suas lições que iluminaram e iluminam diversos alunos.

14. Id. Atos Processuais Penais. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. Vol. 160, p. 55/59

Artigos de membros do Programa

MESTRADO

I. Historicidade e direito: releitura do método histórico de interpretação à luz da hermenêutica filosófica

Pedro Augusto Lopes Sabino

CORPO DOCENTE

II. O direito fundamental à verdade no sistema jurídico brasileiro

Ricardo Maurício Freire Soares

Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos



I

HISTORICIDADE E DIREITO: RELEITURA DO MÉTODO HISTÓRICO DE INTERPRETAÇÃO À LUZ DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA¹

Pedro Augusto Lopes Sabino

Mestrando do PPGD-UFBA sob a orientação do Professor Doutor Saulo José Casali Bahia, vinculado à linha de pesquisa “Cidadania, Estado e direitos fundamentais”. Professor Auxiliar de Direito Constitucional da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), pós-graduado em direito público pela Universidade Salvador (UNIFACS), bacharel em direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

RESUMO: A adequada utilização das técnicas interpretativas exige uma reflexão acerca do seu significado e sobre as suas potencialidades. A hermenêutica jurídica possui especificidade em relação à hermenêutica geral. Do caráter instrumental do direito decorrem necessidades que lhe são características, refletidas no uso das técnicas interpretativas. Entre estas, analisa-se a interpretação histórica no confronto com as demais. Defende-se a existência de uma hierarquia entre as técnicas clássicas de interpretação e a influência decisiva da hermenêutica de orientação filosófica para a modificação desse quadro. Esta revê a relevância do passado na interpretação do direito e, por conseguinte, conduz a uma revisão do uso da técnica de interpretação histórica quando comparada com as demais técnicas interpretativas.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Hermenêutica geral e jurídica. 2. Técnica histórica de interpretação. 3. Hierarquia entre técnicas interpretativas. 4. Hermenêutica filosófica.

ABSTRACT: The appropriate use of interpretative techniques requires a reflection on its meaning and its potential. The legal hermeneutics has specificity in relation to general hermeneutics. Characteristics of the instrumental character of the right are reflected in the use of the interpretative techniques. Among these, it is analyzed historical interpretation in comparison with the others. It is defended existence of a hierarchy between the classic techniques of interpretation and the decisive influence of the hermeneutics of philosophical orientation for the modification of this picture. This reviews the relevance of the past in the interpretation of the right and, therefore, leads to a review of the use of the technique of historical interpretation when compared with other interpretative techniques.

KEYWORDS: 1. General and legal hermeneutics. 2. Historical technique of interpretation. 3. Hierarchy between interpretative techniques. 4. Philosophical hermeneutics.

1. Artigo elaborado a partir de monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, no nível de Mestrado, como requisito parcial de avaliação da disciplina “Hermenêutica Jurídica”, ministrada pelo Professor Doutor Saulo José Casali Bahia.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Hermenêutica geral – 3. Hermenêutica jurídica clássica; 3.1. A hermenêutica jurídica e as suas técnicas de interpretação; 3.2. Diferenças entre as técnicas de interpretação comuns à hermenêutica geral e à hermenêutica jurídica; 3.3. Diferenças entre as técnicas de interpretação utilizadas pela hermenêutica jurídica – 4. Redimensionamento da história no processo interpretativo pela abordagem filosófica – 5. Conclusão – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Considerável número de trabalhos publicados abordando a problemática da interpretação no âmbito jurídico não se dedica a sinalizar a diferença entre a hermenêutica geral e a jurídica. Boa parte das vezes, não fica claro se a única diferença entre elas é o fato desta última ter normas como objeto ou se há alguma especificidade que justifique a adjetivação diferenciada.

Para examinar a questão, será analisada a interpretação geral com base em Umberto Eco (1997). Partindo-se da teoria clássica da interpretação jurídica, destacando-se as suas técnicas de investigação, foram especialmente observadas as obras de Antônio Luís Machado Neto (1977) e de Miguel Reale (2002). A identificação de técnicas interpretativas comuns e de outras específicas da hermenêutica jurídica conduz à reflexão sobre a eventual existência de diferenças na valoração das diversas técnicas e sobre uma possível hierarquia entre elas.

Ao final, com base em Heidegger (2008) e em Gadamer (2008), foi verificada a possível modificação desse quadro com a hermenêutica de fundamentação filosófica do século XX. Entre os reflexos da filosofia na compreensão da hermenêutica desde o século passado, pretende-se analisar a técnica histórica de interpretação. Especificamente, examina-se o possível redimensionamento da história na interpretação jurídica a partir dessa perspectiva.

É preciso analisar se e em que medida o passado vincula a compreensão do presente – especificamente, do direito positivo. Pretende-se demonstrar que, sem prejuízo da abertura da ordem jurídica e da dissociação entre texto e autor, o passado está sempre refletido no processo interpretativo por força da historicidade inerente ao homem.

O trabalho, tendo como objetivo a verificação da influência da hermenêutica filosófica sobre as técnicas de interpretação da hermenêutica jurídica clássica, será orientado por algumas questões. Da identificação de técnicas interpretativas utilizadas fora da hermenêutica jurídica, passando por técnicas comuns à hermenêutica geral e à jurídica até a especificidade da técnica histórica de interpretação

no âmbito jurídico, discutir-se-á a importância das técnicas e a releitura possível sob a perspectiva filosófica.

A verificação da distinção entre a hermenêutica geral e a jurídica não é um fim em si mesmo. Não se pretende, simplesmente, uma uniformização terminológica. A consciência quanto às diferenças existentes pode proporcionar uma prática mais adequada, com o dimensionamento apropriado dos diversos recursos disponíveis, sem a hipertrofia de ferramentas inadequadas.

2. HERMENÊUTICA GERAL

Hermenêutica, consoante verbete do Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, entre os diversos significados da palavra, significa: 1) interpretação do sentido das palavras; 2) interpretação dos textos sagrados (1986). De acordo com o lexicógrafo Antônio Geraldo da Cunha (1992), hermenêutica significa “exegeta, intérprete”. É uma palavra proveniente da grega *hermeneutes*, de *hermeneúein*, “interpretar” e do latim tardio *hermeneutikè*. Ferrater Mora, por seu turno, ao tentar apreender o significado do vocábulo, assevera que ele significa a expressão de um pensamento (1998, p. 331). O vocábulo interpretar, na conformidade da pré-dica de Antônio da Cunha, significa “traduzir, ajuizar da intenção, do sentido, representar como ator, exprimir o pensamento” e deita raízes no latim, especificamente na palavra *interpretari*. Não obstante a sua relevância, as explicações anteriores ainda se desvelam pouco elucidativas aos propósitos do presente trabalho.

Mais esclarecedoras se relevam as colocações feitas por Umberto Eco. Em mais de uma oportunidade (1997; 1999), analisa o problema da existência de *limites à interpretação*, haja vista a sua defesa de critérios para isso. Baseado em rica exemplificação histórica, o catedrático de Semiótica na Universidade de Bolonha discorre a respeito de uma antiga tentativa de suplantar eventuais limites lógicos impostos pelo objeto interpretado tem a sua gênese numa *abordagem hermética dos textos* bem como por uma *herança gnóstica* (ECO, 1997, p. 41-44).

A abordagem hermética dos textos traduziria uma *contraposição ao racionalismo grego*. “Enquanto para o racionalismo grego uma coisa era *verdade quando podia ser explicada*, uma coisa verdadeira era agora principalmente algo que *não podia ser explicado*” (ECO, 1997, p. 36, grifo nosso). Nesse sentido, elos de significação relacionariam uma planta com o cosmo ou com uma parte do corpo humano. Essas associações culminariam sempre em um novo mistério a ser desvendado e, por conseguinte, tenderiam ao infinito. De acordo com essa tradição, o *significado imediatamente perceptível*, racionalmente explicado, seria incapaz de desvelar a verdade objetiva. A herança gnóstica nos remeteria a uma

consciência neurótica do papel do homem, do século II, num mundo incompreensível, passando a significar um conhecimento *meta-racional* voltado para Deus. A herança hermética e gnóstica teria produzido o que Eco denominou de *síndrome do segredo*. No hermetismo antigo e em muitas abordagens contemporâneas, seria possível a identificação de algumas idéias similares: texto como *universo aberto* a infinitas interconexões; incapacidade de a linguagem apreender um significado único e preexistente; a inadequação do pensamento como sendo refletida na linguagem; texto com pretensões de compreensão unívoca como *um universo abortado* (ECO, 1997, p. 37-46).

Umberto Eco enfatiza a impossibilidade de se defender que o intérprete está autorizado a *dizer qualquer coisa* acerca da mensagem. *Existiriam obstáculos impostos pelo texto que inviabilizariam determinadas interpretações*. Para ele, não obstante a possibilidade de se admitir um leque potencialmente infinito de interpretações, nem o texto estaria subordinado ao desejo consciente de seu autor – que poderia fazer referências a obras lidas sem perceber – nem às intenções do seu leitor. O texto, uma vez produzido e separado do autor e das circunstâncias concretas de sua criação, *flutuará* em um leque potencialmente infinito de interpretações aceitáveis. O seu exame, separado do autor e das circunstâncias de sua elaboração, resultaria na identificação dos limites a serem respeitados (ECO, 1997, p. 42-48). Enquanto as primeiras definições nos forneceriam a idéia de interpretação baseada na literalidade do objeto, as críticas de Eco à tradição hermética nos remeteriam à idéia de compreensão *sistemática do objeto* (haja vista a possibilidade de o intérprete defender o seu entendimento com a referência a um *conjunto de elementos* presentes no objeto analisado).

A identificação de excessos seria possível. Em alguns casos, o texto apresentaria um leque de possibilidades interpretativas à disposição do intérprete. Baseando-se nesse universo de possibilidades, seria possível perceber a *inadmissibilidade de algumas acepções propostas*. Essa interpretação incorreta, excedendo os limites estabelecidos pelo texto constituiria *superinterpretação*. A superinterpretação, em síntese, seria uma má interpretação; uma interpretação que *ignoraria acordos mínimos previamente aceitos* por determinada cultura e que *extrapolaria os parâmetros* encontrados no objeto interpretado (ECO, 1997, p. 53-77).

No desenvolvimento de seu entendimento, Eco suscita a necessidade de critérios que nos permitam *distinguir uma superinterpretação de uma boa interpretação*. Para tanto, afirma a possibilidade de uma espécie de princípio popperiano segundo o qual, na impossibilidade de identificação das *melhores interpretações*, seria possível identificar as “más”. Com o escopo de demonstrar esse entendimento, Eco utiliza uma extensa série de exemplos de interpretações

que foram além dos parâmetros razoavelmente aceitáveis (ECO, 1997, p. 61-77). A interpretação que ignorasse a *coerência interna* do texto, que não pudesse ser “checada” por outros leitores, seria uma má interpretação. Na esteira do seu entendimento, poderíamos exemplificar afirmando não ser possível ler o poema “Navio negreiro”, do poeta baiano Castro Alves, e concluir que este era um defensor da escravidão. Do mesmo modo, da leitura da Constituição Federal de 1988 não se poderia concluir – ignorando-se diversas passagens (art. 5º, XXIII, art. 170, III, 182, § 2º, 185, parágrafo único e 186) – que esta não atribui função social à propriedade. Quanto à possibilidade de múltiplos significados *não impedir* a exclusão de outros, pode-se utilizar o Código de Defesa do Consumidor para se extrair um exemplo. O conceito de *serviço adequado* pode, concretamente, trazer várias possibilidades ao intérprete. Todavia, será que uma conduta ilícita por parte do fornecedor do produto ou serviço pode corresponder a um serviço adequado para a legislação consumerista? Seria possível afirmar que, para um ordenamento jurídico, toda ilicitude é, necessariamente, inadequada? Ou, diversamente, não obstante a pretensão de unidade e coerência do ordenamento, seria possível tal disparidade de entendimentos?

Para Eco, cumpre enfatizar, os significados do texto *não podem ficar restritos* à vontade do autor. O texto também não estaria à mercê da vontade do leitor, que traria algumas possibilidades em relação ao mesmo. Em outras palavras, o texto *limitaria as possibilidades* do leitor. Uma vez produzido, ele adquiriria *independência* a ponto de se constituir a fonte dos fundamentos de qualquer interpretação aceitável – ainda que viesse a ser utilizada uma linha de argumentação complexa que se distanciasse do simples clichê. Também nesse ponto, é possível oferecer alguns exemplos. Não é difícil perceber que existem *níveis de compreensão diferenciados* entre os leitores. Uma criança, um adolescente, uma pessoa adulta e uma idosa, com níveis de escolaridade variados, possivelmente, terão *níveis de leitura* assimétricos em relação a um texto literário como “Dom Casmurro”, de Machado de Assis: uns compreenderão uma seqüência de fatos, a descrição dos ambientes e das pessoas, a plasticidade da narrativa; outros poderão indagar a respeito da motivação dos personagens, entre outras possibilidades.

No que concerne a esse último aspecto, verifica-se um *papel ativo do leitor alicerçado no referencial trazido pelo texto*. De maneira diversa, a própria reflexão sobre o fazer poético ou sobre a produção de outros gêneros textuais perderia o sentido. Se o texto não oferecesse limites, o autor não teria parâmetros dos efeitos que o seu trabalho provavelmente provocaria no seu leitor. Desenvolvendo ainda mais a sua linha de argumentação, baseando-se na idéia de *círculo hermenêutico* a ser desenvolvida posteriormente, Eco entende que “o texto é um *objeto que a*

interpretação constrói no decorrer do esforço circular de validar-se com base no que acaba sendo o seu resultado”. O esforço circular desenvolvido no curso do processo interpretativo seria o modo de superar a superfície textual e atingir a *intenção do texto*. Esta intenção seria uma decorrência “de uma leitura por parte do leitor”. Este, poderíamos dizer, para “interagir” com o texto lido, precisaria formular o questionamento adequado. Seus primeiros referenciais criariam condições para um aprofundamento de sua compreensão. Este aprofundamento, por seu turno, permitiria novas indagações que culminariam na compreensão da intenção da obra (*intentio operis*) – que *não coincidiria* com a intenção do autor empírico e *coincidiria* com a intenção de um autor-modelo (ECO, 1997, p. 75-76)².

Entre a intenção do autor – manifestação do seu consciente – e a intenção do leitor – limitado por sua mundividência e por suas competências intelectuais – existiria a intenção do texto na qual estariam presentes referenciais inconscientemente inseridos pelo autor empírico assim como a contribuição do leitor capaz de trazer indagações novas ao texto de modo a ultrapassar a sua superfície. É possível distinguir a existência dessas *três perspectivas* de compreensão de um texto. Todavia, o próprio Eco demonstra perceber como, na prática, *elas estão intrincadas*. Ele entende o *texto como objeto construído pela interpretação no decorrer de um esforço circular* (ECO, 1997, p. 75-76). Reitere-se, o leitor desempenha um *papel ativo* diante do texto, colaborando no desenvolvimento dos sentidos possíveis – sem olvidar, contudo, o referencial mínimo objetivamente fornecido pelo escrito.

Todas essas considerações nos levam ao questionamento da eventual necessidade de se investigar a vontade do autor empírico do texto (ECO, 1997, p. 79-104). Inicialmente, saliente-se a dificuldade imposta por diversas mundividências verificadas nos leitores. Partindo de visões do mundo distintas e de competências diferenciadas, múltiplas possibilidades interpretativas se apresentariam e não poderiam ser limitadas pela vontade consciente do autor empírico. Eco conclui no sentido da *independência do texto* em relação ao autor empírico e da *relevância restrita à compreensão do processo criativo* dos esforços no sentido da identificação da vontade do autor empírico.

Na obra multicitada, diversas críticas são opostas a esse entendimento defendido por Umberto Eco (Richard Rorty, Jonathan Culler e Christine Brooke-Rose). Todavia, elas foram muito *menos substanciais do que podem parecer à primeira vista*. Seja a afirmação do *uso do texto* pelo intérprete, seja a defesa de

2. A discussão do sistema conceitual adotado do Eco escapa aos objetivos do presente trabalho. Nesse sentido, remete-se o leitor às mencionadas obras do ilustre professor italiano.

interpretações mais ricas e elaboradas, que fogem ao corriqueiramente constatado, *não podem fugir do referencial analisado*. O intérprete deve demonstrar que o seu entendimento pode ser defendido por outrem com base no mesmo referencial. Ou seja, o intérprete deve demonstrar que a sua leitura não compromete a coerência interna do texto. Como afirmado por Eco, a própria contestação de seu entendimento pelos demais conferencistas e a réplica oferecida por ele dependiam de um referencial aceito convencionalmente como *condição mesma de desenvolvimento de um debate* (ECO, 1997, p. 177).

3. HERMENÊUTICA JURÍDICA CLÁSSICA

3.1. A hermenêutica jurídica e as suas técnicas de interpretação

A tradição das escolas hermenêuticas no pensamento jurídico vem de longa data. De acordo com Antônio Luís Machado Neto, desde quando há doutrina a interpretação se fez manifesta. Somente o ritualismo de práticas adotadas irrefletidamente poderia dispensar, aparentemente, a atividade interpretativa (MACHADO NETO, 1977, p. 217-218). Dos romanos até a atualidade, passando pelos glosadores medievais apegados à interpretação gramatical do *Corpus Juris* recém descoberto, a reflexão a respeito da interpretação e da aplicação do direito tem sido uma constante.

O salto da hermenêutica jurídica, ainda segundo as lições do notável Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, ocorreu após a promulgação do Código Napoleônico. Ao seu redor orbitavam concepções bem diferenciadas e contrapostas à Escola de Exegese, formada pelos comentadores do Código Civil francês (MACHADO NETO, 1977, p. 219).

Miguel Reale oferece importante esclarecimento sobre a corrente defensora da completude do Código Civil de Napoleão. Declarando a Revolução Francesa a igualdade de todos perante a lei, fazia-se necessário eliminar os núcleos de privilégios atribuídos a alguns grupos. Conseqüentemente, defendeu-se a inexistência de parcela da vida social não adequadamente regulada e a revogação de “todas as ordenações, usos e costumes até então vigentes” (REALE, 2002, p. 277). Desse modo, clero e nobreza também se submetiam às determinações da vontade geral.

O prestígio da lei atingiu ponto tão elevado que, praticamente, passou a ser considerada a única fonte do direito. A “função do jurista não consistia em outra coisa senão extrair e desenvolver o sentido pleno dos textos, para apreender-lhes o significado, ordenar as conclusões parciais e, afinal, atingir as grandes sistematizações”. Conseqüência do predomínio dessa concepção do direito se refletia, no

plano interpretativo, no domínio da interpretação *gramatical* e lógico-sistemática (REALE, 2002, p. 278-279).

Esse lugar de destaque ocupado pela legislação persistiu no século XX. Como analisado mais detidamente em outra oportunidade (SABINO, 2005), a outrora predominante concepção de *soberania do monarca* legitimado pelo poder divino – conveniente aos interesses burgueses dos primórdios do Estado Moderno por ensejar a centralização do poder político (inexistente durante o período feudal) – cede lugar, na transição do século XVIII para o XIX, à idéia de *soberania popular*.

Nesse contexto, o Legislativo assumiu uma destacada posição, considerado o único apto a exteriorizar a *vontade geral* – revelada no debate racional desenvolvido no seio do parlamento (os magistrados eram identificados à figura do monarca). Como fruto da ação do intérprete qualificado da vontade popular, a lei geral (destinada a um número indeterminado de pessoas), abstrata (destinada a reger um número indeterminado de situações de fato), impessoal, amplamente debatida, com pretensões de longevidade, recebe um culto especial: *o culto à lei*.

A hipervalorização da lei foi intensificada com a *expansão do direito de votar*. Com o *sufrágio universal* (abrangendo todas as camadas da população independentemente de capacidade econômica, raça, sexo, ou qualquer outro critério discriminatório), *igualitário* (o voto de todos com idêntico valor, independentemente da condição social do eleitor), *secreto e eleições periódicas*, houve um crescimento exponencial das demandas por atuação positiva do Estado. Massas anteriormente afastadas de real participação passaram a incluir nas pautas públicas prestações positivas. Daí a arguta observação de Norberto Bobbio de que a *burocratização* acompanha a *democratização*. Para cada nova área na qual o Estado atue *crecem seus quadros técnicos e a sua produção normativa*³.

A *nova conformação* do Estado, com substancial atuação na esfera social sem alijar a sociedade da possibilidade de desenvolvimento autônomo de seu potencial pode ser condensada na idéia de *Estado dualista* defendida por Edvaldo Pereira de Brito (1982), em seu trabalho de dissertação apresentado ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFBA. Preocupou-se o autor em justificar a necessidade de intervenção estatal no domínio econômico. Esta intervenção refletiria tanto a necessidade de satisfação do *bem-estar social* quanto de *desenvolvimento econômico*. O Estado apresentaria, pois, uma configuração *moderada*: interviria no domínio econômico orientado axiologicamente “pelos valores maiores da liberdade individual, compatível com os valores da justiça

3. Referências acerca do assunto podem ser verificadas no trabalho supramencionado: SABINO, 2005.

social” (BRITO, 1982, p. 33). Buscar-se-ia, assim, um ponto de equilíbrio capaz de intervir de maneira eficaz (no sentido da promoção da justiça social) sem uma hipertrofia comprometedora da liberdade individual: nem a indiferença com uma liberdade irrestrita, nem o Estado empresário expurgando da sociedade a liberdade.

Defendeu o célebre integrante da Academia Brasileira de Letras Jurídicas um *Estado social moderado*, característico dos Estados de iniciativa *dualista*. Este identificaria a própria expressão da soberania popular em seu âmbito territorial de manifestação politicamente organizado. A vontade soberana apontaria no sentido da ordem, da segurança e da justiça, passando pela promoção do bem-estar e do desenvolvimento. O Estado dualista, destaque-se, estaria comprometido com os *meios de satisfação de todas as necessidades coletivas*, ainda quando entendidas como *não-econômicas* ou que não tivessem se tornado *públicas* por opção política. A pretendida harmonia de interesses não seria assegurada em um regime de liberdade econômica incontrolada ou da *plena* liberdade de iniciativa, independentemente da intervenção nos moldes do Estado dualista (BRITO, 1982, p. 34-36).

Retornando à fase que seguiu o Código Civil francês, difundiram-se, em diversos Estados, movimentos pleiteando maior liberdade ao juiz⁴. Na doutrina brasileira, Carlos Maximiliano Pereira dos Santos é o autor da obra clássica a respeito da hermenêutica e da aplicação do direito. Publicada originalmente em 1924, *Hermenêutica e aplicação do direito* ainda hoje permanece sendo reimpressa e amplamente citada, na doutrina e na jurisprudência. A sua conhecida lição nos é fornecida logo na introdução dessa obra: “A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito” (SANTOS, 2001, p. 1).

Analisando essa passagem da obra de Carlos Maximiliano, em seu *Compêndio de introdução à ciência do Direito*, Antônio Luís Machado Neto (1977, p. 216) distingue *três sentidos* atribuíveis à hermenêutica jurídica. Em sentido restrito, hermenêutica seria *sinônimo* de interpretação. Em sentido amplo, hermenêutica abrangeria a interpretação, a integração e, possivelmente, a aplicação. Em um terceiro sentido, ainda mais amplo, a hermenêutica albergaria um conjunto de estudos relacionados ao *sentido amplo* de Teoria Geral do Direito⁵, à lógica jurídica transcendental ou material.

4. Antônio Luís Machado Neto sintetiza a contribuição de diversos autores em sua revisão bibliográfica (MACHADO NETO, 1977, p. 219-221).
5. De acordo com Antônio Luís Machado Neto (1977, p. 216), a Teoria Geral do Direito *stricto sensu* teria como horizonte temático a lógica jurídica formal.

Salienta o ex-professor da Universidade de Brasília e da Universidade Federal da Bahia o fato de ser o *entendimento tradicional da extensão do conceito* de hermenêutica jurídica no sentido da “interpretação, seus processos e sua técnica”. A interpretação jurídica se dedicaria a “desentranhar o sentido que *guarda a lei* sob suas palavras”. Em suas palavras: “Interpretação será, assim, o conjunto de operações lógicas que, seguindo os princípios gerais da hermenêutica e visando integrar o conteúdo orgânico do direito, *apura o sentido e os fins* das normas jurídicas” (MACHADO NETO, 1977, p. 216, grifo nosso).

A abordagem de Antônio Luís Machado Neto é claramente dividida em três partes destinadas às seguintes indagações: quem interpreta e qual a sua finalidade; como se interpreta; e quais os efeitos da interpretação. A depender da questão apresentada, as possibilidades das respostas a serem encontradas variarão.

Quando se indaga acerca de *quem interpreta* e a sua *finalidade*, conforme o tipo de intérprete, a interpretação pode ser autêntica ou legislativa, usual ou judiciária, científica ou doutrinal. Quanto ao *modo como se interpreta*, a interpretação poderá ser gramatical ou filológica, lógica – podendo ser lógico-analítica, lógico-sistemática, lógico-jurídica –, histórica – ora buscando o antecedente imediato, ora o remoto – e a sociológica – objetivando conferir aplicabilidade da norma, estender o sentido da norma e temperar o alcance do preceito normativo⁶. Quanto aos *efeitos da interpretação*, ela poderá ser modificativa, ab-rogante ou declarativa (MACHADO NETO, 1977, p. 217).

O passado se faz presente na interpretação em momentos distintos. Na interpretação conforme o tipo de intérprete, ele fica bem evidenciado quando da interpretação autêntica. Por meio desta, para a interpretação de uma lei considerada *primária*, parte-se do legislador através de uma lei considerada *secundária*, “que estatui normatividade a interpretação que se deve dar a outra lei”. Essa interpretação, assim como a judiciária, tem caráter público por ser emanada de “órgão específico da dinâmica do direito” (MACHADO NETO, 1977, p. 217)⁷.

6. Não há uma uniformidade terminológica quanto às diversas ferramentas utilizadas pelo intérprete na tentativa de compreensão do texto. Alguns autores chamam de *técnicas*, outros de *métodos* assim como é possível encontrar a referência a *processos*. No presente trabalho, utilizaremos indistintamente esses conceitos.

7. Impende salientar o fato de Hans Kelsen (KELSEN, 1996) ter um entendimento bastante diferenciado a respeito do assunto, expresso no capítulo VIII do seu livro *Teoria Pura do Direito*. Para ele, considerando o fato de o ordenamento ser uma estrutura ordenada de supra e infra-ordenação no qual uma norma de hierarquia superior regula o processo de produção das normas de hierarquia inferior e, em certa medida, até o seu conteúdo (destacando-se que o fundamento último de validade do ordenamento – a norma fundamental pressuposta – não forneceria conteúdo), todo ato jurídico seria, concomitantemente, *criação e execução* (exceto nos extremos – a norma fundamental seria *pura* criação e de outro lado, na base do ordenamento jurídico representado por uma figura piramidal, teríamos *pura* derivação).

Por *processo lógico*, entende-se a aplicação ao preceito de princípios de lógica formal. Por meio dele, ainda segundo as lições de Machado Neto, seriam possíveis *três graus de abstração*. Por um lado, buscar-se-ia a *mens legis* (lógico-analítico); por outro, o *contexto normativo* (lógico-sistemático); por fim, a coerência lógica com alguns preceitos materiais (lógico-jurídico). A perspectiva lógico-jurídica exigiria a observância da razão que justificou o preceito legal (*ratio legis*), a “sua virtude normativa ou eficácia objetiva” (*vis legis*) e a circunstância histórica na qual foi elaborado o preceito (*occasio legis*) (MACHADO NETO, 1977, p. 217). Desse último aspecto decorre a conclusão de Machado Neto no sentido de o processo lógico desembocar no histórico. Todos esses aspectos do processo lógico serão afetados, como poderá ser verificado, pela perspectiva filosófica de compreensão da hermenêutica.

No estudo da influência do passado na interpretação, devemos dedicar especial atenção, também, aos processos hermenêuticos. Entre esses, analisaremos, especificamente, o *processo histórico*. Por técnica de interpretação histórica, entende-se a tentativa de compreensão de um objeto presente por meio de dados relativos ao passado. Buscar-se-iam antecedentes *imediatos* e *remotos* da norma a interpretar (MACHADO NETO, 1977, p. 217).

Por força de enormes transformações sociais ocorridas no século XIX, como observa Reale, constatou-se o desajuste entre a lei codificada e a vida, “A todo instante apareciam problemas de que os legisladores do Código Civil não haviam cogitado”. Daí impor-se a criação de “outras formas de adequação da lei à existência concreta”. Nesse contexto surge a *interpretação histórica* (REALE, 2002, p. 281-282).

A interpretação histórica, com variações, utilizará a noção de *intenção do legislador*. De um lado, considerando a lei uma realidade histórica, esta se situaria na progressão do tempo. Seria necessário investigar a intenção do legislador com o propósito de ajustar a lei às situações supervenientes. Ou seja, cogitar *o que teria*

Corolário desse entendimento kelseniano é o *Judiciário ser visto*, assim como o Legislativo, *como intérprete autêntico das normas* e, por conseguinte, como *produtor de normas*. A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito seria *sempre autêntica* e esta seria marcada pela possibilidade de criar Direito. A criação do Direito não se daria apenas quando se tivesse caráter geral, mas também nos casos de produção de uma norma individual, desde que o ato já não pudesse ser anulado.

Essa polaridade (*produção e aplicação*) está em consonância com a perspectiva de análise adotada por Hans Kelsen. Ele promove uma série de equiparações que reduzem o seu objeto de análise a *dois planos*. Nesse sentido, Kelsen equipara validade e vigência, validade e existência, legitimidade e constitucionalidade (legalidade); e diferencia a validade da *eficácia*. Fora desse recorte promovido por Kelsen, a bipolaridade *produção/aplicação* restará inapropriada, por não se adequar à complexidade do mundo jurídico.

feito o legislador caso as circunstâncias atuais existissem quando da elaboração da norma (REALE, 2002, p. 282).

Buscar-se-ia a *intenção possível do legislador na época em que se situava o intérprete*. A lei poderia ser “mais sábia do que o legislador”. Uma vez elaborada, ela se desprenderia da pessoa deste. Com isso, deu-se à lei uma *compreensão progressiva*, evolutiva. Cumpre destacar que, mesmo com a interpretação histórico-dedutiva, não se admitia interpretação criadora “à margem da lei ou a despeito dela” (REALE, 2002, p. 282-284).

A observância de variados processos não afasta a necessidade de análise da teleologia relacionada à sua aplicação. Esse processo Machado Neto denominou de *sociológico*. Os seus objetivos seriam variados. Por meio dele, buscar-se-ia “a) *conferir a aplicabilidade da norma* às relações sociais que lhe deram origem (empírica)”; b) *estender o sentido da norma* a relações novas, inéditas ao tempo de sua criação; c) *temperar o alcance do preceito normativo*, a fim de fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social” (MACHADO NETO, 1977, p. 217, grifo nosso). Esses objetivos, evidentemente, não precisam estar expressos como no art. 3º. da Carta Magna de 1988. O processo interpretativo é capaz de revelar a finalidade da norma. Um benefício oferecido àquele que pratica um determinado ato, assim como a sanção imputada a quem realiza outro, pode evidenciar o bem jurídico cuja proteção se almeja.

Como observado acima, além das técnicas de interpretação comuns à hermenêutica geral e à hermenêutica jurídica, existe técnica específica desta última. Entre elas há diferença. Na seara jurídica, além das técnicas de interpretação gramatical, histórica e sistemática, revela-se de suma importância a *interpretação teleológica*. Conforme a finalidade da norma, não serão deflagrados sobre um determinado fato os efeitos abstratamente previsto para a hipótese de verificação da conduta descrita.

É possível constatar que, diante da clareza do texto, a interpretação não cessa. Os níveis de compreensão de um objeto são variáveis de modo a não ser possível a identificação de sentidos inequívocos. A partir da literalidade de um enunciado, é possível chegar a interpretações diferenciadas. A interpretação gramatical é, pois, também no campo jurídico, o primeiro passo, mas não esgota as possibilidades interpretativas. Ela não basta para determinar a deflagração dos efeitos que lhe são próprios. A norma aplicável à generalidade dos casos, considerando as especificidades do caso concreto, não guardava razoabilidade. Ela não deveria ser aplicável se sua razão motivadora não foi afetada⁸.

8. Sobre o assunto, leia-se: ÁVILA, 2003. Acerca da interpretação, leia-se DANTAS, 2005.

3.2. Diferenças entre as técnicas de interpretação comuns à hermenêutica geral e à hermenêutica jurídica

como visto, a hermenêutica geral e a hermenêutica jurídica clássica se valem de técnicas comuns de interpretação. Ambas recorrem à interpretação gramatical, histórica e sistemática. Todavia, entre as técnicas comuns, existem diferenças no uso das mesmas. Enquanto na interpretação de um texto literário a interpretação histórica pode ser muito influente, considerando a mudança de sentido dos elementos do objeto interpretado; na interpretação jurídica, nos moldes da interpretação clássica, a técnica de interpretação histórica goza de menor importância. No âmbito jurídico, *isoladamente*, o recurso ao passado *não pode prevalecer* sobre a busca do sentido contemporâneo dos enunciados normativos.

A técnica de interpretação histórica, em que pese a sua importância em países de direito costumeiro, tem grande risco de conduzir ao que a doutrina chama de *interpretação retrospectiva*. A interpretação retrospectiva, nas lições de Luís Roberto Barroso, é uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira segundo a qual “se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”. A preservação, na nova disposição normativa, da literalidade de enunciado normativo revogado não implica, necessariamente, na manutenção do sentido outrora atribuído ao mesmo (BARROSO, 1999, p. 76, 131 e 246). Quando indagada a respeito dos precedentes legislativos, dos trabalhos preparatórios ou das circunstâncias históricas quando da elaboração da norma, o intérprete deve tomar com cautela as informações que lhe são trazidas⁹.

Evidentemente, essas afirmações *não obstam, durante um debate relacionado à interpretação de norma a ser aplicada a um caso concreto, a utilização de qualquer argumento com capacidade persuasiva* – incluindo-se o argumento histórico nesse contexto. O STF, por ocasião do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 21485-6, do Distrito Federal, chegou a debater as “prendas estéticas” da impetrante, que supostamente, de acordo com argumento apresentado em tribuna pelo seu advogado, por força da falta de motivação do ato por meio do qual ela foi dispensada, seriam presumíveis. Em seu voto, o Ministro Carlos Velloso fez menção a esse argumento a revelar a sua crença na verossimilhança da informação. Logo em seguida, o Ministro Paulo Brossard, em irretorquível argumentação, refutou essa linha de raciocínio frágil, baseada

9. No âmbito do STF, existem precedentes nos quais foi enfatizado o caráter relativo do argumento histórico – AI 401.337/PE e ADI-MC 2.010/DF, ambas tendo como relator o Ministro Celso de Mello (BARROSO, 1999, p. 132; 2009, p. 293).

em uma suposição desacompanhada de qualquer prova nos autos e que contraria a razoável presunção de legitimidade dos atos dos agentes públicos.

Esse exemplo demonstra o fato de o debate judicial não ser alimentado exclusivamente por um raciocínio silogístico, partindo de enunciados normativos e verificando a adequação do fato à tipicidade legal. A plêiade de recursos utilizáveis comporta, também, a argumentação baseada no processo histórico determinante da elaboração de uma dada norma. Todavia, a força de convencimento ou persuasão desse raciocínio é limitada na seara jurídica sob a perspectiva clássica.

Em outros campos, por certo, o processo histórico pode ter maior sorte. Em um ambiente de adeptos de uma dada religião, reportar o receptor de uma mensagem ao entendimento manifestado por uma antiga e respeitada liderança é plenamente utilizável (vejam-se os argumentos baseados na estrutura do real analisados por Perelman (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1996). Todavia, nos domínios teológicos, outro paradigma é adotado. Neste, o presente *não pode* subverter os valores estabelecidos no passado (supostamente oriundos de uma divindade) ao sabor da conveniência do devoto. Parte-se de um núcleo inegociável de princípios sem os quais a própria religião se descaracterizaria.

No âmbito jurídico, diversamente, *o presente não é refém do passado*. Os valores do passado podem ser modificados substancialmente ou até renegados pelas novas gerações. A interpretação jurídica vive essa tensão entre o passado e o presente, entre a motivação originária e as necessidades contemporâneas. Considerando o caráter instrumental do direito, que não é um fim em si mesmo, a satisfação de necessidades atuais deve prevalecer sem que disso resulte uma necessária ruptura da ordem jurídica. Conseqüentemente, as indagações do intérprete devem se voltar à objetividade dos dados contemporâneos.

Como é de amplo conhecimento, quando se passou a defender a interpretação baseada no método histórico nos moldes clássicos, não se tinha acesso à variedade de fontes estatísticas que se tem hoje. O intérprete de então, receptivo à vontade política predominante – especialmente se estiver sendo considerado um Estado democrático –, consultando as atas dos debates parlamentares, encontraria fontes confiáveis das diversas posições a serem confrontadas. No contexto do *culto à lei* ao qual já nos referimos, compreende-se a importância desse recurso.

Atualmente, vive-se um palco amplamente diferenciado. O acesso do intérprete aos principais argumentos relacionados a uma determinada matéria *não depende* da motivação originária do legislador. Diversos personagens podem subsidiar o intérprete-aplicador. Grupos de interesses dos mais variados, grupos de pressão,

partidos políticos e até mesmo pequenos grupos organizados podem exercer influência – evidentemente, com pesos diferenciados – sobre as discussões nacionais¹⁰.

No processo, no curso de uma relação comunicativa normativa (FERRAZ JR., 2006), as partes interagem, suscitam questões, fornecem elementos exigidos por outros integrantes da relação. Tudo isso ocorre com a participação ativa do magistrado decidindo quais provas são necessárias e distribuindo o ônus entre as partes. Também nesse sentido, a discussão na esfera judicial, dirigida à solução do problema concretamente submetido à análise, mostra-se mais importante. Deve-se, pois, reduzir a atenção dispensada ao passado *no que se refere aos elementos utilizados para decidir*.

No caso brasileiro, o processo judicial fornece muitas possibilidades no sentido da *ampliação do debate* das questões controvertidas. Por meio dessa, o horizonte argumentativo não só é *ampliado* pela presença de outros participantes como permite que o julgador, regendo as discussões, pontue as questões controvertidas cujo esclarecimento julga necessário.

Esses recursos não se restringem ao âmbito do Pretório Excelso. Na década de 1990, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido da desnecessidade de toda arguição de inconstitucionalidade perante um tribunal, necessariamente, ter de ser apreciada pelo plenário ou órgão especial do respectivo tribunal. Entendeu-se que, uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma dada lei pelo STF ou pelo próprio tribunal de que fizesse parte o órgão fracionário perante o qual tivesse sido suscitada a questão constitucional, estaria *afastada a presunção de constitucionalidade da norma impugnada* e, por conseguinte, não haveria razão para se impedir o julgamento da questão pelos órgãos fracionários. Além disso, a regra do art. 97 da CF – cuja adoção ao longo da história constitucional brasileira nos remete a meados do século XX – tem o objetivo de *evitar a oscilação dos entendimentos manifestados por um dado tribunal*. Uma vez firmado um entendimento no sentido da inconstitucionalidade, o órgão fracionário estaria apenas se submetendo a esse entendimento sem comprometer a previsibilidade das decisões proferidas.

Desse entendimento firmado pelo STF surgiu um problema grave: *quem não participou do debate sobre a questão constitucional poderia sofrer os efeitos de suas decisões*. O entendimento clássico relacionado à restrição dos efeitos das decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade às partes era,

10. A respeito de grupos de interesses, grupos de pressão e partidos políticos, leia-se: BONAVIDES, 2004; CAETANO, 1998.

claramente, revisto. Com isso, poder-se-ia defender a violação do contraditório e da ampla defesa. Corolário da garantia do contraditório e da ampla defesa, com a adoção do mencionado entendimento do STF, foi a *ampliação dos participantes dos debates sobre as questões constitucionais julgadas pelos tribunais* (art. 480 a 482, do CPC). Com efeito, com base na jurisprudência firmada no âmbito do STF relacionada ao art. 97 da Carta Magna, mesmo em controle difuso de constitucionalidade, além das partes, outros interessados puderam participar dos debates concernentes à interpretação da questão constitucional.

Especificamente no STF, essa ampliação dos intérpretes da Constituição, encontra sede legal própria. As leis n. 9.868/99 e 9.882/99 disciplinaram a tramitação e o julgamento de processos relacionados às ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceitos fundamentais. Nessas, há expressa referência à *ampliação do debate* com a previsão, frise-se, não apenas do *amicus curiae* como de audiências públicas – que muito enriqueceram a história constitucional recente do país.

É possível concluir que a importância técnica histórica de interpretação *fora do mundo jurídico* é diferenciada. Fora deste, ela pode gozar de notável relevância; neste, sob a perspectiva da hermenêutica clássica, considerando o fato de o Direito não ser um fim em si mesmo, a satisfação de necessidades contemporâneas joga luzes sobre o texto antigo de modo a enfatizar a independência do texto em relação à vontade do órgão que o produziu.

Note-se que a referida possibilidade de, perante o Judiciário, *promover diretamente um debate* e de *interferir na qualidade do debate* respeitante à matéria controversa em muito supera o recurso à interpretação histórica na sua conformação clássica. Os *debates parlamentares seguem uma dinâmica própria*. O discurso político é voltado para a maioria ainda que os objetivos sejam relacionados à satisfação de uma minoria. Em outras palavras, valendo-nos de exemplo destacado pela doutrina relacionado aos sistemas eleitorais (BONAVIDES, 2004), o sistema majoritário *tende à uniformização do discurso político*. A viabilidade eleitoral de um grupo político depende de sua identificação com um conjunto de valores identificados com a maioria. Em um quadro de bipartidarismo, por exemplo, o discurso tende à homogeneidade: todos se voltam para a maioria. A prática, contudo, pode se distanciar disso. O *lobby*, por exemplo, de maneira lícita ou ilícita, pode incitar o distanciamento entre a prática e o discurso. Atualmente, considerando a atmosfera de insegurança propagada pela mídia brasileira, é possível assistir a uma entrevista com um político defendendo intransigentemente todas as reivindicações dos mais aguerridos grupos relacionados aos direitos humanos e, concomitantemente, patrocinando mudanças

na legislação voltadas para o agravamento das penas seguindo a orientação de maximização do Direito Penal.

Ainda sobre a peculiaridade do debate parlamentar, cumpre salientar fato destacado pela doutrina: *minorias organizadas podem ter uma influência maior do que a maioria dispersa*. Ademais, quando analisa os modelos interpretativos da representação política, Maurizio Cotta (1995) classifica três modelos ideais cujo isolamento só é possível, em termos teóricos, para fins didáticos: o modelo da representação por delegação, o modelo da representação por confiança e o modelo da representação como espelho. De acordo com esse último modelo, o órgão representativo seria em um microcosmo *fielmente reproduzidor das características do corpo político*. Em razão deste entendimento, esse modelo é também conhecido como sociológico.

Com base nos subsídios trazidos pelo modelo sociológico de interpretação da representação, é verificada a predominância de determinados seguimentos profissionais, culturais, étnicos, entre outros, em proporção muito diferenciada em relação ao eleitorado: sua qualidade refletora apenas se concretiza em termos relativos. Um país de maioria negra e feminina, por exemplo, pode ter a representação de maioria branca e masculina; líderes sindicais também costumam se apresentar em elevado número (SABINO, 2006). Também por força disso, o debate parlamentar pode ser deformado.

Os debates parlamentares, quando utilizados para orientar a interpretação jurídica, podem *reproduzir todas essas distorções* para a atividade jurisdicional. Por conseguinte, também por essas razões, por ocasião de um julgamento, não deve o magistrado fundar a sua argumentação no método histórico de interpretação compreendido na acepção clássica.

3.3. Diferenças entre as técnicas de interpretação utilizadas pela hermenêutica jurídica

Se é certo que a mesma técnica interpretativa – histórica – conta com peso diferenciado na hermenêutica geral e na jurídica, considerando apenas esta última, é possível identificar uma *hierarquia entre as técnicas clássicas de interpretação* (gramatical, histórica, sistemática e teleológica). O intérprete não pode se esquivar do referencial normativo. Conseqüentemente, sempre deverá observar o direito posto.

A verificação da ocorrência de fato que corresponda à literalidade de um enunciado¹¹ normativo, como visto, pode não deflagrar os efeitos previstos no

11. Acerca da diferença entre disposição e norma, leia-se Riccardo Guastini (GUASTINI, 1998, p. 15 e segs.). De acordo com este, quando se considera o direito um conjunto de normas, tem-se o vocábulo norma em

ordenamento (BOBBIO, 1993). A utilização de técnica de interpretação *sistemática ou teleológica pode conduzir a isso*. Quando submetido um enunciado legal à técnica de interpretação histórica *isoladamente*, não é possível constatar o mesmo.

A interpretação histórica pode permitir que o intérprete compreenda *como se chegou até determinado ponto a evolução normativa*. Disso *não decorrerá*, saliente-se, a possibilidade de recusar a opção legislativa. Ou seja, *não se afasta a interpretação literal baseada na técnica histórica*. Diferentemente da técnica histórica, é possível não aplicar enunciado normativo em sua literalidade recorrendo, exclusivamente, a uma interpretação fundada na técnica sistemática ou teleológica.

A partir dessas considerações, *é possível vislumbrar* – assim como analisado por Bobbio no que concerne à incidência simultânea de critério de solução de conflitos entre normas (cronológico, especialidade e hierárquico) – partindo-se da interpretação clássica, uma *hierarquia entre as técnicas*. Existem técnicas fortes e fracas, predominantes e subordinadas: a *técnica de interpretação histórica*, na perspectiva clássica, isoladamente, sempre será *subordinada/fraca*.

4. REDIMENSIONAMENTO DA HISTÓRIA NO PROCESSO INTERPRETATIVO PELA ABORDAGEM FILOSÓFICA

Para analisar o redimensionamento da história no processo interpretativo, é de fundamental relevância a referência a Martin Heidegger e a Gadamer. Esses autores conferem um sentido dinâmico ao compreender apto a permitir uma leitura *permanentemente atualizada* das normas positivas¹².

Heidegger, em sua mais conhecida obra, *Ser e Tempo* (2008), de 1927, “desenvolve uma crítica à tradição e formula sua nova perspectiva filosófica, afastando-se da fenomenologia de seu mestre Husserl” (MARCONDES, 1997, p. 266). De maneira mais sintética, como destaca Ernildo Stein, o problema filosófico fundamental analisado por Heidegger é “o problema do ser, seu sentido, sua verdade” (STEIN, 1996a, p. 6).

Heidegger criticou as tendências de classificar e de categorizar o ser de modo a lhe conferir objetividade (MARCONDES, 1997). A própria estruturação de *Ser*

dois sentidos. O primeiro seria associado à manifestação legislativa, ao *enunciado*; o segundo, ao *conteúdo*, ao significado da manifestação legislativa. Por conseguinte, o significado do vocábulo “norma” *não seria o mesmo* quando utilizado nas expressões “interpretação de norma” e “aplicação de norma”: no primeiro, teria o sentido de enunciado; no segundo, de conteúdo.

12. Na seara constitucional, essa concepção dinâmica é especialmente importante para o estudo da contraposição entre constituição real e jurídica (LASSALLE, 1998; HESSE, 1991; BRITO, 1993).

e *Tempo*, com uma constante retomada de análises que, uma vez concluídas, são transformadas em ponto de partida de um aprofundamento da questão por outros aspectos, é indicativa do seu propósito de se afastar de simplificações objetivantes.

Heidegger inicia a sua abordagem enfatizando o fato de *ser* e *ente* não se confundirem. Ente seria tudo acerca do que falamos bem como o que e como nós mesmos somos. “Ser está naquilo que é e como é, na realidade, no simplesmente dado (*Vorhandenheit*), no teor e recurso, no valor e validade, no existir, no ‘dá-se’” (HEIDEGGER, 2008, p. 42).

Dessa distinção inicial, haja vista uma significativa peculiaridade do homem, ele discorre sobre o conceito de *presença*: “Designamos com o termo *presença* esse ente que cada um de nós mesmos sempre somos e que, entre outras coisas, possui em seu ser a possibilidade de questionar. A colocação explícita e transparente da questão sobre o sentido do ser requer uma explicação prévia e adequada de um ente (da presença) no tocante a seu ser” (HEIDEGGER, 2008, p. 42-43). O homem seria dotado de uma característica fundamental para o desvelamento do seu ser: *ele questiona a si mesmo*. O questionar-se permite ao homem perceber a si mesmo em sua relação com o mundo e em que medida essa relação não o afasta do seu ser. Vale dizer, o questionamento da sua própria relação com o mundo permite ao homem se reportar ao seu próprio ser esquecido ao longo de sua existência.

Heidegger distingue o questionamento teórico explícito do sentido do ser (ser-ontológico) de um ser pré-ontológico (2008, p. 48). Esse homem que *é no mundo* sem um questionamento do seu ser *existe*. A presença irá se relacionar com a existência (*existenz*) na medida em que o questionamento ontológico, capaz de fazer o homem transcender o mundo tal como simplesmente dado no plano de sua existência, depende desse cotejamento entre o ser simplesmente dado e aquele que o homem *pode se tornar*. Em outras palavras, passado e presente vão determinar as possibilidades futuras do homem. O que ele *foi e é* enquanto ser-no-mundo (plano da existência) cria as possibilidades do que ele poderá ser. Nesse sentido, compreende-se o porquê da afirmação de Heidegger acerca da presença: ela “sempre se compreende a partir de sua existência”. O ser-no-mundo não esgota as possibilidades do homem, mas *sempre será um referencial para a sua compreensão*.

Se o ser, em sua manifestação originária anterior a qualquer questionamento sobre si mesmo, existe, a reflexão heideggeriana a respeito do ser é levada a um termo relacionado ao modo como se dá essa existência. Assim, relaciona-se a existência com a faticidade (*faktizität*). O homem, ainda em um estágio anterior ao questionamento da relação do seu ser com o mundo, existe. A existência, como

estar no mundo simplesmente dado, não proporcionar ao homem transcender esse estado. O seu ser está simplesmente no mundo sem qualquer interferência de sua vontade. A faticidade (*faktizitat*) está relacionada ao fato de o ser estar no mundo nessas condições, independentemente de sua vontade, mas que pode ir ao encontro de seu ser (HEIDEGGER, 2008, p. 102).

Verifica-se, pois, que existência e faticidade estão relacionadas ao momento no qual o homem ainda não afirma a sua presença no mundo. O estar no mundo independente de sua vontade e sem o questionamento do seu ser permanece necessariamente estático. O homem, contudo, pode discutir a si mesmo bem como o próprio mundo. O modo primário de ser-no-mundo é o conhecer (*kennen*). A constituição do ser da presença é compreendida a partir da existência dentro de um mundo independentemente da vontade do homem. Desse modo, a presença sempre *reconhece* essa constituição do ser (HEIDEGGER, 2008, p. 105).

Heidegger distingue *reconhecer* (*erkennen*) e *conhecer* (*kennen*). O reconhecimento relaciona-se com o sentido do ser sempre presente, do ser simplesmente dado no mundo: a existência. Para designar uma cognição do mundo a partir do sentido autêntico do ser do homem (esquecido ou desconhecido), ele utiliza o termo *conhecer*. O conhecer, enquanto conhecimento do mundo, é um conceito relacional. O conhecer toma a si mesmo como relação entre “alma” e mundo. Conhecer o mundo, “dizer e discutir o ‘mundo’”, funcionaria como *modo primário* de ser-no-mundo. Essa experiência permitiria o estabelecimento de uma relação com o mundo (HEIDEGGER, 2008, p. 105).

Por ser o modo de ser da presença enquanto ser-no-mundo, o *conhecer* (*kennen*) é determinante de sua permanente. O modo da presença é desenvolvido em sua interação com o mundo. Consequentemente, o modo da presença pode se modificar constantemente por força da sua relação com aquele e das discussões daí resultantes, recusando-se distorções e encobrimentos.

Também é preciso salientar que a presença *não pode ser compreendida fora do mundo*. O modo de ser originário da presença está inexoravelmente imbricado com o mundo: “a presença já está sempre fora” (HEIDEGGER, 2008, p. 109). Por isso, conhecendo o mundo do qual não pode se dissociar, o modo de ser da presença, enquanto ser-no-mundo, se modifica sem sair de uma esfera interna, sem abandonar a esfera íntima.

Para que seja possível refletir adequadamente na esteira do pensamento heideggeriano, impõe-se o exame da noção de *mundo circundante* (*umwelt*). Como destacado por ele, a investigação sobre o mundo não se afasta do campo temático da analítica da presença, pois o “‘Mundo’ é um caráter da própria presença”

(HEIDEGGER, 2008, p. 111-112). Analisando a polissemia do termo “mundo”, Heidegger discorre a respeito de *quatro diferentes significações*. Em síntese, ele utiliza o termo *mundo*, basicamente, como o contexto em que uma presença fática vive. Quando significar o ser da totalidade dos entes, o termo é utilizado entre aspas. Nesta mesma passagem, de maneira sintética, fica evidenciado o sentido de *mundo circundante* utilizado por Heidegger. Mundo circundante é o contexto mais próximo, doméstico, em que uma presença fática vive.

A percepção do mundo pelo homem não parte do nada – no mundo jurídico, isso não pode ser olvidado, especialmente para a compreensão do direito posto. Existe uma compreensão prévia que permite situar um objeto de apreciação *em uma totalidade*, em conjunto com o qual ele se relaciona. Antecede a apreensão de um instrumento, pois, a idéia que se tem acerca deste. Um instrumento é “algo para...” que se integra a uma totalidade dos diversos modos de “ser para” (*Um-zu*) alguma coisa (manuseio, aplicabilidade, entre outras possibilidades). A *percepção prévia* supramencionada não esgota as destinações de um instrumento. O uso de algo revela o que, de fato, ele pode ser: “O próprio martelar é que descobre o ‘manuseio’ específico do martelo” (HEIDEGGER, 2008, p. 117). Disso decorre o entendimento no sentido de o modo de ser de um instrumento *se revelar por si mesmo*. É possível visualizar a configuração de alguma coisa e daí inferir o seu “ser para”. Todavia, o que é manual *não pode ser* precisamente compreendido sem essa experiência. O conceito utilizado por Heidegger para designar *o modo de ser do instrumento em que ele se revela por si mesmo é manualidade*.

A percepção do homem dos instrumentos tem uma dimensão prévia (“ser para”). Essa noção inicial *ganha outra dimensão com a experiência manual* que revela o modo de ser do instrumento (*manualidade*). Assim como uma destinação previamente dada a um instrumento *pode se revelar inviável com a experiência manual* (a experiência aprimora a pura intelecção) – v.g., perceber a impossibilidade da utilização de um carro para voar –, os diversos modos de “ser para” revelam a aplicabilidade de um instrumento pelo seu manuseio. Em outras palavras, sem uma visão prévia dos diversos modos de “ser para” baseado em sua simples configuração, *usos possíveis podem não ser explorados* – v.g., garrafas plásticas de refrigerante de dois litros já foram utilizadas sob imóveis de madeira acima da água para garantir a flutuação dos mesmos. A utilização do instrumento na dimensão manual está *subordinada* à percepção prévia dos diversos modos de “ser para”. Heidegger denomina de *circunvisão* a percepção desse subordinar-se.

A *circunvisão* despertaria a referência a um específico “ser para”, o conjunto instrumental seria visto como um todo. Ou seja, essa visão da totalidade instrumental permitiria que o homem conhecesse o mundo de outro modo. Essa

compreensão de um conjunto instrumental como um todo faria o homem se deparar com o vazio e daí com percepção da necessidade de uma *abertura* (*erschlossenheit*). As limitações evidenciadas pela *circunvisão* (voltada para o ente) fariam o homem voltar-se, novamente, ao mundo circundante e a refletir a respeito de sua *existência* num mundo simplesmente dado. Essa compreensão ampliada do mundo como meio de compreensão do ser e de superação do vazio da existência é chamada por Heidegger de *abertura* (HEIDEGGER, 2008, p. 124).

A partir da abertura, o homem começa a criar condições de superação da fase qualificada de inautêntica e de afirmar o seu *ser*. A busca de um sentido autêntico do ser conduz o homem à constatação da insuficiência da circunvisão (voltada para o ente). Com uma compreensão ampliada, o homem retorna ao que sempre esteve à sua mão, ele passa a refletir sobre relação de seu ser com o mundo, a questionar o *mundo circundante*. Essa retomada ao mundo circundante, como destacamos, *cria condições* de superação da expressão inautêntica do ser. Cria condições, mas não significa, ainda, a perspectiva de superação. A identificação de uma perspectiva por meio da qual o ser pode se liberar de uma dimensão inautêntica é designado de *descoberta* (*entdecktheit*) (HEIDEGGER, 2008, p. 136).

A identificação da possibilidade de transcender a simples existência em um mundo dado por uma relação com o mundo baseada no *ser* do homem, leva a uma *nova compreensão* por parte deste. Desse modo, a partir da descoberta, o homem dá um *novo sentido ao seu passado* e cria condições de ir ao encontro do *ser em-si*. *Significar* (*Bedeutend*) designa, pois, uma *nova atribuição de sentido às experiências pretéritas* por parte do homem após a *descoberta*. A nova compreensão de seu passado e de sua relação com o mundo presente permite ao homem ir ao encontro do seu *ser em-si mesmo* até então esquecido, ignorado. O *ser em-si*, sacrificado ou nunca manifestado em razão do modo como se dava a relação do homem com o mundo circundante, começa a se mostrar. O *significar*, assim como o *ser em si mesmo*, não é estático. *O significado não é atribuído de maneira definitiva* – destaque-se a importância desse ponto para hermenêutica jurídica. A interpretação da presença em seu ser-no-mundo se move continuamente. Isso porque o *ponto de chegada* de uma interpretação é transformado em um novo ponto de partida. Com isso, continuamente, o ser atribui a si mesmo um novo sentido.

A atribuição de sentido inicial *sempre depende* de uma perspectiva na qual está baseada a circunvisão. Essa perspectiva é a posição prévia (*vorhabe*). Essa posição também é cambiante. Como dito, *uma nova compreensão desloca o modo de ver o mundo*. O horizonte aberto pela posição prévia é delimitado pelo que se objetiva interpretar. Essa delimitação da perspectiva a ser interpretada é decorrência de uma *visão prévia* (*vorsicht*). Esta determina a limitação das possibilidades

interpretativas oferecidas pela posição prévia em razão de seu objetivo. Por tudo isso, Heidegger conclui que, ainda que haja divergência conceitual pontual, a interpretação “já se decidiu”, pois esta é fundada em uma *concepção prévia* (*vorgriff*) da qual o ser não pode se dissociar (HEIDEGGER, 2008, p. 211).

Nota-se, nesse ponto, com mais facilidade a importância da imersão no sistema conceitual heideggeriano para a releitura do método histórico. A *compreensão* do ser não é estática no tempo: ela é dinâmica. A atribuição de novo sentido ao passado é reiterada em um processo contínuo de descoberta. No campo da hermenêutica jurídica, quando se questiona a respeito do que *é* o direito positivo, impende reconhecer a permanente atribuição de um *sentido contemporâneo ao mesmo*. A manifestação parlamentar de outrora não esgota as possibilidades presentes. O deslocamento do modo de ver o mundo – novo ponto de partida – pode produzir novas normas mesmo sem alteração do ordenamento jurídico positivo.

Após todas essas considerações, é possível *retomar a abordagem acerca da definição da presença*. A estreita relação que a presença guarda com o tempo já pôde ser identificada. Após a *descoberta* e a reinterpretação ser-no-mundo, atribuindo novo significado ao mundo circundante, o homem pode superar a *faticidade* – que independe da sua vontade – e afirmar a sua presença no mundo (HEIDEGGER, 2008, p. 213). A presença é, portanto, uma nova compreensão do *ser* resultante do fato de o homem transcender a sua *existência* em um mundo simplesmente dado, superar a mera dimensão fática na qual está imerso desde o seu nascimento e *protagonizar a atribuição de sentido a seu ser*. No lugar do vazio da dimensão fática indiferente ao seu *ser* esquecido, privilegia-se, precisamente, esse *ser*.

Gadamer (2008, p. 497-498) manifesta entendimento no sentido de exigir a *compreensão* pôr-se de acordo com a linguagem. Essa experiência implica sempre um *momento de aplicação* de modo a ser caracterizado esse processo como processo de linguagem. Este *não demanda* que o intérprete *se transfira* para o outro e reproduza as suas vivências. Ele deve se ater *ao sentido* do objeto interpretado no contexto do “novo universo da linguagem” que lhe assegurará *validade* de outra maneira. O novo sentido atribuído ao objeto não resulta de sua condição ontológica, mas de um *acordo produzido artificialmente*. Esse acordo é produzido pela linguagem, daí este servir como *médium*.

A compreensão seria, também para Gadamer, *dinâmica*. Ela não nos seria revelada de maneira exaustiva, imutável e inflexível. Diversamente, a compreensão seria *problemática*. Os interlocutores interagem e opõem ao ponto de vista de um a perspectiva do outro. Desenvolvem um diálogo por meio do qual exercem *influência recíproca* uns sobre os outros. O *intercâmbio da fala* – apto a

promover uma recíproca influência entre os interlocutores e o acordo acerca de um assunto – *só seria possível* por meio da *linguagem*. Disso decorre o entendimento de Gadamer no sentido de ser o domínio da língua uma *condição prévia* para a conversação (2008, p. 499).

A *interpretação* não seria uma simples co-realização. O intérprete daria uma *nova luz* ao objeto interpretado. Ao destacar um ponto principal em detrimento de aspectos secundários, a sua interpretação importaria em uma *reiluminação* que deveria ser *mais clara e fluente* do que a original (GADAMER, 2008, p. 500).

Considerando o fato de a historicidade ser qualidade peculiar ao homem e a tudo que dele provém, de ser a compreensão dinâmica e relacionada com uma visão do mundo já trazido pelo homem, notam-se os reflexos dos entendimentos de Heidegger e Gadamer no trato com o passado e, especificamente no que concerne à interpretação, o reflexo dos seus entendimentos na compreensão da técnica de interpretação histórica.

A historicidade é inerente ao ser humano. Em todas as suas manifestações ela se faz notar. A própria leitura de um debate parlamentar pretérito seria passível de interpretações diversas pelos envolvidos por força de compreensões prévias distintas. O intérprete incorpora ao sentido de tudo que é submetido à sua compreensão um *conjunto de valores contemporâneos*, mas resultantes de um processo social anterior. No que se refere à hermenêutica jurídica, vale dizer, *toda interpretação gramatical é histórica; toda interpretação sistemática é histórica e toda interpretação teleológica é histórica*. O elemento histórico é subjacente a toda *compreensão*.

Foi defendido anteriormente que, nos moldes da hermenêutica jurídica clássica, a técnica de interpretação histórica, no conjunto do processo interpretativo, teria *importância diferenciada* quando comparada com a hermenêutica geral. Além disso, foi afirmado que, considerando estritamente o âmbito da hermenêutica jurídica, a técnica de interpretação histórica teria uma *hierarquia inferior*, ela seria subordinada em relação às outras; isoladamente considerada, não seria apta a provocar uma leitura que contrariasse os termos expressos em um enunciado normativo.

Dessas considerações, com base em Heidegger e em Gadamer, verifica-se um *redimensionamento do passado no processo interpretativo*. A visão de mundo do homem, desenvolvida ao longo de toda a sua vida – isoladamente ou aliada à de outras pessoas em uma fusão de horizontes –, irá interferir decisivamente na compreensão de uma norma. A compreensão desta esta aberta ao presente e, por conseguinte, à satisfação de aspirações sociais contemporâneas.

O homem tem a capacidade de *atribuir sentido ao mundo que o circunda*. A literalidade de um enunciado ou de uma ata de um debate parlamentar está sujeita às perspectivas distintas que vêm à tona de modo consciente ou não, e *transforma-se* com o decurso do tempo. A interpretação, jurídica ou não, será decisivamente determinada pelo *ser* cambiante do homem. O *ser* de cada um, por seu turno, é o produto de uma interação com o mundo ao longo da história e se reflete, inexoravelmente, em toda interpretação.

5. CONCLUSÃO

Resta verificado, de todo o exposto, que a interpretação desenvolvida fora da esfera jurídica se vale de várias técnicas. O intérprete não fica limitado pelo que pretendeu dizer o autor nem é o senhor absoluto do sentido atribuível ao texto. A correção de uma interpretação deve observar a coerência interna de múltiplos elementos do texto. Nessa atividade, ele pode se valer do recurso ao contexto da produção do texto para melhor compreendê-lo. Sendo assim, verifica-se, fora da área jurídica, tanto a interpretação *gramatical*, como a *histórica* e a *sistemática*.

Na seara jurídica, além das técnicas de interpretação gramatical, histórica e sistemática, revela-se de suma importância a *interpretação teleológica*. Conforme a finalidade da norma, não serão deflagrados sobre um determinado fato os efeitos abstratamente previsto para a hipótese de verificação da conduta descrita.

Entre as técnicas comuns à hermenêutica em geral e à hermenêutica jurídica, existem diferenças no seu uso. Enquanto na interpretação de um texto literário a interpretação histórica pode ser muito influente, considerando a mudança de sentido dos elementos do objeto interpretado; na interpretação jurídica, nos moldes da interpretação clássica, a técnica de interpretação histórica goza de menor importância. No âmbito jurídico, *isoladamente*, o recurso ao passado *não pode prevalecer* sobre a busca do sentido contemporâneo dos enunciados normativos.

Além disso, entre as técnicas interpretativas utilizadas pela hermenêutica jurídica segundo o paradigma clássico (gramatical, histórica, sistemática e teleológica), é possível verificar uma *hierarquia entre as técnicas*. Existem técnicas independentes e técnicas subordinadas. A técnica de interpretação histórica, na perspectiva clássica, isoladamente, sempre será subordinada/fraca na esfera jurídica: incapaz de afastar a literalidade de um enunciado normativo que lhe contrarie.

A filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica *conferem nova dimensão à técnica de interpretação histórica*. Esta, de técnica subordinada, pode se tornar determinante do sentido das demais, haja vista ser a historicidade inerente ao ser humano. O elemento histórico é subjacente a toda *compreensão*.

Desse modo, no âmbito jurídico, incorporando um conjunto de valores contemporâneos, a norma encontrada pelo intérprete ao final do processo interpretativo tanto se dissocia da motivação original como pode adquirir novo sentido ao seu enunciado. A ordem jurídica só pode ser compreendida, pois, enquanto uma ordem aberta a essas permanentes releituras. Ao passado é atribuído novo sentido e criadas as condições para, continuamente, melhor compreendê-lo.

6. REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BETTI, Emílio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. Trad. Karina Janini; a partir da segunda edição revista e ampliada por Giuliano Crifò; revisão técnica Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Justiça e direito)
- BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
- _____. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico: desenvolvimento econômico, bem-estar social*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1998. Tomo I.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2. ed., rev., atual. e ampl. do livro Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- COTTA, Maurizio. “Representação política”. *Dicionário de política*. BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco (org.). 5. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília (UNB), 1995
- CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fronteira, 1992.

- DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Madras, 2005.
- ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Editora Perspectiva, 1999.
- _____. *Interpretação e superinterpretação*. Tradução MF; revisão final de Monica Stahel. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio de língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer; revisão de Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2008. v. I.
- GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998 (Trattato di diritto civile e commerciale, v. I)
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback; posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre. 1991. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antonio Fabris Editor.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 5. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Produção Virgílio Duarte; revisão Luzia Ferreira de Souza. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 1998.
- MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.
- MARCONDES, Danilo. *Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SABINO, Pedro Augusto Lopes. “Políticas públicas de ações afirmativas em face do incremento da legitimidade da representação política”. *Semestre Eleitoral*. Vol. 9, n.1/2, jan-dez.2005, Salvador: TRE, 2006. Pp. 41-69.

_____. Atividade legislativa do Poder Executivo. Análise do exercício de atividades normativas primárias e secundárias pelo Poder Executivo federal. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 836, 17 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7428>>. Acesso em: 20 out. 2005.

_____. “Fixação do montante indenizatório de dano moral: defesa de processo bifásico de mensuração como consequência do imperativo constitucional de motivação das decisões”. *Dano moral e sua quantificação*. Sérgio Augustin (coord). Caxias do Sul-RS: Editora Plenum, 2004. Pp. 189-199.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. Trad. Heloisa Buratti. São Paulo: Rideel, 2005. (Biblioteca clássica)

STEIN, Ernildo. “Vida e obra”. In HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. Tradução e notas Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultura, 1996a.

_____. “Nota introdutória às conferências e escritos filosóficos”. In HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. Tradução e notas Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultura, 1996b.

II

O DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Ricardo Maurício Freire Soares

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-doutor pela Università Degli Studi di Roma. Professor dos cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Professor e coordenador do Núcleo de Estudos Fundamentais da Faculdade Baiana de Direito. Diretor da Escola Superior de Advocacia da OAB-Bahia. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia. E-mail: ric.mauricio@ig.com.br

Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos

Acadêmica do 8º semestre da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Membro do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Participante do Programa de Mobilidade Acadêmica na Universidade de Coimbra. Pesquisadora do PIBIC/UFBA pelo CNPq. Estagiária da Procuradoria Federal junto à Universidade Federal da Bahia. E-mail: claizsantos@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo pretende realizar uma análise do fundamento constitucional do direito à verdade e da sua caracterização como direito fundamental, bem como investigar a efetividade do direito à verdade frente às violações praticadas pelo Estado. No atual cenário político-jurídico brasileiro, a legislação infraconstitucional, com o objetivo de regulamentar a ressalva presente no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, impõe uma série de restrições e limites à concretização desse direito. Sendo assim, diante da sua importância frente à justiça de transição, será realizada uma análise da colisão entre o direito à verdade e o princípio da legalidade à luz da proporcionalidade e das novas contribuições da hermenêutica constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito fundamental à verdade; Princípio da legalidade; Hermenêutica constitucional; Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT: This article aims at analysis of the constitutional basis of the right to truth and its characterization as a fundamental right, as well as to assess the effectiveness of the right to the truth concerning the violations committed by the state. In the current political-juridical Brazilian scenery, the infra-constitutional legislation, in order to regulate the exception in article 5th, XXXIII of the Federal Constitution, imposes a number of restrictions and limits to the realization of this right. Thus, given its importance to transitional justice front, there will be an analysis of the collision between the right to truth and the principle of legality in the light of proportionality and contributions of hermeneutic constitutional interpretation.

KEYWORDS: Fundamental right to truth; Principle of legality; Constitutional hermeneutic; Principle of proportionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O significado ético-jurídico do direito fundamental à verdade – 3. Fundamentos constitucionais do direito à verdade: 3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana; 3.2 Princípio democrático e republicano; 3.3 Direito à informação; 3.4 Princípio da publicidade; 3.5 Limites constitucionais ao direito à verdade – 4. A importância do direito à verdade frente à justiça de transição – 5. Obstáculos da Lei 11.111/05 – 6. Direito à verdade versus princípio da legalidade: um estudo à luz da hermenêutica constitucional e do princípio da proporcionalidade: 6.1 Pós-positivismo e principiologia jurídica; 6.2 A hermenêutica constitucional e o princípio da proporcionalidade; 6.3 Direito à verdade versus princípio da legalidade. Uma análise à luz do princípio da proporcionalidade – 7. Ações governamentais brasileiras em prol do direito à verdade: 7.1 A Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos; 7.2 Breves considerações acerca do direito à verdade no PNDH e PEDH; 7.3 Recentes repercussões no cenário brasileiro – 8. Considerações finais – 9. Referências.

“Não há outro Deus senão a verdade” (Mahatma Gandhi)

1. INTRODUÇÃO

A documentação governamental constitui uma importante base material para a compreensão da historicidade do povo brasileiro. Constitui também um elemento essencial para a efetividade do processo democrático e para a transparência na administração pública. Assim, o direito à verdade, direito fundamental implícito de acesso às informações de interesse coletivo, está amplamente vinculado à participação dos cidadãos na vida pública e ao resgate da memória e do passado histórico.

O direito à verdade tem seu fundamento constitucional extraído do regime e dos princípios adotado pela Constituição Federal de 1988, como o princípio do Estado Democrático de Direito, art. 1º, *caput*, e o princípio da publicidade, art. 5º, XXXIII. Contudo, a própria Constituição estabelece limites à plenitude desse direito, como, por exemplo, o art. 5º, inciso X, que prevê a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como o art. 5º, inciso XXXIII, parte final, prevê a possibilidade de restrição ao acesso às informações de interesse particular ou coletivo quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Nesse cerne, o direito à verdade pode ser enquadrado como um direito fundamental com reserva legal, possibilitando que a legislação infraconstitucional estabeleça limites a esse direito.

Essa restrição torna-se mais complexa no período da transição política, na medida em que o Estado, utilizando-se da ressalva dos dispositivos supracitados, cria uma série de empecilhos à efetividade do direito à verdade e à memória dos cidadãos. No ordenamento jurídico brasileiro, a legislação infraconstitucional

encontra-se eivada de dispositivos desarrazoados que representam perigosos entraves à democracia e ao acesso às informações governamentais.

Sendo assim, faz-se necessário um estudo do direito à verdade *versus* o princípio da legalidade, à luz da proporcionalidade e da hermenêutica constitucional, como forma de analisar os respectivos diplomas legais e evitar a franca violação ao direito fundamental à verdade, tanto no aspecto individual, quanto no coletivo.

2. O SIGNIFICADO ÉTICO-JURÍDICO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE

O direito à verdade, no campo da filosofia política, tem suas raízes na verdade ética. A verdade intelectual consiste na coincidência do pensamento com a realidade natural ou não humana. Por outro lado, a verdade ética, conforme distinção inicialmente feita pelo filósofo Sócrates, busca a correspondência da ação humana com base em um modelo de virtude. Assim, a essência dessas duas espécies de verdade é bem distinta, haja vista que a verdade ética varia no tempo e no espaço conforme perspectiva de que procura afirmá-la, admitindo, portanto, a possibilidade de múltiplas considerações ou pontos de vista. No terreno político, a verdade ética deve ser compatibilizada na relação política entre governantes e governados.

Do ponto de vista técnico-jurídico, o direito à verdade consiste no direito humano fundamental a ser exercido por todo e qualquer cidadão de acesso às informações de interesse coletivo que estejam em poder do Estado ou de entidades privadas. É um direito de informação qualificado, pois não se restringe aos interesses meramente individuais, mas aos interesses transindividuais e coletivos.

Trata-se, de igual modo, de um direito transgeracional, haja vista que o acesso às informações de interesse público não interessa apenas a uma geração, mas às gerações futuras, de forma a restaurar a memória e conscientizar os cidadãos da verdade dos fatos ocorridos no passado.

3. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À VERDADE

O Direito à Verdade é um direito fundamental implícito, ou seja, não está previsto expressamente na Constituição Federal, mas decorre diretamente do regime e dos princípios por ela adotados. A Constituição da República Federativa do Brasil consolida o Estado Democrático de Direito no seu art. 1º, tendo como princípios constitucionais basilares o princípio democrático e republicano, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana. É nesse cerne principiológico

que são extraídos os fundamentos constitucionais para o reconhecimento e exercício do Direito fundamental à Verdade.

3.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Partindo-se da etimologia do vocábulo “dignidade”, verifica-se que o termo está associado ao latim *dignitas*, que significa “valor intrínseco”, “prestígio”, “mérito” ou “nobreza”. Daí provém o entendimento de que o ser humano é um fim em si mesmo, dotado de uma qualidade intrínseca que o torna insuscetível de converter-se em meio ou instrumento para a realização de interesses econômicos políticos e ideológicos.

Segundo Ingo Sarlet¹, a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Antes mesmo de seu reconhecimento jurídico nas Declarações Internacionais de Direito e nas Constituições de diversos países, a dignidade da pessoa humana figura como um valor, que brota da própria experiência axiológica de cada cultura humana, submetida aos influxos do tempo e do espaço. Daí porque, longe de ser enclausurada como um ideal metafísico, absoluto e invariável, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser compreendida em sua dimensão histórico-cultural.

Disso se apercebeu o tridimensionalismo jurídico, ao conceber o valor da dignidade como fundamento concreto do direito justo. Foi integrado nessa linha de pensamento que Miguel Reale² desenvolveu a sua teoria tridimensional do Direito. Para ele, sendo a experiência jurídica uma das modalidades da experiência histórico-cultural, compreende-se que a implicação polar fato-valor se resolve, num processo normativo de natureza integrante, cada norma ou conjunto de normas representando, em dado momento histórico e em função de dadas circunstâncias, a compreensão operacional compatível com a incidência de certos valores sobre os fatos múltiplos que condicionam a formação dos modelos jurídicos e sua aplicação.

1. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.
2. REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 74.

Segundo Reale³, o fundamento último que o Direito tem em comum com a Moral e com todas as ciências normativas deve ser procurado na dignidade intrínseca da própria vida humana, não como entidade abstrata à maneira dos jusnaturalistas, mas como ser racional destinado por natureza a viver em sociedade e a realizar seus fins superiores. Da análise da natureza racional do homem e da consideração de que o homem é por necessidade um animal político, resulta a idéia de que cada homem representa um valor e que a pessoa humana constitui o valor-fonte de todos os valores. A partir deste valor-fonte, torna-se possível alcançar o fundamento peculiar do Direito, remetendo ao valor-fim próprio do Direito que é a Justiça, entendida não como virtude, mas em sentido objetivo como justo, como uma ordem que a virtude da justiça visa a realizar.

Os valores que se ligam necessariamente ao valor-fonte da dignidade da pessoa humana constituem o conteúdo próprio da Justiça e, uma vez traduzidos em preceitos incorporados à cultura, tornam-se eles preceitos universais, comuns a todos os povos e lugares, pelo que toda regra que atualize esses preceitos fundamentais conta com o assentimento dos sujeitos. Ao lado destes preceitos gerais que exprimem a constante ética do Direito, outros há que também servem de fundamento às regras do Direito Positivo, na condicionalidade de cada cultura, representando as infinitas formas de integração dos valores mais altos no desenvolvimento histórico das civilizações em face do lugar e do tempo.

No pensamento filosófico da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade da pessoa humana estava relacionada com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade. Por outro lado, já no pensamento estóico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos eram dotados da mesma dignidade.

Durante o período medieval, segundo a religião cristã, o ser humano foi criado à imagem e semelhança da Divindade, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é inerente, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento. Destacou-se Tomás de Aquino, o qual chegou a referir expressamente o termo *dignitas humana*, ratificado, já em plena Renascença, pelo humanista italiano Pico Della Mirandola, que, partindo da racionalidade como qualidade peculiar inerente ao ser humano, postulou ser esta a qualidade que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino.

3. REALE, Miguel. Fundamentos do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais; Universidade de São Paulo, 1972, p. 275.

No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a idéia do direito natural em si passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental, da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. Dessa concepção jusnaturalista decorreu a constatação de que uma ordem constitucional que consagra a idéia da dignidade da pessoa humana parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado.

Após o refluxo da preocupação filosófica pela dignidade humana, por força do cientificismo positivista do século XIX, a retomada do debate acerca da dignidade da pessoa humana teve, como marco simbólico, a década de quarenta do século passado, após o término da Segunda Grande Guerra Mundial, cujas barbáries e atrocidades cometidas contra o ser humano demonstraram a incongruência da metafísica jusnaturalista e do alheamento ético do positivismo jurídico.

Como bem refere Peces-Barba Martínez⁴, a luta pela afirmação da dignidade da pessoa humana, em meados do século vinte, robustecida após a traumática experiência totalitária na Segunda Guerra Mundial, como fonte dos direitos fundamentais do cidadão, trata-se de uma resposta tanto ao movimento jusnaturalista, quanto às construções positivistas que debilitaram as referências morais do fenômeno jurídico, erigindo o respeito à condição do ser humano como valor supremo dos sistemas jurídicos de inspiração democrática.

Decerto, os grandes textos normativos desse período histórico passaram a reconhecer a idéia dignidade da pessoa humana, seja no âmbito do Direito Internacional, seja no plano específico do Direito Nacional de cada Estado soberano.

Inicialmente, esse processo ocorreu com a internacionalização dos direitos humanos, que passaram a ser enunciados no âmbito da comunidade jurídica supranacional. Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em 1948, é inaugurada com a afirmação de que todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos (art. 1º), além de proclamar o caráter de igualdade fundamental dos direitos humanos, ao dispor que cada qual pode se prevalecer de todos os direitos e todas as liberdades proclamadas na presente Declaração, sem distinção de espécie alguma, notadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião

4. PECES-BARBA, Gregório Martínez. La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho. Madrid: Dykinson, 2003, p. 11.

pública ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação (art. 2º).

Como sustentam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁵, os direitos fundamentais no âmbito internacional recebem o nome de direitos humanos, indicando o conjunto de direitos e faculdades que garantem a dignidade da pessoa humana e se beneficiam de garantias internacionais institucionalizadas. Essa internacionalização vai além do relacionamento binário Estado-Indivíduo que é a concepção tradicional dos direitos fundamentais, trazendo uma nova concepção de tutela da dignidade do ser humano: ampliação dos titulares de direitos; possibilidade de responsabilizar o Estado de forma externa; politização da matéria devido à necessidade de se realizar contínuos compromissos entre os Estados e os atores internacionais.

A partir da internacionalização da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos correlatos, seguiu-se o fenômeno da constitucionalização desses direitos humanos, que passaram a ser denominados, com a positivação constitucional, de direitos fundamentais, ampliando a possibilidade de garantir a sua aplicabilidade nas relações sociais desenvolvidas no âmbito dos ordenamentos jurídicos internos.

Ao tratar da exteriorização da dignidade da pessoa humana como princípio do constitucionalismo ocidental, observa J. J. Gomes Canotilho⁶ que o ser humano passou a despontar como o fundamento da República e limite maior ao exercício dos poderes inerentes à representação política. Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República.

Exemplos não faltam desse processo de positivação constitucional da dignidade da pessoa humana. A Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, estatui que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social” (art. 3º). A Constituição da República Federal Alemã, de 1949, contempla solenemente, em seu art. 1º, que “a dignidade do homem é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todos os Poderes do Estado”. Analogamente, a Constituição Portuguesa de 1976 abre-se com a proclamação de que “Portugal é uma República soberana,

5. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 40.

6. CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almadina, 1998, p. 221.

baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Outrossim, a Constituição Espanhola de 1978 declara que “a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos alheios são o fundamento da ordem política e da paz social” (art. 10).

Esse progressivo reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa humana, como sustenta Robert Alexy⁷, representa a passagem dos direitos humanos, dotados de natureza suprapositiva e de universalidade moral, geralmente expressos em tratados em convenções internacionais, para os direitos fundamentais, que se apresentam como direitos que foram acolhidos numa Constituição. A positivação desses direitos do homem não anula a sua validade ética, reforçando, em verdade, a sua exigibilidade jurídica, diante de conflitos de interesse entre os atores sociais.

Com efeito, a proclamação da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana, na grande maioria das Constituições contemporâneas, conduziu ao reconhecimento da eficácia jurídica dos direitos humanos, afastando-se a concepção anacrônica da sua inexigibilidade em face de comportamentos lesivos à vida digna do ser humano, seja por ações de governantes ou de particulares, por se tratar de máximas ético-morais desprovidas de coerção e de imperatividade.

Desse modo, como bem salienta Peter Häberle⁸, embora o modelo do Estado Constitucional no ocidente possa sofrer variações nacionais que dependem das especificidades de cada cultura jurídica, resultando da diversificada convergência de filosofias políticas, textos clássicos, políticas públicas, experiências, sonhos e utopias, ressalvadas as singularidades de cada sociedade, as Constituições hoje costumam prever, como um programa de obrigações constitucionais, a afirmação de uma dignidade humana como idéia antropológica-cultural e o conceito de democracia como a consequência no plano organizacional das instituições político-sociais.

A importância do princípio da dignidade da pessoa humana é incontestável no atual quadro evolutivo das sociedades humanas, o que leva Ana Paula de Barcellos⁹ a afirmar que um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo diz respeito ao valor essencial do ser humano, despontando a dignidade da pessoa

7. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 10.

8. HÄBERLE, Peter. *The constitutional state and its reform requirements*. Ratio juris. Oxford: Blackwell. v. 13. n. 1, 2000, p. 82.

9. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 103.

humana como um axioma da civilização ocidental e talvez a única ideologia remanescente no início do novo milênio.

O sistema constitucional brasileiro foi também influenciado por esses novos sopros libertários, tendentes à emancipação do ser humano, através do respeito à dignidade intrínseca, mormente com o advento da Constituição Federal de 1988, gestada que foi no contexto político-social de redemocratização do país, após o longo período autocrático da ditadura militar.

Conforme assinala Luís Roberto Barroso¹⁰, na Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), integrando a categoria dos princípios fundamentais do Título I da Carta Magna, ao lado de outros importantes cânones ético-jurídicos correlatos, a saber: a cidadania; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o princípio republicano, (art. 1º); o princípio da separação de poderes (art. 2º); os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil – construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; (art. 3º), e os princípios que orientam as relações internacionais, como a prevalência dos direitos humanos (art. 4º).

Uma vez situado como princípio basilar da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte brasileiro conferiu à idéia de dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional, que orienta a compreensão da totalidade do catálogo de direitos fundamentais, tais como os direitos individuais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º); os direitos sociais a educação, a saúde, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (art. 6º); os direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais (arts. 7º a 11); os direitos da nacionalidade (arts. 12 e 13); os direitos políticos (arts. 14 a 17); os direitos difusos, regulados em diversos preceitos da Carta Magna, a exemplo do direito de manifestação e acesso às fontes da cultura nacional (art. 215), bem assim o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225).

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana identifica um núcleo de integridade física e moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência no mundo, relacionando-se tanto com a satisfação espiritual, quanto como as

10. BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 364.

condições materiais de subsistência do ser humano, vedando-se qualquer tentativa de degradação ou coisificação do ser humano em sociedade.

Ocorre que, como a condição ontológica do ser humano é de um ser mutável, dinâmico e submetido aos influxos histórico-sociais, o conceito de dignidade da pessoa humana não será propriamente lógico-jurídico, porquanto não se pode defini-la em termos universais e absolutos. A delimitação do significado ético-jurídico de que o ser humano é um fim em si mesmo deve ser buscada em cada contexto histórico-cultural, no plano real de afirmação dos valores que integram a experiência concreta e permanentemente inconclusa dos direitos humanos fundamentais.

Nesse sentido, assinala Aquiles Guimarães¹¹ que a defesa da dignidade humana gira em torno dos valores constitutivos da estrutura ontológica da pessoa humana, enquanto ser situado numa ambiência histórico-cultural cambiante. Daí porque a dignidade da pessoa humana deve ser entendida como um constructo cultural, que espelha as exigências deontológicas fundamentais em prol do ser humano, variando no tempo e no espaço.

Decerto, a dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade, cujo conteúdo ético-jurídico vem associado a todo um plexo axiológico de direitos humanos fundamentais dos cidadãos, que vão se agregando historicamente como valores que materializam uma existência digna.

Não é outro o entendimento de Fábio Comparato¹², para quem a dignidade da pessoa humana reúne em si a totalidade dos valores, sendo ela o supremo critério axiológico a orientar a vida humana. Decerto, os valores éticos não são visualizados pelo homem uma vez por todas e completamente, mas descobertos pouco a pouco, no curso da História. A pessoa é um modelo, ao mesmo tempo transcendente e imanente à vida humana, um modelo que se perfaz indefinidamente e se concretiza, sem cessar, no desenvolvimento das sucessivas etapas históricas.

Com efeito, os valores consubstanciados pelos direitos humanos fundamentais levam à convicção de que o ser humano é ser digno de respeito por parte do outro ator social, pois respeitar o outro significa compreendê-lo enquanto co-participante da vida comunitária. A dignidade do outro estará, portanto, sempre vinculada ao

11. GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Fenomenologia e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 81.

12. COMPARATO, Fábio Konder. Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 481.

reconhecimento recíproco de que o ser humano não pode ser degradado ou coisificado, o que constitui a base da convivência humana em sociedade.

O significado ético-jurídico da dignidade da pessoa humana compreende a totalidade do catálogo aberto de direitos humanos fundamentais, em sua permanente indivisibilidade e interação dialética, abarcando valores que se contradizem e preponderam a depender do momento histórico e das singularidades culturais de cada grupo social, tais como aqueles relacionados aos direitos de primeira dimensão/geração (vida, liberdade, igualdade, propriedade), segunda dimensão/geração (saúde, educação, assistência social, trabalho, moradia), terceira dimensão/geração (proteção ao meio-ambiente, preservação ao patrimônio artístico, histórico e cultural) e, até mesmo, de quarta dimensão/geração (paz, direitos de minorias, tutela em face da biotecnologia proteção perante a globalização econômica).

Não é outro o entendimento de Marcelo Novelino¹³, para quem é indiscutível a relação de dependência mútua entre a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos fundamentais, pois ao mesmo tempo em que os direitos humanos fundamentais surgiram historicamente como uma exigência da dignidade de proporcionar um pleno desenvolvimento da pessoa humana, é certo também que somente através da existência dos direitos humanos fundamentais a dignidade poderá ser respeitada, protegida e promovida no cenário social.

Deste modo, a dignidade da pessoa humana é um constructo cultural fluido e multiforme, que exprime e sintetiza, em cada tempo e espaço, o mosaico dos direitos humanos fundamentais – individuais, sociais e transindividuais, num processo expansivo e inexaurível de realização daqueles valores da convivência humana que melhor impedem o aviltamento e a instrumentalização do ser humano.

Nesse sentido, o Direito à Verdade, enquanto direito transindividual de acesso às informações de interesse público, está intimamente relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que este constitui a fonte essencial de todos os direitos humanos fundamentais reconhecidos pela Constituição.

3.2. Princípios Democrático e Republicano

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 1º, *caput*, consagra o princípio do Estado Democrático de Direito, que além de constituir fundamento basilar da República Federativa do Brasil, inspira a positivação do direito à verdade

13. CAMARGO, Marcelo Novelino. Leitura complementares de direito constitucional. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 116.

enquanto direito fundamental. O princípio republicano representa um compromisso ético primordial com o bem comum do povo, enquanto a democracia traduz um compromisso ético com a soberania do povo na decisão sobre o seu destino e na avaliação e julgamento de seus representantes¹⁴.

A negativa de comunicação ou de informação, em estrita consonância com a verdade, importa em censura, que nega o princípio democrático do poder transparente; e a democracia não prospera em terreno onde sua existência é condicional¹⁵. Todo governo democrático deve, portanto, estar pautado na soberania popular e assegurar o livre acesso à informação aos cidadãos.

A participação popular corresponde a um dos princípios fundamentais da democracia, que está ancorada na soberania popular e na participação, direta ou indireta, do povo no poder. Assim, a democracia pode ser traduzida como um meio para a realização dos valores essenciais da convivência humana, através da participação dos cidadãos diretamente na gerência dos atos estatais¹⁶.

Destarte, como os princípios democrático e republicano não preconizam a existência de um Estado que oculta informações de seus atos ou de sua história a seus cidadãos, além de buscar essencialmente a promoção e proteção da dignidade humana, infere-se que esses princípios são imprescindíveis à realização do direito à verdade.

3.3. Direito à Informação

O direito à informação, firmado no Art. 5º, XIV e XXXIII, da Constituição Federal, tem como premissa o fato de que o poder público não detém informação em seu interesse próprio, mas o faz em benefício de todos os membros da coletividade. No Estado republicano e democrático o acesso à informação é, portanto, a regra e deve estar pautado na proteção de sua transparência, na facilitação do

14. KLATAU FILHO, Paulo. O Direito dos cidadãos à verdade perante o Poder Público. São Paulo: Método, 2008. p. 111.

15. BARBOSA, Marco; VANNUCHI, Paulo. Resgate da memória e da verdade: um direito de todos. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 59.

16. SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2008, p.131. “A democracia, em verdade repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe são a essência conceitual: (a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte de poder, que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo; (b) a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular.”

acesso e na ampla divulgação das questões de interesse público¹⁷. Qualquer tentativa de limitar seu acesso somente se justifica quando houver notório e essencial interesse público não bastando se utilizar do discurso centrado na primazia absoluta da autonomia pública para impedir o acesso à informação.

Ademais, o direito à informação, seja na esfera individual, seja na esfera coletiva, está relacionado à garantia institucional dos meios de comunicação e à liberdade pública de informar, de ser informado ou de ter acesso à informação, resguardando o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional, conforme assinala o art. 5º, XIV, convertendo-se num instrumento capaz de dar efetividade à democracia. Corresponde, dessa forma, a um poder-dever de informar correlativo a um direito individual ou coletivo de conhecer.

3.4. Princípio da Publicidade

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu Artigo 37, *caput*, consagrou a constitucionalização de cinco princípios fundamentais da Administração Pública. São os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O princípio da publicidade pode ser compreendido segundo duas acepções. Quanto à primeira acepção, a Administração Pública deve garantir ampla divulgação dos atos que pratica, salvo hipótese de sigilo necessário. Assim, a publicação oficial dos atos administrativos é imprescindível para que eles possam produzir efeitos externos. A segunda acepção do princípio da publicidade diz respeito à exigência de transparência da atividade administrativa como um todo e está relacionado ao direito de saber e de conhecer o andamento da administração pública, como assevera o inciso XXXIII do art. 5º da Constituição, cujo texto assim dispõe:

XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

A publicidade é o princípio basilar de um Estado Democrático de Direito. A complementaridade entre a publicidade e o direito de acesso à informação viabiliza

17. KISHI, Sandra. Direito à informação e à participação na Justiça de Transição. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 274.

e assegura o direito à verdade¹⁸. Contudo, o inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal, na sua parte final, limita a plenitude do acesso à informação ao estabelecer a possibilidade de ressalvas tendo em vista à segurança da sociedade e do Estado. Com a finalidade de regulamentar a parte final desse dispositivo constitucional, foi editada a Lei n.º 11.111, em cinco de maio de 2005.

3.5. Limites constitucionais ao Direito à Verdade

O direito à verdade poderá, diante de determinadas circunstâncias, deparar-se com fronteiras impostas por outros direitos fundamentais e por interesses constitucionais outros que lhe imponham restrição, especialmente no tocante ao acesso a informações¹⁹.

A efetividade do direito à verdade, em suas dimensões individual e coletiva, encontra óbice à sua concretização em outros valores também abarcados pela proteção constitucional, como a soberania, integridade territorial, a segurança da sociedade e do Estado e o equilíbrio das relações internacionais, além de interesses individuais à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra de pessoas afetadas pela publicidade de informações mantidas sob sigilo²⁰.

Esse exercício, para não ser arbitrário, requer prudência, que se traduz nos postulados da razoabilidade. Além disso, exige a consideração de todos os aspectos envolvidos, de todas as vozes passíveis de expressão, de todos os valores, pessoas ou categorias afetadas, sendo necessária uma tarefa de sopesamento normativo²¹. Nesse cerne, o poder público não pode agir de forma arbitrária e vaga, utilizando-se desses argumentos para encobrir os reais interesses da não transparência.

Quando o Estado, por exemplo, fixa prazos extremamente longos para a revelação de fatos considerados sigilosos, a ponto de inviabilizar o conhecimento da verdade histórica, sob o argumento da proteção da honra e da imagem ou da

18. KLAUTAU FILHO, Paulo. O Direito à verdade, a Lei 11.111/2005 e os gastos com cartões corporativos. Disponível em <<http://tj.pa.gov.br/esm/artigos/direito-verdade-gastos-cartoes-corporativos.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2009.

19. SAMPAIO, José; ALMEIDA, Alex. Verdade e história: por um direito fundamental à verdade. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 265.

20. Art. 5º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Art. 5º, XXXIII, parte final – [...] ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

21. *Ibid.*, p. 266.

segurança da sociedade e do Estado, pode estar disfarçada uma tentativa ilegítima de violar o direito à informação e à verdade.

4. A IMPORTÂNCIA DO DIREITO À VERDADE FRENTE À JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

O direito fundamental à verdade encontra sérios obstáculos à sua efetividade no processo de transição política.

A justiça reparadora ou de transição se configura naqueles procedimentos que têm a finalidade de compensar abusos cometidos contra direitos humanos em regime ditatoriais, em períodos de exceção ou em situação de anomalia constitucional. Normalmente ela ocorre em períodos de transição, quando do restabelecimento do Estado de Direito.

Como preconiza André Ramos Tavares e Walber de Moura Agra ²², essa necessidade de prestar contas ao passado torna-se imperiosa como forma de pacificar a sociedade, permitindo que ela possa evoluir sem a constante recordação das feridas abertas no passado. Normalmente, ela tem início com a instalação de uma Comissão de Verdade e Reconciliação, cujo objetivo principal é desvendar acontecimentos ocorridos no passado, restaurando a verdade dos fatos, indenizar aqueles que sofreram perseguições em virtude de suas convicções políticas e punir os que atentaram contra a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, no processo de transição de regime político e de restabelecimento da democracia, o direito à verdade é de suma importância, principalmente como forma de garantir o acesso às informações de interesse público e de conscientizar a sociedade dos erros e das graves violações aos direitos humanos cometidas no passado.

Dentre as dimensões da justiça de transição, algumas podem ser evidenciadas: a) julgamento dos responsáveis pelos abusos em matéria de direitos humanos no plano nacional e internacional; b) determinação do caráter e da magnitude total dos abusos do passado, por meio de iniciativas que busquem a verdade, tais como “comissões de verdade” nacionais e internacionais; c) reparações compensatórias, restauradoras, reabilitadoras e simbólicas às vítimas do regime político anterior; d) reformas institucionais, que incluam, por exemplo, a “depuração administrativa”,

22. TAVARES, André; AGRA, Walber. *Justiça Reparadora no Brasil*. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 71.

isto é, “o processo de exclusão de pessoas dos cargos públicos sobre as quais se tem conhecimento da prática de abusos em matéria de direitos humanos ou participação em práticas de corrupção”²³.

No Brasil, infelizmente, e diferentemente de outros países da América Latina, a inteireza do conceito de justiça transnacional fora maculada pela Lei da Anistia, promulgada em 1979, ainda sob a égide de um governo de exceção, ditadura militar, na qual os envolvidos em atividades de repressão e violação de direitos humanos teriam sido totalmente perdoados. Enfim, a transição foi realizada de forma pactuada, sob a direção de forças militares, não possibilitando, desse modo, a punição dos que praticaram a tortura no período de exceção.

Como conseqüência dessa falta de vontade de analisar o passado e os documentos produzidos no período de exceção, os quais poderiam desvendar muitas arbitrariedades cometidas, é que o problema do direito à verdade torna-se mais complexo.

Podem ser apontadas três dimensões do direito fundamental à verdade frente à justiça de transição: a) direito de acesso às informações de interesse coletivo; b) responsabilização criminal, civil e administrativa dos executores e mandantes de abusos cometidos contra os direitos humanos; c) direito à memória.

O direito à memória consiste no direito de saber o que aconteceu passado para que fatos não se repitam em momento histórico posterior, de forma a sedimentar uma consciência ética de afirmação da cidadania e direitos humanos fundamentais.

Em contrapartida, muitos argumentos contrários à efetividade deste direito são levantados. Dentre os argumentos utilizados no processo de transição política, pode-se elencar: a) a soberania nacional, haja vista que a revelação de informações abalaria a segurança nacional; b) as informações que pudessem comprometer o direito à imagem e intimidade de agente públicos; c) o princípio da legalidade, através de dispositivos infraconstitucionais como a Lei 11.111/05, que estabelece uma série de obstáculos para o acesso de informações sigilosas, e a Lei 6.683/79 – Lei de Anistia; e, por fim, d) a segurança jurídica

Grande discussão acerca do tema diz respeito ao acesso aos arquivos da ditadura militar, vigente no Brasil entre 1964 e 1985. Em especial, o acesso de vítimas ou parentes de vítimas de assassinato, “desaparecimento”, estupro e tortura aos documentos que talvez atestem as circunstâncias e até mesmo a autoria

23. VIEIRA, José Ribas; SILVA, Alexandre Garrido da. Justiça transicional, direito humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes, v. 13, n. 13, p. 35-69, 2008.

desses crimes. Nesses casos, os sucessivos governos pós-ditadura vêm invocando a exceção do sigilo do inciso XXXIII, com o argumento de que na colisão entre o direito à verdade e a “segurança da sociedade e do Estado”, esta última deve prevalecer em prol a “pacificação social”.

Contudo, saber como aconteceu e quais agentes do Estado praticaram tais atos em nada ameaça a sociedade, muito menos um Estado Democrático de Direito, visto que a acessibilidade não poderia, após a anistia, causar dano excepcionalmente grave à segurança do Estado e da sociedade, diferentemente, por exemplo, da divulgação antecipada de um plano militar ou econômico. Trata-se de um passado de mais de quarenta anos, cuja revelação dos dados nenhum risco acarretaria.

A ressalva é utilizada para proteger os interesses e assegurar a impunidade de pessoas e categorias ligadas a órgãos do Estado e às corporações militares. Se não podem ser punidos penalmente, que sejam identificados em favor da reconstrução da verdade de suas vítimas e para sua punição e reprovação moral perante a sociedade. É uma questão de resgate histórico e transparência estatal.

5. OBSTÁCULOS DA LEI 11.111/05

A Lei 11.111/05, fruto da conversão da Medida Provisória n.º 228/04, tem como objetivo a regulamentação do disposto no art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988, que disciplina o acesso às informações estatais e, excepcionalmente, os casos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Contudo, a legislação infraconstitucional acima mencionada, apresenta incongruências no que se refere aos prazos, a responsabilidade das autoridades e aos critérios justificativos das exceções ao direito de livre acesso à informação governamental.

Antes da análise da referida seara, cabem algumas considerações acerca das disposições do Art. 216, §2º²⁴ e da Lei de Arquivos – Lei 8.159/91.

A Constituição Federal, no seu art. 216, IV, equipara a documentação governamental à concepção constitucional de bem cultural integrante do patrimônio

24. Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

§ 2º – Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

cultural brasileiro, principalmente no que se refere à aplicação de instrumentos e mecanismos protetivos, embora nem toda documentação governamental se enquadre nesta concepção²⁵. Além disso, a tutela e a gestão dos documentos governamentais pela administração pública ficam a cargo do §2º do referido artigo. Nesse âmbito, os documentos enquanto elementos de compreensão histórica, cultural, social e econômica do povo brasileiro estão disciplinados e salvaguardados pela Constituição.

No plano infraconstitucional, coube à Lei 8.159/91, Lei de Arquivos, instituir a política nacional de arquivos públicos e privados. Além de conceituá-los (capítulos II e III), a Lei de Arquivos assegura o pleno acesso aos documentos governamentais (capítulo V) e, *pari passu*, estabelece limites para o seu acesso. Esses limites, calcados na segurança da sociedade e do Estado, bem como na inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, estão elencados no art. 23 do respectivo diploma legal²⁶.

Posteriormente foram editados: o Decreto n.º 2.134/97, regulamentando a Lei de Arquivos, criando espécies de documentos sigilosos e graduando o tempo máximo de restrição; o Decreto n.º 4.553/02 que revogou o decreto anterior; o Decreto n.º 5301/04 que regulamentou a Medida Provisória n.º 228/04; e, por fim, a Lei 11.111/05 que será objeto de estudo.

Com a edição da Lei 11.111/05, objetivando regulamentar a parte final do art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal, fica evidente a fragilidade do direito de acesso aos documentos governamentais, bem como às informações públicas, haja vista que o instrumento normativo restringe severamente a efetividade desse direito.

Quanto aos prazos, a Lei 11.111/05 não apresenta qualquer prazo para que a autoridade responsável apresente ao cidadão a informação solicitada, o que

25. SOARES, Inês Virgínia Prado. Acesso a Documentação Governamental e Direito à Memória e Verdade: Análise do Projeto de Lei *In* Revista Internacional de Direito e Cidadania n. 4, 2009. p. 56.

26 Art. 22. É assegurado o direito de acesso pleno aos documentos públicos.

Art. 23. Decreto fixará as categorias de sigilo que deverão ser obedecidas pelos órgãos públicos na classificação dos documentos por eles produzidos.

§ 1º Os documentos cuja divulgação ponha em risco a segurança da sociedade e do Estado, bem como aqueles necessários ao resguardo da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas são originariamente sigilosos.

§ 2º O acesso aos documentos sigilosos referentes à segurança da sociedade e do Estado será restrito por um prazo máximo de 30 (trinta) anos, a contar da data de sua produção, podendo esse prazo ser prorrogado, por uma única vez, por igual período.

§ 3º O acesso aos documentos sigilosos referente à honra e à imagem das pessoas será restrito por um prazo máximo de 100 (cem) anos, a contar da sua data de produção.

possibilita, dessa forma, a morosidade da autoridade na prestação do seu dever. Outras espécies de prazos são regulamentadas²⁷.

Primeiro, nos casos de informações relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem, optou-se pela prevalência dos direitos referidos no inciso X do Artigo 5º, estabelecendo, segundo o parágrafo único do art. 7º da Lei 11.111/05, os prazos do § 3º do art. 23 da Lei 8.159/91, ou seja, prazo máximo de 100 anos a contar da data de sua produção. Período mais extenso, previsto em toda legislação, para a duração do sigilo excepcional ao direito de pleno acesso aos documentos públicos.

Segundo, nos casos dos documentos classificados no mais alto grau de sigilo, o *caput* do art. 6º da Lei 11.111/05, estabelece que o prazo máximo de restrição de acesso aos documentos sigilosos referentes à segurança da sociedade e do Estado, será de 30 anos, a contar da data de sua produção, podendo esse prazo ser prorrogado uma única vez por igual período. Ao final desse prazo os documentos deverão se tornar de acesso público.

Terceiro, o art. 6º, § 2º da Lei 11.111/05²⁸ confere aos membros da “Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas” o poder de decidir pela permanência do sigilo pelo tempo que estipular, podendo, dessa forma, manter a ressalva “pelo período que desejar”, tornando os prazos indeterminados e, até mesmo, inacessíveis indefinidamente. Nada mais contrário ao direito à verdade na Constituição Federal de 1988, pois em vez de regulamentar o direito de acesso à informação do cidadão, direito à verdade, a lei fortalece o direito ao sigilo do governante.

Isso ocorre porque, em primeiro lugar, a lei indica o conteúdo da expressão “segurança da sociedade e do Estado”, ao enunciar matérias como soberania, integridade territorial nacional ou relações internacionais. Em segundo lugar, indica a instituição de órgão dotado de poderes de decisão e controle sobre acesso e sigilo. E, em terceiro lugar, e o mais preocupante, indica a criação de uma possibilidade de sigilo por tempo indefinido²⁹.

27. KLAUTAU FILHO, Paulo. O Direito à verdade, a Lei 11.111/2005 e os gastos com cartões corporativos. Disponível em <<http://tj.pa.gov.br/esm/artigos/direito-verdade-gastos-cartoes-corporativos.pdf>> . Acesso em: 6 dez. 2009.

28. Art. 6º O acesso aos documentos públicos classificados no mais alto grau de sigilo poderá ser restringido pelo prazo e prorrogação previstos no § 2º do art. 23 da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991.
§ 2º Antes de expirada a prorrogação do prazo de que trata o caput deste artigo, a autoridade competente para a classificação do documento no mais alto grau de sigilo poderá provocar, de modo justificado, a manifestação da **Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas** para que avalie se o acesso ao documento ameaçará a soberania, a integridade territorial nacional ou as relações internacionais do País, caso em que a Comissão poderá manter a permanência da ressalva ao acesso do documento pelo tempo que estipular.

29. JUNIOR, Wallace Paiva Martins. A Lei n. 11.111/05 e o acesso aos arquivos públicos, 2006. Disponível em <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/acesso.pdf>> . Acesso em: 7 nov. 2009.

Conclui-se, portanto, que a Lei 11.111/05 padece de inconstitucionalidade por omissão ao não regulamentar o prazo para o cumprimento do dever de prestar informações, bem como de inconstitucionalidade comissiva, quanto ao poder da Comissão em manter a ressalva pelo tempo que estipular, obstaculizando, desse modo, o acesso aos arquivos públicos, às informações governamentais e o direito à verdade.

No que concerne à responsabilidade das autoridades governamentais, destacam-se três aspectos: os graus de sigilo, as autoridades competentes para classificar os documentos e os prazos de duração da classificação.

São quatro os graus de sigilo, ultra-secreto, secreto, confidencial e reservado, em ordem decrescente da suposta gravidade de ameaça à sociedade e ao Estado.

A competência para avaliar a ameaça e classificá-la como ultra-secreta é privativa das autoridades indicadas no *caput* do art. 6º do Decreto 4.553/02, com a possibilidade de delegação prevista no parágrafo 1º. O parágrafo 2º estabelece a competência comum das autoridades hierarquicamente inferiores para atribuir os graus de sigilo mais baixos³⁰. Assim, quanto mais grave for a ameaça à segurança da sociedade e do Estado, mais longo será o prazo.

No que se refere aos critérios justificativos das exceções ao direito de livre acesso à informação, observa-se o art. 5º do Decreto 4.553/02, que estabelece a classificação dos documentos sigilosos e ao fazê-la elenca as situações consideradas ameaçadoras à segurança da sociedade e do Estado.

No grau mais elevado de sigilo, a justificar a classificação como “ultra-secreto”, em virtude de sua potencialidade danosa “excepcionalmente grave à segurança da sociedade e do Estado”, encontram-se “dentre outros, dados ou informações referentes à soberania e à integridade territorial nacionais, a planos e operações

30. Art. 6º A classificação no grau ultra-secreto é de competência das seguintes autoridades:

I - Presidente da República;

II - Vice-Presidente da República;

III - Ministros de Estado e autoridades com as mesmas prerrogativas;

IV - Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; e

V - Chefes de Missões Diplomáticas e Consulares permanentes no exterior.

§ 1º Excepcionalmente, a competência prevista no *caput* pode ser delegada pela autoridade responsável a agente público em missão no exterior.

§ 2º Além das autoridades estabelecidas no *caput*, podem atribuir grau de sigilo:

I - secreto: as autoridades que exerçam funções de direção, comando, chefia ou assessoramento, de acordo com regulamentação específica de cada órgão ou entidade da Administração Pública Federal; e

II - confidencial e reservado: os servidores civis e militares, de acordo com regulamentação específica de cada órgão ou entidade da Administração Pública Federal.

militares, às relações internacionais do País, a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico de interesse da defesa nacional e a programas econômicos” (art.5º, §1º).

Na segunda categoria mais elevada de sigilo, classificação “secreta”, com potencialidade danosa apenas “grave” à segurança da sociedade e do Estado, inclui-se “dentre outros, dados ou informações referentes a sistemas, instalações, programas, projetos, planos ou operações de interesse da defesa nacional, a assuntos diplomáticos e de inteligência e a planos ou detalhes, programas ou instalações estratégicos” (art. 5º, §2º).

Na terceira categoria, classificação “confidencial”, encontram-se os dados e informações que “no interesse do Poder Executivo e das partes, devam ser de conhecimento restrito e cuja revelação não autorizada possa frustrar seus objetivos ou acarretar dano à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5º, §3º).

Por fim, poderão ser classificados como “reservados”, os dados e informações “cuja revelação não autorizada possa comprometer planos, operações ou objetivos neles previstos ou referidos” (art. 5º, §4º).

A documentação governamental constitui uma importante base material para a compreensão da historicidade do povo brasileiro. O direito à verdade, cuja efetividade está vinculada ao acesso à documentação governamental, às informações de interesse coletivo, bem como a formação da memória democrática, pode ser amplamente prejudicado com legislações infraconstitucionais que apesar de preconizarem o caráter excepcional do sigilo, impõem uma série de obstáculos, transformando, portanto, a regra em exceção. Nesse sentido, o direito à verdade e à memória fica largamente comprometido quando a legislação é colocada como entrave.

6. DIREITO À VERDADE VERSUS PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: UM ESTUDO À LUZ DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

6.1 Pós-positivismo e Principiologia Jurídica

Com o advento do pós-positivismo jurídico, todo o direito não é mais reduzido ao direito positivo, como concebia o positivismo jurídico, passando o ordenamento jurídico a ser vislumbrado como um sistema válido e legítimo, dotado de pluralidade e abertura aos influxos fáticos e valorativos. Dessa forma, o pós-positivismo jurídico surge como um novo paradigma que prioriza tanto a legalidade quanto a legitimidade, buscando uma maior aproximação do direito com a moralidade social e com a concretização de normas, fatos e valores.

Nesse novo cenário paradigmático, os princípios ganham força normativa, sendo dotados de um elevado grau de generalidade e abstração e configurando reguladores axiológicos e teleológicos da compreensão do direito. Além disso, pela sua maior flexibilidade, os princípios permitem ao intérprete adaptá-los aos fatos sociais, garantindo, portanto, a dinamização da atividade jurídica.

Segundo Humberto Ávila (2009, p. 23), hoje, mais do que ontem, importa construir o sentido e delimitar a função daquelas normas que, sobre prescreverem fins a serem atingidos, servem de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional – os princípios jurídicos. É até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de Estado Principiológico.

Nesse contexto, com a emergência de um modelo principiológico que confere aos princípios jurídicos uma condição central na estruturação do raciocínio, interpretação e aplicação do direito³¹, a norma jurídica é considerada como gênero que alberga, como espécies, regras e princípios³².

O pós-positivismo surge como uma nova tendência do pensamento jurídico contemporâneo, tendo nos princípios jurídicos o verdadeiro cerne axiológico e teleológico da concretização do direito e da busca de uma sociedade mais justa.

6.2. A Hermenêutica Constitucional e o Princípio da Proporcionalidade

A hermenêutica e a interpretação jurídica detêm um importante papel na aplicação do direito, exteriorizando o significado das normas jurídicas, para uma melhor compreensão destas pela sociedade, e buscando a sua concretização em cada caso através de uma atividade de mediação comunicativa.

Com o advento do pós-positivismo jurídico, pautado na teoria dos princípios, a hermenêutica tradicional é paulatinamente substituída pela hermenêutica dos direitos fundamentais, transformando a norma constitucional no principal parâmetro da interpretação e argumentação jurídica.

Contudo, diante da abertura semântica da Constituição Federal de 1988, demanda-se um maior esforço hermenêutico, haja vista que expressões como “dignidade da pessoa humana”, “igualdade”, “devido processo” e “bem comum”

31. SOARES, Ricardo Maurício. A nova interpretação do código brasileiro de defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 46.

32. GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 45.

não são dotadas de uma precisão conceitual, bem como são valores que contêm uma forte carga ideológica.

Nesse contexto, a hermenêutica constitucional é de suma importância tanto no que se refere à eficácia irradiante dos direitos fundamentais, que exige que toda a interpretação jurídica leve em conta a força normativa desses direitos, assim como na colisão de normas constitucionais, pois são necessárias novas técnicas capazes de adequar a teoria jurídica à nova realidade constitucional, o que não é possibilitado pela hermenêutica clássica³³. Dentre as novas ferramentas capazes de solucionar a colisão entre normas constitucionais, encontra-se o princípio da proporcionalidade.

É proporcional aquilo que não extrapola os limites do razoável. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional implícito que orienta a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, principalmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, gera uma situação de restrição e colisão de direitos. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais³⁴.

Inspirada em decisões da Corte Constitucional alemã, a doutrina tem apontado três dimensões desse princípio: a) adequação, b) necessidade ou vedação de excesso e c) proporcionalidade em sentido estrito, correlatas às seguintes perguntas: a) o meio escolhido foi adequado ou idôneo para a consecução do fim?; b) dentre os meios adequados, o meio escolhido foi o menos restritivo ou oneroso para os cidadãos?; c) as vantagens alcançadas são superiores ou iguais às desvantagens ocasionadas (juízo de custo-benefício)?

Sendo afirmativas todas as respostas, respeitada a ordem subsidiária pré-estabelecida, será legítima a limitação ao direito fundamental.

6.3. Direito à Verdade versus Princípio da Legalidade. Uma análise à luz do Princípio da Proporcionalidade

O princípio da legalidade é a diretriz basilar de todos os Estados de Direito, constituindo, em verdade, sua própria qualificação, já que o Estado é dito “de

33. MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 357.

34. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In RT, v. 798, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 24.

direito” porque nele vigora o império da lei. O princípio da legalidade, devido a sua importância, encontra-se enunciado relativamente aos mais diversos ramos do Direito, assumindo, em cada caso, os matizes decorrentes das peculiaridades do ramo a que se refere.

No tocante aos direitos fundamentais, o princípio da legalidade ou reserva legal é vislumbrado quando a Constituição expressamente autoriza uma limitação a este direito. Desse modo, embora os direitos fundamentais tenham o *status* constitucional, tem-se aceito que a norma infraconstitucional pode ser utilizada para restringir ou limitar o seu conteúdo, especialmente quando há autorização da Constituição.

O direito à verdade enquanto direito fundamental implícito de acesso às informações de interesse coletivo que estejam em poder do Estado ou de entidades privadas, pode ser enquadrado como um direito fundamental com reserva legal, haja vista que o art. 5º, XXXIII, fundamento constitucional do respectivo direito, tem na sua parte final uma restrição à plenitude do direito à verdade. Dessa forma, é perfeitamente válida uma lei que determine uma restrição ao acesso às informações de interesse público, tendo em vista a segurança da sociedade e do Estado.

Mas até que ponto os diplomas legais podem comprometer os direitos fundamentais? É nesse contexto que se deve fazer uso do princípio da proporcionalidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, a plena efetividade do direito à verdade é limitada, no plano infraconstitucional, pela Lei 11.111/05 e Lei 8.159/91. Como os referidos dispositivos legais impõem, por exemplo, prazos extremamente longos para o acesso aos documentos governamentais, fica evidenciada a colisão entre o direito fundamental à verdade e o princípio da legalidade. Essa problemática é claramente visualizada, por exemplo, na discussão acerca da abertura dos documentos da ditadura militar.

Assim, diante da evidente colisão entre direitos fundamentais – direito à verdade versus princípio da legalidade – não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade, como preconiza a hermenêutica tradicional, mas sim a técnica da ponderação de bens e interesses, iluminada pelo princípio da proporcionalidade, de modo a descobrir qual direito fundamental é, naquele caso concreto, o axiologicamente preponderante.

Na colisão em comento, trata-se de um direito fundamental implícito e de uma lei infraconstitucional autorizada pela Constituição. Cabe, em princípio, ao legislador ordinário, densificar as normas constitucionais com vistas a tornar mais seguro e mais previsível o processo decisório. As leis, muitas vezes, representam

escolhas políticas que irão indicar qual o valor constitucional é o mais importante³⁵. Nesse contexto, em complemento ao princípio da proporcionalidade, esgueira-se o princípio da proteção ao núcleo essencial, segundo o qual, em nenhum caso, uma lei pode restringir a tal ponto um direito fundamental que afete o seu conteúdo mínimo ou essencial³⁶.

Faz-se mister, nesse sentido, proceder a ponderação entre o direito fundamental à verdade e os dispositivos legais, como, por exemplo, a Lei 11.111/05, que impedem a plena efetividade desse direito. Essa técnica será iluminada pelas dimensões do princípio da proporcionalidade.

Primeiro, quanto à adequação, a Lei 11.111/05, como bem dispõe o seu art. 1º, regulamenta a parte final do art. 5º, XXXIII da Constituição Federal, ou seja, as hipóteses em que a restrição ao acesso às informações de interesse particular ou coletivo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Assim, como a Lei 11.111/05, Lei 8.159/91, e o Decreto 4.553/02 prevêm a classificação dos documentos em graus de sigilo, bem como estabelecem prazos para o seu acesso, tendo em vista a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e a segurança da sociedade e do Estado, infere-se que os dispositivos infraconstitucionais consistem em um meio adequado para fomentar a realização do objetivo pretendido.

Segundo, quanto à necessidade – cotejo com outras medidas menos restritivas e que atinjam o mesmo objetivo – os dispositivos infraconstitucionais padecem de grave desproporção e inconstitucionalidade. Os prazos estabelecidos para o acesso de documentos sigilosos, segundo art. 23, §§ 2º e 3º da Lei 8.159/91 e art. 6º, *caput*, da Lei 11.111/05³⁷, são extremamente longos, 100 (cem) anos para documentos sigilosos referente à honra e à imagem das pessoas e 30 (trinta) anos, prorrogável, por uma única vez, para documentos sigilosos referentes à segurança da sociedade e do Estado. Outra desproporcionalidade, e talvez a mais gravosa, está elencada no art. 6º, § 2º da Lei 11.111/05³⁸ que confere aos membros da “Co-

35. MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 397.

36. *Ibid.* p. 400.

37. Art. 23. Decreto fixará as categorias de sigilo que deverão ser obedecidas pelos órgãos públicos na classificação dos documentos por eles produzidos.

§ 2º O acesso aos documentos sigilosos referentes à segurança da sociedade e do Estado será restrito por um prazo máximo de 30 (trinta) anos, a contar da data de sua produção, podendo esse prazo ser prorrogado, por uma única vez, por igual período.

§ 3º O acesso aos documentos sigilosos referente à honra e à imagem das pessoas será restrito por um prazo máximo de 100 (cem) anos, a contar da sua data de produção.

38. Art. 6º O acesso aos documentos públicos classificados no mais alto grau de sigilo poderá ser restringido pelo prazo e prorrogação previstos no § 2º do art. 23 da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991.

missão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas” o poder de decidir pela permanência do sigilo pelo tempo que estipular, possibilitando, portanto, a manutenção dos prazos de forma indefinida.

Terceiro, quanto à proporcionalidade em sentido estrito, como a relação entre as dimensões do princípio da proporcionalidade são marcadas pela subsidiariedade e chegou-se a conclusão de que os diplomas em comento estão eivados de disposições desproporcionais, não há o que se questionar acerca da proporcionalidade em sentido estrito.

Por derradeiro, além das inconstitucionalidades demonstradas, a Lei 11.111/05 e a Lei 8.159/91 não apresentam qualquer prazo para que a autoridade responsável apresente ao cidadão a informação solicitada, padecendo, também, de inconstitucionalidade por omissão. A propositura da ADI 4077, em maio de 2008, evidencia o caráter inconstitucional dos mencionados dispositivos.

Nesse compasso, no atual cenário político-jurídico brasileiro, o direito fundamental à verdade encontra sérios entraves a sua concretização, principalmente pelo fato de que dispositivos infraconstitucionais adotam medidas extremamente desarrazoadas para regulamentar a ressalva presente na parte final do art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, de forma a impossibilitar a efetividade o direito à verdade, transformando a exceção em regra.

7. AÇÕES GOVERNAMENTAIS BRASILEIRAS EM PROL DO DIREITO À VERDADE

7.1. A Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos

As Comissões de Verdade e Reconciliação são órgãos temporários criados para investigar determinados fatos históricos de um país, de relevante interesse social, especialmente em relação às graves violações a direitos humanos. Vislumbram uma alternativa não-judicial para a solução dos problemas pós-conflito, ou seja, ao invés de se processar criminalmente os responsáveis pelos excessos cometidos e correr o risco de que a verdade se perca pelas curvas da história, opta-se por investigar a verdade em sua totalidade.

§ 2º Antes de expirada a prorrogação do prazo de que trata o caput deste artigo, a autoridade competente para a classificação do documento no mais alto grau de sigilo poderá provocar, de modo justificado, a manifestação da **Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas** para que avalie se o acesso ao documento ameaçará a soberania, a integridade territorial nacional ou as relações internacionais do País, caso em que a Comissão poderá manter a permanência da ressalva ao acesso do documento pelo tempo que estipular.

As Comissões possuem a missão de apurar os fatos ocorridos durante o regime anterior, para garantir que a sociedade possa conhecer a verdade acerca dos acertos e desacertos que foram cometidos no passado. O foco é o direito à verdade e não os extremos do perdão pela anistia ou da fúria em punir os responsáveis³⁹.

Nesse sentido, com o intuito de conhecer as causas da violência e da grave violação aos direitos humanos, bem como resgatar a memória do passado, como forma de conscientizar a geração atual e, conseqüentemente, as gerações futuras, as Comissões da Verdade, são organismos de investigação criados no âmbito de uma justiça reparadora para desvendar os acontecimentos ocorridos no passado, restaurando a verdade dos fatos e pacificando a sociedade.

O Brasil, em 1995, criou a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos – CEMDP, cujo objetivo é esclarecer casos de desaparecimento e mortes de pessoas que se opunham ao regime anterior, durante o período de 02 de setembro de 1961 a 05 de outubro de 1988.

Foi o primeiro passo por meio do qual o Estado brasileiro atendendo a persistentes reivindicações de representantes de familiares de presos políticos e militantes dos Direitos Humanos, reconheceu a responsabilidade estatal no assassinato de opositores políticos no período de 1961 a 1988. Ao ser lançado, em agosto de 2007, o livro *Direto à Memória e a Verdade*⁴⁰, pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, ratificou-se esse reconhecimento da responsabilidade do Estado por aqueles assassinatos, na medida em que o livro-relatório registrou oficialmente a verdade para os anais da história, como forma de preservação da memória, e sintetizando todo o conteúdo do trabalho realizado pela Comissão ao longo de 11 anos⁴¹.

É certo que a Comissão tem desempenhado um papel fundamental no processo de reconstrução da identidade coletiva do Brasil, por meio do conhecimento da verdade. Porém, não obstante o Estado brasileiro ter reconhecido sua responsabilidade pelas mortes denunciadas à Comissão, não se pode afirmar

39. SAMPAIO, José; ALMEIDA, Alex. Verdade e história: por um direito fundamental à verdade. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 254/255.

40. BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos / Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos – Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

41. BARBOSA, Marco; VANNUCHI, Paulo. Resgate da memória e da verdade: um direito de todos. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 56.

que o Poder Público tenha dado a devida resposta que a sociedade espera e merece, pois ainda nega o acesso a documentos do período militar, violando o dever de informação das vítimas e de seus familiares e burlando o dever estatal de divulgação da verdade.

A Secretaria Especial dos Direitos Humanos também contribuiu para a concretização do centro de documentação “Memórias Reveladas”, que, inclusive, já enviou ao Legislativo um projeto substituindo e democratizando a atual Lei 11.111/05.

Decerto, somente conhecendo profundamente os porões e as atrocidades daquele lamentável período de nossa vida republicana, o País saberá construir instrumentos eficazes para garantir que semelhantes violações dos Direitos Humanos não se repitam nunca mais.

7.2. Breves considerações acerca do Direito à Verdade no PNDH e PEDH

A terceira versão do Plano Nacional de Direitos Humanos – PNDH3 foi editada pelo Presidente da República, em 21 de dezembro de 2009, através do Decreto 7.037/09 e objetiva consolidar alguns alicerces do edifício democrático, como, por exemplo, o diálogo permanente entre Estado e sociedade civil, a transparência em todas as esferas de governo, a primazia dos Direitos Humanos nas políticas internas e nas relações internacionais, o respeito à diversidade, o combate às desigualdades e a erradicação da fome e da extrema pobreza.

Dentre os eixos orientadores, destaca-se o Eixo Orientador VI: Direito à Memória e à Verdade, que está calcado em três diretrizes: a) Reconhecimento da memória e da verdade como Direito Humano da cidadania e dever do Estado; b) Preservação da memória histórica e a construção pública da verdade; c) Modernização da legislação relacionada com a promoção do direito à memória e à verdade, fortalecendo a democracia.

Segundo o referido eixo orientador do Plano Nacional de Direitos Humanos – PNDH3, pode-se asseverar que a investigação do passado é fundamental para a construção da cidadania. Estudar o passado, resgatar sua verdade e trazer à tona seus acontecimentos, caracterizam forma de transmissão de experiência histórica que é essencial para a constituição da memória individual e coletiva. O Brasil ainda processa com dificuldades o resgate da memória e da verdade sobre o que ocorreu com as vítimas atingidas pela repressão política durante o regime de 1964. [...] A compreensão do passado por intermédio da narrativa da herança histórica e pelo reconhecimento oficial dos acontecimentos possibilita aos cidadãos construir

os valores que indicarão sua atuação no presente. O acesso a todos os arquivos e documentos produzidos durante o regime militar é fundamental no âmbito das políticas de proteção dos Direitos Humanos⁴².

Em março de 2010, a Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos lançou o Plano Estadual de Direitos Humanos – PEDH com o objetivo de consolidar uma cultura de respeito e obediência aos direitos humanos na Bahia. Uma das vertentes do plano estadual está relacionada ao acesso à justiça e à verdade.

7.3. Recentes repercussões no cenário brasileiro

A OAB/RJ lançou, em 16 de abril de 2010, a Campanha pela Memória e pela Verdade em prol da abertura dos arquivos da repressão política no período da ditadura militar. Objetivando garantir o direito das famílias dos desaparecidos conhecerem o destino de seus entes queridos, bem como possibilitar a sociedade conhecer sua História e evitar os erros do passado, a Campanha promovida pela Seccional com o apoio da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, veiculou na TV e nos cinemas filmetes com artistas interpretando desaparecidos políticos e divulgando o abaixo-assinado que está disponível no site da OAB/RJ⁴³.

Outra recente mudança no cenário brasileiro diz respeito ao Projeto de Lei de Acesso a Informações Públicas foi aprovada pela Câmara dos Deputados no fim da noite de 13 de abril de 2010. Segundo a referida lei todo cidadão poderá solicitar dados aos três poderes da federação, devendo receber alguma resposta em até 15 dias. A matéria estabelece ainda que os documentos considerados ultrasecretos têm de ser divulgados no prazo de 25 anos, renováveis uma única vez pelo mesmo período. Isso significa o fim do sigilo eterno de documentos no país, como estabelece a Lei 11.111/05.

Além de permitir o acesso gratuito e irrestrito da população às informações públicas – exceto àquelas relativas, por exemplo, à segurança nacional ou em segredo de justiça –, o projeto determina que, se a solicitação for negada, será possível recorrer às instâncias imediatamente superiores do órgão em questão, para que a negativa seja revista. O ponto central do projeto é o reconhecimento de

42. Brasil. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. B823. Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) / Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República – ed. rev. – Brasília: SEDH/PR, 2010. p. 169/177.

43. **Lançamento da campanha pela Verdade reúne 500 pessoas e emociona participantes.** Disponível em <<http://www.oab-rj.org.br/index.jsp?conteudo=12166>> . Acesso em 1º de maio de 2010.

que a informação é um bem público, ao qual todo cidadão tem direito de acesso amplo e irrestrito. Atualmente, o Projeto de Lei tramita no Senado Federal⁴⁴.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidenciou-se, no presente artigo, que o direito à verdade, direito humano fundamental implícito a ser exercido por todo e qualquer cidadão de acesso às informações de interesse coletivo que estejam em poder do Estado ou de entidades privadas, encontra diversos óbices no ordenamento jurídico brasileiro. Alguns deles, apesar do respaldo constitucional, como a ressalva presente no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, vêm sendo utilizados pelo Estado como argumentos contrários à efetividade desse direito.

Legislações infraconstitucionais, como a Lei 11.111/05 e a Lei 8.159/91, fomentam essa grave violação, na medida em que, na tentativa de regulamentar a ressalva do supracitado artigo, apresentam dispositivos que dificultam a aplicação desse importante direito fundamental.

Como restou demonstrado através da técnica da ponderação de bens e interesses realizada com base nas dimensões do princípio da proporcionalidade, na colisão entre o direito à verdade e o princípio da legalidade, as legislações infraconstitucionais encontram-se eivadas de dispositivos desarrazoados que impõem restrições gravosas a esse fundamental direito. Assim, o direito à verdade e à formação da memória democrática pode ser amplamente prejudicado quando a legislação infraconstitucional é colocada como entrave.

Constata-se, dessa forma, que o ordenamento jurídico brasileiro carece de sérios e efetivos instrumentos para a consolidação do direito à verdade e à memória na nossa sociedade. Pode-se destacar, num primeiro momento, a declaração da inconstitucionalidade dos referidos diplomas legais e, no campo individual, o instrumento do habeas data, consagrado no art. 5º, inciso LXXII, da Constituição Federal.

No Brasil, posto que passadas mais de duas décadas do término do regime militar, ainda não se restaurou por inteiro a verdade. Por exemplo, ainda não foram totalmente disponibilizados para a população os arquivos da ditadura, a despeito dos esforços empreendidos pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos e pela Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos. Ainda não se mostrou, em sua

44. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96674> . Acesso em: 21 de jul. 2010.

integridade, o que realmente se passou no período ditatorial. Resistências em abrir arquivos da ditadura ainda subsistem em importantes segmentos do Estado, cujo dever é assegurar o direito de acesso às informações, franqueando-as, mediante procedimentos simples, ágeis, objetivos e transparentes.

Nenhum governante tem o direito de ocultar a verdade dos fatos. A negação injustificada do amplo e livre acesso aos arquivos viola preceitos básicos de direitos fundamentais, além de ignorar os anseios da cidadania pela construção de uma memória coletiva e pelo acesso a informações estruturais para as vidas individuais de milhares de brasileiro. A reconstituição da memória fundada na verdade, é, conseqüentemente, um passo histórico necessário e imprescindível à consolidação democrática.

9. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.
- BARBOSA, Marco; VANNUCHI, Paulo. **Resgate da memória e da verdade: um direito de todos**. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à Memória e à Verdade**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.
- BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)**. Brasília: SEDH/PR, 2010.
- CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leitura complementares de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2007.
- _____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almadina, 1998.

- COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 81.
- HÄBERLE, Peter. The constitutional state and its reform requirements. **Ratio juris**. Oxford: Blackwell. v. 13. n. 1, 2000.
- JUNIOR, Wallace Paiva Martins. **A Lei n. 11.111/05 e o acesso aos arquivos públicos**, 2006. Disponível em <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/acesso.pdf>> . Acesso em: 7 nov. 2009.
- KISHI, Sandra. **Direito à informação e à participação na Justiça de Transição**. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). **Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- KLATAU FILHO, Paulo. **O Direito dos cidadãos à verdade perante o Poder Público**. São Paulo: Método, 2008.
- _____. **O Direito à verdade, a Lei 11.111/2005 e os gastos com cartões corporativos**. Disponível em <<http://tj.pa.gov.br/esm/artigos/direito-verdade-gastos-cartoes-corporativos.pdf>> . Acesso em: 06 dez. 2009.
- PECES-BARBA, Gregório Martínez. **La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho**. Madrid: Dykinson, 2003.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.
- REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Universidade de São Paulo, 1972.
- _____. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994
- SAMPAIO, José; ALMEIDA, Alex. **Verdade e história: por um direito fundamental à verdade**. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). **Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: RT, v. 798, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A nova interpretação do código brasileiro de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. **Tendências do pensamento jurídico contemporâneo**. Salvador: Editora juspodivm, 2007.
- _____. **Direito, justiça e princípios constitucionais**. Salvador: Editora juspodivm, 2008.
- _____. **O devido processo legal: uma visão pós-moderna**. Salvador: Editora juspodivm, 2008.
- _____. **Curso de introdução ao estudo do direito**. Salvador: Editora juspodivm, 2009.
- _____. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SOARES, Inês Virgínia Prado. **Acesso a Documentação Governamental e Direito à Memória e Verdade: Análise do Projeto de Lei**. In: Revista Internacional de Direito e Cidadania n. 4, 2009.
- TAVARES, André; AGRA, Walber. **Justiça Reparadora no Brasil**. In: SOARES, Inês; KISHI, Sandra (Coord.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- VIEIRA, José Ribas; SILVA, Alexandre Garrido da. **Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes, v. 13, n. 13, 2008.

Artigos de convidados

NACIONAIS

III. Sobre a participação do Estado na arbitragem comercial internacional: arbitrabilidade subjetiva e objetiva

Ana Carolina Squadri Santanna

IV. O *duty to mitigate the loss* no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano

Daniel Pires Novais Dias

V. O imposto de renda sobre ganho de capital não realizado em razão de permuta

Demetrius Nichele Macei

VI. Crítica do neoconstitucionalismo

Dimitri Dimoulis

VII. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo

Érico Andrade

VIII. (Neo) processualismo e (Neo) CPC: reflexões sobre a nova interpretação processual

Gelson Amaro de Souza

Rafael José Nadim de Lazari

IX. A extensão da coisa julgada na solidariedade ativa (CC, art. 274)

Maurício Requião

X. O Código Civil de 2002 e a sua interação com os microssistemas e a Constituição Federal: Breve análise a partir das contribuições de Hans Kelsen e Niklas Luhmann

Rodrigo Mazzei

XI. A Questão do Reconhecimento de Títulos de Mestrado e Doutorado Provenientes dos Países do Mercosul

Valerio de Oliveira Mazzuoli

INTERNACIONAIS

XII. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado

Joan Picó i Junoy

XIII. Y al final del día, ¿qué es el garantismo en el proceso civil?

Juan F. Monroy Gálvez





III

SOBRE A PARTICIPAÇÃO DO ESTADO NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL: ARBITRABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

Ana Carolina Squadri Santanna

Graduação em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (1º semestre de 1997 e concluída em abril de 2002); Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público no Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP (março de 2006 a março de 2007); Artigos publicados: Revista dos Tribunais, ano 97 – Novembro de 2008 – Vol. 877, p. 75; Título: Regulação da ordem econômica e discricionariedade legislativa; Revista Eletrônica de Direito Processual, 8º volume, Julho-Dezembro/2011; Título: Sobre a participação do Estado na arbitragem comercial internacional: arbitrabilidade subjetiva e objetiva; Mestrado em Direito Processual na UERJ, início: março de 2012; Procuradora Federal (carreira da Advocacia-Geral da União).

RESUMO: Este artigo estuda a possibilidade de participação do Estado em arbitragem comercial internacional, no que diz respeito à arbitrabilidade subjetiva e objetiva. O texto é desenvolvido à luz de opiniões doutrinárias e de precedentes do Judiciário, além dos diplomas legais. A percepção que se tem é que tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm aceitando a submissão do Estado à arbitragem, com base na permissão genérica da Lei nº 9.307/96, diante da evolução do Direito Administrativo.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem Comercial Internacional. Administração Pública. Arbitrabilidade Subjetiva. Arbitrabilidade Objetiva. Princípio da legalidade.

ABSTRACT: This article studies the possibility of the State participation in the International Commercial Arbitration regarding the subjective and the objective arbitrability. The text is developed in light of the doctrinal opinions of the Court's jurisprudence, and the statutes. It has been noticed that both the doctrines and the judiciary have been accepting the State's submission to arbitration, based on the generic permission granted by the Law nº 9 307/96, in the face of the evolution of the Administrative Law.

KEYWORDS: International Commercial Arbitration; State Administration; Subjective Arbitrability; Objective Arbitrability; Legality Principle.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Crise da Justiça e seus Reflexos no Direito Administrativo – 3. Arbitragem Comercial Internacional – 4. Sobre a possibilidade de participação do Estado em arbitragem comercial internacional: 4.1. Arbitrabilidade subjetiva; 4.2. Arbitrabilidade objetiva; 5. Conclusão – Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho estuda a questão da possibilidade de participação do Estado brasileiro em arbitragem comercial internacional, mesmo que não haja autorização específica do legislador.

Notoriamente, o Estado brasileiro cada vez mais se insere no plano internacional, de diversas formas, seja atuando como país hospedeiro de empresas transnacionais, seja como sujeito de obrigação contratual.

Segundo Marilda Rosado de Sá Ribeiro, “o fenômeno da globalização, com a correlata expansão do comércio internacional e dos fluxos de capital, potencializados pelos avanços da informática e telecomunicações, impõe grandes desafios aos Estados na Novíssima Ordem Internacional”¹. Dessa forma, para não ficar excluído do cenário global, devem os países em desenvolvimento, no caso o Brasil, se adaptarem à nova ordem internacional.

Essa nova ordem internacional é composta por princípios que abrangem a segurança jurídica, a cooperação internacional e a boa-fé objetiva.² Isso significa que o Estado brasileiro deve reavaliar alguns dogmas referentes à arbitragem se tiver como meta o êxito das negociações internacionais.

Um dos aspectos a ser revisado é a exigência da eleição de foro para a solução dos conflitos surgidos durante a execução do contrato firmado com empresa estrangeira. O entendimento da aplicação dessa norma para todos os tipos de conflito, de qualquer natureza, impede a celeridade do fim dos litígios. Ressalta-se que a efetividade do processo é um princípio constitucional processual, que nas relações de negócio visam “à proteção da confiança das pessoas pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação”.³

Portanto, para garantir a segurança jurídica das relações, é aconselhável que o contrato administrativo preveja cláusula compromissória, caso sejam atendidas as condições de arbitrabilidade subjetiva e de arbitrabilidade objetiva, como será visto adiante.

1. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Novos rumos do direito do petróleo* – Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 30 e 31
2. RIBEIRO. *Op. Cit.* p. 31
3. SILVA, Almiro do Couto e. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)*. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, IBDP, vol. 2, 2005, www.direitodoestado.com.br/rede.asp, acesso em 13/02.2008, Apud: RIBEIRO. *op. cit.*, p. 50 e 51

De acordo com o panorama atual, muitas vezes a empresa internacional tem um poder de barganha equivalente ou maior que a do Estado, haja vista possuírem maiores vantagens financeiras, tecnológicas, entre outras coisas, o que dificulta a contratação de produto ou serviço pelo ente estatal, caso o contrato administrativo preveja somente a cláusula de eleição de foro.⁴

Dessa forma, estipulando-se somente a cláusula de eleição de foro num contrato internacional, certamente se estará sendo criados obstáculos para a participação do país no comércio internacional, e os que foram firmados sem a previsão da arbitragem podem causar uma imagem ruim do Estado no mercado, vez que os conflitos não são rapidamente solucionados.

A defesa pela arbitragem se justifica pelas vantagens que possui em relação ao processo judicial, além da celeridade, tais como a “especialidade, forma de nomeação dos árbitros; confidencialidade do procedimento arbitral, flexibilidade na escolha da lei aplicável ao mérito do litígio e ao processo arbitral”⁵. Ademais, a arbitragem é voltada para casos que envolvem valores exorbitantes e de certa forma complexos, isto é, trata-se de um instituto apropriado para certas transações internacionais de que o Estado participa, onde são gastos recursos de grande monta, e cujo objeto refere-se à matéria que exige conhecimento especialíssimo, como por exemplo, pesquisa e lavra de petróleo e gás.⁶

Ocorre que o uso da arbitragem pelo Estado é questionado pela doutrina e principalmente pelo Tribunal de Contas da União, sendo polêmica a discussão a respeito do uso da arbitragem pelo ente estatal.⁷ Portanto, será estudada a participação do Estado na arbitragem privada enfrentando o problema da *arbitrabilidade subjetiva*, referente à capacidade das partes e da *arbitrabilidade objetiva*, para verificar se o objeto em conflito pode ser submetido à arbitragem.

4. BARBOSA, Joaquim Simões & SOUZA, Carlos Affonso Pereira. “Arbitragem nos Contratos Administrativos: Panorama de uma Discussão a ser Resolvida”, In: ALMEIDA, Ricardo (coordenador). *Arbitragem Interna e Internacional: questões de doutrina e prática*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 267 e 268
5. TIBÚRCIO, Carmem. “A arbitragem como meio de solução dos litígios comerciais internacionais envolvendo o petróleo e uma breve análise da cláusula arbitral da sétima rodada de licitações da ANP”, In: TIBÚRCIO, Carmem. *Temas de Direito Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 308
6. Segundo Carlos Augusto da Silveira Lobo, “a arbitragem é hoje o meio mais utilizado para a solução de litígios oriundos dos contratos internacionais. Bem ilustram as estatísticas da Câmara de Comércio Internacional (CCI) referente ao ano de 2001. Somente nesse ano, a Corte Internacional de Arbitragem da CCI processou 566 pedidos de arbitragem, em que figuraram 1.492 partes, domiciliadas em 116 países diferentes”. “Uma Introdução à Arbitragem Comercial Internacional”, In: ALMEIDA, Ricardo (coordenador). *Arbitragem Interna e Internacional: questões de doutrina e prática*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 03 e 04
7. CARNEIRO, Cristiane Dias. “Arbitragem na Administração Pública: Setor Elétrico”, In: SOUTO, Marcos Jurena Villela (coord.). *Direito Administrativo: Estudos em homenagem a Francisco Mauro Dias*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 691

Sendo assim, será desenvolvido um breve estudo sobre a arbitragem comercial internacional, bem como sobre a questão do cabimento de cláusula compromissória em contratos administrativos, no que diz respeito à arbitralidade subjetiva e à arbitrabilidade objetiva do ente estatal.

2. CRISE DA JUSTIÇA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Primeiramente, cabe destacar a passagem da obra de Miguel Reale acerca da importância da arbitragem na evolução do Direito:

“Tudo indica, por conseguinte, que será sinal de maturidade jurídica a crescente utilização da arbitragem para solução dos conflitos de direitos e interesses patrimoniais disponíveis, sem continuarmos a nos perseverar em querer resolver a Crise da Justiça lançando mão apenas de reformas de ordem legislativa estatal, sobretudo quando dependam de alterações no plano constitucional.

A meu ver, a arbitragem vem abrir novo e amplo campo de ação nessa matéria, permitindo que a própria sociedade civil venha trazer preciosa contribuição, valendo-se da alteração verificada na experiência jurídica contemporânea no tocante às fontes do Direito, enriquecidas pelo crescente exercício do chamado poder negocial, em complemento à lei, às decisões judiciais e às normas constitucionais, como penso ter demonstrado em meu livro *Fontes e Modelos do Direito*”⁸

Conforme mencionado acima, não se pode mais ignorar a lentidão da prestação jurisdicional pelo Estado. Os litígios encaminhados ao Poder Judiciário representam uma quantidade muito superior à capacidade do órgão judicante, prejudicando, assim, a celeridade processual.⁹ Dessa forma, não há *processo efetivo*, isto é, a tutela jurisdicional não é prestada conforme os ditames constitucionais, pois não oferece simultaneamente segurança e celeridade.¹⁰

Para José Roberto dos Santos Bedaque, o princípio do acesso à Justiça não significa somente o direito de ação, mas está relacionado também à efetividade, à celeridade e à economia processual.¹¹

Duas das conseqüências desastrosas da morosidade da prestação jurisdicional referem-se ao prejuízo à segurança e à continuidade das relações jurídicas, *verbis*:

8. REALE, Miguel, *Crise da Justiça e Arbitragem*. In: Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, nº 5, abril-junho de 2005, p. 13

9. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, Malheiros Editora: 2010, p. 21

10. Idem, p. 49

11. Idem, p. 50

“O alerta é de um dos grandes economistas brasileiros da atualidade: ‘A inoperância do Judiciário e a incerteza jurídica são fatos graves, que minam a nossa capacidade de crescimento. A incerteza, por exemplo, está na instituição da liminar. Isso cria uma indefinição quanto ao que vai prevalecer. Ela pode manter uma ocupação claramente ilegal de um terreno ou permitir a uma empresa-fantasma de combustível contornar todo o sistema tributário e depois desaparecer.’” (Eduardo Giannetti, in *O Estado de S. Paulo*, 3.8.2003, p. A8) A relação entre a atuação do Judiciário e a economia é intensa, como demonstra amplo estudo organizado por Armando Castelar Pinheiro (*Judiciário e Economia, passim*).¹²

O debate sobre a eficiência da solução dos litígios deve se pautar no princípio constitucional que assegura a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação (art. 5º, inciso LXXVIII). Portanto, pode-se afirmar que sob a ótica constitucional, negar a participação do Estado em arbitragens comerciais internacionais é sobrepor o formalismo ao princípio constitucional que garante a efetividade do processo, que abrange segurança e celeridade.¹³

A crescente participação do Estado brasileiro em arbitragem comercial internacional é conseqüência do aumento de relações jurídicas internacionais nos últimos anos, principalmente na área de infra-estrutura, essencial para o desenvolvimento sócio-econômico do Brasil.¹⁴

De acordo com o José Emílio Nunes Pinto, aqueles que não concordam com a participação do Estado na arbitragem comercial interpretam os princípios de Direito Administrativo de forma ortodoxa, não absorvendo o papel evolutivo do Estado.

O Estado sempre foi considerado um ente superior, sendo a relação com os particulares somente de submissão. Após o período de “Estado provedor”, passou o Estado Moderno a regular as atividades que antes eram praticadas por ele, “prevendo standards de comportamento e sancionando os desvios verificados”.¹⁵

Há três ou quatro décadas o Estado passou a ser empresário também, gerando um “crescimento desordenado de empresas estatais que passaram a concorrer com o setor privado”.¹⁶ Surge, então, o “Estado empreendedor”, que chega ao fim com

12. Idem, p.48

13. NORI, Glauco. *Giurisdizione Pubblica e giurisdizioni private*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 2000, n° 2, p. 415-423, Apud: OLIVEIRA, Ana Perestrelo. *Arbitragem de litígios com entes públicos*, Coimbra, Ed. Almedina: 2007, p. 51

14. PINTO, José Emílio Nunes. *Reflexões indispensáveis sobre a utilização da arbitragem e de meios extra-judiciais de solução de controvérsias*, Apud: Idem, p. 304 e 305

15. Idem, p. 305

16. Idem, ibidem

as privatizações de empresas ou com a desestatização do serviço público (energia elétrica e telecomunicações, por exemplo).

Devido à escassez de recurso, buscou o Estado, no setor privado, parceria para o investimento no desenvolvimento social, cujo objetivo era aprimorar a infraestrutura do país, que é considerada insuficiente pelo setor privado.

Portanto, o setor privado passou a ser parceiro do Estado nas questões relativas às responsabilidades sociais, que no passado eram exclusivamente estatais.

Em virtude dessa nova relação do Estado com setor privado, discute-se a possibilidade daquele ente resolver seus conflitos com pessoas jurídicas de direito privado por meio da arbitragem comercial.

Acertadamente, afirma José Emílio Nunes Pinto que “a perpetuação de conflitos impede que o contrato ou a empresa, conforme seja o caso, cumpra sua função, o que redundará em prejuízo para todos os que por ele são atingidos”¹⁷. Por isso, defende a participação do Estado na arbitragem como meio de solução de litígios, como forma de garantir a preservação da segurança jurídica das relações, bem como para a preservação do interesse público presente na execução de um determinado contrato.

Igualmente, pode-se atribuir a tendência a soluções alternativas de conflito à “mudança na relação entre empresas estrangeiras e Estados hospedeiros, na medida em que, tradicionalmente, as divergências diziam respeito à nacionalização de recursos pelo Estado hospedeiro, e, modernamente, relacionam-se com o exercício de poderes regulatórios pela autoridade estabelecida após as privatizações”¹⁸, com exceção do Governo da Bolívia que, nos últimos anos, vem realizando a nacionalização de empresas estrangeiras estabelecidas no país, principalmente nos setores petrolífero e de telefonia¹⁹.

17. *Idem*, p. 314

18. RIBEIRO, Marilda Rosado Sá, “Solução de Controvérsias na Indústria do Petróleo”, In: RIBEIRO. *op. cit.*, p. 375

19. “O presidente da Bolívia, Evo Morales, anunciou nesta quinta-feira que o seu governo assumiu o controle da Entel, a principal companhia telefônica do país, e de outras quatro empresas de petróleo. Segundo a agência de notícias do governo, a Entel - que pertencia a Euro Telecom Internacional, subsidiária do grupo italiano Telecom Italia - foi nacionalizada por decreto. Também por meio de decretos, o governo de Morales adquiriu a maioria acionária da petrolífera Chaco, que pertencia à British Petroleum, da Transredes, que era da britânica Ashmore e da anglo-holandesa Shell, e da CLHB, de capital alemão e peruano. Já no caso da petrolífera Andina, o governo anunciou a compra de 50% das ações mais uma no valor de US\$ 6 milhões, após “árduas negociações” com a espanhola Repsol YPF, segundo a Agência Boliviana de Informação (ABI).

Para John S. Dzienkowski, as partes de um negócio internacional preferem a arbitragem por quatro motivos: “1) a relutância à aceitação do tribunal local, o qual poderia não oferecer uma decisão imparcial. (...) Questões políticas e à imunidade de jurisdição seriam evitadas; 2) a possível insatisfação com o judiciário tradicional; 3) a natureza litigiosa da solução judiciária, que tende a abalar a relação entre as partes e até a impedir futuros negócios; 4) finalmente, a desvantagem da publicidade dos processos judiciais, em contraposição à confidencialidade das arbitragens”.²⁰

Nesse sentido, a Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo) prevê a arbitragem no art. 43, X, como uma forma de solução de controvérsia, além da cláusula de eleição de foro para as questões de direito indisponível.²¹ Da mesma forma que esta cláusula, a previsão da arbitragem é considerada essencial num contrato de concessão para exploração e produção de petróleo.

Portanto, exigir uma lei específica para permitir a participação do Estado na arbitragem dificulta a realização de transações internacionais bem sucedidas, inclusive daquelas de importantíssimo interesse público.

3. ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

No Brasil, a arbitragem ganhou relevância com a publicação da Lei nº 9.307/96 e com a declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso-incidental no Agravo de Instrumento em Sentença Estrangeira nº 5.206-7²², já que o Código de Processo Civil não conferia à cláusula compromissória força para afastar o processo judicial impulsionado por uma das partes. No âmbito internacional, a ratificação pelo Brasil da Convenção de Nova Iorque viabilizou a arbitragem comercial internacional, tendo em vista que “é a adesão à Convenção (...) que vem propiciar a confiança dos parceiros internacionais e a certeza de que as sentenças arbitrais prolatadas no Brasil serão reconhecidas e executadas nos países que subordinam a aplicação da Convenção de Nova Iorque à reciprocidade”.²³

A Repsol YPF manterá 48% das ações da Andina, que controla 18 campos de petróleo no país.” O Estado de São Paulo, notícia publicada em 01º de maio de 2008, disponível no site www.estadao.com.br, acesso em 20/08/2011

20. RIBEIRO. op. cit., p. 382

21. TIBÚRCIO. Op. cit., In: TIBÚRCIO. op. cit., p. 326

22. DOLINGER, Jacob & TIBÚRCIO, Carmem. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55

23. LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *Uma introdução à arbitragem comercial internacional*. In: ALMEIDA. op. cit., p. 06

Além da lei geral de arbitragem, há previsão dessa solução alternativa de conflitos em algumas leis específicas, como a Lei nº 8.987/95, que trata das concessões de serviço público, nas leis referentes aos setores de telecomunicações, petróleo e gás e à contratação público-privada.²⁴

Em razão da necessidade de homologação judicial do laudo arbitral, bem como da ausência de força vinculativa da cláusula compromissória, a arbitragem era um meio alternativo de solução de conflito pouco utilizado.

Com o advento da Lei de Arbitragem (art. 35), deixou-se de exigir a homologação judicial no Judiciário de origem, exigindo-se tão-somente a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça para conferir eficácia interna à sentença arbitral, competência anterior do Supremo Tribunal Federal, alterada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.²⁵

Segundo Selma Ferreira Lemes, a Lei de Arbitragem surgiu da “necessidade de flexibilização das normas contratuais com o fito de proporcionar o equilíbrio entre os contratantes e enaltecimento da lealdade contratual”²⁶, em virtude do cenário de privatizações da época e de nova concepção de contrato administrativo, que consagra a colaboração, ao invés da subordinação do contratado em relação ao Estado.

Outra inovação da Lei nº 9.307/96 é que antes não havia distinção entre arbitragem internacional e arbitragem interna, embora o STF já as diferenciasse, usando o critério geográfico, vez que somente os laudos arbitrais proferidos fora do território nacional necessitavam da homologação desse órgão.²⁷

24. A arbitragem encontra-se presente nos seguintes normativos, dentre outros: art. 23-A da Lei nº 8.987/95, que trata das concessões de serviço público; art. 93, XV, da Lei nº 9.472/97, referente aos serviços de telecomunicações; art. 43, X, da Lei nº 9.478/97 em relação à concessão de blocos para exploração e lavra de petróleo e gás e art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004, referente à contratação público-privada.

25. Antes da Lei nº 9.307/96, o laudo arbitral estrangeiro necessitava ser duplamente homologado. Para ser homologado pelo Supremo Tribunal Federal, isto é, para que o laudo produzisse efeitos internamente, deveria ser homologado judicialmente no país de origem, tendo em vista que não era equiparado a uma sentença estrangeira.

Dessa forma, para que o laudo fosse homologado no Supremo, cabia averiguar o preenchimento dos requisitos impostos à homologação de sentença estrangeira, previstos no art. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 483 do Código de Processo Civil.

No entanto, com a promulgação da Lei nº 9.307/96, exigiu-se tão-somente a homologação pelo Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 35: “para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.”

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, passou a ser do Superior Tribunal de Justiça a competência para homologar sentença estrangeira.

26. LEMOS, Selma Maria Ferreira. *O uso da arbitragem na Administração Pública*. Jornal Valor Econômico: Caderno Legislação e Tributos, São Paulo, 19/08/2003, p. E-2, Apud: CASTRO, Andréa Rabelo. *Fundamentos Constitucionais da Arbitragem no Setor Público*. Monografia para título de especialista em Direito Público no IDP – Instituto Brasileiro de Direito Público, p. 18

27. DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 24

Outra característica apontada por Jacob Dolinger e Carmem Tibúrcio é que o laudo arbitral não era equiparado à sentença estrangeira, devendo ser duplamente homologado: primeiro pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Judiciário estrangeiro e posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal.²⁸ O laudo arbitral era a expressão usada para as decisões proferidas em arbitragem antes do advento da Lei nº 9.307/96. Com a promulgação desta lei, passou-se a denominá-la de sentença arbitral, tendo em vista que produz os mesmos efeitos da sentença judicial.²⁹

Conforme já exposto, o art. 35 da Lei nº de Arbitragem, com a alteração realizada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, exige a homologação da sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para Carlos Augusto da Silveira Lobo, não existe diferença ontológica entre arbitragem interna e arbitragem internacional, sendo que no Brasil, na Holanda e na Inglaterra são utilizadas as mesmas normas tanto para a arbitragem interna quanto para a internacional. A Lei nº 9.307/96 não prevê propriamente a arbitragem internacional, mas sim a sentença arbitral estrangeira.³⁰ Com base na legislação brasileira, propõe o autor em definir arbitragem comercial internacional como aquela que “produz uma sentença conectada a sistemas legais de dois ou mais países: o em que foi proferida e o (s) em que deverá ser executada”.³¹

Dessa forma, a arbitragem internacional seria identificada pela sentença arbitral, isto é, para a Lei nº 9.307/96, não há sentença arbitral internacional, mas sim sentença estrangeira, que deve ser homologada no país em que será executada.

Portanto, a Lei de Arbitragem adotou a solução monista, tendo em vista a igualdade de tratamento para ambas as arbitragens. No entanto, Philippe Fouchard e João Bosco Lee criticam essa opção legislativa, vez que submete a arbitragem internacional às tradições do direito interno.³²

28. Idem. p. 25

29. Idem. p. 36

30. De acordo com Guido Fernando Silva Soares, “na hipótese de numa arbitragem haver a incidência de leis estrangeiras, se a sentença arbitral for proferida no Brasil, ela será brasileira, ainda que haja importantes e muito relevantes vínculos significativos com sistemas jurídicos estrangeiros. Da mesma forma, uma arbitragem, cuja sentença tenha sido prolatada no estrangeiro, será estrangeira, ainda que não haja qualquer elemento estrangeiro relevante nas relações *sub studio*”. SOARES, Guido Fernando da Silva. *As Arbitragens Internacionais e Aquelas Reguladas no Direito Interno Brasileiro*, nos Termos da Lei nº 9.307 de 23.9.1996. *Alguns Aspectos* in MARTINS, Pedro Batista e GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). *Reflexões sobre Arbitragem*, Ed. LTr, São Paulo, 2002, p. 497, Apud: ALMEIDA, op. cit., p. 08 e 09

31. LOBO. op. cit., In: ALMEIDA. op. cit. p. 10

32. FOUCHARD, Philippe. *Sugestões para aumentar a eficácia internacional das sentenças arbitrais*. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 3, nº 8, p. 342; LEE, João

Já a Lei Modelo da UNCITRAL (lei modelo publicada pela Comissão das Nações Unidas sobre Direito Comercial Internacional) considera como sendo arbitragem comercial internacional também as sentenças proferidas e executas num mesmo país, cujo objeto esteja relacionado a outro Estado ou que as partes tenham convencionado que a matéria se refere a mais de um país.

De acordo com Carmem Tibúrcio³³, a legislação brasileira adota o critério geográfico da sede do tribunal para caracterizar a nacionalidade da arbitragem, isso em virtude de interpretação a *contrario sensu* do art. 34, parágrafo único da Lei nº 9.307/96 (“Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”). Nesse caso, se a sede do tribunal for no Brasil, a arbitragem será interna, mesmo que as partes não sejam nacionais ou que a disputa tenha natureza internacional, embora, a princípio, a natureza da arbitragem não seja relevante para a determinação da lei aplicável quanto ao mérito, vez que se admite a escolha da legislação pelas partes.

A respeito do conceito de arbitragem, Jorge Fontoura entende que o termo arbitragem foi banalizado, devendo-se delimitar as características essenciais desse instituto.³⁴

A primeira característica é a liberdade das partes, corolário do princípio da autonomia das vontades, no que se refere à escolha dessa solução de conflito, bem como do árbitro. Em razão disso, aquele autor critica aquelas câmaras arbitrais que já possuem uma lista de árbitros com *numerus clausus*, além de tribunais de revisão arbitral, cujo corpo de árbitros já está formado ou se exige que os árbitros sejam membros de Cortes Supremas.

De modo geral, as soluções alternativas de conflito se dividem em negociação, mediação e arbitragem. Em relação à primeira, não há a presença de um terceiro colaborando na solução do conflito, como ocorre na mediação. Diferentemente, no processo arbitral, o árbitro profere uma decisão que deverá ser observada pelas partes, deixando de meramente auxiliar na solução.³⁵

Bosco. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 4, nº 11, p. 348; Apud: LOBO. op. cit., In: ALMEIDA. Op. cit., p. 08

33. DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., 37

34. FONTOURA, José. “Os pressupostos da arbitragem e a solução de controvérsias em Blocos Econômicos”, In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem, estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*, São Paulo, 2007, p. 127

35. “Entende-se a mediação como o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro*, In: Revista Eletrônica de Direito Processual, disponível em www.redp.com.br, volume V, 2010, p. 65

Portanto, o que essencialmente distingue a arbitragem das demais soluções alternativas de conflitos é a substitutividade do árbitro, tendo em vista que é este quem efetivamente decide a questão.³⁶

Da mesma forma, a arbitragem não pode ser imposta por nenhuma das partes, sob pena de violar o princípio da autonomia.

Além disso, a sentença arbitral é obrigatória, devendo ser cumprida e respeitada pelas partes. Segundo o autor citado, “a experiência da grande arbitragem internacional demonstra *à outrance* serem as decisões arbitrais cumpridas. Se isso não ocorresse, pelos custos e pelo poder que encerram, seria total irracionalidade da parte irresignada, a gerar prejuízos comerciais incalculáveis, maiores que o valor da condenação, acrescido de honorários advocatícios e custas arbitrais”.³⁷

Juan Luis Colaiácovo e Cynthia Alexandra Colaiácovo apontam outra característica da arbitragem: seria um processo consensual sem procedimento definido, uma vez que as partes escolhem a forma com que será conduzida a arbitragem, optam pela arbitragem institucional, cuja instituição já possui regras próprias, como a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, ou então, adotam a Lei Modelo da UNCITRAL.³⁸

No que diz respeito à nacionalidade da arbitragem, ou da sentença, faz-se necessário determiná-la em razão de três aspectos: 1) em princípio, a lei dessa nacionalidade irá reger a arbitragem; 2) fixa o tribunal estatal que poderá intervir no processo arbitral, se necessário e 3) identifica a legislação que irá amparar a execução da sentença arbitral.³⁹

Existem alguns critérios para se determinar a nacionalidade da arbitragem, como o do lugar da sede do tribunal, o da proximidade, da nacionalidade das partes, etc. Cada país adota um critério para distinguir a arbitragem interna da internacional. Na Inglaterra, por exemplo, o *Arbitration Act 1996* determina que a convenção de arbitragem doméstica seja aquela que 1) nenhuma das partes possua nacionalidade de outro Estado que não do Reino Unido ou que resida em outro país; 2) a empresa incorporada ou sua administração central, bem como o

36. PINHO. op. cit., p. 70

37. LEMES, CARMONA, MARTINS. op. cit., p. 129

38. COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática*; tradução do original por Adilson Rodrigues Pires, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 97

39. DOLINGER, e TIBÚRCIO. op. cit., p. 91

controle não sejam exercidos fora do Reino Unido; e 3) que a sede do tribunal de arbitragem seja a Inglaterra.⁴⁰

Em relação à possibilidade de livre escolha pelo árbitro ou pelas partes das regras que serão aplicadas na arbitragem, no Brasil o entendimento varia conforme a adoção da natureza jurídica da arbitragem. A doutrina (majoritária) que adota a teoria jurisdicional - cujo fundamento seria a Lei nº 9.307/96, já que não obriga a homologação judicial da sentença arbitral – entende que “a nomeação dos árbitros, a validade da convenção arbitral, os poderes dos árbitros e a execução do laudo, tudo isto se baseia na lei nacional do lugar em que a arbitragem ocorre.”⁴¹ Mortara, o precursor desta teoria, defendeu que o árbitro é investido de jurisdição, já que sua atividade é idêntica ao dos juízes oficiais.⁴²

A teoria contratual defende que a arbitragem corresponde a “privatização da justiça”, pois que sua origem é a vontade das partes. Conseqüentemente, são as partes que escolhem os árbitros, as regras processuais e o lugar da sede do tribunal.⁴³ O principal defensor desta teoria foi Chiovenda que entendia ser a arbitragem desprovida de jurisdição. No entanto, Carreira Alvim destaca que no direito italiano se exige homologação judicial para a sentença arbitral ter força cogente. Portanto, o pensamento de Chiovenda é concernente à legislação de seu país.⁴⁴

Para a teoria mista a arbitragem tem origem na autonomia da vontade, mas não pode se desenvolver fora do sistema jurídico estatal, em que o Estado exerce certo controle sobre essa solução alternativa de conflitos.

Segundo a teoria autônoma:

“a arbitragem internacional tem fundamento e se desenvolve com base na suas próprias regras, sem qualquer ligação com um sistema jurídico nacional. Como o desenvolvimento da arbitragem se deu em função dos interesses dos negócios e da necessidade de um método rápido e eficiente na solução das disputas, a arbitragem segue regras próprias elaboradas a partir de anos de prática. A óbvia consequência dessa teoria é a desnacionalização da arbitragem e sua consequente caracterização como transnacional, sem vinculação a um país determinado”.⁴⁵

40. TWEEDDALE, Keren; TWEEDDALE, Andrew. *A practical approach to Arbitration Law*, ed. Blackstone, Londres, 1999, p. 273

41. DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 95

42. MORTARA, Ludovico. *Manuale della procedura civile*. Torino: Utet, 1916, v. 2, p. 547, Apud: ALVIM, ob. cit. 41

43. No Brasil, alguns juristas seguem essa doutrina, tais como o Sérgio Bermudes, Vicente Greco Filho e Alexandre Freitas Câmara. Cf. DONLIGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 95

44. ALVIM, J. E. Carreira. *Direito Arbitral*, Rio de Janeiro: Forense, p. 38

45. DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 96

Portanto, para essa teoria não importam as restrições internas quanto à capacidade do Estado para participar de arbitragem, uma vez que existem regras próprias no plano transnacional.

Carlos Augusto da Silveira Lobo critica a tese de existência de uma arbitragem transnacional, completamente desligada das leis nacionais, por considerá-la utópica, já que a arbitragem ainda depende do aparelho judiciário estatal para executar suas sentenças.⁴⁶

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, no Resp 606345/RS, a arbitragem possui caráter híbrido “na medida em que se reveste, a um só tempo, das características de obrigação contratual, representada por um compromisso livremente assumido pelas partes contratantes, e do elemento jurisdicional, consistente na eleição de um árbitro, juiz de fato e de direito, cuja decisão irá produzir os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário”.⁴⁷

Em relação à natureza da atividade abrangida na arbitragem *comercial* internacional, Fouchard, Gaillard e Goldman entendem que “neste contexto (...) o comércio internacional designa todas as transações econômicas através das fronteiras, e em caso algum remete para a noção interna, estrita e técnica, de acto de comércio ou de comerciante”.⁴⁸

A Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa considera a arbitragem comercial qualquer “relação da vida privada internacional, em sentido lato, e não apenas a relações comerciais *stricto sensu*, ou a relações entre comerciantes”.⁴⁹

Apesar da crescente utilização do instituto da arbitragem, quando se trata de litígio administrativo, o tema torna-se polêmico, entendendo parte da doutrina brasileira que o Estado não pode deixar de observar o princípio da legalidade, havendo necessidade de autorização legal específica para que o ente estatal se submeta a arbitragens comerciais. Além do mais, sustentam que o Estado não poderia dispor de assunto referente ao interesse público, isto é, para se utilizar da arbitragem comercial internacional, deve o Estado possuir arbitrabilidade subjetiva e arbitrabilidade objetiva.

46. LOBO. op. cit., In: ALMEIDA. op. cit., p. 14

47. RESP 606345/RS, Ministro Relator João Otávio de Noronha, DJ 08/06/2007, disponível no site www.stj.gov.br, acesso em 22/08/2011

48. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel e GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'Arbitrage Commercial International*. Litec, Paris, 1996, p. 38, Apud: OLIVEIRA, op. cit., p. 15

49. OLIVEIRA. op. cit., p. 16

4. SOBRE A POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DO ESTADO EM ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

4.1. Arbitrabilidade subjetiva

Quando se discute a possibilidade de participação do Estado em arbitragens comerciais internacionais, está-se falando de *arbitrabilidade*, que significa a “possibilidade de um litígio ser submetido a arbitragem voluntária (...) tendo em conta não só a natureza do objecto do litígio, como também a qualidade das partes”⁵⁰. A primeira corresponderia a arbitrabilidade objetiva e a segunda, a arbitrabilidade subjetiva.

Nesse aspecto, deve-se analisar se o Estado possui capacidade para participar em arbitragens, no que se refere à aptidão dos entes públicos, bem como quais matérias poderão ser objeto desse meio de solução alternativa de litígio. Afirmando positivamente pela capacidade de participação do Estado nas arbitragens, questiona-se se o ente estatal poderia levar todas as matérias para a via arbitral (arbitrabilidade objetiva).

Para Ana Perestrelo de Oliveira, há diferença conceitual de arbitrabilidade subjetiva para a arbitragem interna e para a internacional. Segundo essa autora, em relação à arbitrabilidade objetiva na esfera internacional, o critério acaba sendo absorvido pela regra da arbitrabilidade subjetiva, vez que o princípio de ordem pública internacional impede o Estado de invocar a lei nacional para não cumprir Convenção celebrada.⁵¹

Dessa forma, a arbitrabilidade subjetiva internacional não está relacionada à capacidade do Estado de solucionar seus conflitos pela via arbitral mediante autorização legal de sua lei nacional. Esse tipo de arbitralidade é objeto das próprias convenções internacionais celebradas.

De acordo com essa autora, a lei de arbitragem portuguesa segue a tendência da maioria dos ordenamentos jurídicos estrangeiros,⁵² os quais admitem a ampla participação do Estado em arbitragens, prevendo somente um princípio geral de

50. OLIVEIRA. op. cit., p. 10

51. “Como explicar, na verdade, que o Estado pudesse invocar eventuais restrições constantes da sua lei nacional com vista a subtrair-se à convenção de arbitragem que livremente concluiu? *Maxime*, como compatibilizar a solução com os princípios (universalmente válidos) da boa-fé e da proibição de agir *contra factum proprium*, bem como com o imperativo de segurança nas relações comerciais internacionais? Confirma-se, pois, que a qualificação como questão de ‘capacidade’ não é capaz de respeitar os valores em jogo – o princípio da confiança e as necessidades do comércio internacional – devendo, por isso, ser rejeitada”. OLIVEIRA. op. cit., p. 112

52. OLIVEIRA. op. cit., p. 34

arbitrabilidade. Ao invés disso, outros ordenamentos não adotam a arbitrabilidade como regra, admitindo algumas exceções. Considera a autora o Brasil dentre os países que admitem a arbitralidade ampla, tendo em vista que a lei não proíbe expressamente, como ocorre na França, em que o art. 2060 do *Code Civil* proíbe a arbitragem para os entes públicos (“*collectivités publiques et établissements publics*”)⁵³.

Em Portugal é polêmica a participação em arbitragem comercial do ente estatal quando o objeto se trata de ato de império, sendo que para os atos de gestão é evidente a possibilidade, tendo em vista que nesse caso o Estado atua como se particular fosse.⁵⁴

Na França, apesar do Código Civil proibir a via arbitral para os entes públicos, a jurisprudência admite sua participação na arbitragem comercial internacional, e no plano interno, diversas leis prevêm a autorização específica.

A Convenção de Genebra sobre arbitragem comercial internacional já previa a “capacidade das pessoas coletivas de Direito público para se submeterem a arbitragem” (art. 2º, §1º), podendo o Estado formular uma reserva no momento da assinatura ou da ratificação.

Embora a Convenção de Washington não tenha previsão expressa da arbitrabilidade estatal, demonstra aceitação da participação do Estado em arbitragens internacionais.

A mais importante convenção internacional sobre arbitragem, a Convenção de Nova Iorque, de 10 de junho de 1958, que trata do reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, tem como objetivo simplificar os requisitos de reconhecimento e de execução, sendo aplicada a relações jurídicas de qualquer natureza, independentemente da nacionalidade dos sujeitos.⁵⁵ Essa Convenção está ratificada por quase todos os países relevantes que participam do comércio internacional.

53. Todavia, parte da doutrina brasileira entende que há necessidade de autorização legal específica para que a Administração Pública participe da arbitragem, em razão do princípio da legalidade. Vide, DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 426.

54. “Insistimos já que a arbitrabilidade dos litígios com entes públicos varia consoante o litígio emerge de uma relação jurídica de Direito privado ou de uma relação jurídica de Direito público. No que respeita aos litígios de Direito privado, o problema é de simples resolução: uma vez que o ente público actua *jure gestionis*, como qualquer privado, não se compreenderia que eventuais diferendos surgidos nesse âmbito de actuação não pudessem, nos termos gerais, ser submetidos a arbitragem, como se de verdadeiro diferendo *inter privados* se tratasse. (...) Quando em causa estão litígios relativos a relações de Direito público, a questão assume maior complexidade.” OLIVEIRA, op. cit., p. 39 - 40

55. OLIVEIRA. op. cit., p. 116

De modo geral, ao contrário do que dispõe a Lei nº 9.307/96, que prevê a possibilidade de cláusula compromissória somente na hipótese de solução de um litígio contratual, a Convenção de Nova Iorque admite a arbitragem para qualquer negócio jurídico, seja contratual ou não. Em razão disso, Carlos Augusto da Silveira Lobo entende que o Superior Tribunal de Justiça tem o dever de homologar sentença arbitral estrangeira mesmo que o objeto não seja um contrato.⁵⁶

De acordo com Fouchard/Gaillard/Goldman⁵⁷ e Lima Pinheiro⁵⁸, a Convenção de Nova Iorque não trata da arbitrabilidade subjetiva do ente estatal, devendo aferir-se a incapacidade na lei aplicável ao caso. Essa é uma interpretação dada a partir da leitura da seguinte norma do artigo V, §1º, al, a) daquela Convenção: “como causa de recusa do reconhecimento ou execução da sentença arbitral, a ‘arbitrabilidade das partes outorgantes na convenção (...), *nos termos da lei que lhes é aplicável*’”. Essa regra visa garantir maior aceitabilidade da sentença na ordem jurídica em que será executada.

Igualmente, a jurisprudência arbitral admite a participação dos Estados e entes públicos em arbitragem comercial internacional, independentemente das disposições da lei nacional.⁵⁹

Também fazendo referência à arbitrabilidade subjetiva, a Resolução do Instituto de Direito Internacional prevê que “um Estado, uma empresa do Estado ou uma entidade estatal não podem invocar a sua incapacidade para concluir uma convenção de arbitragem para recusar participar numa arbitragem internacional na qual consentiram”⁶⁰.

No Brasil, antes da Lei nº 9.307/96, a doutrina majoritária e a jurisprudência eram contrárias à submissão do Estado à arbitragem em virtude do princípio da indisponibilidade do serviço público. A exigência de autorização legal específica remonta ao período em que se dava o mesmo tratamento jurídico da alienação de bens públicos à arbitragem envolvendo a Administração.

56. LOBO. op. cit., In: ALMEIDA. op. cit. p. 21

57. FOUCARD, *Traité...*, op. cit., p. 1000, Apud: OLIVEIRA. op. cit., p. 117

58. PINHEIRO, Lima. *Arbitragem*, ...p. 219 e 300, Apud: OLIVEIRA, op. cit., p. 117

59. DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 415/418

60. “A State, a state enterprise, or a state entity cannot invoke incapacity to arbitrate in order to resist arbitration to which it has agreed”. Este princípio está previsto no art. 5º da Resolução de 1989 do Instituto de Direito Internacional sobre Arbitragem entre Estados, empresas ou entidades estatais e empresas estrangeiras. O Instituto é uma organização internacional privada com o propósito de desenvolver o progresso do Direito Internacional. Disponível no site www.idi-iiil.org Cf. OLIVEIRA. op. cit., p. 122

Todavia, no plano internacional entendia-se que o Estado tinha capacidade para participar de arbitragem comercial, tendo em vista que o parágrafo único do art. 45 do Decreto-lei nº 2.300/86 (lei de Licitações e Contratos da Administração Pública Federal), após alteração pelo Decreto-lei nº 2.348/87, admitia a arbitragem nos contratos firmados com pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no exterior, para aquisição de bens ou serviços cujo pagamento fosse feito com o produto de financiamento concedido por organismo internacional de que o Brasil fizesse parte, nos casos de contratação com empresa estrangeira para compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Presidente da República, conforme dispunha o §13 do art. 25 do Decreto-lei nº 2.300/86.

Atualmente ainda não há consenso em relação à arbitrabilidade subjetiva, mesmo sendo o objeto um contrato administrativo, cujo princípio da autonomia da vontade também favorece ao Estado. Defende-se que o ente público estaria condicionado a uma autorização legal específica, em virtude do princípio da legalidade, já que a regra geral estipulada pela Lei nº 8.666/93 é a previsão de cláusula de eleição de foro nos contratos administrativos.⁶¹ Contra essa tese, alega-se que o art. 1º da Lei nº 9.307/96 não exclui a pessoa jurídica de direito público, prevendo de forma geral, que “*as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”.

A Lei de Licitação não é o único diploma legal que trata da arbitragem. Além disso, é uma lei sob certo ponto obsoleta quanto à questão da arbitrabilidade estatal, devendo-se fazer uma interpretação sistemática e evolutiva de suas normas, em razão da nova concepção de contrato administrativo, cujo contratado é considerado um investidor para o país. Odete Medauar destaca que o princípio da legalidade não faz supor que a Administração Pública deva se respaldar sempre numa lei específica para cada ato administrativo, sob pena de paralisar suas atividades. Do mesmo modo, agir conforme a lei tem um significado amplo e sistemático. A arbitrabilidade subjetiva do Estado não está regida somente pela Lei de Licitações, mas também por normas constitucionais, por outras normas infraconstitucionais, por princípios e até mesmo por normas infralegais.⁶²

61. “(...) não ser possível a interdição do Juízo Arbitral, mesmo nas causas contra a Fazenda, o que importaria numa restrição à autonomia contratual do Estado que, como toda pessoa *sui generis*, pode prevenir o litígio, pela via transacional, não se lhe podendo recusar esse direito, pelo menos na sua relação de natureza contratual ou privada, que só esta pode comportar solução, pela via arbitral, dela excluídas aquelas em que o Estado age como Poder Público, que não podem ser objeto de transação”. STF, AI 52.181/GB, Rel. Min. Bilac Pinto, DJU 15 fev. 1973, disponível no site www.stf.gov.br, acesso em 23/08/2011

62. Para Odete Medauar, um dos significados operacionais do princípio da legalidade é o de permitir a Administração Pública de adotar medidas e atos, tendo como fundamento uma base legal de caráter amplo,

Portanto, a interpretação sistemática que se deve dar à regra que impõe a previsão de cláusula de eleição de foro no contrato administrativo é dirigida para as questões que versam sobre direito indisponível, tendo em vista que para os casos referentes a direitos disponíveis, a Lei nº 9.307/96 previu a cláusula compromissória, a qual vincula as partes ao processo arbitral. Na visão de Carlos Alberto Carmona:

“A Lei de Licitações não determina que toda e qualquer controvérsia oriunda dos contratos celebrados com a Administração seja dirimida pelo Poder Judiciário, pois se assim fosse não poderia haver resolução de pendências contratuais através da transação; o texto legal exige, isso sim, que se as partes tiverem que acorrer ao Poder Judiciário, será competente o juízo do foro da sede da Administração, e não órgão judicial situado em outra região geográfica.”⁶³

Ademais, esse autor defende que a eleição de foro no contrato administrativo não é incompatível com a arbitragem, já que o Judiciário pode vir a ser procurado para prestar uma tutela jurisdicional que o árbitro não poderia por ausência de competência, como a execução de medida cautelar.

Selma Lemes destaca que atualmente os contratos administrativos caracterizam-se pela grandeza do empreendimento, dependendo o Estado e a sociedade civil do sucesso desse negócio. Dessa forma, prioriza-se o equilíbrio das partes na relação contratual, para que a transação seja vantajosa tanto para o setor privado quanto para o Estado.⁶⁴ Os meios alternativos de solução de conflito ganham relevância no Direito Administrativo em razão da nova roupagem do contrato administrativo, o qual passa a ter como objetivo o crescimento econômico, com o desenvolvimento da infra-estrutura. Como exemplo, os contratos para aquisição de tecnologia e transferência de *know-how* são fundamentais para o país, não sendo mais possível invocar a figura do Estado autoritário. Ao invés

que por vezes é tão-somente uma norma de competência. Essa função administrativa consiste na produção de normas infralegais, que não passam pelo crivo do Poder Legislativo. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 15ª ed., 2011, p. 132

63. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96*, Malheiros ed., 1998, p. 54

64. “Nesta óptica, passa-se a dar maior relevo à igualdade de tratamento contratual, tal como no Direito Privado, sem com isso deixar de acatar as cláusulas exorbitantes, peculiares aos contratos administrativos. À luz desses novos paradigmas, alicerçados nos princípios jurídicos da igualdade, legalidade, boa-fé, justiça, lealdade contratual, do respeito aos compromissos recíprocos das partes, da eficiência, da subsidiariedade etc., a Administração é conduzida a eleger formas mais dinâmicas de solução de controvérsias (mediação, conciliação e arbitragem), que envolvam direitos patrimoniais disponíveis nos contratos administrativos e que gravitam em torno das cláusulas econômicas e financeiras (equilíbrio econômico-financeiro), que se referem a direitos patrimoniais (...)”. LEMES. op. cit., p. 53 e 54

disso, o Estado hoje se socorre dos princípios jurídicos do Direito Privado para buscar mais liberdade e eficácia nos negócios. Diante desse cenário, “a arbitragem encontra solo fértil para ser analisada no âmbito dos contratos administrativos”.⁶⁵

Outro aspecto da arbitrabilidade subjetiva é a questão da imunidade jurisdicional⁶⁶. De acordo com o art. 55, § 2º, da Lei nº 8.666/93, deve haver no contrato administrativo uma cláusula prevendo o foro da sede da Administração Pública, sendo, portanto, a renúncia à imunidade de jurisdição inadmitida na legislação brasileira, exceto nas hipóteses previstas no art. 32, §6º da lei citada, quais sejam: 1) licitação internacional para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento foi feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação; 2) contratação de empresa estrangeira para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior; e 3) aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior. Como se nota, são exceções taxativas, que devem ser interpretadas restritivamente.

Segundo Eros Roberto Grau, o princípio da imunidade de jurisdição não é absoluto, conforme vários exemplos ocorridos na jurisdição estrangeira, como as ações indenizatórias contra as empresas de tabaco ajuizadas pelos entes federativos brasileiros nos Estados Unidos. Também não se deve relacionar arbitragem internacional com a idéia de imunidade jurisdicional, pois o que se evita com a arbitragem é exatamente a jurisdição.⁶⁷

Para os doutrinadores ingleses Julian D M Lew, Loukas A Mistelis e Stefan M Kröll, o princípio da imunidade internacional deixou de ser absoluto no século XX em razão do crescimento da participação dos Estados em atividades comerciais. Essa tendência se reflete nas convenções internacionais, como a *European Convention on State Immunity* e em leis nacionais, como o *English State Immunity Act*. No caso *Kuwait Airways v Iraqi Airways*, foi decidido que se o Estado participa do comércio internacional em condições de igualdade com o particular, não havendo justificativa para se evitar as consequências econômicas de seus atos. Além disso, se um Estado firmou cláusula compromissória, não poderá mais tarde

65. LEMES. op. cit., p. 58

66. “A legislação brasileira é contrária à submissão do Estado brasileiro à jurisdição estrangeira”. DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 397

67. GRAU, Eros Roberto. *Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória*. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 5, nº 18, outubro-dezembro de 2002, p. 397-398

invocar a imunidade jurisdicional para resistir ao tribunal arbitral, sob pena de violar o princípio da boa-fé.⁶⁸

Favorável à arbitralidade subjetiva do Estado, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, com base no art. 4º, VII, da Constituição da República, admite a participação do Estado brasileiro em arbitragens internacionais (“art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) VII – solução pacífica dos conflitos”).⁶⁹

Para Cláudio Valença Filho, “a validade das convenções de arbitragem inseridas em contratos administrativos deriva diretamente da natureza jurisdicional da arbitragem, sendo, para tanto, despendida qualquer forma de autorização legislativa”.⁷⁰

Antenor Madruga entende que o Estado brasileiro pode renunciar à imunidade de jurisdição por se tratar de ato de gestão de representação judicial, na hipótese do interesse estatal ser mais bem defendido em tribunal estrangeiro.⁷¹

Em suma, parte da doutrina defende que a Administração Pública pode firmar uma cláusula compromissória em razão da aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos nos acordos administrativos. Outra entende que a autorização legislativa geral para o Estado se utilizar da via arbitral é a prevista na Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95) ou na Lei Geral de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), sendo que outra corrente admite a arbitragem somente para as empresas públicas e sociedades de economia mista com fundamento no art. 173, §1º, da Constituição da República.⁷²

68. LEW, Julian D M; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*, Klumer Law International, 2003, p. 744-746

69. “Na órbita externa, rege a matéria o princípio fundamental estabelecido no art. 4º, VII, da Constituição Federal, que aponta o emprego das vias pacíficas – portanto consensuais – para dirimir controvérsias em que seja parte a República Federativa do Brasil e suas subdivisões. Nestas hipóteses, portanto, o Estado não está apenas autorizado, mas constitucionalmente obrigado a esgotar as soluções de consenso, compreendida a arbitragem, *podendo atingir até mesmo interesses indisponíveis*, sem qualquer outro limite que a observância da proporcionalidade entre valores preservados e valores sacrificados”. (grifo acrescentado) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. In: Revista de Direito Administrativo, 209, julho-setembro de 1997, p. 87 Na opinião de Carmem Tibúrcio, as normas do art. 4º referem-se às questões de direito internacional público. Cf. DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 405

70. VALENÇA FILHO, Cláudio. *Arbitragens e contratos administrativos*, Revista de Direito Bancário, Do Mercado de Capitais e da Arbitragem ano 3, nº 8, abril-junho de 2000, p. 372

71. MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado Brasileiro e o Novo Direito da Imunidade de Jurisdição*, Biblioteca de Teses, Renovar, p. 375 e 418 (2003), Apud: Idem.

72. Adilson Abreu Dallari defende a aplicação supletiva do Código Civil para possibilitar a arbitragem ao Estado. *Arbitragem na Concessão de Serviço Público*, Revista de Informação Legislativa do Senado Federal 128/65, 2003, Apud: DOLINGER e TIBÚRCIO. Op. cit., p. 426

Contrariamente, Lúcia Valle Figueiredo entende que as normas processuais de ordem constitucional não podem ser alteradas pela lei infraconstitucional, concluindo, assim, que o uso da arbitragem pelo Estado é inconstitucional.⁷³ Na visão de Castro Nunes⁷⁴, são conciliáveis a arbitragem e as normas constitucionais processuais, pois as partes possuem liberdade em optar pelo meio alternativo ou pela jurisdição estatal. O que não pode fazer a legislação infraconstitucional é proibir o acesso à Justiça.

Importante mencionar a interpretação de Pedro Batista Martins, para quem os diplomas legais específicos que fazem menção à arbitragem têm “objetivo didático do legislador”⁷⁵. Não é lógico permitir o uso da via arbitral para alguns entes estatais e para outros alegar a incapacidade, sendo que todos integram a Administração Pública. No mesmo sentido, Selma Lemes defende que a capacidade do Estado para participar da arbitragem comercial tem respaldo na Lei nº 9.307/96, uma vez que esse estatuto não prevê aplicação específica para as pessoas jurídicas de direito privado.⁷⁶

Por sua vez, para a jurisprudência arbitral a cláusula compromissória representa renúncia à imunidade de jurisdição, a qual se aplica mesmo em se tratando de ato de império, sob pena de violação do princípio da boa-fé.⁷⁷ Ressalta-se que somente o Estado pode renunciar esse privilégio, pois as demais subdivisões administrativas não possuem soberania.

Por fim, corroborando a tese da capacidade de entes estatais na arbitragem comercial, a PEC 96 de 1992, que vedava o uso da arbitragem para o Estado, foi afastada embora já tivesse sido aprovada pela Câmara dos Deputados. Para Arnoldo Wald essa proposta de emenda constitucional contrariava os verdadeiros interesses do país, representando um retrocesso diante da legislação vigente.⁷⁸

73. FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 7ª ed, 2004, p. 108, Apud: LEMES. op. cit., p. 75

74. NUNES, Castro. *Da Fazenda Pública em juízo*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1950, p. 279, Apud: Idem, p. 77

75. MARTINS, Pedro Batista. *O Poder Judiciário e a arbitragem. Quatro anos da lei nº 9.307/96 (3ª parte)*, RDBA, 12:334, abr./jun., 2001, Apud: Idem, p. 84

76. LEMES. op. cit., p. 83

77. “Em decisão CCI recente, de 2002, no Caso nº 11.559, o tribunal arbitral sediado em Paris rechaçou a alegação das Requeridas (empresas que integram a administração pública no Brasil) de que a cláusula arbitral por elas firmada era inválida com base na lei brasileira. Sustenta o tribunal: ‘Assim, por respeito da vontade das partes, em tutela do princípio da boa-fé e em aplicação do princípio que proíbe o venire contra factum proprium impõe-se a conclusão de que não é lícito às Requeridas, em contradição com todo o seu descrito comportamento anterior, vir agora argüir a invalidade da renúncia à imunidade de jurisdição e da convenção de arbitragem que livremente acordaram com a Requerente’”. In: DOLINGER e TIBÚRCIO. op. cit., p. 418

78. WALD, Arnoldo. *A Infra-estrutura, as PPPs e a Arbitragem*, In: Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, nº 5, abril-junho de 2005, p. 23

4.2. Arbitrabilidade objetiva

Outra condição exigida pelo art. 1º da Lei nº 9.307/96 para que um conflito possa ser submetido ao processo arbitral é a disponibilidade do objeto, devendo a matéria ter natureza patrimonial disponível. Caio Mário da Silva Pereira entende que direitos patrimoniais seriam os avaliáveis pecuniariamente, fazendo parte de uma relação jurídica mensurável economicamente.⁷⁹

Sobre esse tema, o Tribunal de Contas da União⁸⁰ já alegou que a Administração Pública não pode se submeter à arbitragem, tendo em vista que o interesse público é indisponível. Ocorre que não se deve opor o direito disponível ao interesse público, pois esse princípio deve ser aplicado indistintamente, isto é, em qualquer função administrativa se deve observar o interesse público. De acordo com Eros Roberto Grau, a disponibilidade dos direitos patrimoniais não acarreta necessariamente na disposição do interesse público.⁸¹

Visando compatibilizar o princípio da indisponibilidade do interesse público e o exercício da administração, a doutrina alemã distinguiu em dois níveis de categoria o exercício da Administração Pública: primária e secundária, sendo apenas a segunda negociável e flexível.⁸² Na proteção do interesse público primário o Estado estará desempenhando suas funções política e legislativa. Quando atua na persecução do interesse da Administração, estará atuando no interesse público secundário. Exemplo de interesse da Administração é o de pagar o menor valor possível a seus credores.⁸³

Eduardo Talamini apresenta interessante tese sobre a arbitrabilidade objetiva do Estado. Segundo o autor, existem duas acepções de indisponibilidade provenientes do direito material:

79. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*, 20 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol 1, In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Arbitragem e regulação*, Revista de Arbitragem e Mediação, ano 7, nº 27, out-dez/2010, p. 77

80. “De outro lado, admitir-se a utilização de juízo arbitral em contratos administrativos seria, para nós, afrontar uma série de princípios de direito público, dentre os quais se avultam (alguns deles, em verdade, consectários de outros citados): (...) b) o da indisponibilidade do interesse público pela Administração. (...) Fere também o princípio da indisponibilidade do interesse público, pois ao entregar a terceiro que não o Estado-juiz o poder de decidir sobre a sorte de interesse que a ela, Administração, incumbe curar, o efeito prático disso é fazer disponível esse bem supremo (o interesse público), ao sabor daquilo que o árbitro constituído venha a deliberar sobre a pendência a ela submetida”. Decisão do TCU no processo nº 8.217/93, In: Revista de Direito Administrativo, 193, jul/set. 1993, p. 342

81. GRAU. op. cit, p. 404

82. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 325

83. GRAU. op. cit. p. 403

- 1) “a indisponibilidade põe-se como vedação à renúncia de um direito existente”;
- 2) a indisponibilidade configura-se na proibição de se reconhecer direito de outrem, senão pela intervenção jurisdicional.⁸⁴

Somente na primeira hipótese é que se trata de relação de direito público propriamente dita, uma vez que a Administração Pública deve agir independentemente de autorização judicial.

Já a segunda hipótese de indisponibilidade se refere à possibilidade do uso arbitragem pelo Estado, tendo em vista que a via arbitral somente é possível quando não há necessidade da intervenção do Judiciário.

Sendo assim, “se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível”.⁸⁵

A Administração Pública ao se submeter à via arbitral não estará renunciando a direito algum, mas irá tão-somente optar por solucionar alguma lide existente por meio de um processo em que também deve ser respeitado o devido processo legal. Caso haja alguma ofensa à Constituição da República ou à norma infra-constitucional, é possível ajuizar ação anulatória no Judiciário.

Afirma Eduardo Talamini que a tendência da doutrina brasileira é admitir o uso da arbitragem pelo Estado, nos casos que tratam de interesse patrimonial.⁸⁶ Quanto à jurisprudência, citou o autor duas decisões que admitiram a via arbitral

84. TALAMINI, Eduardo. *A (in) disponibilidade do interesse público: conseqüências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitoria)*, disponível em http://ufpr.academia.edu/EduardoTalamini/Papers/166348/A_in_disponibilidade_do_interesse_publico_consequencias_processuais, site acessado em 17/03/2011, p. 13

85. *Idem*, p. 14

86. O autor cita os seguintes autores: Caio Tácito (“Arbitragem nos litígios administrativos”, em RDA, 210, 1997, p. 114-115), Adilson Dallari (“Arbitragem na concessão de serviço público” em RTDP 13, 1996, p. 8-9), Eros Roberto Grau (“Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória”, em Revista de Direito Bancário, 18, p. 401, 2002), Diogo de Figueiredo Moreira Neto (“Arbitragem nos contratos administrativos”, em RDA 209, 1997, p. 89), Leon Frejda Szklarowsky (“A arbitragem e os contratos administrativos”, divulgado na internet: www.camarba.com.br/wald.htm), Carlos Alberto Carmona (“Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96, Malheiros, 1998, p. 52 e ss.), Ada Grionover (“Arbitragem e prestação de serviços públicos”, em RDA 233, 2003, p. 377 e ss.), Eliana Calmon (“A arbitragem internacional entre entes públicos”, em Revista Ibero-Americana de Direito Público, 2002, p. 66), Selma Lemes (“Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitrabilidade objetiva”, versão escrita de palestra proferida em 06.05.2003 no Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 5 e ss.) e Gustavo H. J. de Oliveira (“A arbitragem e a nova contratualização administrativa”, em Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu F. Bacellar Filho, Belo Horizonte, Fórum, 2004, p. 273 e ss.).

para o Estado sem que fosse exigida lei específica (MS 1998002003066-9, Conselho Especial, TJDF, j. 18.05.1999, rel. Nancy Andrichi, DJ 18.08.1999, divulgada na Revista de Direito Bancário 8, 2000, p. 359 e TAPR, apelação 247.646-0, 7ª Câmara Cível, 11.02.2004, rel. J. Lauro Laertes de Oliveira).

Atualmente, a jurisprudência é ainda bastante polêmica em relação à participação da Administração Pública em arbitragem sem lei autorizativa específica.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no Agravo de Instrumento nº 2003.002.07839, não admitiu a arbitragem no caso Guggenheim com base na violação ao princípio da publicidade, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.⁸⁷

Em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça, no Mandado de Segurança nº 11308/RJ, que tratava de permissão de área portuária, decidiu pelo cabimento da participação da Administração Pública em arbitragem com base na Lei nº 9.307/96, conforme a passagem a seguir:

“Por fim, conclui com acerto Ministério Público, verbis: “In casu, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem. Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante. *A arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”* (fls. 472/473).” (STJ, MS 11308/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 19/05/2008) (grifo acrescentado)

Já o Tribunal de Contas da União somente admite a previsão da arbitragem em contratos administrativos por meio de lei específica que autorize cláusula compromissória.

Em 2008, o Tribunal de Contas da União (TCU), analisando contrato de concessão celebrado entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Concessionária da Rodovia Osório-Porto Alegre S.A., admitiu a cláusula compromissória somente nos contratos em que a Administração Pública estivesse em condição de igualdade com o particular, como nos contratos de locação,

87. TJRJ, AI 2003.002.07839, Rel.Des. Ademir Pimentel, julgado em 29/10/2003, disponível no site www.tj.rj.gov.br, acesso em 24/08/2011

de seguro, de financiamento, ou seja, diante da natureza disponível do objeto contratual. Com relação aos contratos que envolvem interesse público, somente com autorização legal específica poderia o Estado se socorrer da arbitragem, em virtude da impossibilidade de dispor sobre direito indisponível.⁸⁸ Todavia, não foi analisado o mérito do processo, vez que a agência reguladora comprometeu-se em seguir a orientação deste Tribunal.

Em 2009, no julgamento referente ao acordo de cooperação técnica internacional, celebrado entre a Secretaria de Educação do MEC, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), o Tribunal de Contas da União somente admitiu a cláusula compromissória em questão, pois entendeu que se tratava de um tratado regido pelo Direito Internacional Público.⁸⁹

No entanto, ao contrário do que sustenta o TCU, a disponibilidade do direito não está relacionada diretamente com o princípio do interesse público, mas com o aspecto econômico do objeto contratual.

Para Cesar Augusto Guimarães Pereira,⁹⁰ essas decisões do Tribunal de Contas da União não refletem o entendimento atual da doutrina e da jurisprudência, que admitem a previsão de cláusula compromissória em contratos administrativos, significando isso a possibilidade de alteração das decisões desse órgão.

Sob o enfoque da natureza disponível do contrato administrativo em questão, o Superior Tribunal de Justiça, no MS 11308/DF (2005/0212763-0), decidiu pela possibilidade de inserção de cláusula compromissória. O caso concreto trata de mandado de segurança impetrado contra ato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia (Portaria Ministerial nº 782/05), que “ratificou os termos da rescisão contratual precedida pela Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A – NUCLEP (...) do contrato administrativo de arrendamento C-291/AB-001 (...) com a empresa TMC (...) e autorizou tanto a assunção imediata pela NUCLEP, (...) como a ocupação e

88. TCU, Acórdão 391/2008, Plenário, Rel. Min. Marcos Vilaça, Ata 07/2008, DOU 14/03/2008, disponível no site www.tcu.gov.br, acesso em 24/08/2011

89. “Caso os atos complementares de cooperação técnica fossem considerados convênios administrativos, a validade da cláusula compromissória seria no mínimo discutível (vide, por exemplo, as considerações feitas no Acórdão 537/2006-2ª Câmara, relativa aos contratos, mas em tudo extensíveis aos convênios). Se, ao contrário, considerar-se a natureza de tratado internacional (na modalidade de acordo executivo), a previsão da arbitragem é facilmente justificável.” TCU, Acórdão 1339/2009, Rel. José Jorge, Publicação: Ata 24/2009, sessão de 17/06/2009, disponível no site www.tcu.gov.br, acesso em 24/08/2011

90. PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. *Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ*, Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 5, julho/2007, disponível no site www.justen.com.br/informativo.php?informativo=5&artigo=283, acesso em 19/03/2011

utilização do local, instalações, necessárias à continuidade do objeto do contrato de arrendamento (...).”⁹¹

Decidiu o STJ que a doutrina admite a legalidade da submissão do Estado à arbitragem com fulcro em precedente do Supremo Tribunal Federal, conhecido como “caso Lage”, cuja decisão permitiu a arbitragem entre a União e a Organização Lage.

Segundo o precedente, somente os direitos disponíveis, referentes ao interesse da Administração, estão sujeitos à arbitragem, conforme passagem a seguir “(...) quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio”. Portanto, somente o interesse público é indisponível, não o interesse da Administração.

De acordo com esse julgado do STJ, aplica-se a Lei nº 9.307/96 ao caso concreto, devendo-se afastar a jurisdição estatal, tendo em vista previsão de cláusula compromissória no contrato administrativo celebrado entre a NUCLEP e a TMC. Dessa forma, julgou-se, por unanimidade, conceder a segurança para determinar que o litígio seja conhecido e solucionado por juízo arbitral.

Marçal Justen Filho entende que, se a indisponibilidade dos direitos da Administração Pública é motivo para se proibir sua participação em arbitragem, pela mesma razão, o Estado não poderia celebrar contratos com particulares, uma vez que na celebração de contratos reconhece-se “autonomia para produzir qualquer manifestação de disposição sobre bens e direitos. Veja-se que uma contratação importa a transferência de bens ou direitos da órbita da Administração para a esfera de terceiros”.⁹²

Em se tratando de direito ambiental, parcela da doutrina entende pela possibilidade de submeter questões ambientais à arbitragem, tendo em vista a potencial repercussão de caráter patrimonial e disponível que podem surgir a partir da violação de um direito extrapatrimonial e indisponível.⁹³

91. STJ, Mandado de Segurança 11308-DF (2005/0212763-0). Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008, disponível no site www.stj.gov.br, acesso em 24/08/2011

92. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, 13ª Ed., 2009, p. 539

93. “Nesses casos, nada obstante o litígio ter por fundamento a violação de direito da personalidade, o objeto litigioso em si mesmo, a controvérsia e a pretensão dos interessados giram em torno da obtenção do *ressarcimento* pelos danos sofridos, razão pela qual poderão valer-se da arbitragem diante do caráter eminentemente *patrimonial* da lide”. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Manual da Arbitragem*. São Paulo:

Todavia, o mais comum em tutela ambiental é o objeto se tratar de direito indisponível por se referir a interesse difuso extrapatrimonial, já que o administrado estará em posição de subordinação, conforme o entendimento de Oscar Graça Couto e de Mônica Taves de Campos V. de Carvalho.⁹⁴ Segundo os autores, no que se refere a prazos e condições “a lei, a doutrina e a jurisprudência já admitem ‘transação’ (...), seja para *extinguir amigavelmente* ação civil pública já proposta ou em vias de sê-lo (nos casos de inquérito civil em curso), mediante celebração do Compromisso de Ajustamento de Conduta previsto no §6º do art. 5º da Lei nº 7.347/85; seja para *evitar* a propositura da ação, mediante celebração do Termo de Compromisso previsto no art. 60 do Decreto nº 3.179/99”⁹⁵. Em razão disso, entendem ser cabível submeter à arbitragem as questões de prazo e condições, tendo em vista a possibilidade de negociação.

Além da distinção de direitos disponíveis e indisponíveis, existe outra classificação, que divide os atos administrativos em atos de império (poder político) e atos de gestão (poder administrativo).

Apesar da conclusão pela constitucionalidade da arbitragem no caso Lage (STF, Agravo de Instrumento nº 52.181-GB), a Corte ressaltou, com base no parecer de Castro Nunes, que o Estado não pode se submeter à arbitragem quando atuar como Poder Público, isto é, no exercício de atos de império, que não era a hipótese do caso concreto.⁹⁶

Carmem Tibúrcio sustenta que é possível a previsão de convenção arbitral nos contratos *privados* firmados pelo Estado, referentes aos atos de gestão. Admite, excepcionalmente, para os atos de império “na hipótese de inexistência de jurisdição local, urgência ou com base no princípio da efetividade.”⁹⁷ Isso porque a arbitragem internacional, envolvendo atos de império, deve ser regida pelo direito internacional público por meio de tratados firmados entre os Estados.

Existem alguns critérios para se distinguir atos de império e de atos de gestão. Um deles é a teoria da aplicação da lei do Estado litigante, isto é, o árbitro

Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 112, Apud: COUTO, Oscar Graça & CARVALHO, Mônica Taves de Campos V. de. *Arbitragem e meio ambiente*, Apud: ALMEIDA, Ricardo (coord.), op. cit., p. 301

94. “Os entes públicos legitimados à tutela ambiental não poderiam, em regra, abrir mão da ação civil pública de responsabilidade civil por danos ambientais para submeter a questão à arbitragem, pois, em tais circunstâncias, não estabelecem relações de *coordenação* com os administrados, mas de *subordinação*, na defesa de interesses *metaindividuais e indisponíveis*”. Idem, p. 302

95. Idem, p. 329

96. STF, Agravo de Instrumento nº 52.181-GB, Rel. Min. Bilac Pinto, disponível no site www.stf.gov.br, acesso em 24/08/2011

97. DOLINGER e TIBURCIO. op. cit., p. 411

se baseia na legislação nacional do Estado que é parte na arbitragem, devendo, assim, os particulares conhecerem a lei da ordem jurídica do Estado contratante.⁹⁸ Outra teoria entende que a lei sobre o mérito escolhida pelas partes é a que deve aferir a natureza do ato estatal.

Uma terceira, não muito bem aceita, aplica a lei da sede de arbitragem com base na teoria jurisdicional, a qual compreende o Estado como controlador e regulador das arbitragens. No entanto, os árbitros não possuem *lex fori*, podendo aplicar a lei que as partes convencionaram ou a que escolher, caso não tenha sido prevista no contrato.

Há, ainda, uma teoria que entende ser aplicável a lei de execução da sentença. A crítica que se faz é que nem sempre se sabe o local onde será executado.

Existe também a teoria que defende a aplicação da *lex mercatoria* para verificar a validade e eficácia da cláusula compromissória, que são, na verdade, os usos e costumes do comércio internacional, desprezando-se o direito estatal para dirimir qualquer controvérsia.⁹⁹

É importante ressaltar que a utilização de meios coativos para se fazer cumprir a sentença arbitral, exige que a parte inicie um processo de execução no Poder Judiciário, após a devida homologação pelo STF. Portanto, é relevante mesmo no âmbito internacional que a jurisprudência do local de execução da sentença arbitral seja favorável à participação do Estado em arbitragens, bem como não haja norma interna proibindo a submissão ao juízo arbitral, sob pena de frustrar o sucesso da arbitragem comercial internacional realizada.

Reforçando o entendimento acima, a Convenção de Nova York¹⁰⁰ considera essencial que a legislação interna permita a arbitragem para os entes estatais, a fim que não haja problemas na execução da sentença arbitral.

98. Assim prevê o art. V.1. da Convenção de Nova York: “1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento, prova de que: a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II, estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas (...)”, *Idem*. p. 412

99. Essa teoria origina-se de dois casos: *Arábia Saudita v. Arabian American Oil Co. e Texaco Overseas Petroleum v. Libia*. Tais casos envolviam questões de imunidade de jurisdição. As cortes arbitrais decidiram que não poderiam submeter uma soberania a uma lei de outro país e que cabe ao sistema de leis internacionais reger a arbitragem, e não uma lei interna. Embora a teoria transnacional seja a melhor aplicável nesses casos, segundo Keren Tweeddale e Andrew Tweeddale, corre-se o risco da sentença arbitral não ser aplicada no país onde será executada por contrariar a legislação daquele Estado. TWEEDDALE. *op. cit.*, p. 277

100. “Enforcement under the New York Convention may be refused where the arbitration is not in accordance with the law of the country where the arbitration took place: Article V.1(d). The DAC report of February

5. CONCLUSÃO

O Estado brasileiro vem atuando cada vez mais no cenário internacional, como sujeito de obrigação ou como país hospedeiro, reacendendo, assim, a discussão a respeito da possibilidade de submissão à arbitragem comercial internacional, no que se refere à arbitrabilidade subjetiva e objetiva.

Arbitrabilidade subjetiva seria a capacidade do ente estatal de ser parte no processo arbitral, enquanto arbitrabilidade objetiva diz respeito ao objeto que pode ser julgado em sede de arbitragem. A incapacidade do Estado teria como causa a sua imunidade jurisdicional, bem como a necessidade de autorização legal específica para participar de arbitragem.

Embora a jurisprudência dos tribunais de arbitragem entenda que na arbitragem comercial internacional o Estado não possa invocar restrição de lei interna quanto à sua capacidade, o estudo e o convencimento da capacidade do Estado em submeter conflito administrativo a um árbitro são necessários, pois em algum momento a lide poderá ser decidida pelo Poder Judiciário, seja para anular a sentença arbitral, seja para conceder medida cautelar ou para executá-la.

Analisando-se doutrina e jurisprudência, vê-se que a participação do Estado em arbitragem é aceita pela maioria, entendendo que basta a autorização genérica da Lei nº 9.307/96 e que o princípio da imunidade jurisdicional não é absoluto, comportando exceções. Para aqueles que entendem que a arbitragem possui natureza contratual, a imunidade jurisdicional em nada interfere na participação do Estado em arbitragem comercial internacional. Embora o Tribunal de Contas da União não concorde com a ampla arbitrabilidade da Administração Pública, nota-se uma evolução em suas decisões, da total negativa à aceitação nos casos de contrato privado, mesmo que não exista lei específica autorizando.

Paralelamente à evolução do instituto da arbitragem, o Direito Administrativo também sofreu mudanças, como por exemplo, o contrato administrativo deixou de ser um instrumento de autoritarismo para se transformar num acordo de colaboração entre o público e o privado, bem como a constitucionalização do ordenamento jurídico que permitiu uma releitura do princípio da legalidade, de forma que não engessasse a atividade administrativa.

1996 made the following point in regard to 'floating' arbitrations: 'English law does not, at present, recognize the concept of an arbitration which has no seat, and we do not recommend that it should do so' (...) The laws of the country where the arbitration has its seat should be checked to ensure that they are suitable to the arbitration. (...) If the parties wish for a final and binding award, unchallengeable in a court of law, they will have to agree to have the in a country whose local laws permit such an exclusion agreement.' In: TWEEDDALE. op. cit, p. 278

Diante desse conjunto de fatores, somado às ratificações de convenções internacionais sobre arbitragem pelo Estado brasileiro, conclui-se que um ente estatal tem capacidade para ser parte numa arbitragem comercial internacional quando o objeto se tratar de direito disponível.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, J. E. Carreira. *Direito Arbitral*, Rio de Janeiro: Forense, 2007
- ALMEIDA, Ricardo (coordenador). *Arbitragem Interna e Internacional: questões de doutrina e prática*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Arbitragem e regulação*, In: Revista de Arbitragem e Mediação, ano 7, nº 27, out-dez/2010, p. 70/102
- AYOUB, Luiz Roberto. *Arbitragem: O acesso à Justiça e a Efetividade do Processo. Uma Nova Proposta*, Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96*, Malheiros ed., 1998
- CARNEIRO, Cristiane Dias. “Arbitragem na Administração Pública: Setor Elétrico”, *Direito Administrativo. Estudos em homenagem a Francisco Mauro Dias*, Marcos Juruena Villela Souto (coord.), Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009
- CASTRO, Andréa Rabelo de Castro. *Fundamentos Constitucionais da Arbitragem no Setor Público*, monografia para título de especialista em Direito Público no IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2008, disponível no site www.portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/903338.pdf, acesso em 08/04/2011
- COLAIÁCOVO, Juan Luis & COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática*; tradução do original por Adilson Rodrigues Pires, Rio de Janeiro: Forense, 1999
- DOLINGER, Jacob & TIBÚRCIO, Carmem. *Direito Internacional Privado: arbitragem comercial internacional* – Rio de Janeiro: Renovar, 2003
- O ESTADO DE SÃO PAULO. *Bolívia nacionaliza empresa telefônica e 4 petrolíferas*, disponível no site www.estadao.com.br, publicado em 01º de maio de 2008
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Técnicas de Negociação. Resolução alternativa de conflitos: ADRs. Mediação, conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2002
- GRAU, Eros Roberto. *Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória*, In: Revista de Direito Bancário,

Sobre a participação do Estado na arbitragem comercial internacional: arbitrabilidade subjetiva e objetiva

do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 5, nº 18, outubro-dezembro de 2002, p. 395/405

INSTITUTO DE DIREITO INTERNACIONAL, disponível no site www.idi-iiil.org, acesso em 22/08/2011

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo: Dialética, 13ª ed., 2009

LEMES Selma Ferreira, CARMONA Carlos Alberto e MARTINS Pedro Batista (coordenadores). *Arbitragem, estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*, São Paulo: Atlas, 2007

LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*, São Paulo: Quartier Latin, 2007

LEW, Julian D M; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M.. *Comparative International Commercial Arbitration*, Klumer Law International, Londres, 2003

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 15ª ed., 2011

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006

_____. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. In: Revista de Direito Administrativo, nº 209, julho-setembro de 1997

OLIVEIRA, Ana Perestrelo. *Arbitragem de litígios com entes públicos*, Coimbra, Ed. Almedina: 2007

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. *Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ*, Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 5, julho/2007, disponível no site www.justen.com.br/informativo.php?informativo=5&artigo=283, acesso em 19/03/2011

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro*, In: Revista Eletrônica de Direito Processual, disponível em www.redp.com.br, volume V, 2010

REALE, Miguel. *Crise da Justiça e Arbitragem*, In: Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, nº 5, abril-junho de 2005, p. 11/13

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (organizadora). *Novos rumos do direito do petróleo* – Rio de Janeiro: Renovar, 2009

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, disponível no site www.stj.gov.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, disponível no site www.stf.gov.br

RÜTZEL, Stefan; WEGEN, Gerhard; WILSKE, Stephan. *Commercial Dispute Resolution in Germany: litigation, arbitration, mediation*, Verlag C. H. Beck München, 2005

TALAMINI, Eduardo. *A (in) disponibilidade do interesse público: conseqüências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória)*, disponível no site http://ufpr.academia.edu/EduardoTalamini/Papers/166348/A_in_disponibilidade_do_interesse_publico_consequencias_processuais, acesso em 17/03/2011

TIBURCIO, Carmem. *Temas de Direito Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006

_____ & BARROSO, Luís Roberto (organizadores). *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006

_____. *A arbitragem envolvendo a administração pública*. disponível no site www.ambito-juridico.com.br, acesso em 24/08/2011

TÁCITO, Caio. *Arbitragem nos Litígios Administrativos*, In: Revista de Direito Administrativo – 210, out/dez de 111997, p. 111/115

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, Decisão do Processo nº 8.217/93, In: Revista de Direito Administrativo, 193: I-VI, 1-464, jul/set. 1993, p. 341/352

_____. Disponível no site www.tcu.gov.br

TWEEDDALE, Keren; TWEEDDALE, Andrew. *A practical approach to Arbitration Law*, ed. Blackstone, Londres, 1999

WALD, Arnaldo. *A Infra-estrutura, as PPPs e a Arbitragem*, In: Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, nº 5, abril-junho de 2005, p. 14/28

VALENÇA FILHO, Clávio. *Arbitragens e contratos administrativos*, In: Revista de Direito Bancário, Do Mercado de Capitais e da Arbitragem ano 3, nº 8, abril-junho de 2000, p. 359/373

IV

**O DUTY TO MITIGATE THE LOSS
NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO
E O ENCARGO DE EVITAR O PRÓPRIO DANO**

Daniel Pires Novais Dias

Mestrando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Advogado.

RESUMO: Este artigo analisa criticamente o recente movimento de sistematização doutrinária e aplicação judicial no Direito civil brasileiro da figura do *duty to mitigate the loss*. Primeiramente, apresenta-se o referido movimento, sua origem e posterior evolução. Em seguida, demonstra-se a inexistência da lacuna no Código Civil que se tem pretendido sanar por meio de uma suposta recepção deste instituto, mas a existência de um vazio teórico-dogmático, para cujo preenchimento propõe-se a inserção no Direito civil brasileiro da figura do *encargo de evitar o próprio dano*. Para chegar a esta proposição examina-se criticamente os fundamentos jurídicos utilizados para justificar a recepção do *duty to mitigate* no Brasil. Analisa-se também as consequências jurídicas do encargo de evitar o próprio dano. Por fim, exclui-se do campo de aplicação deste encargo a situação de exercício tardio de direito.

PALAVRAS-CHAVE: inércia do lesado – agravamento de danos – *duty to mitigate the loss* – encargo.

ABSTRACT: This article examines critically the recent movement of reception in the Brazilian civil law of the *duty to mitigate the loss*. First, it presents this movement, its origin and subsequent evolution. Then, it demonstrates the absence of the gap in the Civil Code that attempts to be remedied through a purported reception of this institute, but the existence of atheoretical-dogmatic lack, for whose filling it is proposed to insert in Brazilian law the figure of the burden to prevent its own damage. To arrive at this proposition it critically examines the legal grounds used to justify the reception of the *duty to mitigate*. It also examines the legal implications of the burden to prevent its own damage. Finally, it is excluded from the scope of this burden the situation of late exercise of right.

KEYWORDS: inactivity of the injured - aggravation of damages - *duty to mitigate the loss* – burden.

SUMÁRIO: 1. O *duty to mitigate the loss* no Direito civil brasileiro – 2. Análise prévia. Estabelecimento de balizas – 3. A verdadeira lacuna: 3.1 Liquidação das perdas e danos; 3.2 Culpa da vítima – 4. Fundamentos jurídicos: 4.1 Dever acessório; 4.2 Abuso de direito; 4.3 *Venire contra factum proprium* – 5. Encargo de evitar o próprio dano: 5.1 Consequências jurídicas – 6. Exercício tardio de direito: 6.1 *Supressio* – 7. Conclusão – Referências.

1. O *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

1. Em 2004, Véra Maria Jacob de Fradera publicou artigo intitulado “Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?”¹, expondo que em diversos sistemas jurídicos internacionais o credor, em face do inadimplemento do contrato, encontra-se adstrito a adotar medidas tendentes a minimizar as próprias perdas decorrentes do inadimplemento, sob pena de ter a sua indenização reduzida em proporção equivalente ao montante de danos que poderiam ter sido evitados.

Segundo Fradera, esta exigência atribuída ao credor de mitigar o próprio prejuízo teve origem no direito anglo-saxão, onde tem natureza de dever e recebe o nome de *duty to mitigate the loss*, e foi assistematicamente recepcionada pelos países de sistema jurídico continental, nos quais recebe qualificações jurídicas diversas: na Alemanha tem natureza de *Obliegenheit*, na Suíça de *incombance* e na França tem-se utilizado este mesmo conceito de *incombance*, embora sem a mesma terminologia. Atualmente, no entanto, a aplicação do dever do credor mitigar o próprio prejuízo tem maior amplitude no campo das convenções internacionais de comércio, com destaque para o art. 77 da Convenção de Viena de 1980² sobre venda internacional de mercadorias, pois foi a partir de sua leitura que a Fradera despertou para este tema. Deste panorama, afirma Fradera que, segundo John Honnold, renomado estudioso do Direito comercial internacional, “o *duty to mitigate the loss* é geralmente reconhecido, apesar de expresso das mais variadas formas e aplicado com distintos graus de ênfase.”.

Para ilustrar a aplicação do *duty to mitigate* no Direito francês, Fradera relatou um caso, decidido na França, que teve uma forte influência sobre a doutrina e a jurisprudência brasileira em relação à posterior aplicação do *duty to mitigate* no Brasil: o caso *Bailleux c. Jarety*, em que o locador permaneceu 11 anos sem cobrar os aluguéis e quando veio a invocar a cláusula resolutória, acabou privado de exercer este direito com base na proibição de *venire contra factum proprium*. Neste caso, o *venire* foi a “justificativa utilizada para sancionar o credor faltoso, em relação à ‘*l’obligation de mitigation*’”.

1. FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 19 (julho/setembro), 2004, p. 109-119.
2. “Art. 77. A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.” (Disponível em: <<http://cisgbrasil.dominiotemporario.com/doc/egrebler2.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2010).

Daí, pressupondo uma importância prática deste tema e uma lacuna no Código Civil de 2002 ao seu respeito, Fradera propôs a questão de se “seria possível o direito privado nacional recepcionar o conceito do *duty to mitigate the loss* em matéria contratual?”

Fradera defende ser possível esta recepção por meio do princípio da boa-fé previsto no art. 422 do CC/2002: o *duty to mitigate the loss* corresponderia a um *dever acessório de mitigar a (própria) perda*. Além desta via, Fradera menciona, sob a influência da jurisprudência francesa, ser também possível a recepção com base na proibição de *venire contra factum proprium* e no abuso de direito.

Quanto às *consequências jurídicas* do cumprimento e violação do dever de mitigar, aduz que as despesas decorrentes da adoção de medidas razoáveis para conter o próprio dano seriam acrescidas aos danos suportados pelo credor ou gerariam um crédito distinto das perdas e danos; por outro lado, não cumprido o dever de mitigar e configurado o aumento do prejuízo, incidiria o credor em culpa próxima à de natureza delitual, a justificar o pagamento de perdas e danos.

2. Em dezembro de 2004, Vera Fradera apresentou à III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal proposta de enunciado ao art. 422 do CC/2002, tendo como justificativa as investigações feitas no seu artigo publicado poucos meses antes, e que culminou na aprovação do Enunciado 169: “Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”³.

O tema ganhou assim importante assento para sua repercussão.

3. A doutrina brasileira tem se manifestado favoravelmente à recepção do *duty to mitigate the loss*⁴.

3. III Jornada de direito civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2005, p. 168.
4. TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor: Esboço do tema e primeira abordagem*. Março de 2005. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_duty.doc>. Acesso em: 05 jun. 2009; ALVES, Jones Figueirêdo, DELGADO, Mário Luiz. *Código civil anotado: inovações comentadas: artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2005, p. 221; LEITE, Gisele. *Roteiro sobre o princípio da boa fé objetiva*. Jus Vigilantibus, Vitória, setembro de 2006. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/22364>>. Acesso em: 11 out. 2009; PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson Peixoto. Responsabilidade extracontratual – algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização. In: *Revista EMERJ*. v. 11, n. 44 – Rio de Janeiro: EMERJ, 2008, p. 135-139; TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 5. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 131-133; GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 49-50; FARIAS Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 616-617; DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2009, n. 171, p. 35-48; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Duty to mitigate the loss*. Editorial n. 13. Disponível em: <<http://pablostolze.com>>.

As divergências levantadas acerca do tema referem-se ao *fundamento jurídico de recepção*, se por meio de dever acessório ou abuso de direito⁵, ao *fundamento jurídico de imputação* dos danos agravados, se pela culpa delitual ou responsabilidade objetiva⁶ e as *consequências jurídicas* pelo descumprimento, se seria caso de pagamento de eventuais perdas e danos ou redução do próprio crédito⁷.

A doutrina ultrapassa os limites do estudo de Fradera ao apontar os artigos 769 e 771 do CC/2002 como expressões presentes no sistema brasileiro do *duty to mitigate the loss*⁸ e ao propor a sua aplicação à responsabilidade aquiliana⁹ e ao processo civil¹⁰, isto é, para além do campo do direito contratual, onde a recepção foi originariamente concebida.

Os *contratos bancários* são a principal fonte da doutrina para criar exemplos de aplicação do *duty to mitigate*. Afirma-se, em geral, que as instituições financeiras, mormente “diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual”¹¹, não podem permanecer inertes em face do inadimplemento contratual, devendo adotar medidas para minimizar o próprio prejuízo, como notificar o cliente que não encerrou sua conta e é cobrado por sua manutenção para providenciar o seu encerramento¹² ou mesmo negar crédito a cliente já endividado, para evitar o superendividamento¹³.

4. Em âmbito jurisprudencial, o *duty to mitigate the loss* tem sido também cada vez mais utilizado pelos tribunais brasileiros para fundamentar as suas decisões:

ning.com/page/editoriais-1>. Acesso em: 12 nov. 2010. De maneira diversa, Anderson Schreiber aparentemente sugere uma dificuldade de aceitação no Brasil do *duty to mitigate the loss*. (*Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 237).

5. CHAVES; ROSENVALD, op. cit., p. 616.
6. TARTUCE, op. cit., 2005; TARTUCE, op. cit., 2010, p. 133.
7. TARTUCE, op. cit., 2005; TARTUCE, op. cit., 2010, p. 133
8. LEITE, op. cit.; TARTUCE, op. cit., 2010, p. 133.
9. Propõe Pablo Stolze a seguinte situação: em um caso de colisão de veículos, a vítima percebe que uma pequena chama surge no motor de seu carro. Podendo apagar a chama com o extintor de incêndio e evitar o agravamento do dano, a vítima opta por nada fazer para, com o alastramento do fogo, vir a ser indenizada com um carro novo. Segundo Stolze, há aqui violação ao *duty to mitigate*, devendo, por sua aplicação, ser a vítima indenizada somente pelo valor referente à colisão inicial (GAGLIANO, op. cit.).
10. Segundo Fredie Didier Jr., a parte, em juízo, a quem aproveita multa cominatória (prevista no §4.º do art. 461 do CPC), tem o dever de impedir o aumento desnecessário e irrazoável do seu montante por aplicação do *duty to mitigate the loss* (op. cit., p. 47-48). Esta situação é também elencada por Farias e Rosenvald (op. cit., p. 617). O seguinte acórdão do TJ/SP relaciona a desídia do credor de multa cominatória com o *duty to mitigate the loss*: 16ª Câm. de Dir. Priv., AC 7199559-0, Rel. Des. Candido Alem, j. 17.06.2009, r. 24.07.2009.
11. TARTUCE, op. cit., 2010, p. 132.
12. GARCIA, op. cit., p. 50.
13. FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 617.

além do Superior Tribunal de Justiça¹⁴ e do Tribunal Regional Federal da 5ª Região¹⁵, incluem-se neste rol os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁶, São Paulo¹⁷, Rio de Janeiro¹⁸, Minas Gerais¹⁹ e Mato Grosso do Sul²⁰.

Em um interessante reconhecimento internacional deste movimento jurisprudencial, decisões dos tribunais brasileiros aplicando o *duty to mitigate the loss* têm sido resumidas em inglês e reunidas na base de dados da Convenção de Viena²¹.

Relaciona-se a seguir o sumo das decisões dos tribunais brasileiros referentes a casos representativos de aplicação do *duty to mitigate*. Para evitar repetições desnecessárias de expressões, os casos serão relatados da seguinte forma: primeiramente a situação básica, depois, destacado em itálico, a *conduta que se entendeu contrária ou coerente com o duty to mitigate*, e, por fim, a consequência jurídica que se extraiu desta violação ou cumprimento:

14. REsp 758.518/PR, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, REPDJe 01/07/2010, DJe 28/06/2010.
15. 3ª T., AC 332489/CE, Rel. Des. Leonardo Resende Martins, j. 03.09.2009, DJ 18.09.2009, p. 462; 3ª T., AC 358434/PE, Rel. Des. Leonardo Resende Martins, j. 03.09.2009, DJ 18.09.2009, p. 526.
16. 12ª Câmara Cív., AC 7002.813.8113, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 29.01.2009; 5ª Câmara Cív., AC 70025267683, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 18.02.2009; 5ª Câmara Cív., AC 70025609579, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 20.05.2009; 6ª Câmara Cív., AC 70028036465, Rel. Des. Liège Puricelli Pires, j. 09.04.2009; 19ª Câmara Cív., AC 70019328889, Des. Rel. José Francisco Pellegrini, j. 13.05.2009; 19ª Câmara Cív., AC 70022586994, Des. Rel. Guinther Spode, j. 01.04.2008; 6ª Câmara Cív., AC 70029093150, Rel. Des. Liège Puricelli Pires, j. 17.09.2009; 6ª Câmara Cív., AC 70029906492, Rel. Des. Liège Puricelli Pires, j. 27.08.2009; 10º Grupo Cível, EI 70024988883, Rel. Des. Glênio José Wasserstein Hekman, j. 22.08.2008; 18ª Câmara Cív., AC 70029284296, Rel. Des. Pedro Celso Dal Prá, j. 25.06.2009.
17. 34ª Câmara de Dir. Priv., AC com revisão 1036109-0/8, Rel. Des. Rosa Maria de Andrade Nery, j. 27.06.2007, r. 06.07.2007; 31ª Câmara Cív. AI 1288546- 0/2, Rel. Des. Adilson de Araújo, j. 25.08.2009; 16ª Câmara de Dir. Priv., AC 1029972-4, Rel. Des. Candido Alem, j. 05.09.2006; 16ª Câmara de Dir. Priv., AC 1.293.652-8, Rel. Des. Windor Santos, j. 19.02.2008; 23ª Câmara de Dir. Priv., AC 7.233.601-9, Rel. Des. J. B. Franco de Godoy, j. 29.04.2009; 18ª Câmara de Dir. Priv., AC 7.321.841-4, Rel. Des. Rubens Cury, j. 10.03.2009; 16ª Câmara de Dir. Priv., AC 7199559-0, Rel. Des. Candido Alem, j. 17.06.2009; 16ª Câmara de Dir. Priv., AC 0891290-1, Rel. Des. Candido Alem, j. 19.05.2009; 16ª Câmara de Dir. Priv., AC 096785IT, Rel. Des. Candido Alem, j. 02.06.2009; 31ª Câmara de Dir. Priv., AC com revisão 1242899- 0/5, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 16.06.2009; 35ª Câmara de Dir. Priv., AC com revisão 1196110- 0/1, Rel. Des. Clovis Castelo, j. 16.03.2009; 11ª Câmara de Dir. Priv., AC 7355554-1, Rel. Des. Rangel Desinano, j. 18.06.2009; 16ª Câmara de Dir. Priv., AC 1.170.013-1, Rel. Des. Candido Alem, j. 03.07.2007; 31ª Câmara de Dir. Priv., AC com revisão 978450- 0/0, Rel. Des. Willian Campos, j. 19.12.2006; 31ª Câmara de Dir. Priv., AR 992.09.04 9036-2, j. 01.12.2009.
18. 9ª Câmara Cív., AC 2009.001.61484, Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, j. 03.11.2009, DJ 06.11.2009; 2ª Câmara Cív., AC2008.001.11206 e 2008.001.11199, Rel. Des. Alexandre Freitas Câmara, j. 01.07.2009, DJ 20.07.2009; 16ª Câmara Cív., AC 2008.001.45909, Rel. Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, j. 16.09.2008, DJ 25.09.2008; 14ª Câmara Cív. AC 0009985-05.2007.8.19.0208, Rel. Des. José Carlos Paes, j. 14.04.2010.
19. 16ª Câmara Cív., AC 1.0701.07.183692-1/001, Rel. Des. Wagner Wilson, j. 11.03.2009, DJ 17.04.2009.
20. 3ª Câmara Cív., AC 2009.022658-4/0000-00, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, j. 21.09.2009.
21. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/caselit.html#brazil>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

- a) empresa comprou máquina industrial que se revelou defeituosa; em ação indenizatória contra o vendedor *não provou a adoção de medidas para evitar as perdas havidas durante o tempo de inatividade da máquina*, como, por exemplo, a aquisição de outra máquina, ou contratação de terceiro para realizar o serviço; os danos que poderiam ter sido evitados foram excluídos da indenização²²;
- b) prestadora de serviços procede ajustes em instalação elétrica de contratante a fim de que este obtivesse abatimento em suas contas de luz, mas não informou a concessionária fornecedora de energia a realização destes ajustes e o contratante continuou pagando durante seis meses contas com valores indevidamente acrescidos; em ação indenizatória, contestou a prestadora alegando que *durante os seis meses o autor não a informou da cobrança indevida*; apenas metade dos valores pagos indevidamente foram reembolsados²³;
- c) contrato para construção de uma piscina foi cumprido tardia e insatisfatoriamente; os credores inadimplidos *impediram o devedor de prosseguir nas investigações para identificação da causa do vazamento da piscina*; não foram indenizados por danos morais²⁴;
- d) vítima de saque indevido de dinheiro da sua conta *não aceitou proposta de acordo do banco (réu) de devolução do valor sacado*; não foi indenizada por danos morais²⁵;
- e) correntista depositava valores em conta corrente para quitar financiamento, mas estes eram utilizados pelo banco para cobrir saldo negativo do depositante, cujo valor, *o banco deixou que superasse o limite de crédito concedido*; correntista ajuizou ação de consignação em pagamento para quitar parcelas do financiamento; o pedido foi julgado procedente²⁶;
- f) empresa aérea (ré) *ofereceu “passeios, shows e refeições” para os passageiros com voos atrasados*; a indenização por danos morais foi reduzida²⁷;

22. TJ/RS. 5ª Câm. Cív., AC 70025609579, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 20.05.2009, DJ 27.05.2009. Em caso similar: TJ/RS. 5ª Câm. Cív., AC 70025267683, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 18.02.2009, DJ 06.03.2009.

23. TJ/RJ. 16ª Câm. Cív., AC 2008.001.45909, Rel. Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, j. 16.09.2008.

24. TJ/SP. 34ª Câm. de Dir. Priv., AC com revisão 1036109-0/8, Rel. Des. Rosa Maria de Andrade Nery, j. 27.06.2007, r. 06.07.2007.

25. TRF5. 3ª T., AC 358434/PE, Rel. Des. Leonardo Resende Martins, j. 03.09.2009, DJ 18.09.2009, p. 526.

26. TJ/SP. 23ª Câm. de Dir. Priv., AC 7.233.601-9, Rel. Des. J. B. Franco de Godoy j. 29.04.2009, r. 22.05.2009.

27. TJ/RS. 12ª Câm. Cív., AC 7002.813.8113, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 29.01.2009, DJ 13.02.2009.

- g) vítimas de uma colisão de automóveis, no hospital, sem necessidade, mudaram do ambulatório, cujos custos eram cobertos pelo plano de saúde, para apartamento, e, posteriormente, repararam o veículo acidentado a um valor superior ao de aquisição de um similar em bom estado; não foram reembolsados pelo excedente de ambas as despesas²⁸;
- h) vítimas de cobrança ou negativação indevidas não procuraram informar os supostos credores dos equívocos; as indenizações por danos morais foram reduzidas²⁹;
- i) vítima de roubo não informou ocorrido “o mais breve possível” à autoridade policial e aos sistemas de proteção ao crédito; falsários contraíram dívidas com seus documentos e a vítima acabou com seu nome negativado; em ação indenizatória contra a empresa responsável pela cobrança, entendeu-se que a vítima contribuiu culposamente para o evento danoso e a indenização foi reduzida³⁰;
- j) promitente-vendedor demorou, desde o inadimplemento, quase sete anos para ajuizar ação pedindo resolução do contrato, reintegração de posse e indenização “pelo tempo em que o imóvel ficou em estado de não-fruição”; o valor da indenização foi reduzido³¹;
- l) posto de gasolina e distribuidora celebram contrato de compra e venda de combustível com previsão de quota mínima e exclusividade; o posto de gasolina adquire gasolina de outro fornecedor e/ou em quantidade inferior ao mínimo estabelecido; a distribuidora, após anos cumprindo o contrato nestes termos, ajuíza ação pedindo resolução do contrato e pagamento da multa prevista contratualmente, que já somava elevado montante; a multa tem sido reduzida ou mesmo excluída³²;

28. TJ/MG. 16ª Câmara Cív. AC 1.0701.07.183692-1/001, Rel. Des. Wagner Wilson, j. 11.03.2009, DJ 17.04.2009.

29. TJ/RJ. 9ª Câmara Cív., AC 2009.001.61484, Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, j. 03.11.2009, DJ 06.11.2009; e TJ/MS. 3ª T. Cív., AC 2009.001940-8/0000-00, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j. 10.05.2010, DJ 19.05.2010

30. TJRS. 6ª Câmara Cív., AC 70028036465, Rel. Desa. Liége Puricelli Pires, j. 09.04.2009, DJ 07.05.2009. No mesmo sentido: TJRS. 18ª Câmara Cív., AC 70029284296, Rel. Des. Pedro Celso Dal Prá, j. 25.06.2009, DJ 09.07.2009.

31. REsp 758.518/PR, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, REPDJe 01/07/2010, DJe 28/06/2010.

32. Posicionamento do TJ/SP manifestado nas seguintes decisões: 16ª Câmara de Dir. Priv., AC 1.029.972-4, Rel. Windor Santos, j. 05.09.2006, r. 06.12.2006; 16ª Câmara de Dir. Priv., AC 1.170.013-1, Rel. Des. Windor Santos, j. 03.07.2007, r. 27.07.2007; 16ª Câmara de Dir. Priv., AC 0891290-1, Rel. Des. Candido Alem, j. 19.05.2009, r. 17.07.2009; 16ª Câmara de Dir. Priv., AC 0967851-1, Rel. Des. Candido Alem, j. 02.06.2009; 31ª Câmara de Dir. Priv., AR 992.09.04 9036-2, Rel. Des. Adilson de Araujo, j. 01.12.2009, r. 16.12.2009.

- m) administradora de cartões *demorou quase cinco anos para cobrar* judicialmente o pagamento de faturas, período em que a dívida do cliente inadimplente mais que dobrou;do débito foram excluídos juros de mora, correção monetária e multa moratória, desde a data do inadimplemento da primeira prestação até a data do ajuizamento da ação de cobrança³³;
- n) concessionária fornecedora de água *demorou dez anos* para interromper o fornecimento por falta de pagamento e cobrar judicialmente o débito; a proprietária do imóvel alugado (ré) foi considerada irresponsável pelo débito, decorrente de consumo de inquilino, e a concessionária impedida de interromper o fornecimento de água³⁴;
- o) o banco não creditou a correção monetária ou os juros remuneratórios devidos sobre os valores depositados em conta-poupança; *os correntistas demoraram alguns anos para ajuizar ação de cobrança*; não se tem entendido que houve violação ao *duty to mitigate the loss*³⁵.

Estas decisões serão pontualmente analisadas ao longo do artigo e também servirão para ilustrar assertivas teóricas durante todo o trabalho. Agora, em perspectiva global, importa destacar a detecção de *três diferentes grupos de casos* em que o *duty to mitigate* tem sido aplicado pelos tribunais: um primeiro em que credor, diante de *inadimplemento contratual*, não adota medidas para evitar o agravamento do próprio prejuízo – problemática presente nos casos *a) a f)*; um outro em que vítima de dano *extracontratual* não adota medidas para evitar o agravamento do próprio dano – casos *g), h) e i)*; e um último composto por situações que envolvem *exercício considerado tardio de direito e aumento vultoso de débito*- casos *j) a o)*.

2. ANÁLISE PRÉVIA: ESTABELECIMENTO DE BALIZAS.

1. Este fenômeno, que acaba de ser apresentado, de teorização e aplicação judicial do *duty to mitigate the loss* no Direito civil brasileiro, tem sido referido por doutrinadores e julgadores como *recepção* de instituto homônimo do sistema

33. 3ª Câm. Cív., AC 2009.022658-4/0000-00, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, j. 21.09.2009, r. 24.09.2009.

34. TJ/SP. 31ª Câm de Dir. Priv., AC com revisão 978450- 0/0, Rel. Des. Willian Campos, j. 19.12.2006, r. 20.12.2006.

35. TJ/SP. 31ª Câm. de Dir. Priv., AC com revisão 1242899- 0/5, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 16.06.2009, r. 20.07.2009; TJ/SP. 35ª Câm. de Dir. Priv., AC com revisão 1196110- 0/1, Rel. Des. Clovis Castelo, j. 16.03.2009; TJ/SP. 11ª Câm de Dir. Priv., AC com revisão 7.355.554-1, Relator Renato Rangel Desinano, j. 18.06.2009, r. 30.06.2009; TJ/SP. 18ª Câm. de Dir. Priv., AC 7.321.841-4, Rel. Des. Rubens Cury, j. 10.03.2009, r. 02.07.2009.

jurídico da *common law*. Esta percepção parece *quivocada* e decorre da forma com que o tema foi introduzido no Direito brasileiro pelo estudo de Fradera, no qual a autora partiu de uma correspondência entre o *duty to mitigate the loss* e o *dever do credor de mitigar a própria perda* afirmou que este *dever* teve sua origem no Direito anglo-saxão, de onde foi assistematicamente recepcionado pelos ordenamentos jurídicos continentais, de maneira que, atualmente, é geralmente reconhecido, embora encontre-se expresso de diferentes formas e aplicado em distintos graus. Sob esta perspectiva, e supondo uma lacuna no Código Civil acerca da questão analisada, o querestaria ao sistema civil brasileiro fazer, senão recepcionar (também) o *duty to mitigate the loss*?

Esta perspectiva apresentada por Fradera deve ser questionada. Primeiramente, como adiante se verá, não há lacuna no Código Civil para regular as situações em que o credor inadimplido, ou mesmo a vítima de dano extracontratual, não adota medidas para evitar a produção ou o agravamento do próprio prejuízo.

Em segundo lugar, sobre a origem inglesa do “dever” do credor evitar o agravamento do próprio prejuízo, é possível contrapor que o Código Civil alemão, que data de 1896, já previa a redução da indenização da parte lesada por negligência desta em afastar ou minorar o próprio dano (§ 254³⁶), enquanto que o *duty to mitigate the loss* foi formulado pela primeira vez em uma decisão judicial datada de 1912³⁷.

Terceiro, o *duty to mitigate the loss* não corresponde a um *dever* (do credor de mitigar a própria perda). A expressão em inglês é equívoca porque induz à compreensão de que se trata de um dever sem que o seja, e a doutrina chama atenção para isso³⁸. No sistema jurídico de *common law*, o *duty to mitigate the loss*³⁹ corresponde a uma *norma* que, conjuntamente com outras, determinam o valor da indenização

36. “§ 254 (Participação na culpa). Se, na produção do dano, concorrer uma culpa do prejudicado, dependerá a obrigação à indenização, bem como o alcance da indenização a prestar, das circunstâncias, particularmente do fato de que até que ponto o dano foi, preponderantemente, por uma ou outra parte, causado.

Aplica-se isto, mesmo quando a culpa do prejudicado se limita à circunstância de que negligenciou ele de chamar a atenção do devedor sobre o perigo de um dano inteiramente excepcional que o devedor não conhecia nem era obrigado a conhecer, ou de que negligenciou *êle de afastar ou de minorar o dano* (grifo nosso)”. (DINIZ, Souza. *Código Civil Alemão*. Rio de Janeiro: Record, 1960, p. 57.)

37. No caso *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd*. (BURROWS, Andrew. *Remedies for torts and breach of contract*. 3. ed. Oxford University Press, 2004, p. 122).

38. BURROWS, op. cit., p. 122; GOETZ, Charles J., SCOTT, Robert E. The mitigation principle: towards a general theory of contractual obligation. *Virginia Law Review*, v. 69, n. 6, 1983, p. 967-1024.

39. A nomenclatura é variável entre os autores. Além de *duty to mitigate the loss* (BURROWS, 2004) é comum a referência à norma pela expressão *mitigation of damages* (HONNOLD, 1999) e também *rule of avoidable consequences* (PROSSER, 2004), ou *avoidable loss* (MCGREGOR, 2008).

da vítima de um dano contratual ou extracontratual⁴⁰. No sistema de imputação de danos da *common law*, parte-se do princípio de que se deve indenizar todo o dano em alguma medida decorrente do delito ou do inadimplemento contratual⁴¹. Diante de indenizações absurdamente elevadas que uma orientação como essa levaria, ao longo do tempo e por meio de decisões judiciais, casuisticamente foram sendo criados *limites* para ela, como, por exemplo, o de que o ofensor não deve indenizar danos que não poderia prever à época da contratação ou delito (*remoteness*), ou danos decorrentes da intervenção de causa estranha que rompa o nexo de causalidade (*intervening cause*), ou então os danos que a vítima poderia ter evitado mediante a adoção de medidas razoáveis (*duty to mitigate the loss*). Tratam-se, por assim dizer, de pequenas regras, ou “filtros” de imputação, que são confrontados com a totalidade de danos decorrentes do ilícito para se chegar ao valor devido da indenização reparatória (*compensatory damages*).

Assim, além de uma compreensão de base equivocada relativa ao *duty to mitigate the loss* – percebê-lo como dever ao invés de norma que é –, diante desta breve notícia, é possível afirmar que o *duty to mitigate the loss* corresponde a figura jurídica detentora de dados técnicos e científicos a ela subjacentes – como origem, natureza e fundamento jurídicos, finalidade, funcionamento e contornos dogmáticos – que não foram captados pelos operadores do Direito brasileiros que têm aplicado o “*duty to mitigate the loss*”. Partindo da compreensão de que o fenômeno da recepção no Direito “corresponde não a um movimento objectivado de preceitos, mas à aprendizagem dos dados técnicos e científicos que lhes estejam subjacentes”⁴², conclui-se que não é possível falar em efetiva recepção no Direito civil brasileiro do *duty to mitigate the loss*, figura do sistema jurídico da *common law*⁴³.

E em quarto lugar, importa confrontar, pelas repercussões práticas que a perspectiva centrada no *duty to mitigate* implicaram no cenário jurídico brasileiro, a citação de John Honnold que Fradera faz em seu trabalho. Como já referido, a autora cita indiretamente John Honnold para afirmar que, segundo ele, “o *duty to*

40. BURROWS, op. cit., p. 122.

41. TREITEL, G. H. *The law of contracts*. 12. ed. London: Sweet & Maxwell, 2007, p. 1044.

42. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2007, p. 25.

43. Santos Júnior, em estudo sobre a aplicação do regramento do *duty to mitigate the loss* no sistema jurídico português, analisa os fundamentos subjacentes a esta norma para concluir que, em solo português, correspondente regramento teria de fundar-se no instituto da culpa da vítima, positivado no art. 570 do CC português. (SANTOS JÚNIOR, E. “Mitigation of damages”, redução de danos pela parte lesada e “culpa do lesado”. In: Homenagem da faculdade de direito de Lisboa ao professor doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra: Almedina, 2007.).

mitigate the loss é geralmente reconhecido, apesar de expresso das mais variadas formas e aplicado com distintos graus de ênfase.” No entanto, é possível contrapor a esta leitura de Véra uma outra tradução da mesma passagem de John Honnold: “O princípio que a parte tem de mitigar perda que pode ser razoavelmente evitada é geralmente reconhecido (grifo nosso), mas é expresso de diferentes maneiras e é aplicado em diferentes graus de ênfase.” (tradução nossa)⁴⁴. Esta diferença de tradução é importante porque marca que a generalidade de reconhecimento não é do *duty to mitigate the loss* propriamente dito, mas do tratamento da *situação* em que o credor pode reduzir o próprio prejuízo e o *problema jurídico* que ela coloca. E dessa distinção se conclui que a atenção do jurista brasileiro deve estar voltada para o problema e para sua solução de acordo com o sistema civilpátrio, e não para o *duty to mitigate* e sua recepção no Direito brasileiro.

A perspectiva de um movimento de recepção do *duty to mitigate* tem causado efeitos negativos. Durante o decorrer do presente trabalho mostrar-se-á como a percepção dos operadores do direito, principalmente os julgadores, de estarem lidando como um regramento estrangeiro, tem implicado na violação de dispositivos expressos do Código Civil brasileiro e também na equivocada aplicação de noções consolidadas, como a de ônus da prova. Paradoxalmente, tratam-se de decisões que se apresentam também contrárias à forma com que o *duty* é aplicado no sistema da *common law*. Acaba acontecendo um duplo equívoco: o julgador, pensando que está aplicando um instituto estrangeiro, decide de maneira distinta ao que prevê a legislação brasileira; por outro lado, a decisão, contrariamente ao que pensa o julgador, é também distinta à forma com que se dá a aplicação do instituto no Direito estrangeiro. Equivoca-se, enfim, duplamente.

A estas colocações é possível contrapor que, pelo que se depreende do trabalho de Fradera, a sua intenção nunca foi a de propor uma efetiva recepção do *duty to mitigate the loss*, mas sim a de propor uma solução, adequada ao sistema civil brasileiro, para um problema que ela entendeu não haver regulação na legislação brasileira. A verdadeira pergunta que Fradera se propôs responder estava presente no título do seu trabalho, “pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?”,

44. No original: “The principle that a party must mitigate loss that reasonably can be avoided is generally recognized but is expressed in different ways and is applied with varying degrees of emphasis. Many codes do not explicitly speak of a ‘duty’ to ‘mitigate’ loss. Instead, statutory language that a party is responsible for the damage it ‘causes’ often provides a basis for concluding that some of the damage was caused by the plaintiff rather than the party in breach. Similarly, some systems limit the plaintiff’s recovery by principles akin to what other legal systems call contributory negligence — e.g., the French doctrine of *faute de la victime*.” (HONNOLD, John. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3rd ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 456. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>>. Acesso em: 01 dez. 2010.)

embora um outro questionamento seu, presente no corpo do artigo, “seria possível o direito privado nacional recepcionar o conceito do *duty to mitigate the loss* em matéria contratual?”, tenha repercutido muito mais sobre a comunidade jurídica brasileira.

2. Embora não haja recepção do *duty to mitigate the loss* no Direito brasileiro, a referência a esta expressão em inglês é inevitável: a sua grande popularidade no Brasil torna-a a única expressão que dá efetivamente unidade ao fenômeno apresentado. Além disso, a sua tradução para o vernáculo, literalmente correspondente a *dever de mitigar a perda*, apesar de ser o principal sentido atribuído no Brasil a *duty to mitigate*, deixaria de fora parcela de doutrinadores e julgadores que pretendem fundamentar a recepção do *duty to mitigate* com base no abuso de direito, por tratar-se de fundamentação que não se coaduna com a noção de um *dever* de mitigar, conforme se discorrerá abaixo.

3. A recepção do *duty to mitigate the loss* foi proposta no Brasil para solucionar situações em que credor mantém-se inerte diante da produção ou agravamento do próprio prejuízo decorrente do inadimplemento do contrato. Trata-se de “solução” apresentada para um *problema de responsabilidade civil contratual, ou seja, um problema de imputação de danos que o credor inadimplido poderia ter evitado sofrer ou mesmo minimizado sua extensão quando já inicialmente configurado*. Uma recepção que procura dar resposta à seguinte pergunta: a quem e em que medida devem ser imputados danos decorrentes do inadimplemento do contrato, mas que o credor poderia ter evitado ou reduzido; ao devedor inadimplente ou ao credor inerte?

No entanto, a abrangência do *duty* foi ampliada, passando este a ser aplicado (i) no campo da responsabilidade civil aquiliana; e (ii) também para os casos de exercício tardio de direito.

A primeira ampliação é justificável, pois o problema jurídico a ela subjacente é o mesmo: *a imputação de danos ou seu agravamento evitável pela própria parte lesada*. Trata-se de um problema, a imputação de danos, de responsabilidade civil, seja obrigacional ou aquiliana. Neste sentido, não é determinante tratar-se de lesão contratual ou aquiliana, mas sim de tratar-se de evento lesivo imputável a terceiro cujo respectivo potencial danoso pode ser evitado, ou ao menos minimizado, pela própria vítima.

A segunda ampliação, no entanto, merece maior atenção. A situação de exercício tardio de direito de crédito não constitui uma situação regulável pela responsabilidade civil. O problema jurídico que esta situação desafia não é de imputação de danos e a sua solução, como se verá, distingue-se da solução propugnada para

as demais situações analisadas no presente estudo. Por isso este grupo de casos receberá tratamento em apartado.

3. A VERDADEIRA LACUNA

1. Para justificar a recepção do *duty to mitigate the loss* no Direito civil brasileiro, foi apontada lacuna no Código Civil de 2002 para regular as situações em que o credor, diante do inadimplemento contratual, se mantém inerte, negligenciando a adoção de medidas aptas a evitar a produção ou o agravamento do próprio prejuízo.

No entanto, no presente tópico demonstrar-se-á que o Código Civil de 2002, e mesmo o Código Civil revogado, contém dispositivos que regulam estas situações de negligência do credor, e também da vítima de dano extracontratual, em face do próprio prejuízo. Tratam-se de situações que já eram amplamente trabalhadas pela doutrina e jurisprudência à época do Código Civil de 1916, e com o Código atual há ainda mais artigos que podem ser chamados a depor por uma solução justa.

Por outro lado, a análise detida da forma com que abalizada doutrina e jurisprudência brasileiras trabalham com estas situações revela uma *outra lacuna*, que implica em inconsistência da solução a que se tem chegado. Trata-se, por assim dizer, de uma lacuna de premissa, que a torna incoerente com a conclusão obtida.

As verificações da ausência de lacuna legal regulatória e da existência de outra lacuna, desta vez de premissa teórica, dar-se-á simultaneamente ao longo da análise dos dispositivos presentes no Código Civil de 2002, com menção aos correspondentes no Código revogado, aplicáveis às situações em tela.

3.1. Liquidação das perdas e danos

1. O art. 402 do CC/2002, em repetição do art. 1.059 do CC/1916, prevê que as perdas e danos devidas ao credor inadimplido abrangem o que ele efetivamente perdeu e o que *razoavelmente deixou de lucrar*. Desta última expressão, o entendimento que comumente se extrai é que a lei fixou um critério de *probabilidade objetiva* para fixação do lucro cessante: não se exige do lesado a demonstração de certeza absoluta de ganho, mas também não basta a mera possibilidade; é indenizável o ganho que se teria com base no desenvolvimento *normal* dos acontecimentos diante das circunstâncias do caso concreto⁴⁵.

45. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 720-721. No mesmo sentido, entre outras decisões: REsp 846.455/MS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 22/04/2009.

No entanto, um fato nem sempre salientado é de que *a conduta do credor inadimplido insere-se nesta análise da normalidade no desenvolvimento dos acontecimentos após o não cumprimento da obrigação*. Se, por exemplo, o credor inadimplido se recusa injustificadamente a adotar medida que evitaria ou reduziria a perda de lucro, esta perda não se inclui nas perdas e danos, por tratar-se, segundo o art. 402 do CC/2002, de montante que *irrazoavelmente se deixou de lucrar*.

Aguiar Dias, ainda na vigência do CC/1916, ao lecionar sobre liquidação de lucros cessantes, afirmava “que como lucro cessante não podem ser considerados os resultados, artificialmente criados pelo prejudicado. A este não é lícito, por exemplo, por sua inércia ou demora em mandar reparar o objeto ou bem danificado, agravar a situação do responsável, aumentando a indenização dos lucros cessantes. Os prejuízos devem ser calculados de acordo com o tempo realmente necessário para concluir as reparações e assim fazer desaparecer as conseqüências daí decorrentes, como, por exemplo, a não percepção de aluguéis da casa alugada ou o não rendimento do automóvel de aluguel, por sua forçada inatividade.”⁴⁶.

Sob o art. 402 do CC/2002 se enquadra o *caso a)*, mencionado acima, em que o comprador de uma máquina industrial defeituosa pediu indenização pelo que deixou de lucrar com a produção de sua fábrica, parada durante o período que a máquina permaneceu quebrada. O TJ/RS julgou pela improcedência deste pedido sob o argumento de não ter o autor se desincumbido do ônus de provar que se “acautelou de eventual prejuízo, seja ao adquirir outra máquina que desempenhasse a mesma função, ou mesmo entabular contrato de prestação do referido serviço com outra empresa”. Do ponto de vista de Direito material, essa exigência referida pelo tribunal corresponde à aferição da irrazoabilidade do que se deixou de lucrar, de acordo com o limite previsto no art. 402 do CC/2002.

No entanto, a ressalva que se faz a este julgado é em relação ao *ônus da prova*: ao autor da ação cabe provar que o dano por ele sofrido decorre de um vínculo de normalidade com o inadimplemento, mas não que adotou as medidas razoáveis para evitar ou reduzir o próprio prejuízo. Se o réu entende que naquele caso medidas ordinárias poderiam ter sido tomadas pelo autor para evitar o prejuízo ou sua maior extensão, cabe a ele o ônus de provar esta alegação (CPC, art. 333, inc. II).

E mais: o Tribunal afirmou que, *com base na leitura do art. 77 da Convenção de Viena*, “impõe-se à parte requerente o dever de provar que tomou todas as medidas cabíveis para evitar o prejuízo experimentado”, quando, em verdade, o que os comentadores da Convenção de Viena e tribunais arbitrais internacionais

46. DIAS, op. cit., p. 770.

extraem deste artigo é que incumbe ao devedor inadimplente(réu) o ônus de provar que o credor inadimplido (autor) não adotou conduta razoável a fim de mitigar o próprio prejuízo e a extensão do dano que podendo não se evitou⁴⁷. Isto é, cabe ao ofensor provar a irrazoabilidade da omissão ou da ação do ofendido, diante das circunstâncias do caso concreto.

Percebe-se, então, que, segundo a legislação brasileira e o art. 77 da Convenção de Viena, o comprador da máquina industrial deveria ter sido indenizado pelos lucros cessantes durante o tempo que a máquina permaneceu parada, salvo se o devedor inadimplente tivesse provado que o comprador irrazoavelmente descuidou de evitar o agravamento do próprio prejuízo, o que no caso concreto não ocorreu. Do que se conclui que a fundamentação do julgador em regramento estrangeiro levou a decisão contrária à legislação brasileira e contrária à própria regulação estrangeira que se entendia aplicar corretamente.

Por fim, o art. 402 do CC atual, assim como art. 1.059 do CC revogado, regula os casos em que o credor inadimplido negligencia a produção ou agravamento do próprio lucro cessante, de modo que ele não fará jus à reparação deste dano evitável, por tratar-se de montante que irrazoavelmente deixou de lucrar.

2. O art. 403 do Código Civil atual, repetição substancial do art. 1.060 do CC/1916, estabelece que as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por *efeito direto e imediato* da inexecução da obrigação, ainda que esta resulte do dolo do devedor.

Com base neste dispositivo, os prejuízos desencadeados pelo inadimplemento do contrato, mas que o credor poderia ter evitado, não devem ser indenizados, por tratar-se de *dano indireto*⁴⁸.

A origem deste entendimento está no pensamento de Robert Joseph Pothier, jurista francês do século XVIII cujo magistério influenciou a redação do art. 1.151

47. FERNÁNDEZ, Maximiliano Rodríguez. El deber de mitigar el daño en la convención de viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: una breve aproximación al tema. *Revista e-Mercatoria*, v. 6, n. 2, 2007; OPIE, Elizabeth. *Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 77 of the CISG*. Janeiro de 2005. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni77.html>>. Acesso em: 23 de jul. de 2009. E também decisão da Suprema Corte da Áustria (*Oberster Gerichtshof*). Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>>. Acesso em: 7 out. 2009.

48. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 356 e ss.; Montenegro não faz distinção se causa do dano é o inadimplemento contratual ou uma lesão extracontratual; para este autor, “o dano que podia ser evitado pelo ofendido” é indireto e, portanto, irrisarcível. (MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 22.).

do CC francês⁴⁹, fonte do preceito contido no art. 403 do CC atual⁵⁰. O célebre exemplo da *compra da vaca doente*, criado por Pothier, retrata muito bem este entendimento: um negociante vende uma vaca, que sabia sofrer de doença contagiosa, tendo dissimulado este vício para o comprador. A vaca, antes de morrer, contamina todo o rebanho do comprador, que também vem a morrer. O comprador, sem os animais necessários para arar e adubar a terra, não cultiva a terra, e por isso não colhe. Impossibilitado de pagar as dívidas, tem seus bens sequestrados e vendidos a preço vil⁵¹.

Segundo Pothier, o vendedor deve responder não só pelo dano da própria vaca, como também por todos os sofridos no restante do gado contagiado por ela, “porque é o dolo do negociante o causador de todo esse prejuízo.” Por outro lado, o vendedor não deve ser reputado responsável pelos danos decorrentes da falta de cultivo da terra, porque a falta de cultivo não é uma consequência “absolutamente necessária” da morte do gado, tendo sido possível ao comprador evitá-la com, por exemplo, a compra de outros animais, ou, caso não dispusesse de recursos, poderia evitar os prejuízos alugando ou subarrendando as terras para que outrem a cultivasse.

Analisando este exemplo, Agostinho Alvim, na mesma linha de entendimento de Pothier, afirma que a inatividade do credor é que se deve considerar como a *verdadeira causa* dos danos decorrentes da falta de cultivo da terra. Segundo ele, o comprador “que não adquiriu, nem tomou de aluguel, outros bois para poder arar as suas terras, não praticou ato ilícito, porque nenhuma obrigação tinha de fazê-lo. Mas houve, na cadeia de causas, um *fato*, imputável a ele, e isso basta.”⁵².

49. Art. 1.151. “Mesmo que a inexecução da convenção resulte de dolo do devedor, as perdas e danos não devem compreender, com relação à perda sofrida pelo credor e ao ganho de que este tenha sido privado, senão o que é uma consequência direta e imediata da inexecução da convenção.” (Noronha, Fernando. Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 595)

50. NORONHA, op. cit., p. 595.

51. POTHIER, Robert Joseph. Tratado das obrigações. Campinas: Servanda, 2001, p. 148-149.

52. ALVIM, op. cit., p. 362. Além de Agostinho Alvim, Pontes de Miranda (1958, p. 216) e Carvalho Santos (1989, 257-260), chancelam a orientação presente neste exemplo. Washington de Barros Monteiro relata exemplo equivalente para demonstrar a mesma orientação: alguém compra forragens para o seus animais, mas o vendedor não as entrega e os animais morrem de fome. Segundo Monteiro, o vendedor não é responsável pelos danos da morte dos semoventes, porque “a verdadeira causa da morte dos semoventes não foi a falta de entrega das forragens, mas a culpa do próprio comprador” que não procurou outras formas de alimentar os animais. (*Curso de direito civil, v. 4: Direito das obrigações, 1ª parte*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 335).

De acordo com este entendimento, os casos *b)*, *c)*, *d)* e *e)* são regulados pelo art. 403 do CC/2002. O caso *f)*, por sua vez, embora aparentemente inserido no presente grupo de casos, não corresponde a uma situação de conduta da vítima para evitar o agravamento do *próprio* prejuízo. Ao contrário: na situação de atraso de voo a companhia aérea é a devedora inadimplente; ao oferecer refeições, shows e passeios para os passageiros com voos em atraso está tentando minimizar danos morais decorrentes do seu inadimplemento. Trata-se de medida para evitar o agravamento do *dano da outra parte* e não o próprio.

3. Não obstante a conclusão a que chega a doutrina de que o devedor não responde pelos danos decorrentes do seu inadimplemento que o credor poderia ter evitado, por tratarem-se de danos indiretos, importa agora analisar o desenvolvimento dogmático para se chegar a essa conclusão.

Retomando a análise de Agostinho Alvim do exemplo da vaca pestilenta, percebe-se que o seu raciocínio, ao afirmar que a inércia do comprador em relação à adoção de medidas para evitar o agravamento do próprio prejuízo *não é ilícita, uma vez que nenhuma obrigação tinha de realizá-las*, é coerente com a tradicional orientação de que não existe nenhuma regra que proíba o indivíduo de diminuir o próprio patrimônio⁵³.

No entanto, esta sua premissa não é coerente com a conclusão de que o vendedor não é responsável pelos danos decorrentes da ausência de plantio pois a inércia do comprador foi a sua verdadeira causa. Se o comprador lesado não tinha nenhum dever de adotar as medidas mencionadas, a sua omissão não pode ser, de maneira alguma, juridicamente qualificada como *causa* do agravamento do próprio prejuízo. Pelo contrário, a omissão, sem que o omitente titularize dever de agir, é, estritamente, um *indiferente jurídico*, não sendo possível imputar-lhe responsabilidade pelos danos sobrevenientes.

Seguindo a premissa de que o comprador não tinha o dever de adotar medidas para evitar o agravamento do próprio prejuízo, forçoso concluir que o vendedor de má-fé deve responder também pelos danos decorrentes da ausência de cultivo

53. Segundo Aguiar Dias, “a lesão que o indivíduo irroge a si mesmo produz dano, em sentido vulgar. Mas tal dano não interessa ao direito. [...] No direito privado [...] não há nenhuma regra que proíba o sujeito de direitos de diminuir o seu patrimônio.” (op. cit., p. 715); DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*, v. 7: *responsabilidade civil*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71; Fernando Noronha também coloca no conceito de dano a noção de lesão jurídica a *bem alheio* (op. cit., p. 555). No Direito alemão, Westermann: “[...] ao titular de um bem jurídico não cabe um dever de evitar danos.” (WESTERMANN, Harm Peter. *Código civil alemão: direito das obrigações; parte geral*. Porto Alegre: Fabris, 1973, p. 145).

da terra, pois *outra causa não há* para explicá-los além da inexecução positiva do contrato por parte do vendedor.

Para solucionar este impasse abrem-se duas possibilidades: uma por meio do reconhecimento de um dever, ou outra situação jurídica passiva (como ônus, encargo ou sujeição), da pessoa evitar o próprio dano; ou então a verificação de um outro fundamento, que não a imputação de danos, apto a restringir o direito a indenização da vítima pelos danos que poderia ter evitado sofrer, como o abuso de direito, por exemplo.

A análise dos fundamentos sugeridos para recepção do *duty to mitigate* no Direito brasileiro propicia a oportunidade de enfrentar estas duas vias; o que se fará adiante.

3.2. Culpa da vítima

1. A situação em que a vítima de uma lesão não adota medidas razoáveis para evitar a produção ou o agravamento do próprio prejuízo é também enfocada sob o instituto da *culpa da vítima*.

O instituto da *culpa da vítima* se configura quando a conduta culposa da vítima é causa, concorrente ou exclusiva, do próprio dano. A conduta da vítima é causa concorrente quando ela e o ato de outro agente são condições necessárias e adequadas para a produção do dano, ao que se convencionou chamar *culpa concorrente da vítima*; e a conduta desta é considerada causa exclusiva quando o dano for consequência tão somente da sua atuação, de modo que “o agente que causa diretamente o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo, realmente, falar em liame de causalidade entre seu ato e o prejuízo por aquela experimentado”⁵⁴, ao que tradicionalmente se rotula de *culpa exclusiva da vítima*.

A culpa concorrente é um elemento atenuador da responsabilidade do agente, devendo a indenização ser fixada com base na gravidade da sua culpa em confronto com a da vítima do dano (art. 945, CC/2002). A *culpa exclusiva da vítima* é uma excludente de responsabilidade, de modo que o agente não responderá pelos danos ocorridos e a vítima os suportará integralmente.

2. A *culpa da vítima* é a via utilizada por importante parcela de países componentes da família romano-germânica para resolver as situações em que

54. RODRIGUES, Silvio. Direito civil, v. 4: responsabilidade civil. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 165.

a vítima de um dano não adota conduta para evitar ou minorar o próprio prejuízo. Exemplificativamente, incluem-se neste rol Alemanha⁵⁵, Grécia⁵⁶, Itália⁵⁷, Suíça⁵⁸ e Portugal⁵⁹.

3. Já na vigência do Código Civil de 1916 o entendimento da doutrina e dos tribunais brasileiros era o de que a vítima de um dano que não adota medidas razoáveis para evitar ou minorar o próprio dano, a este *culposamente dá causa*.

Segundo Pontes de Miranda, a falta de diligência (culpa) da vítima na concorrência para o próprio dano resulta ou “a) de ter o ofendido contribuído para a concorrência do dano, inclusive por provocação do agente, ou por descuido de evitamento ou minoração do dano; ou b) de ter concorrido para que o dano continuasse (crescimento no tempo), ou se fizesse maior (crescimento objetivo).”⁶⁰.

Ao abordar o tema da culpa da vítima ainda sob a vigência do CC/1916, Yussef Said Cahali retratou o seguinte perfil da jurisprudência: “Nossa jurisprudência é no sentido de que o responsável por um dano não pode ser prejudicado com a

55. Código Civil alemão: “§ 254 (Participação na culpa). Se, na produção do dano, concorrer uma culpa do prejudicado, dependerá a obrigação à indenização, bem como o alcance da indenização a prestar, das circunstâncias, particularmente do fato de que até que ponto o dano foi, preponderantemente, por uma ou outra parte, causado.

Aplica-se isto, mesmo quando a culpa do prejudicado se limita à circunstância de que negligenciou ele de chamar a atenção do devedor sobre o perigo de um dano inteiramente excepcional que o devedor não conhecia nem era obrigado a conhecer, ou de que negligenciou *ele de afastar ou de minorar o dano* (grifo nosso) [...]” (DINIZ, Souza, op. cit., p. 57.)

56. Código Civil grego: “Art. 300. Se aquele que sofreu o dano, contribuiu culposamente para a sua produção ou para sua extensão, o tribunal pode não conceder a indenização ou diminuí-la. O mesmo acontece quando quem sofreu o dano omitiu-se em impedi-lo ou em limitar a sua extensão (grifo nosso), ou se não tiver chamado a atenção do devedor sobre o perigo de um dano extraordinariamente elevado que o devedor não conhecia nem deveria conhecer. [...]” (tradução nossa) (ALCOZ, María Medina. La culpa de la víctima en la producción del daño extracontratual. Madrid: Dykinson, 2003, p. 157.)

57. Código Civil italiano: Art. 1.227. Concurso de fato culposo do credor. Se o fato culposo do credor houver concorrido para causar o dano, o ressarcimento é diminuído segundo a gravidade da culpa e a magnitude das consequências que lhe são derivadas.

O ressarcimento não é devido pelos danos que o credor poderia ter evitado usando a diligência ordinária (grifo nosso). (tradução nossa)

58. Código Federal Suíço das Obrigações: “Art. 44 (IV. Motivos de redução) (1) Se o lesado concordou com o ato danoso, ou se as circunstâncias, pelas quais deve ele responder, atuaram para *criar ou aumentar o dano ou agravaram* (grifo nosso), de outro modo, a situação do obrigado à indenização, poderá o juiz minorar a obrigação de indenização ou, inteiramente, não a reconhecer.” (DINIZ, Souza. *Código civil suíço e código federal suíço das obrigações*. Rio de Janeiro: Record Editora, 1961, p. 164).

59. Código Civil português: Artigo 570º (Culpa do lesado) 1. Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a *produção ou agravamento dos danos* (grifos nossos), cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída.

60. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Tomo XXII: Direito das obrigações: obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 200.

inércia da vítima, que não adotou, ela mesma, as providências necessárias para diminuir o dano.”⁶¹.

Segundo Aguiar Dias, na verificação da *culpa exclusiva da vítima* deve-se analisar quem teve a *melhor e mais eficiente oportunidade de evitar o dano*, se o autor do dano ou a vítima, “porque se alguém tem a melhor oportunidade de evitar o evento e não a aproveita, torna o fato do outro protagonista irrelevante para a sua produção.”⁶².

Um exemplo correntemente referido pela doutrina brasileira desta época para ilustrar a culpa da vítima em não evitar o agravamento do próprio dano é o de pessoa ferida que não procura ou não aceita se submeter a tratamento médico, inclusive cirúrgico, tido como necessário; entendia-se que agindo assim ela culposamente agrava o próprio dano⁶³. Esta orientação doutrinária contrasta com o entendimento do Supremo Tribunal Federal esposado na década de 1950⁶⁴ acerca da mesma situação: os ministros qualificaram como *justo e razoável* o critério presente no acórdão recorrido de que ninguém pode ser constrangido a se submeter a *cirurgia* para minorar as lesões de um acidente, “mormente para diminuir a indenização a ser paga pelo autor ou responsável pelo dano”, pela inconveniência e graves riscos que estão sempre envolvidos neste tipo de intervenção.

Em situação inversa, isto é, em que a vítima de lesão corporal vem a se tratar, a culpa da vítima também pode se configurar: no caso de vir a despendar mais do que o razoável para sua recuperação, como por exemplo, na escolha de tratamento, hospital ou profissionais da área de saúde injustificadamente caros. Segundo Aguiar Dias, as despesas de tratamento devem “se fundar em base razoável e atender ao que ordinariamente se despende para obter o resultado desejado, como recuperação da situação anterior ao dano.”⁶⁵. Trata-se de lição em estreita conexão com o caso g) mencionado acima.

61. CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: RT, 1980, p. 144.

62. DIAS, op. cit., p. 695. Interessante que esta concepção de Aguiar Dias corresponde, em alguma medida, à aplicação do *duty to mitigate the loss* nos Estados Unidos da América. No Direito contratual americano a aplicação do *duty to mitigate* obedece à seguinte orientação: diante do inadimplemento, se credor inadimplido e devedor inadimplente tiverem oportunidades iguais para evitar o dano, o credor não poderá ter a sua indenização reduzida sob o fundamento de que não mitigou a própria perda. (FARNSWORTH, Edward Allan. *Contracts*. 4rd. New York: Aspen Publishers, 2004, p. 779). Desta orientação podemos inferir que a vítima, de maneira análoga ao preconizado por Aguiar Dias, somente suportará o dano se tiver tido uma melhor e mais eficiente oportunidade de evitar o próprio prejuízo e não a aproveitou.

63. MIRANDA, op. cit., p. 198; MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p. 24.

64. AI 17624, Relator(a): Min. RIBEIRO DA COSTA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/12/1955, EMENT VOL-00256-01 PP-00024.

65. DIAS, op. cit., p. 771.

4. O Código Civil de 2002 inovou ao estabelecer regrageral para regular os casos de *culpa concorrente da vítima*. Dispõe o art. 945: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização deverá ser fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”.

Diferentemente do entendimento corrente na doutrina anterior ao CC atual, que enquadra as situações de dano que a vítima poderia ter evitado sofrer como culpa exclusiva da vítima, entende-se que nestes casos não há, necessariamente, interrupção do nexu de causalidade, configurando, portanto, casos de *culpa concorrente da vítima*. A interrupção do nexu de imputação ocorre somente quando, em função de conduta irrazoável da vítima, o dano agravado apresenta-se como um *efeito inadequado do evento danoso inicial*. É, “no entanto, problemático que este ‘corte’ da ‘conexão de responsabilidade’ se possa afirmar nas situações em que o agravamento derive [...] da pura *atitude de passividade* do lesado, ficando *inerte* face ao dinamismo do dano (deixando infectar o ferimento, demorando a consulta médica, etc.).”⁶⁶.

Por outro lado, analisando o texto do art. 945 do CC/2002, é possível afirmar que a expressão “evento danoso” dá a impressão de que o dispositivo restringe-se às situações em que a conduta da vítima contribui para o fato danoso, não se aplicando aos casos em que a sua contribuição se dá somente em relação à sua extensão (agravamento do dano). Por exemplo: um motociclista que imprudentemente trafega na contramão e é atropelado por veículo conduzido em velocidade acima do limite máximo permitido. Neste caso, o motociclista contribuiu para a ocorrência da colisão (evento danoso) e o art. 945 do CC/2002 indubitavelmente incide para fins de fixação da indenização. Agora, se, diferentemente, o motociclista está parado no sinal vermelho *sem capacete* e é atropelado, ele não contribuiu para o atropelamento (evento danoso), mas a sua conduta (culposa) de estar sem capacete poderá ter contribuído para a maior extensão (agravamento) dos danos sofridos. E por este dano agravado, decorrente da soma das condutas de ofensor e ofendido, deve ser levada em conta a conduta da vítima para fim de fixação da indenização. E qual o critério para a fixação da indenização? Tratando-se de culpa concorrente (para os danos agravados), naturalmente o da gravidade da culpa, previsto no art. 945 do CC/2002. Assim, não obstante a expressão legal “evento danoso” não faz sentido excluir os casos de agravamento de dano por parte da vítima do âmbito de incidência do art. 945 do CC/2002. Tratam-se de casos em que as condutas do agente e da vítima funcionam como causa para o

66. PROENÇA. José Carlos Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação para o dano extracontratual*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 655.

dano agravado, de maneira equivalente aos casos em que ambas as partes contribuem para o dano inicial, ou evento danoso. A expressão “evento danoso” deve, portanto, ser entendida de maneira mais ampla, como *dano*.

Assim, segundo a orientação aqui adotada, a situação em que a vítima negligencia adotar conduta para evitar a produção ou agravamento do próprio prejuízo é regulada pelo art. 945 do CC/2002, por tratar-se de caso de *culpa concorrente da vítima* e não culpa exclusiva, em relação aos danos agravados.

Menezes Direito e Cavalieri Filho aparentemente seguem esta linha de entendimento: ao tecerem comentários sobre o art. 945 do CC/2002 referem-se à doutrina do jurista espanhol Jaime Santos Briz que elenca a omissão da vítima em procurar evitar ou minorar o dano como um dos pressupostos de fato em que se configura a culpa concorrente⁶⁷.

Atualmente, sob a égide do CC de 2002, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que não pode ser negado o direito à indenização à vítima de lesão corporal que se recusa a se submeter à cirurgia apta a reverter, ou ao menos reduzir a lesão. Segundo a ministra Nancy Andrigli, esta posição se justifica, entre outros motivos, porque “não há qualquer norma que obrigue a recorrente a se submeter a uma cirurgia” e que “qualquer procedimento cirúrgico, por mais simples que seja, sempre envolve riscos que a recorrente pode legitimamente optar por não correr, riscos esses que vão desde os procedimentos de anestesia, aos inerentes ao pós-operatório.”⁶⁸.

5. O art. 945 do CC/2002 regula as situações de responsabilidade civil aquiliana para as quais tem sido aplicado o *duty to mitigate*, como os casos *g), h) e i)* relatados acima e também exemplo formulado por Pablo Stolze sobre um condutor, vítima de uma colisão, que, percebendo um princípio de incêndio no motor de seu carro, opta por não apagá-lo, a fim de ser indenizado com um carro novo⁶⁹. Inclusive, no caso *i)* o tribunal manifestou expressamente o entendimento de que se tratava o caso de culpa concorrente da vítima para o evento danoso, mas não aplicou o art. 945 do CC/2002 e sim o *duty to mitigate the loss*.

67. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, FILHO CAVALIERI, Sergio. Comentários ao código civil, volume XIII: da responsabilidade, das preferências e privilégios creditórios. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 406.

68. REsp 733990/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 270. Em relação a agravamento da lesão em decorrência de omissão da vítima a se submeter a tratamento *não cirúrgico*, os Tribunais ordinários têm decidido pela redução da indenização. Neste sentido: TJ/SP 4ª Câm de Dir. Priv. AC 371.782.4/4-00, Rel. Des. Carlos Teixeira Leite, r. 03.03.2006; TJ/SP. 4ª Câm. de Dir. Priv. AC 578.859.4/5-00, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 13.08.2009, r. 10.09.2009.

69. STOLZE, op. cit.

Deve-se, no entanto, atentar que o art. 945 do CC/2002 resta violado quando os tribunais simplesmente excluem, como têm feito com base no *duty to mitigate the loss*, a indenização da vítima pelos danos que ela poderia ter evitado. Isto porque, uma vez que estas situações se incluem no art. 945 do CC/2002, a fixação da indenização pelos danos que poderiam ter sido evitados deve-se dar com base na *gravidade da sua culpa em confronto com a do autor do dano*.

6. O art. 945 do CC/2002 fala em “se a vítima tiver concorrido *culposamente* para o evento danoso”. A culpa, conforme concepção normativa com que é atualmente entendida, corresponde a juízo de reprovação ou desvalor relativamente à conduta *ilícita* do agente⁷⁰. Naturalmente, uma conduta só pode ser censurada pelo Direito se for contrária aos seus preceitos. Pois então, a omissão da vítima em não evitar ou reduzir o próprio prejuízo, para ser qualificada como culposa, tem de, antes, ser tida como ilícita. Daí a questão: existe alguma norma que imponha ao particular evitar a produção ou mesmo o agravamento do próprio prejuízo? Como visto, negativa é a resposta de abalizada doutrina brasileira que enfrentou esta questão. Mas, em assim sendo, como adequar o problema de imputação que estas situações de danos evitáveis pela própria vítima desafiam com a estipulação pelo legislador de que, para haver atenuação da responsabilidade dos agentes, as condutas das vítimas devem ser culposas?

Para resolver este impasse, abrem-se, novamente, duas possibilidades: por meio do reconhecimento de um dever, ou outra situação jurídica passiva, da pessoa evitar o próprio dano, ou então o reconhecimento de que a previsão de culpa presente no art. 945 do CC/2002 reflete uma noção distinta da que a culpa é tradicionalmente concebida. A análise dos fundamentos da suposta recepção do *duty to mitigate the loss* propicia, ao menos, o enfrentamento da primeira das duas possibilidades. É o que se fará adiante.

7. Enfim, da análise desenvolvida com os artigos 402, 403 e 945, do Código Civil de 2002, conclui-se que as situações em que o credor inadimplido, ou a vítima de dano extracontratual, permanece inerte em face da produção ou agravamento do próprio dano, encontram regulação no Código Civil, não havendo que se falar em lacuna em relação à elas. A recepção de uma regulação estrangeira como *oduty to mitigate the loss*, ou mesmo qualquer outra, resultades *necessária*.

Por outro lado, percebeu-se que a doutrina parte da premissa de que a vítima não titulariza dever jurídico, ou outra situação jurídica passiva, de evitar o próprio dano. Esta premissa resulta em ausência de *fundamento jurídico* para a atividade de

70. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. v. 2º: *Direito das obrigações*. 3º t.: *Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 467.

contenção ou mitigação do próprio dano pela vítima e tem implicações em dois níveis: em um primeiro nível, uma implicação *causal*: como a causalidade por omissão pressupõe a inobservância de um mandamento jurídico de ação, a ausência de um mandamento de evitar o próprio dano implica na impossibilidade de se reconhecer na conduta de inércia da vítima em relação ao agravamento do próprio prejuízo uma causa deste dano, de maneira que o dano deveria ser integralmente imputado ao agente causador do evento danoso, por não haver outra causa para a sua configuração; em outro nível, uma implicação sobre a *culpa*: como a culpa corresponde a um juízo de censura relativamente à conduta ilícita do agente, a ausência de uma prescrição jurídica de evitar danos a si implica que a conduta da vítima que concorre para o próprio prejuízo ou seu agravamento não pode ser considerada culposa. Este dado, a princípio, impossibilita a aplicação do art. 945 do CC/2002, que tem como pressuposto a contribuição *culposa* da vítima para o evento danoso.

Conclui-se então que as soluções a que tem chegado a doutrina de imputar à vítima as perdas que ela poderia ter evitado sofrer são incompatíveis com a premissa de que a vítima juridicamente não tem de evitar o próprio dano. Diante da incoerência da solução a que se tem chegado e da injustiça que representa a solução oposta de imputar integralmente ao ofensor os danos que a vítima poderia ter evitado sofrer, resta a questão de como resolver este problema de imputação de danos?

Como já referido, uma possível resolução para este impasse pode ser encontrada no enfrentamento dos fundamentos propostos para a recepção do *duty to mitigate the loss* no Direito civil brasileiro: basicamente os de dever acessório e abuso de direito. É o que se fará agora.

4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Os fundamentos jurídicos elencados pela doutrina brasileira para recepcionar o *duty to mitigate the loss* são: dever acessório, abuso de direito, *venire contra factum proprium* e *supressio*. Este último fundamento refere-se especialmente às situações em que o direito de crédito é exercido tardiamente e, por isso, será analisado separadamente no tópico próprio para estas situações.

4.1. Dever acessório

1. O principal fundamento de recepção do *duty to mitigate the loss* defendido pela doutrina brasileira é o de dever acessório⁷¹. Esta tese parte da noção de que o princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do CC/2002, impõe às partes

71. FRADERA, op. cit., p. 116-117; GARCIA, op. cit., p. 49-50; TARTUCE, op. cit., 2010, p. 131-132; PEIXOTO, op. cit., p. 135-136; LEITE, op. cit.

contratantes deveres acessórios de cooperação ou lealdade entre si. *O duty to mitigate* é encarado como uma concretização desta noção de cooperação, uma vez que impõe a uma das partes conduta voltada a evitar a oneração da prestação da outra. Assim, sob esta perspectiva, trata-se o *duty to mitigate the loss*, no Direito civil brasileiro, de um *dever acessório de mitigar a (própria) perda*⁷².

2. A análise da existência de um dever *acessório* do credor, ou mesmo da vítima de dano extracontratual, mitigar o próprio prejuízo impõe questionamento anterior acerca da existência ou não de um dever *genérico* das pessoas evitarem danos a si, análogo ao *neminem laedere*⁷³.

Esta questão pode levar a profundas indagações sobre os limites da liberdade do particular em face do seu papel na sociedade e mesmo sobre a própria função da responsabilidade civil. A análise aqui, no entanto, mesmo pelos próprios limites do presente trabalho, será dogmática, pautada nos dados normativos que o sistema positivo fornece relativamente à questão.

A existência de um dever *genérico* de evitar danos a si no Direito civil brasileiro é elidida, primeiramente, pela existência de dispositivos que expressamente autorizam a diminuição do patrimônio, como a previsão genérica de renúncia à propriedade (art. 1.275, II, CC/2002), além de outras afins, como a remissão de dívida (art. 385, CC/2002), a doação (art. 538, CC/2002) e a renúncia de herança (art. 1806, CC/2002). Por outro lado, o fato de a ordem jurídica não vedar, por exemplo, o consumo de álcool e, principalmente, tabaco, apontam para sua indiferença em relação à escolha individual, resultante do direito de liberdade de cada um, mesmo que essa escolha implique em danos ao próprio agente⁷⁴.

O problema, no entanto, surge quando a opção do particular transborda deste campo de expressão da sua liberdade individual, afetando a esfera jurídica de terceiros, como acontece nos casos em que a vítima, após ter negligenciado a possibilidade de reduzir o próprio prejuízo decorrente de evento danoso imputável a outrem, pleiteia a indenização por todos os danos sofridos. Em outras palavras,

72. Já foi referido anteriormente que tecnicamente o *duty to mitigate* não corresponde a um *dever*, mas a uma regulação que, por fundamentos próprios, exclui da indenização da vítima valor correspondente às perdas que poderia ter evitado sofrer. Assim, não obstante a imprecisão da referência de que o *duty to mitigate* corresponde a um dever, seja de que natureza for, foca-se aqui na *análise da adequação ou inadequação perante o sistema jurídico brasileiro do reconhecimento de um dever acessório da vítima evitar ou reduzir as próprias perdas*.

73. Pontes de Miranda (op. cit., p. 198) e Arnaldo Marmitt (op. cit., p. 190) seguem a linha de entendimento de que as pessoas titularizam dever de não lesar a si mesmos análogo ao de não lesar os outros.

74. De maneira análoga, o pensamento de Brandão Proença em relação ao ordenamento jurídico português. (op. cit., p. 521).

é possível afirmar que o ordenamento não proíbe a lesão ao próprio patrimônio, mas sim que os lesados pretendam posteriormente responsabilizar terceiros pelo dano sofrido.

Percebe-se que o problema é fundamentalmente *relacional*, isto é, de imputação de danos que, embora inicialmente imputáveis a terceiro, poderiam ter sido minimizados pela vítima. A perspectiva de um dever *genérico* não satisfaz porque, como visto, além de centrada exclusivamente na figura do próprio lesado, veda em abstrato a conduta do particular tendente à diminuição do próprio patrimônio, o que contraria a possibilidade amplamente reconhecida de sua restrição pelo exercício da autonomia do seu titular.

Cumpra, então, analisar a situação jurídica passiva da vítima em face do próprio prejuízo sob perspectiva mais *relacional*, em que os interesses do ofensor também estejam em jogo. Os deveres acessórios parecem uma figura adequada a esta busca.

3. A tese de que o credor inadimplido titulariza o dever acessório fundado na boa-fé de adotar todas as medidas ao seu alcance para minimizar os danos decorrentes do inadimplemento contratual encontra assento na doutrina clássica europeia. Exemplificativamente, é o entendimento seguido na Itália por Emilio Betti⁷⁵, na Espanha por Luis Diez-Picazo⁷⁶ e em Portugal por Carlos Mota Pinto⁷⁷. Nesta perspectiva, segundo leciona Betti, “o credor quanto insatisfeito em sua expectativa, não pode agir como se estivesse em guerra com o devedor e comportar-se de modo tal a acrescer o dano do inadimplemento, desinteressando-se das consequências prejudiciais que sua indiferença produz na esfera de interesses da contraparte. Há uma exigência de correção que lhe impõe, também nessa fase, tentar circunscrever os danos causados pelo inadimplemento.”⁷⁸.

No campo da responsabilidade civil aquiliana o entendimento de que a vítima de dano extracontratual titulariza dever acessório fundado na boa-fé de não agravar o próprio prejuízo também encontra amplo reconhecimento. Segundo Brandão Proença, é dominante em boa parte da doutrina europeia “a tese que baseia a intervenção do lesado no relevo positivo de uma *boa fé* subjacente à relação

75. BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 124-125.

76. “Quien sufre el incumplimiento del contrato, debe adoptar todas las medidas que razonablemente se encuentren en su mano para mitigar la extensión de daño causado por el incumplimiento [...]. Hay, ante todo, un deber derivado de la buena fe de evitar la extensión de los daños, adoptando por ello las precauciones que la razonable diligencia exige.” (DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5.ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996, v. 2, p. 689.)

77. “Deveres de cooperação: [...] o credor deve limitar o mais possível os danos, no interesse do obrigado [...]”. (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 345).

78. BETTI, op. cit., p. 124.

indemnizatória aberta com o dano extracontratual.”⁷⁹. A título exemplificativo, este é o entendimento seguido em Portugal por Antunes Varela⁸⁰ e Carlos Mota Pinto⁸¹ e na Alemanha por Karl Larenz, nas primeiras edições de seu Manual de Direito das obrigações⁸².

4. Para compreender a situação jurídica do credor diante do inadimplemento do contrato, e mesmo do particular em face de um dano extracontratual, é imprescindível destacar a distinção existente entre a situação do credor em uma relação obrigacional decorrente do acordo de vontades das partes envolvidas e a do credor de uma prestação indenizatória, cuja relação obrigacional decorre da incidência da lei sobre um ilícito indenizável.

Primeiramente, em uma relação obrigacional decorrente do acordo de vontades, o dever acessório que recai sobre ambas as partes de não onerar nem complicar a atuação da outra tem por fundamento próprio acordo de vontades por elas firmado e tem por finalidade acautelar e substancializar a prestação contratada⁸³; assim, o credor que onera ou complica a atuação do devedor está se voltando contra o que foi por ele pactuado, bem como contra o equilíbrio das prestações.

De maneira diferente se coloca a situação do credor inadimplido ou da vítima de dano extracontratual. Nestes casos sobressai a iminência de dano, ou seu agravamento, decorrente de conduta ilícita imputável a outrem e a necessidade da parte lesada agir para minimizar as perdas *sobre seu próprio patrimônio* e, por *via reflexa*, atenuar a indenização que deve ser paga pelo lesante.

Uma vez que o dano ou a sua iminência surgiu unilateralmente (por inadimplemento ou delito), ligado, por vezes, a uma conduta dolosa, parece mais razoável defender a responsabilização do ofensor pelas consequências ulteriores do seu ato e pela omissão do *seu* dever de remover o dano. Com exceção ao comportamento

79. PROENÇA, op. cit., p. 660.

80. “Outras vezes, a vítima não terá contribuído para a produção do dano, mas para seu *agravamento*, ou não terá concorrido, como lhe cumpria, para *atenuar* ou *minorar* o dano.” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008, v. 1, p. 918.)

81. “*Deveres de cooperação*: [...] o dever do lesado de minorar danos [...]”. (PINTO, op. cit., p. 345.)

82. Como se verá adiante, Karl Larenz mudou a orientação a este respeito nas edições mais recentes do Manual de Direito das obrigações; não obstante, em edição mais antiga, com tradução para o espanhol, encontra-se: “El deber de hacer todo lo exigible y posible para eludir el daño que amenaza (o la agravación del ya producido) y de disminuirlo cuando ya haya tenido lugar, es un deber de conducta que obliga al perjudicado frente al obligado a indemnizar y que, por otra parte, ha de fundarse en la ‘buena fe’ y estar delimitado por ésta.” (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 223)

83. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. 2º v.: Direito das obrigações, 1º t: Introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral. Coimbra: Almedina, 2009, p. 482-483.

comissivo da vítima, a inércia desta seria compreensível, atendendo à sua situação de privilégio (ou de não poder ser “constrangida” pelo ofensor) e ao seu direito a liberdade (negativa), enquanto titular de bens e sujeito de direitos (podendo não se tratar, não fazer o exame recomendado, prejudicar a sua saúde etc.)⁸⁴.

Assim, embora seja possível afirmar semelhança entre as condutas que a parte “deve” adotar para não agravar o próprio dano e para cumprir dever acessório de não onerar a posição do devedor, há uma diferença essencial entre essas duas situações: naquela a vítima tem os olhos primeiramente fixos em seus próprios interesses e reflexamente nos da contraparte, enquanto que nesta os seus olhos estão fixos nos interesses da outra parte e reflexamente nos seus. A própria expressão correntemente utilizada de dever acessório de *mitigar a própria perda* demonstra uma confusão destas noções. A referência mais adequada para refletir a situação em jogo seria a de *dever acessório de evitar o agravamento da prestação (indenizatória) do devedor*.

Esta *diferenciação* revela que o comportamento mitigatório da vítima e o modo de sua execução aproveitam *reflexamente* ao ofensor, enquanto possibilitam a suavização da sua prestação indenizatória, mas não são fruto de uma conduta *exigível*⁸⁵. Trata-se de distinção que é importante na avaliação da conduta das partes em problemas de imputação de danos e que pode ser determinante na solução de casos concretos. Neste sentido, por exemplo, em 19 de junho de 2003, a Corte de Cassação da França decidiu, em dois julgamentos sobre responsabilidade civil extracontratual, que a vítima não pode ter sua indenização reduzida pelo fato de não ter adotado medidas para evitar o agravamento do próprio dano, por entender que “o autor de um acidente é obrigado a reparar todas as consequências danosas” e “que a vítima não tem de limitar seu prejuízo no interesse do responsável (grifo nosso)”. (tradução nossa)⁸⁶

A este raciocínio é possível contrapor que reflete um olhar excessivamente individualista do problema, pois descarta completamente o seu componente social e os interesses do ofensor de não ser surpreendido com uma situação de

84. PROENÇA, op. cit., p. 664.

85. PROENÇA, op. cit., p. 668.

86. No original: “Attendu que l'auteur d'un accident doit en réparer toutes les conséquences dommageables; que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable; [...]”. Disponível em: <http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/deuxieme_chambre_civile_570/>. Acesso em: 19 nov. 2010. Segundo Solène Le Pautremat, estas decisões representam uma explícita rejeição da Suprema Corte em introduzir um princípio geral de mitigação de danos no Direito francês de responsabilidade civil aquiliana. (PAUTREMAT, Solène Le. Mitigation of Damage: A French Perspective. *International & Comparative Law Quarterly*, 55, p. 205).

agravamento considerável do dano, decorrente de condutas *dolosas* da vítima ou então de uma *negligência manifestamente irrazoável* com seus bens⁸⁷. E também, como visto, a orientação irrestrita de ausência de qualquer mandamento jurídico de evitar o próprio dano pode levar a situações francamente injustas⁸⁸, como a de ter de responsabilizar o vendedor da vaca doente pelos danos decorrentes da ausência de plantio do comprador inerte, de acordo com clássico exemplo de Pothier trabalhado acima.

Sob esta perspectiva, a doutrina europeia mais recente tem se afastado de entendimentos fundados em uma autêntica pretensão do ofensor a ver o dano limitado, como é o caso do dever acessório, e se aproximado de outras situações jurídicas passivas que não outorgam qualquer direito subjetivo, com destaque para o *encargo* do particular evitar o próprio dano. Esta noção será abordada adiante em tópico próprio.

Antes disto, na busca pelas diversas possibilidades de solução do problema enfrentado, resta ainda a análise dos demais fundamentos de recepção do *duty to mitigate the loss*.

4.2. Abuso de direito

1. Para fundamentar a recepção do *duty to mitigate the loss* no Direito civil brasileiro, a doutrina aponta como possibilidades o abuso de direito e o *venire contra factum proprium*⁸⁹.

Uma vez que o *venire* configura uma das fórmulas mais características do abuso de direito⁹⁰, é de se questionar o que significa essa separação entre o conceito de abuso e o *devenire*? Aparentemente, o *duty to mitigate the loss* constituiria uma outra situação de abuso de direito diferente do *venire contra factum proprium*.

Esta é a linha defendida por Chaves e Rosenthal⁹¹: enquadram o *duty to mitigate the loss*, ao lado de regulações típicas de abuso de direito - como *venire contra factum proprium*, *supsessio* e *surrectio* e *tu quoque* -, como “outra modalidade específica de abuso do direito”. Não obstante, simultaneamente situam

87. PROENÇA, op. cit., p. 664

88. Segundo Westermann, “[...] a consideração da culpa coadjuvante do lesado corresponde a um mandamento da justiça.” (op. cit., p. 143).

89. FRADERA, op. cit., p. 117; Tartuce, op. cit., 2010, p. 132; Chaves; Rosenthal, op. cit., p. 616-617.

90. CORDEIRO, Tratado de direito civil português. v. 1º: Parte geral, 4º t.: Exercício jurídico. Coimbra: Almedina, 2007, p. 372.

91. CHAVES; ROSENTHAL, op. cit., p. 616-617.

o *duty* entreuma das particulares concretizações do dever anexo ou acessório de cooperação e lealdade: um “dever do credor de mitigar as próprias perdas”. Segundo afirmam, “o dever anexo de cooperação e lealdade impõe ao credor atuar, concretamente, para não agravar a situação do devedor. Por isso, quando o seu comportamento implica em agravamento da situação do devedor, haverá abuso do direito de ser credor”. Pelo que se depreende, da violação ao dever acessório de mitigação ocorreria o abuso (eventualmente do direito de crédito ou da posição de credor, e não do “direito de ser credor”). Isto não se dá. Primeiro, o abuso do direito pressupõe uma situação jurídica ativa (fundamentalmente um direito) que se possa exercer (inclusive) abusivamente; dispunha-se de uma permissão, de um espaço de liberdade do qual se utilizou ilegitimamente. A figura do dever (acessório) representa exatamente o oposto: a vinculação do titular a adotar determinado comportamento; não há permissão, mas dever, de modo que a sua desobediência implica em ilícito simples e não em ilícito decorrente de abuso. Além disso, como se detalhará abaixo, o afirmado “abuso” se configura não com a conduta do credor que agrava o próprio prejuízo (e que supostamente violaria o dever acessório de mitigação), mas na contradição entre esta conduta e o posterior exercício do direito à indenização em que se postula reparação por todos os danos sofridos.

2. A existência de um dever (acessório) de mitigar o próprio prejuízo é, em alguma medida, contraditória com a noção de abuso do direito da parte que negligencia evitar o agravamento do próprio prejuízo e depois pleiteia reparação pela integralidade de danos sofridos. Se a vítima titulariza dever de agir para conter o agravamento do próprio dano, a sua inércia, em inobservância a este dever, passa a ser causa do prejuízo que poderia ter sido evitado. Daí, como a parte lesada foi quem causou o próprio dano, não há que se falar em direito a indenização, cujo exercício poderia ser considerado abusivo. De outra maneira, é possível conceber abuso do direito à indenização no caso de a vítima não titularizar dever de evitar o agravamento do próprio prejuízo, pois como a sua negligência em evitar a própria perda não pode ser considerada causa do dano, ela a princípio tem o direito a indenização pelos danos agravados, mas o exercício deste direito, nestas condições, pode ser considerado abusivo.

4.3. *Venire contra factum proprium*

1. Não obstante a ausência de desenvolvimento da doutrina brasileira acerca deste fundamento de recepção do *duty to mitigate*, nos casos em que a vítima descuida de evitar o próprio prejuízo, o *venire contra factum proprium* se configuraria *contradição* entre a negligência da vítima para com o próprio dano (o

factum proprium) e a pretensão de colocá-lo integralmente a cargo do lesante⁹². Vê-se, assim, como *abusivo o exercício do direito de indenização*, colocando-se o foco não tanto na conduta contributiva da vítima, mas na sua *reação* ao dano que sofreu⁹³.

Acontece que severa crítica pode ser formulada contra a viabilidade desse fundamento: a conduta contributiva da vítima não é apta a gerar no ofensor a *confiança* de que ele não irá pleitear a indenização integral pelos danos sofridos, elemento fundamental para a aplicação do *venire contra factum proprium*. A proibição de comportamento contraditório, da forma com que tem sido encarada pela doutrina⁹⁴, tem por fundamento a tutela à confiança: a proibição só incide quando o agente, com um comportamento posterior, viole a legítima confiança depositada por outrem em função do seu comportamento inicial.

Imagine-se as situações dos casos *d)* e *h)*, relatadas acima. No caso *d)*, em que a correntista teve dinheiro sacado indevidamente da sua conta e não aceitou proposta de acordo do banco de ser reembolsada, não é plausível defender que o fato dela não ter aceito a proposta de acordo do banco é contraditória com o ajuizamento de ação indenizatória pelos danos sofridos, ou pior ainda, que aquela negativa é apta a gerar no banco a confiança de que sua cliente lesada não mais exerceria o seu direito à indenização. Pelo contrário, uma recusa em aceitar proposta de acordo por insatisfação com os seus termos é apta a gerar no proponente a expectativa de que ele será demandado judicialmente, pois este é o campo adequado para resolução de conflitos de interesses que as próprias partes não conseguiram solucionar autonomamente. Ou então, no caso *h)*, também não é plausível defender que a inércia do particular em informar o equívoco cometido por credor responsável pela inscrição do seu nome nos órgãos de proteção ao crédito é apta a gerar no suposto credor a confiança de que ele não será demandado a pagar indenização por danos morais. Pelo contrário, hoje em dia a percepção que vigora, embora reflexo de uma realidade distorcida, é o de que as pessoas não reclamam de cobranças indevidas exatamente para obter indenização.

A aplicação do *duty to mitigate* sob o fundamento do *venire contra factum proprium* resta inviável: além de questionável a própria existência de contradição

92. Esta linha de entendimento remonta à utilização na Alemanha do *venire contra factum proprium* como fundamento da repartição de danos nos casos de participação da vítima na causação do próprio dano, nos termos do § 254 do BGB. (PROENÇA, op. cit., p. 409-410).

93. PROENÇA, op. cit., p. 409-410.

94. CORDEIRO, Tratado de direito civil português. 1º v., 4º t., op. cit., p. 290; Schreiber, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. São Paulo: Renovar, 2005, p. 269.

entre essas condutas, manifestamente não há como reconhecer na condutada vítima de não evitara produção ou o agravamento do próprio prejuízo, principalmente por omissão, a aptidão para gerar no ofensor a confiança de que ela não mais iria pleitear reparação pela integralidade dos danos sofridos⁹⁵.

2. Diante da insatisfatoriedade (dever acessório) ou inviabilidade (*venire contra factum proprium*) dos fundamentos apresentados para a recepção do *duty to mitigate the loss*, parte-se para a análise da figura, já mencionada acima, do encargo de evitar o próprio dano.

5. O ENCARGO DE EVITAR O PRÓPRIO DANO

1. Encargo ou ônus material são os nomes utilizados pela doutrina portuguesa para recepcionar no Direito civil português⁹⁶ a *Obliegenheit* do Direito alemão. Trata-se de figura geral civil introduzida por Reimer Schmidt na década 1950 na Alemanha, proveniente do Direito de seguros⁹⁷.

O encargo corresponde estruturalmente a um dever. No entanto, segue um regime particular: “é um dever de comportamento que funcionando embora também no interesse de outras pessoas, não possa, por estas, ser exigido no seu cumprimento.”⁹⁸. De outra maneira, perante a sua não observância “a ordem jurídica reage, apenas, com sanções enfraquecidas, relacionadas com a diminuição da posição da própria pessoa ligada ao encargo.”⁹⁹. Assim, o encargo reflete a necessidade de adoção de uma conduta para aquisição ou conservação de uma determinada vantagem jurídica pelo agente, mas sem que a sua inobservância lese outra pessoa ou faça surgir qualquer obrigação de indenizar¹⁰⁰.

O exemplo usualmente referido para ilustrar a *Obliegenheit* no Direito alemão¹⁰¹, ou o encargo ou ônus material no Direito português¹⁰², encontra expressão na codificação civil brasileira: o comprador que constata vício ou defeito oculto pode rejeitar a coisa (art. 441, CC/2002) ou pedir abatimento do preço (art. 442,

95. Neste sentido, em âmbito contratual: Santos Júnior, op. cit., p. 363; e em âmbito extracontratual: Proença, op. cit., p. 411.

96. CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil português. 1^ov., 1^o t.: Introdução, doutrina geral, negócio jurídico. 3. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2009, p. 358-360.

97. LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 266-268; CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*. 1^o v., 1^o t., op. cit., p. 359.

98. CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*. 1^ov., 1^ot., op. cit., p. 359

99. CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 766.

100. PROENÇA, op. cit., p. 504.

101. LARENZ, 1978, p. 267-268.

102. CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*. 1^ov., 1^ot., op. cit., p. 359.

CC/2002); contudo, seria “perturbador para a ordem jurídica e para o tráfego negocial que os compradores se apresentassem a todo tempo perante os vendedores, denunciando vícios”¹⁰³; por isso, e no interesse dos próprios vendedores, os compradores “devem” efetuar a denúncia em um curto prazo: trinta dias se a coisa for móvel e um ano se imóvel, contado da entrega efetiva ou, se já estava na posse, da alienação, reduzido à metade (art. 445, CC/2002). O encargo é este “dever” de denunciar o vício ou defeito oculto dentro de um certo prazo de tempo; não atendido o prazo, perde-se o poder de obter a redibição ou abatimento no preço. Outro bom exemplo de encargo no Código Civil brasileiro encontra-se presente no art. 771: verificado o sinistro, o segurado tem o “dever” de informar o ocorrido ao segurador e de tomar as providências necessárias para minimizar os danos, sob pena de perder o direito à indenização. Trata-se de “dever” que funciona também no interesse dos seguradores, mas estes não podem, no entanto, exigir o seu cumprimento, uma vez que a sanção estabelecida tem natureza diversa.

Transpondo para a situação do comportamento da vítima em face do próprio dano: ao não adequar sua conduta de modo a evitar o próprio dano ou o seu agravamento, isto é, ao não observar o encargo de afastamento do dano ou minimização de sua extensão, a vítima perderia, total ou parcialmente, o direito à indenização pelo respectivo dano que poderia ter evitado sofrer. É esta regulação que se extraiu dos artigos do Código Civil brasileiro acima analisados: o 402, o 403 e o 945. Por trás dessas regulações, no entanto, sentiu-se falta do reconhecimento de uma situação jurídica passiva titularizada pela parte lesada a prescrever-lhe o afastamento ou redução do próprio prejuízo a fim de adequar a solução de restrição do direito a indenização que é reiteradamente propugnada. Esta lacuna é suprida com a introdução da figura do *encargo de evitar o próprio dano*.

A transposição dogmática do encargo do campo do direito dos seguros para a esfera da conduta da vítima de dano deveu-se ao próprio Reimer Schmidt e é atualmente difundida pela literatura e jurisprudência alemãs¹⁰⁴ e portuguesas¹⁰⁵ mais atuais. Em relação à mudança do pensamento alemão, é ilustrativa a evolução do pensamento de Karl Larenz: na edição espanhola de 1959 do seu Manual de Direito das obrigações, Larenz funda o dever de evitar o dano que ameaça ou o agravamento do já produzido na boa-fé¹⁰⁶; já na edição alemã de 1987 discute a

103. CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*. 1^ov., 1^ot., op. cit., p. 359.

104. PROENÇA, op. cit., p. 504.

105. No campo do Direito contratual, é a posição defendida por Santos Júnior (op. cit., p. 349-367). No campo do Direito extracontratual, é a posição defendida por Brandão Proença em relação ao agravamento de dano. (op. cit., p. 669).

106. LARENZ, Karl, op. cit., 1959, p. 223.

existência de um dever ou de um encargo, acaba por se inclinar por este último e não faz qualquer referência à boa-fé¹⁰⁷.

2. O encargo de evitar o próprio dano deve ser reconhecido no Direito civil brasileiro porque ele é a figura dogmática mais adequada para suprir a lacuna apontada acima acerca da ausência de prescrição jurídica titularizada pela vítima em evitar a produção ou agravamento de danos a si.

Como visto, essa lacuna prejudica os elementos do nexo de causalidade e da culpa (da vítima) em relação ao próprio dano, necessários para que este possa ser-lhe imputado em alguma medida.

Nas situações em que a vítima de dano permanecer inerte diante da produção ou o agravamento do próprio prejuízo o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano estará estabelecido e decorrerá da inobservância do encargo de evitar o próprio dano. E a culpa, por sua vez, corresponde à falta de diligência que o Direito exige no não acatar do encargo de não concorrer para o próprio dano ou o seu agravamento, para a atuação das sanções respectivas.

3. A figura do encargo é a que melhor se compatibiliza com a situação jurídica do credor inadimplido ou da vítima de dano extracontratual em face da produção ou agravamento do próprio prejuízo.

Como visto, não há que se falar em *dever* genérico ou mesmo acessório de evitar danos a si porque esta conduta por parte do lesado *não é exigível*: primeiro que ela tem por finalidade a proteção principalmente dos seus próprios interesses, e, apenas reflexamente os do responsável, e, segundo, que a consequência jurídica pela sua não adoção é a perda, total ou parcial, do direito à indenização pelos danos que poderia ter evitado sofrer. É exatamente isso que reflete a figura do *encargo* aplicado à situação da parte prejudicada diante da produção ou agravamento do próprio prejuízo.

5.1. Consequências jurídicas

1. As consequências jurídicas estão diretamente ligadas à natureza jurídica do instituto em causa. A figura que se pretende introduzir no sistema brasileiro de imputação de danos é o encargo de evitar o próprio dano.

Em caso de *cumprimento* deste encargo, a parte tem direito a pedir reembolso pelos gastos *razoáveis* despendidos.

107.LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts* - I. 14 ed. München: Beck, 1987, p. 543.

Em caso de *descumprimento*, a vítima perderá, total ou parcialmente, o direito à indenização pelos danos que poderia ter evitado ou ao menos minimizado. A determinação da medida em que se dará essa perda do direito à indenização decorre do critério previsto em lei: no caso de perdas e danos decorrentes de inadimplemento obrigacional a perda será integral, em função de aplicação dos artigos 402 e 403 do CC/2002; e no caso de dano extracontratual, em se tratando de culpa concorrente e não exclusiva da vítima, o que em regra ocorrerá, mormente quando o descumprimento do encargo se der por conduta omissiva da vítima, a perda do direito à indenização será apenas parcial, pois ainda fará ela jus a indenização, que será fixada com base no confronto da gravidade da sua culpa com a do autor dano, nos termos do art. 945 do CC/2002.

2. A conduta que a parte deve adotar em cumprimento do encargo de evitar o próprio dano é a que uma pessoa *razoável* faria diante das circunstâncias do caso, tendo-se em conta as suas particularidades pessoais. Como leciona Pontes de Miranda: “Não se pode admitir que o dono da casa arrisque a vida para a salvar; mas é de exigir-se que ele telefone ao corpo de bombeiros. Não se pode pretender que o médico, ferido, se opere a si mesmo, porém há cuidados que ele, como médico, tem de tomar. Máxime se cirurgião.”¹⁰⁸.

Em complemento a esta noção de *razoabilidade* da conduta do lesado, Brandão Proença coloca que o problema de agravamento do dano por conduta da vítima deve ser encarado sob uma perspectiva de *ponderação de interesses recíprocos*. Segundo afirma, uma vez configurado o dano, a intervenção redutora do lesado é sempre a resultante de uma *ponderação de fatores objetivos* - como a natureza da lesão, se patrimonial ou pessoal, a possibilidade da intervenção, a probabilidade de êxito, o custo pessoal e econômico da intervenção em face do benefício gerado, chegando até mesmo a questões como desvantagem da supressão da prova do fato danoso -, e fatores *subjetivos*, como idade, estado psíquico e nível intelectual da vítima¹⁰⁹.

A ponderação destes fatores têm de ser feita para fim da análise da conduta da parte titular do encargo, uma vez que “para lá do extremo da omissão intencional ou ‘especulativa’ (*abusiva*) e dos casos em que o aumento do dano é resultante de uma decisão *caprichosa* ou *pouco razoável*, há um círculo amplo de situações, a concretizar, em que a inércia do lesado é ‘desculpável’ ou *justificada*, por ter sido decidida com base em circunstâncias objectivas e subjectivas relevantes.”¹¹⁰.

108. MIRANDA, op. cit., p. 198.

109. PROENÇA, op. cit., p. 668.

110. PROENÇA, op. cit., p. 669

Ilustrativamente, é possível qualificar como *irrazoável* a conduta de proprietário de veículo comercial que sofreu acidente e que não aluga outro, sendo este desembolso tolerável, implicando em perdas imediatas muito maiores à empresa; e como *justificada* a recusa de vítima de lesão corporal a se submeter a cirurgia, ou qualquer outro tratamento, apto a diminuir a extensão da lesão mas que envolva risco para a sua vida.

No caso de despesas para o cumprimento do encargo de evitar o próprio dano o agente deverá se orientar sempre pela proporção que deve existir entre as despesas e a utilidade que delas se pretende auferir. É irrazoável, por exemplo, o gasto que se mostrar superior ao prejuízo que se queria evitar.

6. EXERCÍCIO TARDIO DE DIREITO

1. Conforme anteriormente delineado, tratar-se-á, agora, em apartado, do grupo de casos que envolvem o exercício tardio do direito por parte do credor e o aumento substancial do valor da obrigação respectiva. A este grupo correspondem os casos *j), l), m), n) e o)* apresentados acima, com destaque para o fato de que a decisão do Superior Tribunal de Justiça nele se inclui – caso *j)*.

Em essência, a situação é a seguinte: o devedor culposamente não cumpre a obrigação devida e o credor não exerce a sua pretensão durante determinado período de tempo inferior ao prazo prescricional. Neste interregno os débitos aumentam, seja pela incidência de juros de mora e correção monetária, ou pelo inadimplemento sucessivo das prestações, nos casos de contratos de execução continuada. Quando o credor vem exercer o seu direito, ou mais concretamente, cobrar judicialmente os devedores, os tribunais têm sancionado os credores com a restrição do crédito, em valores relativos ao montante acrescido durante o período de inércia, sob o fundamento de que a cobrança, após a sua demora excessiva, violou *duty to mitigate the loss*.

A popularidade desta teste jurídica deve-se à menção feita por Fradera, em seu artigo que introduziu o tema do *duty to mitigate* no Brasil, ao caso francês *Bailleux c. Jarety*, referido acima, em que, conforme relata a autora, um locador passou 11 anos sem cobrar aluguéis e quando veio pedir a resolução do contrato por inadimplemento teve o exercício do seu direito impedido em sanção pelo descumprimento da “*obligation de mitigation*”. A menção a este caso causou forte impressão na doutrina e jurisprudência brasileiras: a situação que lhe está subjacente, de perda parcial ou integral do direito pelo seu exercício tardio, tornou-se fonte dos principais exemplos criados pela doutrina para ilustrar a aplicação do *duty*, como os referidos casos de demora dos bancos em cobrar débitos de seus clientes inadimplentes, e também a principal situação de base em que os tribunais tem

aplicado o *duty to mitigate*. Neste grupo encontra-se também a hipótese, proposta por Fredie Didier Jr., de aplicação do *duty to mitigate* ao processo civil, referente à situação da parte, em juízo, a quem se destina multa cominatória (art. 461, § 4.º, CPC), que permanece inerte face do aumento do seu montante.

2. A análise em apartado destas situações de exercício tardio de direito e aumento substancial da prestação respectivas e dá pelo fato de que *neste grupo de casos não é cabível o encargo de evitar o próprio dano*, figura esta cuja presença deve ser reconhecida em todos os demais casos trabalhados no presente estudo.

Por seguirem linhas dogmáticas distintas, o grupo de casos de exercício tardio de direito deve ser dividido em dois grupos menores: o primeiro em que a obrigação é onerada pela *incidência de juros demora* e o segundo em que, embora haja também incidência de juros de mora, o agravamento da obrigação se deve essencialmente ao *inadimplemento reiterado das prestações* pelo devedor.

Trabalhar-se-á primeiro com o grupo cujo acréscimo decorre da incidência de juros de mora, para o qual se demonstrará que a inserção da noção de encargo de evitar o próprio prejuízo é, diante do Direito positivo brasileiro, *desnecessária*, e, posteriormente, com o grupo em que o acréscimo decorre do reiterado inadimplemento das prestações, para o qual se demonstrará que a inserção dessa mesma figura revela-se *inadequada*.

3. O art. 405 do CC/2002 estipula a *citação* do devedor como marco inicial para contagem dos juros de mora.

Em sua primeira passagem pela Câmara dos Deputados, foi apresentada emenda ao texto presente neste artigo para que os juros de mora fossem contados, em qualquer hipótese, a partir do vencimento da obrigação. A emenda não foi aprovada e mais emendas não foram apresentadas, pois a orientação prevalecente na Câmara, e depois ratificada no Senado, “foi no sentido de não ser admissível que o credor tarde a defender o seu direito para, depois, ter os benefícios dos juros de mora. Pode ocorrer que a cobrança tenha deixado de ser feita devido a acordo tácito entre as partes, depois alterado a juízo do credor. Poderia ainda o credor retardar a cobrança com a finalidade de receber os juros de mora. Em suma, ao credor moroso não devem caber juros de mora.”¹¹¹.

O art. 405, uma inovação do Código atual, foi criado para solucionar o problema de cobrança retardada de débito, para o qual os doutrinadores e tribunais brasileiros atualmente têm buscado solucionar através da aplicação do *duty to mitigate*

111. RÉGIS, Mário Luiz Delgado. In: *Código civil comentado*. Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 333.

the loss. Esta contradição de buscar em uma noção estrangeira a solução para um problema que tem regulação expressa prevista no Código Civil explica-se pelo fato de que o art. 405 está sendo interpretado pela generalidade dos operadores do Direito ainda sob a ótica do sistema de contagem de juros presente no Código Civil de 1916: o art. 405 ao invés de estar sendo interpretado e aplicado como uma *regra geral de contagem de juros de mora*, como foi previsto, o está sendo como uma regra de contagem supletiva, aplicável somente quando não houver regra específica estabelecendo marco distinto para a mora¹¹². Esta orientação atualmente prevalecente é reflexo do entendimento de que a “verdadeira” regra geral de contagem dos juros de mora seria a de que *os juros de mora são devidos a partir da constituição da mora*. Esta regra, apesar de não positivada expressamente, era a regra geral de contagem de juros presente no Código Civil de 1916¹¹³. No entanto, como visto, a intenção do legislador do novo Código foi a de desatrelar a constituição em mora do momento do início da contagem dos juros de mora.

A orientação prevalecente de que a contagem de juros de mora se dá com a constituição em mora reduz o campo de abrangência do artigo 405 do CC/2002 às situações de responsabilidade *contratual*¹¹⁴ por inadimplemento de obrigações *ilíquidas*¹¹⁵, uma vez que o simples inadimplemento da obrigação positiva e líquida constitui de pleno direito em mora o devedor (art. 397, CC/2002) e em situação de responsabilidade civil aquiliana a mora se constitui a partir do ato ilícito (art. 398, CC/2002).

Esta maneira como o sistema atual de contagem de juros de mora está sendo apreendido e aplicado equivale a mera reprodução do sistema que era previsto no Código Civil de 1916. Acontece que na base desta equivalência, e inclusive para garanti-la, tem-se perpetrado grave distorção: o art. 405 do CC atual e o § 2.º do art. 1.536 do CC de 1916, dispositivos essencialmente distintos, estão sendo apontados como correspondentes¹¹⁶.

112. RÉGIS, op. cit., p. 333; ALVES; DELGADO, op. cit., p. 207.

113. MONTEIRO, op. cit., p. 339.

114. Enunciado 163 da III Jornada de Direito Civil: “Art. 405: A regra do art. 405 do novo Código Civil aplica-se somente à responsabilidade contratual, e não aos juros moratórios na responsabilidade extracontratual, em face do disposto no art. 398 do novo Código Civil, não afastando, pois, o disposto na Súmula 54 do STJ.”. Recentemente, no STJ, entre outras decisões: REsp 876.448/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 21/09/2010.

115. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 127; no STJ, entre outras decisões: AgRg no Ag 988.754/RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 28/08/2009.

116. RÉGIS, op. cit., p. 333; ALVES; DELGADO, op. cit., p. 207

O § 2.º art. 1.536 do CC/1916 estabelecia textualmente que “contam-se os juros da mora, nas obrigações ilíquidas, desde a citação inicial.” Este dispositivo tinha por *fundamento* o fato de que ele previa uma *exceção à regra geral então vigente*, embora não positivada, de contagem dos juros de mora, a de que os juros de mora são devidos a partir da constituição da mora¹¹⁷. Este caráter de exceção decorre do fato de que a liquidez da obrigação constitui um dos requisitos da mora¹¹⁸, e como esta somente advém com a decisão judicial ou outro evento que determina o conteúdo da prestação posterior à citação, os juros de mora, por força do § 2.º do art. 1.536 do CC/1916, passavam a fluir desde a citação, momento anterior à efetiva constituição de mora do devedor.

O art. 405 do CC/2002, por sua vez, prevê expressamente que a contagem dos juros de mora se dá a partir da citação inicial. Como visto, esta previsão tem por *fundamento* evitar que os credores possam retardar o exercício das suas pretensões e com isso auferir vantagem com a incidência de juros de mora e, conseqüentemente, por *finalidade* incentivar uma atitude diligente, proativa desses mesmo credores em relação à defesa dos próprios direitos. Esta previsão vem, então, em superação à regra vigente ao CC/1916 que fazia coincidir os momentos de constituição em mora e fluência dos juros moratórios

O Código Civil atual prevê no art. 405, como *regra geral para contagem dos juros de mora*, o momento da citação do devedor. Encarar este dispositivo, como uma regra a ser aplicada apenas supletivamente, isto é, somente quando não houver outro marco de fixação da mora, significa ainda estar partindo o intérprete da regra geral para contagem dos juros de mora vigente à época do CC/1916, a de que os juros de mora contam-se a partir da constituição de mora. De fato, já sob a vigência do presente CC há doutrina que permanece afirmando este regramento como a base da fluência dos juro moratórios¹¹⁹, sem atentar para o sentido e a repercussão do art. 405.

117. Por isso que dentre os dispositivos do CC revogado que serviam de base para momento da fluência dos juros moratórios o § 2.º do art. 1.536 era o único que fazia referência expressa ao momento de contagem dos juros de mora enquanto os demais – os arts. 960 e 962 – falavam somente em constituição em mora. O art. 1.064, por sua vez, não era interpretado como um dispositivo que fixasse o momento inicial de incidência dos juros de mora, mas a determinação do montante sobre o qual se devem contabilizar. (DIAS, op. cit., p. 775).

118. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português. 2º v.: Direito das obrigações, 4º t.: cumprimento e não cumprimento, transmissão modificação e extinção, garantias*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 121.

119. Segundo Maria Helena Diniz, “os juros moratórios são devidos a partir da constituição da mora”. (op. cit., p. 263).

A regra de que os juros de mora se devem a partir da constituição em mora, apesar de intuitiva, não é da essência da mora. O legislador pode alterar os prazo de início da contagem dos juros, tanto que, conforme exceção prevista no § 2.º do art. 1.536 do CC/1916, a sua contagem nas obrigações ilíquidas sempre se deu antes do início da mora propriamente dita. Além disso, não há que se falar que a constituição do devedor em mora sem a incidência automática de juros seria inútil, pelo fato de que a mora tem outros efeitos que não a incidência de juros: quando em mora, o devedor é responsável pelos danos diretamente ligados ao atraso no cumprimento (art. 395, CC/2002) e ainda o risco pela impossibilidade superveniente da prestação passa a correr por sua conta (art. 399, CC/2002).

O não reconhecimento do art. 405 do CC/2002 para sua verdadeira vocação, além de corresponder a violação da lei, tem um malefício a mais: o da *insegurança*. Uma vez que o art. 405 não está sendo aplicado à situação de exercício tardio do direito e oneração substancial da obrigação por incidência dos juros de mora, doutrina e jurisprudência têm buscado solucioná-la por meio da recepção do *duty to mitigate the loss*. No entanto, as consequências jurídicas que se tem extraído da suposta violação do *duty to mitigate* nesta situação não se restringem à restrição dos juros de mora. No *caso m*), por exemplo, em que a operadora de cartão de crédito demorou cinco anos para cobrar o débito de cliente inadimplente, a autora teve não só os juros de mora, como também a *correção monetária* e a *multa moratória*, excluídos desde o primeiro inadimplemento até o ajuizamento da ação de cobrança, com base na violação ao *duty to mitigate*. Por aplicação do art. 405, só seria devida a exclusão dos juros de mora durante o mesmo período.

Entende-se, portanto, que, por força do art. 405 do CC/2002, os juros moratórios contam-se a partir da data da citação, mesmo que outra seja o momento de configuração da mora¹²⁰.

Assim, diante da previsão do art. 405 do CC/2002, para resolver as situações em que o exercício retardado de direito implica no incremento substancial da obrigação através dos juros de mora, é *desnecessário* o reconhecimento do mandamento do credor inadimplido adotar prontamente atos em defesa dos próprio direito violado, concretização do encargo de evitar o próprio dano, porque até o momento da citação inicial não incidem juros de mora.

120.No mesmo sentido, Luiz Scavone Junior;este autor, no entanto, qualifica a orientação presente no artigo 405 de “inoportuna e inconveniente.” (SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Juros no novo direito privado brasileiro. In: O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito. José Geral do Brito Filomeno, Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior e Renato Afonso Gonçalves (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 550-551).

4. A situação em que o débito aumenta em decorrência do inadimplemento reiterado da obrigação e o exercício tardio de direito representa ônus excessivo para o devedor é *essencialmente diferente* das demais situações, enfocadas ao longo de todo o presente trabalho, de agravamento de dano por não adoção pela parte prejudicada de conduta apta a minimizar o próprio prejuízo

Em primeiro lugar, a situação de exercício retardado de direito e aumento de débito por inadimplemento reiterado do devedor *não necessariamente envolve dano*. O inadimplemento da obrigação implica diretamente no surgimento da pretensão do credor exigir o seu cumprimento. Fora a possibilidade de dano conexo ao descumprimento da obrigação, a configuração de perdas e danos está, em princípio, restrita aos casos de impossibilidade do cumprimento da prestação ou sua inutilidade para o credor. A hipótese de multa cominatória é outro caso que reflete nitidamente esta noção de que o aumento do débito do devedor não tem necessariamente relação com (o agravamento de) danos para a parte credora. Trata-se de multa aplicada para constranger a parte ao cumprimento de decisão judicial e o seu aumento está diretamente ligado à recalcitrância da parte em cumpri-la e não com o agravamento de eventuais danos da parte a quem favorece a multa. Tanto já é suficiente para turvar a aplicação do enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil, que claramente fala para os credores evitarem o agravamento do *próprio prejuízo*, aos casos de exercício tardio de direito, pois aos credores que não sofrem dano, nada caberia fazer.

Mas diante de uma perspectiva como essa aparentemente tecnicista residem questões de fundo mais profundas: a percepção de que estas situações não giram necessariamente em torno de danos, e do seu respectivo agravamento, levam à essencial conclusão de que *o problema jurídico que elas desafiam solução não é o de imputação de danos (que a própria parte prejudicada poderia ter evitado sofrer), como os demais casos abordados no presente trabalho*. O exercício tardio de direito, mesmo sem representar agravamento de dano para o credor, pode se mostrar excessivamente oneroso para o devedor. Como resolver esta questão por meio do reconhecimento de existência de um encargo, ou mesmo de um dever acessório, da parte credora evitar o próprio prejuízo? Este instrumental teórico e dogmático, típico da responsabilidade civil, voltado para resolver problemas de imputação de danos, é inadequado para resolver estas situações. Deve-se, portanto, procurar em outras áreas a base dogmática para a solução destes casos.

O procedimento que tem se valido a doutrina e jurisprudência brasileira ao aplicar o *duty to mitigate the loss* a estes casos é exatamente o inverso: firmes no instrumental estrangeiro de que partem, têm distorcido a situação de base destes casos a fim de forçar a sua aplicação. Esta distorção deve ser demonstrada.

Como vimos, para o problema de imputação de danos evitáveis pelo lesado, uma das questões fundamentais é o fato de que, não obstante o evento danoso ser imputável a outrem, *a parte prejudicada teve a oportunidade de evitar ou reduzir o próprio prejuízo, isto é, ela é a única pessoa, ou ao menos a que está em melhor posição, para efetivamente fazê-lo*. Valendo-se, mais uma vez, do exemplo de Pothier da compra da vaca pestilenta, em que o vendedor vende uma vaca sabendo que ela estava doente a um comprador que acaba tendo todo o seu rebanho contaminado e seguidamente morto. Neste ponto, diante da iminência do agravamento dos próprios danos por conta da falta de cultivo da terra, o comprador lesado poderia adotar medidas tendentes a evitar o agravamento do próprio prejuízo, como a compra de outros animais para poder preparar a terra para o cultivo, ou mesmo o arrendamento das terras para que terceiros a explorassem. Já o vendedor inadimplente, sofrendo com remorso pelo prejuízo que causou ao comprador, por mais que procurasse ajudá-lo no desempenho destas atividades mitigatórias, como por exemplo, oferecendo outros animais (desta vez saudáveis) para o lesado ou ajudando-o na busca por interessados em arrendar as terras, ele não teria como forçá-lo a adotar estas medidas e a assim minimizar o seu próprio prejuízo. Nesta perspectiva é que é possível falar que cabe a parte lesada a adoção de medidas para evitar o próprio prejuízo decorrente de lesão imputável a terceiro, porque ela é a única apta, ou ao menos a que em melhor posição se encontra, para fazê-lo. O reconhecimento de uma prescrição jurídica neste sentido, como já visto, tem a finalidade de dar coerência à imputação à vítima dos danos supervenientes à sua própria inércia. Assim, como o comprador inadimplido tinha o encargo de comprar outros animais ou arrendar a terra a terceiros, é possível afirmar que os prejuízos resultantes da ausência de plantio não devem ser indenizados porque *foram causados, isto é, decorreram da culpa da própria vítima*.

No caso de exercício retardado do direito e correspondente aumento de débito por inadimplemento reiterado do devedor, a situação do credor inadimplido é exatamente inversa ao comprador lesado no exemplo de Pothier: *o credor inadimplido não está em uma situação privilegiada para, e nem muito menos é a única pessoa apta a, evitar este aumento do débito*. Pelo contrário: *a única pessoa que pode evitar este agravamento é o próprio devedor, cumprindo com a sua obrigação*. Apesar de a conduta do credor em exigir o cumprimento da obrigação ou de pedir resolução do contrato pôr termo à relação e, por via reflexa, ao crescimento indeterminado do débito, não é possível chegar a afirmar que o crescimento do débito se deve à inércia do credor em cobrar, pois a situação é exatamente a inversa: *o débito aumenta porque o devedor não cumpre a sua obrigação e não porque o credor não exige o cumprimento!*

A perspectiva invertida desta situação, de que a inércia do credor causa o agravamento do débito, encontra-se presente em doutrina e decisões que tem

invocado o *duty to mitigate* para resolver estas situações¹²¹. Acontece que esta distorção se deve exatamente à tentativa de adequar a situação ao instrumento que está sendo invocado: como já analisado, o *duty to mitigate* foi inserido no Direito civil brasileiro para solucionar um problema de imputação de danos agravados que poderiam ter sido evitados pelo credor inadimplido. Com a posterior ampliação dos casos de aplicação do *duty*, foi transportada a mesma noção de dever de evitar o agravamento do próprio prejuízo às situações de exercício retardado de direito, sem a percepção de que o problema nestas situações é outro. Quer-se, portanto, resolver através de instrumental da responsabilidade civil situações que não desafiam um problema de imputação de danos.

A própria orientação, fruto de concepção distorcida, de que o credor inadimplido tem o dever de “prontamente” adotar medidas na defesa dos seus direitos violados é obsoleta e equivocada: *obsoleta* porque a questão não é se o credor cobrou prontamente a dívida ou não, mas se o exercício retardado se mostra desproporcionalmente ruinoso para o devedor ou não. O credor poderia simplesmente não mais exercer a sua pretensão e deixá-la prescrever; terá havido aqui ilicitude pelo descumprimento do dever de uma defesa célere dos próprios interesses? Não, mesmo porque o real problema de desproporcional oneração para o devedor aqui nem terá se verificado. E *equivocada* porque a concepção de que o credor *deve* exercer sua pretensão em determinado período de tempo inferior ao prazo prescricional contende com a própria *noção de direito* e com as *normas de prescrição*¹²²: o credor tem a permissão de exercer ou não seu direito e o poder

121. Há, no entanto, decisões judiciais que não aplicaram o *duty to mitigate* a esta situação exatamente por entenderem que o inadimplemento reiterado do devedor é a verdadeira causa do agravamento do débito. Veja-se o seguinte trecho de voto: “Em segundo lugar, desarrazoada a alegação do devedor de que seu credor objetiva locupletar-se ilicitamente, porque não promoveu atos executivos por quase oito anos, contribuindo para que juros legais e correção monetária incidissem sobre o valor do débito. Ora, se tivesse pago o que deve há oito anos atrás, não se sujeitaria a cálculo de atualização de seu débito (grifo nosso). [...] E a alegação de má-fé para aplicação da teoria do *duty to mitigate* the loss não tem pertinência no caso, por se tratar de execução por título judicial, ou seja, de sentença transitada em julgado há muito tempo. Embora sem honrar financiamento na aquisição de veículo, o agravante [devedor] informou ter despesas mensais com automóvel de R\$ 560,00 (fls. 48), ou seja, não se preocupa mesmo com o direito do agravado [credor]. O direito não deve socorrer o mau pagador, especialmente se a dívida originou-se de título judicial com trânsito em julgado.” (TJ/SP. 31ª Câ. de Dir. Priv. AI 1.288.546-0/2, Rel. Des. Adilson de Araújo, j. 25.08.2009).

122. Neste sentido o trecho de um acórdão que negou aplicação ao *duty to mitigate*: “Com o devido respeito ao Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil - que, aliás, revela consenso doutrinário e que por óbvio não possui força vinculativa -, privar o credor dos juros remuneratórios é, além de premiar a ré com o enriquecimento ilícito, desvirtuar o instituto da prescrição (grifo nosso), pois causaria a falência da pretensão em recebê-los, mesmo sendo o prazo prescricional idêntico ao da pretensão principal. Portanto, para o caso em tela, tenho que o exercício de um direito legítimo e dentro do prazo prescricional não pode sofrer restrição pela demora em seu exercício.” (TJ/SP. 31ª Câ. de Dir. Priv., AC com revisão 1242899- 0/5, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 16.06.2009). Esta última assertiva transcrita do voto não pode ser generalizada, pois,

de exigir seu cumprimento durante um prazo previamente fixado em lei. Afirmar que ele deve fazê-lo está errado. O credor não tem de cobrar dívida, tanto que ele pode perdô-la se quiser fazê-lo (art. 385).

Assim, percebe-se a inadequação a estes casos de defesa de um encargo, ou mesmo um dever, do credor evitar o aumento do débito do devedor, como por exemplo, o dever de cobrar uma dívida prontamente quando do seu inadimplemento.

Por outro lado, a situação de exercício retardado de direito de maneira ruinosa para o devedor não fica sem resposta jurídica satisfatória, bastando que se reconheça o instrumental necessário. Estas situações desafiam o problema da *admissibilidade ou não pelo sistema jurídico do exercício do direito nestas condições*, isto é, de abuso de direito, ou mais especificamente na sua figura típica da *supressio*¹²³.

6.1. *Supressio*

1. A situação de extinção do direito pelo seu exercício tardio ser considerado contrário a boa-fé corresponde à *supressio*¹²⁴.

Neste sentido, inclusive, boa parte das decisões judiciais brasileiras que aplicaram o *duty* no grupo de casos em análise fizeram referência à *supressio*, aplicando-a de maneira mais ou menos enfática, havendo acórdão que decidiu aplicando a *supressio* e depois mencionou o *duty to mitigate* como um fundamento a mais¹²⁵.

Acontece que a problemática a ser enfrentada aqui é análoga à mencionada acima em relação ao *venire contra factum proprium*: a *supressio* pressupõe a verificação da confiança (legítima) do devedor que está sendo cobrado tardiamente de que a posição em causa não seria mais exercida. Conforme assinala Menezes Cordeiro, “a *supressio* é, no fundo, uma forma de tutela da confiança do beneficiário, perante a inação do titular do direito.”¹²⁶.

como a frente se verá, o exercício de um direito dentro do prazo prescricional pode sim sofrer restrição, mas somente no caso do seu exercício ser considerado abusivo.

123. Fredie Didier Jr. defende a aplicação da *supressio* a estes casos. No entanto, defende também a existência de um *dever* acessório do credor da multa cominatória “mitigar o próprio prejuízo [qual?], impedindo o crescimento exorbitante da multa”. (op. cit., p. 47-48).

124. CORDEIRO, Da boa fé no direito civil, op. cit., p. 797.

125. TJ/SP. 31ª Câm. de Dir. Priv., AR 992.09.04.9036-2, Rel. Des. Adilson de Araujo, j. 01.12.2009, r. 16.12.2009.

126. CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*. 1º v., 4º t., op. cit., p. 323. Segundo Schreiber, “a tutela da confiança é hoje apontada por toda a parte como real fundamento da *Verwirkung* [ou *supressio*].” (*A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. São Paulo: Renovar, 2005, p. 181)

Para nortear a aplicação da *supressio* Menezes Cordeiro compôs um *modelo de decisão* voltado a apontar as circunstâncias colaterais que melhor alicerçam a confiança do beneficiário no caso concreto. É composto pelas seguintes proposições: (i) um não-exercício prolongado; (ii) uma *situação* de confiança; (iii) uma justificação para essa confiança; (iv) um investimento de confiança; e (v) a imputação da confiança ao não-exercente.

Segundo Menezes Cordeiro, “o não-exercício prolongado estará na base quer da situação de confiança, quer da justificação para ela. Ele deverá, para ser relevante, reunir elementos circundantes que permitam a uma pessoa normal, colocada na posição do beneficiário concreto, desenvolver a crença legítima de que a posição em causa não mais será exercida. O investimento de confiança traduzirá o facto de, mercê da confiança criada, o beneficiário não dever ser desamparado, sob pena de sofrer danos dificilmente reparáveis ou compensáveis. Finalmente: tudo isso será imputável ao não exercente, no sentido de ser social e eticamente explicável pela sua inacção. Não se exige culpa: apenas uma imputação razoavelmente objectiva.”¹²⁷.

No grupo de casos em análise, jogam contrariamente à confiança do devedor inadimplente dois dados dificilmente superáveis: ele está de má-fé (subjetiva), isto é, ele sabe estar violando direito alheio e também o prazo prescricional de pretensão de cobrança de dívida líquida, no CC atual, é de cinco anos (art. 206, §5.º, I). Este último elemento joga contrariamente de duas formas: primeiro, trata-se de prazo não tão alargado, o que reduz o espectro de considerações referentes a um não-exercício prolongado e, segundo, conforme indica Anderson Schreiber, “ao menos em uma primeira análise, não pode ser considerada inteiramente legítima a confiança despertada em outrem com relação ao não exercício do direito sujeito a prazo fixo em lei. Isto porque, conhecendo ou devendo conhecer o prazo legal para o exercício, o terceiro não poderia sustentar, com pleno amparo no direito, ruptura de uma expectativa legítima fundada no não exercício por período inferior a este prazo.”¹²⁸.

Deste modo, a *legitimidade* da confiança só poderia entender-se configurada nas situações excepcionais em que ao lado do não exercício do direito pelo seu titular estivessem presentes outras condutas desteou circunstâncias de fato que efetivamente apontas sem para que o direito não mais seria exercido. Assim, conforme sintetiza Schreiber, “nas hipóteses de (i) omissão somada a comportamento comissivo inspirador de confiança; ou de (ii) omissão qualificada por circunstâncias

127. CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*. 1º v. , 4º t., op. cit., p. 324

128. SCHREIBER, 2005, p. 184.

que, na ausência de qualquer comportamento do titular, sejam capazes de gerar a confiança de terceiros”¹²⁹.

2. Para ilustrar toda esta orientação dogmática, analisar-se-á, dentre as decisões em que o *duty to mitigate* foi aplicado à situação de exercício retardado de direito, duas situações, uma em que se entende ter havido correta aplicação da *supressio*, isto é, em que supressão do direito do credor foi devida e outra em que se entende que a supressão foi indevida.

- 1) Trata-se a primeira decisão de ação rescisória julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo contra sentença proferida em ação de rescisão contratual e condenatória de multa (inserido no caso *l*) mencionado acima)¹³⁰. Contexto fático: em fevereiro de 1991, posto de gasolina e distribuidora firmaram contrato de compra e venda mercantil de combustível, com previsão de exclusividade, cota mínima para aquisição de combustível e cláusula penal pelo descumprimento do contrato. A partir de maio de 1993 o posto de gasolina passou a descumprir o contrato, adquirindo combustível em quantidades inferiores à cota mínima e a adquirir produtos com outras distribuidoras. Não obstante a consciência dessas infrações, a distribuidora não manifestou qualquer contrariedade e continuou contratando com o posto até 2004, quando o notificou para que retomasse o pleno cumprimento do contrato. Sem êxito, em junho de 2005 ajuizou ação de rescisão contratual por inadimplemento cumulada com pagamento da multa que, em outubro de 2007, já totalizava valor de quase cinco milhões de reais. No julgamento da ação, o Tribunal ponderou que, embora indiscutível o inadimplemento do posto e consequente procedência do pedido de resolução do contrato, a demora de mais de doze anos da distribuidora para postular sua resolução foi determinante para que a multa chegasse a valor tão vultoso. E mais: ainda que em quantidades menores, a distribuidora obteve proveito econômico durante todo estes anos de inadimplemento parcial do contrato, de modo que a sua omissão evidencia “concordância tácita com os pedidos menores feitos pelo autoposto.”. Diante deste comportamento da distribuidora, entre outras questões implicadas, entendeu o Tribunal aplicável a figura da *supressio*, caracterizada pela situação “em que a tolerância, a longo prazo, contrária ao que restou pactuado entre as partes é lenitivo hábil a impedir que a parte que tolera venha a exigir da outra o cumprimento e até mesmo eventuais penalidades por conta da

129. SCHREIBER, 2005, p. 185

130. TJ/SP. 31ª Câmara de Dir. Priv., AR 992.09.04 9036-2, Rel. Des. Adilson de Araujo, j. 01.12.2009, r. 16.12.2009.

forma adversa que sempre foi a prática aceita.” Na sequência, não obstante tratar-se de menção desnecessária e mesmo inadequada, o Tribunal mencionou ao *duty to mitigate the loss* como um fundamento a mais por meio do qual dever-se-ia reconhecer a inexigibilidade da cláusula penal, o que acabou se concretizando como decisão do Tribunal.

A aplicação da *supressio* pelo Tribunal foi acertada. Seguindo o modelo de decisão proposto por Menezes Cordeiro, estão presentes: (i) o *não-exercício prolongado* de um direito: pouco mais de doze anos; (ii) e (iii) a situação de *confiança justificada*: além do nãoexercício por doze anos, o fato de a distribuidora ter contratado normalmente por todos esses anos é apto a despertar crença legítima de que ela havia aquiescido com o adimplemento parcial e não iria mais pleitear a execução da multa; (iv) o *investimento de confiança*: a cristalização desta situação por dozeanos leva a que a aplicação literal da cláusula penal implicaria em uma oneração desproporcional para o posto de gasolina; e (v) a *imputação da confiança ao não-exercente*: toda esta situação é imputável à distribuidora porque, como bem asseverou o Tribunal, “embora com controle da execução do contrato, demorou 12 anos para postular sua rescisão.”

- 2) a segunda decisão foi a proferida pelo Superior Tribunal de Justiça acerca de uma ação de resolução contratual, com pedidos de reintegração de posse e indenização (caso *j*) relatado acima). Contexto fático: contrato de promessa de compra e venda; em 1994, o promissário-comprador, que se encontrava na posse do imóvel, passa a não pagar as prestações e em setembro de 2001 abandona o imóvel. Em outubro de 2002 o promitente-vendedor ajuíza ação pedindo a reintegração de posse e a indenização pelo tempo que o imóvel ficou em estado de não fruição, isto é, desde o inadimplemento até o cumprimento da medida de reintegração de posse. Com base na aplicação do *duty to mitigate the loss*, o STJ entendeu que o promitente-vendedor “descuidou-se com o seu dever de mitigar o prejuízo sofrido, pois o fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que esta cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o seu patrimônio e o agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.” E assim, concluiu que “a conduta da ora recorrente, inegavelmente, viola o princípio da boa-fé objetiva, circunstâncias que caracteriza inadimplemento contratual a justificar a penalidade” de exclusão da indenização referente a um ano sem a fruição do imóvel – desde o abandono do imóvel pelo promissário-comprador até o ajuizamento da ação.

As razões por que se deve entender inadequada a aplicação da noção de um dever de mitigar o próprio prejuízo já foram apresentadas acima. Cabe aqui analisar, com base na figura da *supressio*, se a supressão do direito de crédito do recorrente foi acertada. A resposta negativa se impõe, porque, neste caso, não se constata confiança legítima da parte inadimplente em que o credor não mais iria exercer o seu direito: o comportamento do titular não-exercente restringiu-se a mera demora em efetuar a cobrança, o que, de acordo com a base dogmática apresentada, dificulta o amparo a uma crença legítima de que o direito não mais seria exercido. Além disso, o fato de o devedor ter abandonado o imóvel acentua a sua má-fé e a sua completa ausência de confiança de que o credor não mais cobraria as prestações inadimplidas. Assim, conclui-se que o direito de crédito do promitente-vendedor foi restringido indevidamente.

7. CONCLUSÃO

1. O Direito civil brasileiro vive fenômeno de teorização e aplicação judicial do *duty to mitigate the loss*. Este fenômeno originou-se de proposta doutrinária para solucionar o problema de imputação de danos nas situações em que o credor, em face do inadimplemento do contrato, não adota medidas razoáveis para evitar ou minimizar o próprio prejuízo. Posteriormente ampliou-se para abarcar situações de responsabilidade civil aquiliana e de exercício tardio de direito que implica em ônus excessivo para o devedor.

2. Este fenômeno não corresponde a recepção da figura do *duty to mitigate the loss* presente no sistema jurídico da *common law*. A percepção de que se está diante da recepção de um instituto estrangeiro decorre da equivocada premissa de que há lacuna no Código Civil brasileiro para regular a situação em que a parte lesada negligencia conduta tendente a minimizar o próprio prejuízo e tem resultado em reiterada violação dos seus dispositivos.

3. Não há lacuna no CC de 2002, assim como também não havia no CC de 1916, para regular a situação em que o credor, ou a vítima de uma lesão extra contratual, descuida de evitar ou reduzir o próprio prejuízo. Desde o Código Civil revogado, doutrina e jurisprudência lidavam com estas situações, apontando como solução a redução da indenização da vítima. Os artigos 402, 403 e 945 do CC/2002 compõem a base legal para regular estas situações.

4. Constatou-se uma lacuna na base da estrutura de imputação que permite à doutrina chegar à solução de redução da indenização da vítima que não minimiza o próprio prejuízo: de um modo geral, a doutrina entende que não existe qualquer norma que proíba o indivíduo de degradar o seu patrimônio, de modo

que a vítima de lesão não titularizaria nenhum dever, ou outra situação jurídica passiva (ônus, encargo ou sujeição) de evitar ou reduzir o próprio prejuízo. Essa lacuna prejudica os elementos do nexos de causalidade e de culpa (da vítima) em relação ao próprio dano, necessários para que este possa ser-lhe imputado em alguma medida.

5. A figura do *dever acessório fundado na boa-fé* corresponde ao principal fundamento do *duty to mitigate the loss* no Direito civil brasileiro. A titularidade de um *dever acessório de mitigar o próprio prejuízo* é, no entanto, inadequada para a situação da parte lesada em relação ao afastamento ou redução do próprio prejuízo, porque estas condutas *não são exigíveis*: primeiro, a parte prejudicada ao agir para evitar ou reduzir danos tem primeiramente em vista a proteção do seu próprio patrimônio e *reflexamente* o não agravamento da situação do devedor inadimplente; segundo, a sanção pelo descumprimento refere-se tão somente à perda, no todo ou em parte, do direito à indenização pelos danos que poderiam ter sido evitados.

6. O *duty to mitigate the loss* não corresponde a uma modalidade autônoma de abuso de direito, a situação de produção ou agravamento de dano por conduta da própria vítima se insere em figura típica já consagrada do abuso de direito: o *venire contra factum proprium*.

7. A fundamentação do *duty to mitigate* com base na proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) é inviável porque não há como reconhecer na conduta da vítima de não evitar o agravamento do próprio prejuízo (principalmente por omissão) a aptidão para gerar no ofensor a confiança de que ela não mais iria pleitear reparação pela integralidade dos danos sofridos, elemento fundamental para a figura do *venire*.

8. Propõe-se o reconhecimento do *encargo de evitar o próprio dano*. Trata-se da figura dogmaticamente mais adequada para suprir o necessário reconhecimento de uma prescrição jurídica da parte prejudicada evitar a produção ou o agravamento do próprio prejuízo.

Com o reconhecimento do encargo de evitar o próprio dano assenta-se que a parte lesada não tem o dever (propriamente dito) de evitar o próprio prejuízo decorrente de evento danoso imputável a terceiro, mas se não o fizer, perde o direito de ser indenizado pelos danos que poderia ter evitado sofrer.

9. Em caso de *cumprimento* do encargo de evitar o próprio dano, a parte lesada tem direito a pedir reembolso pelos gastos *razoáveis* despendidos. Em caso de *descumprimento*, se se tratar de perdas e danos decorrentes de inadimplemento

obrigacional a vítima perderá integralmente o direito à indenização pelos danos que poderia ter evitado ou ao menos minimizado, por conta dos artigos 402 e 403 do CC/2002; e no caso de dano extracontratual que a vítima poderia ter evitado sofrer, em se tratando de culpa concorrente, o que em regra se dará, mormente em caso de descumprimento por omissão da vítima, a perda do direito à indenização será apenas parcial, pois a parte lesada ainda fará jus a indenização, que será fixada com base no confronto da gravidade da sua culpa com a do autor dano, por conta do art. 945 do CC/2002.

10. A conduta que se pode exigir da parte no cumprimento do encargo de evitar o próprio dano é a *razoável*, aquela que pessoa com *normal diligência* adotaria diante das circunstâncias do caso concreto.

11. Os casos em que há oneração da obrigação do devedor em função do exercício retardado de direito não se aplicam o encargo de evitar o próprio dano.

Nos casos em que a oneração da obrigação se dá por incidência de *juros de mora* a inserção de encargo de evitar o próprio prejuízo é *desnecessária* porque são eles resolvidos por aplicação do art. 405 do CC/2002, que manda contarem-se os juros de mora a partir da citação.

Nos casos em que a oneração da obrigação se dá por *inadimplemento reiterado* do devedor, o reconhecimento do encargo de evitar o próprio dano é *inadequado* porque este encargo é elemento próprio para solucionar problemas de imputação de danos que a própria vítima poderia ter evitado, enquanto que estes casos não envolvem imputação de danos mas o problema de exercício abusivo de direito, ou, mais especificamente, a figura típica da *supressio*.

A questão fundamental na aplicação da *supressio* é a verificação da *confiança legítima* da parte devedora de que, em função do não exercício alargado do direito, o credor não mais o exercitaria. Contra a verificação desta confiança legítima, depõem os fatos de o devedor inadimplente estar de má-fé, de o prazo prescricional de cobrança de dívida líquida encontrar-se fixado em lei e ser relativamente curto.

REFERÊNCIAS

- ALCOZ, María Medina. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontratual*. Madrid: Dykinson, 2003
- ALVES, Jones Figueirêdo, DELGADO, Mário Luiz. *Código civil anotado: inovações comentadas: artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2005.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

- BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Campinas: Bookseller, 2005.
- CAHALI, Youssef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: RT, 1980.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2007.
- _____. *Tratado de direito civil português. 1º v., 1º t.: Introdução, doutrina geral, negócio jurídico*. 3. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2009.
- _____. *1º v.: Parte geral, 4º t.: Exercício jurídico*. Coimbra: Almedina, 2007.
- _____. *2º v.: Direito das obrigações, 1º t.: Introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*. Coimbra: Almedina, 2009.
- _____. *2º v.: Direito das obrigações, 3º t.: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2010.
- _____. *2º v.: Direito das obrigações, 4º t.: cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção, garantias*. Coimbra: Almedina, 2010.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil, v. II*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2009, n. 171.
- DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996, v. 2.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, v. 7: responsabilidade civil*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINIZ, Souza. *Código civil alemão*. Rio de Janeiro: Record, 1960.
- _____. *Código civil suíço e código federal suíço das obrigações*. Rio de Janeiro: Record Editora, 1961.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes, FILHO CAVALIERI, Sergio. *Comentários ao código civil, volume XIII: da responsabilidade, das preferências e privilégios creditórios*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- FARNSWORTH, Edward Allan. *Contracts*. 4. rd. New York: Aspen Publishers, 2004.
- FARIAS Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 19 (julho/setembro), 2004.

- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Duty to mitigate the loss*. Editorial n. 13. Disponível em: <<http://pablostolze.ning.com/page/editoriais-1>>. Acesso em: 12 nov. 2010.
- GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- GOETZ, Charles J., SCOTT, Robert E. The mitigation principle: towards a general theory of contractual obligation. *Virginia Law Review*, v. 69, n. 6, 1983, p. 967-1024.
- HONNOLD, John. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3rd ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>>. Acesso em: 01 dez. 2010.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.
- _____. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.
- _____. *Lehrbuch des Schuldrechts - I*. 14 ed. München: Beck, 1987.
- LEITE, Gisele. Roteiro sobre o princípio da boa fé objetiva. Jus Vigilantibus, Vitória, setembro de 2006. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/22364>>. Acesso em: 11 out. 2009.
- MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. Rio de Janeiro: Aide editora, 1997.
- MCGREGOR, Harvey. The role of mitigation in the assessment of damages. In: *Contract damages: domestic and international perspectives*. Djakhongir Saidov & Ralph Cunningham (ed.). Oxford: Hart Publishing, 2008.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado, tomo XXII: Direito das obrigações: obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.
- MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, v. 4: direito das obrigações, 1ª parte*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- OPIE, Elizabeth. *Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 77 of the CISG*. Janeiro de 2005. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni77.html>>. Acesso em: 23 jul. 2009.
- PAUTREMAT, Solène Le. Mitigation of Damage: A French Perspective. *International & Comparative Law Quarterly*, 55, p. 205-218.

- PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson Peixoto. *Responsabilidade extracontratual – algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização*. In: Revista EMERJ. v. 11, n. 44 – Rio de Janeiro: EMERJ, 2008.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.
- POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2001.
- PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Coimbra: Almedina, 1997.
- KEETON, W. Page., DOBBS, Dan B., KEETON, Robert E., OWEN, David G. *Prosser and Keeton on the law of torts*. 10 reimp. da 5. ed. West group, 2004.
- RÉGIS, Mário Luiz Delgado. In: *Código Civil comentado*. Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil, v. 4: responsabilidade civil*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003
- SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado, v. XIV: Direito das obrigações (arts. 1037-1078)*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- SANTOS JÚNIOR, E. “Mitigation of damages”, redução de danos pela parte lesada e “culpa do lesado”. In: *Homenagem da faculdade de direito de Lisboa ao professor doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2007.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Juros no novo direito privado brasileiro. In: *O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito*. José Geraldo Brito Filomeno, Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior e Renato Afonso Gonçalves (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 533-564.
- SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. São Paulo: Renovar, 2005.
- _____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem*. Março de 2005. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_duty.doc>. Acesso em: 05 jun. 2009.
- _____. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. v. 3. 5. ed. São Paulo: Método, 2010.
- TREITEL, G. H. *The law of contracts*. 12. ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008, v. 1.
- WESTERMANN, Harm Peter. *Código civil alemão: direito das obrigações; parte geral*. Porto Alegre: Fabris, 1973.

V

O IMPOSTO DE RENDA SOBRE GANHO DE CAPITAL NÃO REALIZADO EM RAZÃO DE PERMUTA

Demetrius Nichele Macei

Professor de Direito Tributário e Internacional Tributário da Unicuritiba (Graduação), da PUC/PR e da Universidad Austral de Buenos Aires (Especialização). Doutorando em Direito Tributário pela PUC/SP e Mestre pela PUC/PR. Advogado em Curitiba/PR. Membro do Conselho Fiscal da JBS S/A e do Conselho Temático de Assuntos Tributários da Federação das Indústrias do Paraná (FIEP). www.macei.com.br

RESUMO: No Brasil, a arrecadação tributária é baseada na Pessoa Jurídica. Na esfera federal, sobretudo no que se refere ao Imposto sobre a Renda (IRPJ) e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Desde 1995, com a consagração do Princípio da Universalidade da Renda, muitas daquelas pessoas jurídicas que possuem atividade econômica no exterior, por exemplo, como se não bastasse a carga tributária interna elevada, passaram a sofrer também a dupla incidência do Imposto sobre a Renda sobre hipóteses ocorridas fora do país. Considerando essa tendência e contexto histórico, o presente trabalho tem como objetivo analisar um dos aspectos da tributação sobre a renda, especificamente o ganho de capital nos casos em que a empresa substitui bem imóveis reavaliados por capital social, e mesmo sem obter renda em sentido estrito, sofre a exigência de tributo pelo fisco.

PALAVRAS-CHAVE: tributação, ganho de capital, imposto de renda (IRPJ), reavaliação de imóveis.

ABSTRACT: In Brazil, the taxation is based on the Corporations. At the federal level, especially with regard to the Income Tax (CIT) and the Social Contribution on Net Profits (CSL). Since 1995, the consecration of the Principle of Universality of income, many of those entities that have economic activity abroad, for example, to top it off the high internal taxes, also have suffered the double impact of the Income Tax on cases occurring outside the country. Considering this trend and historical context, this paper aims to analyze an aspect of income taxation, specifically the capital gains in cases where the company is replacing and re-evaluated by real estate capital, and even without earning income in the strict sense, suffers from the requirement of tribute by the tax authorities.

KEYWORDS: taxation, capital gain, income tax (CIT), revaluation of properties.

SUMÁRIO: 1. Hipótese de incidência do imposto sobre a renda – 2. A questão proposta – 3. A solução proposta – 4. Conclusão – Bibliografia.

1. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE A RENDA

O Imposto de Renda tem como matriz a Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 153, inciso III, discrimina à União Federal a competência para instituir imposto sobre “renda e proventos de qualquer natureza”.

O fato gerador do imposto é, segundo a melhor doutrina¹, uma *nova riqueza* ou o *aumento patrimonial*, que não se confunde com mero ingresso ou a reposição de patrimônio (riqueza antiga). Dessa forma, caso seja consumida ou reinvestida, tal parcela não importará nunca em redução do patrimônio do contribuinte.

Tais acréscimos identificam-se, portanto, com o conceito de aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, que é o núcleo do fato gerador do imposto, nos termos do artigo 43 do Código Tributário Nacional (“CTN”) abaixo transcrito:

“Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os *acréscimos patrimoniais* não compreendidos no inciso anterior...”(g.n.)

Por uma questão metodológica o legislador ordinário segregou o Imposto segundo a pessoa, seja física (IRPF) ou jurídica (IRPJ). Aqui não pretendemos detalhar a norma jurídica tributária relativa ao IRPF, tão pouco a que prevê os aspectos da CSLL, mas é oportuno destacar que esta Contribuição tem o mesmo fato gerador do Imposto de renda, e em consequência disso, o artigo acima é aplicável em sua totalidade no for pertinente a Pessoa Jurídica. Esse também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal².

Requisito fundamental previsto na Lei Complementar (CTN), para que se considere ocorrida a hipótese de incidência do Imposto, é a chamada disponibilidade econômica ou jurídica da renda.

Os estudiosos do imposto divergem quanto a conceituação das disponibilidades econômica e financeira. De um lado, há aqueles que se pensam como José Eduardo Soares de Melo³ que afirmam ser a previsão do legislador sobre a disponibilidade econômica busca alcançar toda a renda obtida de situações não reguladas ou até mesmo decorrentes de atos ilícitos. Nesse sentido, não importa se o negócio não é jurídico (recebimento de dívida de jogo, p. ex.), pois o CTN prevê não só

1. SOUZA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. 4. ed. póstuma. 2. tir. São Paulo: Resenha Tributária, 1982.
2. RE no. 146.733-9/SP. Rel. Min. Moreira Alves. RTJ. Vol. 143, fevereiro de 1993.
3. Caderno de Pesquisas Tributárias. Vol 11. **O fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza**. São Paulo. Resenha Tributária, 1986.

a disponibilidade jurídica (relativas a situações jurídicas que provocam a renda) mas também a disponibilidade meramente econômica.

Ricardo Mariz de Oliveira⁴, seguindo mais além, diferencia ainda a disponibilidade econômica da *financeira*, no sentido de que a econômica é a efetiva, ou seja: “dinheiro em caixa”. Já a financeira se refere a obtenção de direito de crédito, mas não efetivamente recebido pela pessoa jurídica. Segundo o autor, a mera disponibilidade financeira não enseja a incidência do Imposto.

Contudo, a posição majoritária⁵ distingue as disponibilidades afirmando que a disponibilidade econômica é simplesmente a efetiva percepção da renda, o seu recebimento, enquanto a disponibilidade jurídica seria o nascimento do direito de crédito, ou em termos afeitos a pessoa jurídica. Para que ocorra a disponibilidade jurídica, o beneficiário deve possuir título legal que permita a conversão do crédito em dinheiro (como juros ou dividendos a serem creditados). Como se vê, o conceito majoritário de disponibilidade jurídica coincide com o conceito visto anteriormente de disponibilidade financeira⁶ e assim, não importaria o termo utilizado: há incidência em todos os casos.

2. A QUESTÃO PROPOSTA

Vamos supor que determinada pessoa jurídica possui imóveis em seu ativo permanente (não circulante) e pretende reavaliá-los⁷, constituindo, com este saldo, “Reserva de Reavaliação” que se converterá em aumento de “Capital” da própria empresa. Em seguida, utiliza este mesmo Capital para investir em terceira empresa, constituída sob a forma de Sociedade Anônima, na qual deterá praticamente a totalidade das ações (99,99%).

A legislação do imposto prevê que sobre a incorporação ao capital, da reserva de reavaliação, constituída como contrapartida do aumento de valor de bens imóveis integrantes do ativo permanente, não incide o Imposto de Renda, exceto nos casos de *alienação*, depreciação, amortização, exaustão ou baixa por perecimento é que o tributo incidirá sobre o saldo positivo decorrente da reavaliação

4. **Fato Gerador do Imposto de Renda – Disponibilidade jurídica e econômica.** Guia IOB IRPJ. Atual. No. 02/1995.
5. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica.** vol 01. Ed. Adcoas: Rio de Janeiro, 1979.
6. CARVALHO, Fábio Junqueira de. MURGEL, Maria Ines. **IRPJ – teoria e prática jurídica.** 2 ed. São Paulo: Dialética, 2000.
7. Atribuição de justo valor aos bens patrimoniais da empresa, através de reconsideração de seus respectivos preços, aumentando ou diminuindo os originais, baseado na realidade atual.

dos imóveis, posto que apenas nestes casos ocorreria a efetiva “realização” do Ganho de Capital.⁸

A questão que colocamos em análise é a seguinte: no momento em que a empresa integralizar as ações de outra empresa, por meio do investimento do Capital resultante da reavaliação dos seus imóveis, considerar-se-á então “realizado” o referido aumento de valor? Em outras palavras: Para efeitos da incidência do Imposto de Renda, considera-se ocorrida a “alienação” no momento em que se der o referido investimento, nas condições acima?

Vimos que a aquisição disponibilidade jurídica requer o direito de receber e poder dispor da renda. Todavia, sob o aspecto teleológico, as locuções *aquisição de disponibilidade econômica e jurídica* de renda visam estabelecer um limite ao legislador, ante a impossibilidade da lei tributária alcançar renda que não esteja efetivamente *realizada*, ou seja, traduzida em dinheiro ou outro bem da mesma natureza. Assim, é de rigor que a lei tributária determine a exigência do imposto somente nos casos em que a renda esteja disponível, isto é, livre, desimpedida, desembaraçada, não sujeita a condições. É por isso que quanto a questão proposta, o legislador foi particularmente feliz ao prever a não incidência em caso de *não realização* do ganho de capital, afastando qualquer dúvida que poderia remeter a conceituação restrita de disponibilidade jurídica.

3. A SOLUÇÃO PROPOSTA

Na questão proposta, a pessoa jurídica investiu em terceira empresa, e supostamente emitiu ações para fazer frente à tal capitalização. Na eventualidade de que a investidora venda essas ações a terceiros, aí sim poderíamos afirmar que houve a realização de eventual ganho de capital, sujeito a tributação pelo imposto de renda, mas até que isso aconteça a pessoa jurídica em questão não obteve acréscimo patrimonial algum, pois trata-se ainda de mera formalização contábil sem efeitos concretos.

É por isso que a mera troca de capital por investimento em empresa 100% controlada não pode ser comparada a compra e venda. Neste sentido Pontes de Miranda⁹ já ensinava que: “*Na troca não há preço, como na compra e venda, mas é irrelevante que as coisas permutadas tenham valores desiguais...*”, e também De Plácido e Silva¹⁰: “*Na venda há um preço. Na permuta, a troca de valores é*

8. Arts. 435 e 436 do Regulamento do Imposto de Renda.

9. **Tratado de Direito Privado**, t. XXXIX. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

10. **Vocabulário Jurídico**. Vol III. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

firmada por sua equivalência, pelo que dela se exclui qualquer obrigação que resulte na entrega de dinheiro.”

Nem se diga que a hipótese “troca” apenas goza de isenção naqueles casos expressamente reconhecidos pelo legislador, a exemplo do que ocorre com o art. 65 da Lei 8.383/91¹¹, ou ainda o art. 121, II, do RIR/99¹². Isto porque o instituto da permuta é definido pelo direito privado e não cabe ao aplicador da lei tributária, na forma do artigo 110 do CTN, alterar seu sentido e alcance¹³.

Outra observação que será importante para a solução da questão é aquela existente entre bens chamados patrimoniais *fixos* e *de giro*.

Os bens patrimoniais reservados ao uso e fruição de seu proprietário são denominados bens do patrimônio fixo, ou bens de capital; de outra banda, os destinados a alienação, a renovação, são denominados bens de giro, ou bens do capital circulante, ou simplesmente bens circulantes.

Essa classificação, em bens de uso e fruição e bens de giro, fica evidenciada nas demonstrações financeiras das empresas, que registram em seu balanço, no ativo, em primeiro lugar uma parte destinada ao capital de giro ou circulante, em dois grupos de contas, um denominado ativo circulante e o outro denominado ativo realizável a longo prazo. Em seguida, o balanço consigna os grupos de contas do ativo fixo, pela legislação contábil denominado também ativo permanente (não circulante), subdividido nos grupos investimentos, imobilizado, intangível e diferido (saldo)¹⁴.

Tratando exclusivamente de bem integrante do patrimônio de giro, sua alienação decorre sempre a necessidade de considerar como receita a contraprestação recebida pelo alienante, tenha essa alienação realizada mediante permuta ou não. Tal receita deverá ser somada pelo alienante às suas outras do período de apuração do resultado, para fins de cálculo do Imposto de Renda.

11. Art. 65 – Terá o tratamento de permuta a entrega, pelo licitante vencedor, de títulos da dívida pública federal ou de outros créditos contra a União, como contrapartida a aquisição das ações ou quotas leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização.

12. Art. 121. Na determinação do ganho de capital, serão excluídas (Lei nº 7.713, de 1988, art. 22, inciso III): (...) § 2º No caso de permuta com recebimento de torna, deverá ser apurado o ganho de capital apenas em relação à torna.

13. “A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.” Sobre a aplicação deste artigo pelos tribunais, veja decisão do STJ mais adiante mencionada.

14. As normas contábeis sofreram recentes alterações em razão da harmonização contábil internacional. Ver leis 11.638/2008 e 11.941/2009.

Isso porque, qualquer que tenha sido a forma da alienação do bem de giro, o valor recebido em contrapartida será, indefectivelmente, considerado como receita para efeito de apuração do lucro tributável, posto que houve acréscimo patrimonial efetivo. No caso, se da troca não se puder inferir o valor da alienação, o fisco o determinará pelos meios ao seu alcance, podendo mesmo arbitrá-lo, nos termos do artigo 148 do CTN.

Exemplo dessa sistemática é o caso daquele produtor rural que troca seu produto agrícola por maquinário destinado ao plantio da próxima safra. Nesse caso, como o produto integrava o patrimônio de giro, a sua permuta na verdade serviu como etapa de supressão da venda em dinheiro para o posterior uso do mesmo para a aquisição de implementos agrícolas. Um mero “atalho”, portanto.

Todavia, quando o contribuinte pretende trocar bens do ativo permanente (Investimento x Capital) e, portanto, não ocorrerá a obtenção de “renda nova”, mas simplesmente a troca de ativos imobilizados que não influem no resultado.

O outro aspecto a se considerar é o que condiz com o direito real, a relação jurídica que vincula a coisa à pessoa que a possui. É necessário saber qual o enquadramento do bem quanto ao ânimo do proprietário em mantê-lo ou não em seu patrimônio. Esse ânimo, essa manifestação efetiva sobre a intenção quanto ao modo de possuir o bem, que pode ser para uso e fruição próprios, ou como bem econômico incluído entre aqueles destinados a alienação, é que determina a forma como deve ser analisada a questão.

O Conselho de Recursos Fiscais (CARF) em decisão majoritária proferida em Junho/2006 já se manifestou pela não incidência do Imposto de Renda em caso semelhante relativo a pessoa física, cuja ementa segue abaixo transcrita *in verbis*:

“Processo n.º: 10850.002614/2001-68

Recurso n.º: 138.883

Matéria: IRPF EX: 1997 a 2000

Recorrente: HELENA DO CARMO FARIA THOMAZ

Recorrida: 5º TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP II

Sessão de: 22 de junho de 2006

Acórdão n.º: 102-47.681

(...)

DECADÊNCIA – IRPF – GANHO DE CAPITAL – O ganho de capital sujeita-se à incidência do imposto de renda, sob a forma de tributação definitiva, devendo o cálculo e o pagamento do imposto ser efetuados em separado dos

demais rendimentos tributáveis recebidos no mês. Esse imposto está sujeito ao lançamento por homologação, de modo que o termo de início do prazo de cinco anos, para a Fazenda Pública exercer seu direito de revisá-lo, é a data da ocorrência do fato gerador.

IRPF – PERMUTA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA – PRINCÍPIO DA ENTIDADE – NÃO OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO IRPF – A Lei n. 7713/88, em seu art. 2, determina que o IRPF é devido por regime de caixa, à medida que o ganho de capital for percebido. Se o crédito de terceiro foi pago à pessoa jurídica controlada pelo Contribuinte, este não pode ser considerado como percebido pelo Contribuinte, em respeito ao Princípio da Entidade, pois não ingressou em sua disponibilidade jurídica ou econômica, não implicando em fato gerador do Imposto de Renda. A tributação desses rendimentos depende da efetiva entrega dos valores ao Contribuinte. O recebimento do crédito pela pessoa jurídica controlada pelo Contribuinte não descaracteriza o negócio jurídico de permuta, inexistindo a compra e venda alegada pela fiscalização.

(...).

Preliminar acolhida.

Recurso parcialmente provido.”

Com relação a natureza jurídica da “permuta”, enquanto negócio diferente da compra e venda, e ausente de acréscimo patrimonial, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ARTIGO 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA. IMPOSTO DE RENDA. EXTINÇÃO DE HOLDING. DEBATE ACERCA DA OCORRÊNCIA OU NÃO DE DISTRIBUIÇÃO EFETIVA DE LUCROS. SÚMULA 07/STJ.

1. Inexiste ofensa ao artigo 535, do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos.

2. In casu, nos embargos de declaração opostos contra o acórdão que julgou a apelação, a Fazenda Nacional requereu pronunciamento acerca da alegação de que o auto de infração impugnado não se referiria a lucros incorporados ao capital, mas a lucros não capitalizados.

3. Assentando o Tribunal a quo, com fulcro no parecer do Ministério Público, que o Fisco não demonstrara “aquilo que os autos desmentem, a saber, a suposta distribuição de lucros, a redundar em ganho para os sócios e justificar a incidência do IR, no caso concreto”, bem como lançando a assertiva de que: “...quando a ‘holding’ foi extinta, não havia lucro efetivo a ser distribuído aos sócios, sendo substituído o valor de participação de cada um dos quotistas por ações e quotas de outras empresas (as controladas), não havendo geração de riqueza nova, uma vez que ocorreu apenas uma permuta de bens. Tratou-se de simples fato permutativo, do ponto de vista das ciências contábeis, que provoca uma troca de elementos

patrimoniais, sem, contudo, alterar o patrimônio líquido do contribuinte. Não se pode confundir com a hipótese de fatos modificativos positivos (plano contábil), que importam em uma efetiva mutação aumentativa dos elementos patrimoniais da pessoa, caracterizando acréscimo patrimonial, fato imponível do IR”, ressoa cristalino que fundou a sua conclusão no contexto fático-probatório.

4. Destarte, revela-se inequívoco não só não ter a decisão hostilizada incorrido na omissão apontada, que ensejaria o provimento do recurso pela violação ao artigo 535, do CPC, como também, no que pertine ao debate acerca da ofensa ao artigo 43, do CTN, com o que pretende o recorrente o revolvimento de matéria insindicável, em sede de recurso especial, pelo E. STJ, ante a incidência da Súmula 07. *Isto porque o acórdão recorrido, no exercício de cognição plena, perfilhou o entendimento da não incidência de imposto de renda, partindo da premissa de que, in casu, não houve distribuição de lucros efetivos aos sócios, mas mera permuta de bens, uma vez que o valor da participação de cada um dos quotistas foi substituído por ações e quotas de outras empresas (as controladas), gerando mera expectativa de percepção futura de lucro.*

5. Análise da pretensão recursal que implica no indispensável reexame do contexto fático-probatório dos autos, porquanto exige o cotejo entre o auto de infração e a operação realizada pela empresa no ato de sua dissolução, para aferir a ocorrência ou não de distribuição efetiva de lucros, ensejador de acréscimo patrimonial, fato imponível do imposto de renda.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

(REsp 668.378/ES, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2005, DJ 14/11/2005, p. 197)

Em outra decisão do STJ, que manteve decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em Brasília, o julgado trata de suposto ganho de capital do Sr. Edison Lobão e avalia a temática que envolve o citado artigo 110 do CTN. Vejamos a ementa:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA PARA MODIFICAÇÃO DO JULGADO. IMPOSTO DE RENDA. PERMUTA DE UNIDADES IMOBILIÁRIAS, SEM TORNA. GANHO DE CAPITAL. EXCLUSÃO. REGULAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA.

1. Inexiste ofensa ao art. 535, do CPC, quando o desígnio da parte é a modificação do mérito a pretexto de apontar vício na aplicação da lei no tempo.

2. Ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos.

3. Permuta de imóveis que consoante comprovado à sociedade pelo aresto recorrido não implicou em ganho de capital gerador do imposto de renda.

4. Não obstante a justeza da assertiva, à luz das razões unânimes do aresto recorrido, é interdito ao STJ o conhecimento dessa suposta proporcionalidade de valores, posto vedada a cognição pela Súmula 07/STJ.

5. *Deveras, o Tribunal local entendeu que o negócio engendrado pelas partes encerrou permuta, por isso que além de o direito tributário valer-se dos conceitos de direito privado, a aferição da natureza do vínculo esbarra na Súmula 05/STJ.*

6. Recurso especial não conhecido.

(REsp 656.242/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/10/2004, DJ 25/10/2004, p. 264)

Após a análise do conceito de acréscimo patrimonial do Imposto, vê-se que *potencial* acréscimo decorrente na troca de participações societárias, portanto, na troca simples de bens do enquadrados no ativo fixo da própria empresa em que não há contrato de compra e venda ou recebimento de dinheiro, ou equivalente, que corresponda a efetivo acréscimo patrimonial, não há a incidência do Imposto sobre a Renda.

No caso apresentado há ainda um componente adicional: a participação societária adquirida é de empresa controlada. Nesse caso se impõe que a permuta ocorra pelo valor de mercado indicado em laudo de avaliação firmado por três *experts*, ou por entidade especializada, desvinculada dos interesses dos contratantes, com indicação dos critérios de avaliação e dos elementos de comparação adotados.

Atendidos esses requisitos de ordem técnica, a situação de permuta entre empresas controladas, controladoras, coligadas, enfim relacionadas nos termos da lei societária, favorece ainda mais o afastamento da incidência do Imposto de Renda, pois fica evidenciada a ausência de “realização do ganho” pois não há na *prática* sequer transferência de titularidade do patrimônio.

Ressaltamos que, quando a pessoa jurídica alienar, por valor superior ao seu custo, bem de seu patrimônio fixo, obterá renda: renda do capital. Contudo, se essa “alienação” se der mediante mera troca de bens, seja o bem dado em troca de móvel ou imóvel, tangível ou intangível, não ocorrerá percepção de renda nem obtenção de acréscimo patrimonial. O bem (Investimento) que ingressará em seu patrimônio ficará registrado pelo mesmo custo pelo qual estava registrado o que saiu (Capital).

4. CONCLUSÃO

Conclusivamente, a natureza jurídica da “permuta” não se confunde com a alienação em sentido estrito, ou seja, aquela pela qual o legislador do Imposto de

Renda quer ver realizado o ganho de capital a ser obtido, especialmente em se tratando troca de bens integrantes do ativo permanente (não circulante). Assim, o dinheiro – ou o estritamente equivalente a – deve ser a medida da renda e do acréscimo patrimonial na hipótese em questão e a mera “troca”, ou “permuta”, é modalidade de negócio que não envolve valor pecuniário, desde não se tenha por objeto do negócio bem do capital de giro, entendemos que não se alterará o estado de riqueza da pessoa jurídica perante o Imposto de Renda, e nada haverá para ser tributado.¹⁵

BIBLIOGRAFIA

CARVALHO, Fábio Junqueira de. MURGEL, Maria Ines. **IRPJ – teoria e prática jurídica**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2000.

MELO, José Eduardo Soares de. **O fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza**. Caderno de pesquisas tributárias v. 1. São Paulo: Resenha Tributária, 1986.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fato Gerador do Imposto de Renda – Disponibilidade jurídica e econômica**. Guia IOB IRPJ. Atual. No. 02/1995.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica**. vol 01. Ed. Adcoas: Rio de Janeiro, 1979.

PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. V III. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**, t. XXXIX. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

SOUZA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. 4. ed. póstuma. 2. tir. São Paulo: Resenha Tributária, 1982.

15. A Receita Federal do Brasil, por meio da Instrução Normativa no. 107, de 14.07.88, já manifestou entendimento em sentido contrário. Entendemos inaplicável a referida norma complementar, em razão de sua incompetência para tratar de matéria relativa a definição da hipótese de incidência do imposto bem como para definir conceitos de direito privado (permuta) para fins tributários.

VI

CRÍTICA DO NEOCONSTITUCIONALISMO¹

Dimitri Dimoulis

Mestre em direito público pela Universidade Paris-I Sorbonne. Doutor e pós-doutor em direito pela Universidade do Sarre (Alemanha). Professor da Direito GV. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (IBEC).

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Uma problemática tentativa de definição: 2.1. O problema da força normativa da Constituição; 2.2. Expansão da jurisdição constitucional e tutela dos direitos fundamentais; 2.3. A “nova” interpretação constitucional com base em princípios e ponderação; 2.4. Insuficiências da definição – 3. O neoconstitucionalismo como constitucionalismo? – 4. O neoconstitucionalismo como moralismo jurídico – Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O rótulo “neoconstitucionalismo” gera controvérsias. Há numerosos adeptos,² um dos quais chegou a qualificá-lo como “verdadeira revolução copernicana no plano da teoria do direito e do Estado”.³ Há autores que formulam ressalvas, mas reconhecem vantagens cognitivas ao neoconstitucionalismo.⁴ Há, por fim, críticos veementes que condenam a proposta neoconstitucionalista como “desastrosamente errada”.⁵

Os adeptos são mais numerosos do que os críticos. O mais interessante, porém, não é realizar uma “contagem de votos”, mas constatar que nos últimos

1. Versão revista, atualizada e ampliada de um trabalho inicialmente publicado nos volumes: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (orgs.). *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008; SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
Agradeço o convite formulado pelo Professor Fredie Didier Jr. que deu origem a essa nova versão, com apresentação e comentários de recentes estudos sobre o tema. Agradeço igualmente as críticas e sugestões dos Professores Soraya Lunardi, Gessé Marques Jr., Lauro Swensson Jr., José Rodrigo Rodrigues, Eurico de Santi e Luciana Gross Cunha.
2. Figueiroa, 2007; Barroso, 2007; Bello, 2007; Moreira, 2008; Agra, 2008; Branco, 2009, p. 130-143; Maia, 2009; Cambi, 2009; Kim, 2009; cfr. os numerosos estudos em Quaresma et al. (orgs.), 2009.
3. Streck, 2008, p. 285-286.
4. Schiavello, 2003; Lois, 2006; Sarmento, 2007 e 2009.
5. Barberis, 2006, p. 24; cfr. Ávila, 2009.

anos cristalizou-se na teoria do direito brasileira um consenso doutrinário de que o melhor método de interpretação é o “neoconstitucionalista”. Isso ocorre por dois motivos.

Primeiro, em razão do fato (inquestionável) que os ordenamentos jurídicos modernos não podem ser corretamente entendidos e operacionalizados sem constante referência aos mandamentos constitucionais.⁶ A atualidade e a onipresença da Constituição (e dos constitucionalistas) nos debates modernos é muitas vezes denominada “constitucionalização do ordenamento jurídico”⁷ e indica que o constitucionalismo adquiriu nova força que muitos descrevem como surgimento de um neoconstitucionalismo.

Segundo, há uma forte corrente doutrinária e jurisprudencial afirmando que a Constituição não pode ser corretamente interpretada sem atribuir centralidade aos seus princípios. Certamente, não há concordância sobre o conceito de princípio⁸, o que gera divergência em relação a sua aplicação. Isso demonstra o exame da riquíssima produção bibliográfica dos últimos anos sobre a definição, as espécies e as características dos princípios.⁹ Mas os numerosos partidários da visão principiológica costumam se apresentar como neoconstitucionalistas.

Por essas razões não se pode ignorar o tema do neoconstitucionalismo no Brasil, sendo correto afirmar que vivemos em tempos de neoconstitucionalismo.¹⁰ Em nossa opinião, essa afirmação tem duplo significado:

Primeiro, reconhece a importância do debate sobre o neoconstitucionalismo: descreve a atual fase do direito brasileiro como “neoconstitucional”, tendo como base as orientações que prevalecem na doutrina e na jurisprudência.

Segundo, o uso descritivo do termo não implica em aceitar o neoconstitucionalismo como orientação teórica, isto é, como proposta normativa que deve guiar a atuação dos aplicadores do direito. Somente registra as contínuas referências ao neoconstitucionalismo no debate atual e sua utilização como forma de interpretação do direito e, também, instrumento de luta contra os críticos.

6. Cfr. Dimoulis e Duarte, 2008.

7. Cf. a apresentação em Guastini, 2007 e a maioria dos estudos publicados em Souza e Sarmento (orgs.), 2007.

8. Dimoulis e Lunardi, 2008.

9. Cf. entre a bibliografia nacional Bonavides, 2002, p. 228-266; Rothenburg, 2003; Leite (org.), 2003; Ávila, 2004 e 2006; Barcellos, 2002, p. 40-99; Tavares, 2006, p. 85-123; Sgarbi, 2007, p. 226-245.

10. Expressão usada por Lois, 2006; Streck, 2008; Moreira, 2008a; cfr. Didier Jr., 2010, p. 263.

Por essas razões se faz necessária uma análise crítica do neoconstitucionalismo, demonstrando os problemas ligados à sua definição. A nossa tese básica é que o neoconstitucionalismo não introduz uma ruptura no pensamento jurídico-constitucional, pois seus elementos são conhecidos pela doutrina e utilizados na prática judicial desde o começo do constitucionalismo e certamente desde finais do século XIX.¹¹ Esse exame crítico pode oferecer uma base sólida para a ulterior discussão.

2. UMA PROBLEMÁTICA TENTATIVA DE DEFINIÇÃO

Entre os estudos brasileiros sobre o neoconstitucionalismo apresenta particular relevância o trabalho “Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito” do Professor Luís Roberto Barroso, inicialmente publicado em 2005.¹² Isso se dá em razão de sua ampla divulgação editorial¹³ e do fato de ter se tornado referência básica para o debate nacional, sendo citado em praticamente todos os posteriores trabalhos sobre o tema.¹⁴ Partiremos da reconstrução dos elementos de definição indicados nesse texto. Segundo o Prof. Barroso, o neoconstitucionalismo apresenta três características básicas:¹⁵

- *Reconhecimento da força normativa da Constituição.*¹⁶ Até a Segunda Guerra Mundial, a Constituição era entendida, na Europa, como “documento essencialmente político”¹⁷, sem força jurídica e sem atribuição de um papel ativo ao Judiciário como guardião da Constituição. Nas últimas décadas, ao contrário, foi plenamente reconhecida a força normativa da

11. Esse problema é reconhecido por Didier Jr., 2010, p. 259-260. Mas o autor afirma que a conjunção de todas as características do neoconstitucionalismo em ordenamentos, como a brasileiro pós-1988, constitui uma novidade, justificando o uso do termo para descrever uma situação nova.

12. Utilizamos a publicação: Barroso, 2007.

13. O mesmo texto foi publicado em dez revistas jurídicas entre 2005 e 2007 (dados bibliográficos em: <http://biblioteca.senado.gov.br:8991>), além de sua publicação em obras coletivas e sites da internet.

14. Bello, 2007; Moreira, 2008 e 2008a; Agra, 2008; Cambi, 2009; Kim, 2009.

15. Cf. o resumo feito pelo autor: “Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX (...) (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito” (Barroso, 2007, p. 216). Semelhante a enumeração de elementos, para fins de crítica do conceito, em Ávila, 2009.

16. Barroso, 2007, p. 209-210.

17. Barroso, 2007, p. 209.

Constituição, ocorrendo a constitucionalização ou o “triunfo tardio”¹⁸ do direito constitucional.

- *Expansão da jurisdição constitucional*.¹⁹ A partir da Segunda Guerra Mundial foram criadas Cortes Constitucionais em vários países europeus, propiciando uma tutela mais adequada dos direitos fundamentais.
- *Nova interpretação constitucional*.²⁰ A interpretação constitucional que corresponde ao neoconstitucionalismo utiliza elementos normativos caracterizados pela abstração, tais como os princípios e as cláusulas gerais e emprega as técnicas da ponderação entre direitos e interesses. Em casos de colisão entre princípios abstratos, “a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto”.²¹ Rejeita-se, dessa forma, a tese, positivista e/ou legalista, segundo a qual o sistema jurídico é composto de regras (concretas), cabendo ao aplicador tão somente subsumir os casos concretos sob essas regras.

Em nossa opinião, *nenhum* desses elementos permite definir de maneira satisfatória o neoconstitucionalismo. Isso é devido às seguintes razões.

2.1. O problema da força normativa da Constituição

As Constituições escritas-instrumentais proliferaram na Europa e na América Latina desde o início do século XIX, seguindo o exemplo dos EUA e da França. Essas Constituições, às vezes denominadas de “Constituições políticas”, “Constituições do povo” ou “Estatutos constitucionais”, foram sempre vistas como *superiores* à legislação ordinária. Sem superioridade em relação às demais fontes do direito, a Constituição perde seu sentido: torna-se uma simples lei com majestoso nome ou uma promessa política.

Isso vale hoje com a mesma necessidade conceitual com a qual era reivindicado no século XVIII. Basta lembrar as famosas palavras de Sieyès, pronunciadas em 1793: “uma Constituição é um corpo de leis obrigatórias ou não é nada”.²² E se a Constituição, devemos completar, for uma simples lei obrigatória, semelhante às demais, o termo “Constituição” perde seu significado jurídico.

18. Barroso, 2007, p. 203.

19. Barroso, 2007, p. 210-212.

20. Barroso, 2007, p. 212-216.

21. Barroso, 2007, p. 215.

22. “Une Constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n’est rien” (Bastid, 1934, p. 32).

Três décadas mais tarde, em 1833, o ministro de Educação de França François Guizot promulgou um decreto que instituía a primeira cátedra de Direito Constitucional na Faculdade de Direito de Paris. O Ministro acompanhou o decreto de uma exposição de motivos que determinava o objeto de ensino da seguinte maneira:

“Exposição da Carta constitucional e das garantias individuais, assim como das instituições políticas que a Carta consagra. Não se trata mais de um simples sistema filosófico entregue às disputas pessoais. É uma lei escrita, reconhecida que pode e deve ser explicada, comentada, da mesma maneira como a lei civil ou qualquer outra parte de nossa legislação”.²³

Podemos dizer que Sieyès (1748-1836) e Guizot (1787-1874), ambos nascidos no século XVIII e partidários da supremacia e da plena força jurídica da Constituição, seriam adeptos de um neoconstitucionalismo *avant la lettre*?

Isso não faz sentido. Dito de outra maneira, a tese de que a Constituição era considerada como documento “essencialmente político” porque lhe faltava força normativa não convence.

Igualmente equivocada é a alegação de que só houve materialização das Constituições e introdução de valores em seu texto após a Segunda Guerra Mundial. Pergunta-se. Houve algum período ou país no qual a Constituição foi concebida como repositório de dispositivos juridicamente superiores sem se preocupar com o seu valor político e social? Porque uma Assembléia constituinte ou um monarca redigiriam uma Constituição se não fosse para expressar seus valores?

Essas perguntas são retóricas, pois a Constituição sempre foi pensada como decorrência e expressão de um *projeto político* que objetivava garantir sistemas capitalistas, na maioria dos casos, com regime liberal e democracia representativa. Por isso, as Constituições sempre foram materiais e repletas de valores (*wertgeladen*), nascendo no seio de movimentos políticos.

Referindo-se ao constitucionalismo italiano do século XIX, Biscaretti di Ruffia observa:

“Quando os patriotas dos diferentes Estados italianos reivindicavam, nas primeiras décadas do século XIX, uma Constituição junto aos seus Soberanos, até então absolutos, não pediam simplesmente uma Constituição escrita (ou instrumental), nem somente uma Constituição no sentido formal, mas um documento solene que introduzisse as doutrinas liberais do período, que instituisse órgãos parlamentares representativos e garantisse um mínimo de direitos públicos subjetivos aos cidadãos”.²⁴

23. Texto citado por Carlo Bon-Compagni na introdução em: Rossi, 1866, p. V.

24. Ruffia, 1966, p. 7.

Dependendo do país e do período histórico encontramos conteúdos constitucionais e reivindicações políticas diversas e conflitantes. Mas não conhecemos Constituição que desmintam a regra da superioridade jurídica e do caráter material, valorativo e claramente político de seu conteúdo.

Certamente há Constituições que se limitam a estabelecer poucos princípios, acompanhados de normas que regulamentam as relações entre os poderes. São as denominadas Constituições sintéticas, em oposição a Constituições extensas que apresentam precisos e detalhados projetos de desenvolvimento social, exigem a forte atuação do legislador e especificam metas para as políticas públicas. Essas últimas são as constituições conhecidas como analíticas, dirigentes ou transformadoras. Nesse segundo caso, as referências a valores são densas e evidentes.

Mas os valores estão igualmente presentes nas sintéticas. Uma Constituição que segue o modelo da Constituição Federal dos Estados Unidos e garante amplíssima liberdade aos indivíduos (inicialmente entendidos como tais somente os não escravos de sexo masculino...) delinea um projeto político baseado nos valores da livre iniciativa; da competição no mercado econômico como fator de desenvolvimento e de “felicidade”; na amplíssima proteção da propriedade individual, em detrimento da solidariedade e da unidade nacional. Evidentemente, a Constituição dos EUA precisou de muito menos palavras do que uma “dirigente”, como a brasileira de 1988, para expressar seus valores e projeto político. Mas porque só as Constituições dirigentes expressariam valores? A afirmação do neoconstitucionalismo a respeito da recente introdução dos valores nos textos e práticas constitucionais carece de fundamento.

Alguém poderia retorquir que a tese do caráter jurídico e supremo da Constituição nos séculos XVIII e XIX não passava de um artifício retórico, havendo, na realidade institucional, predominância absoluta do Poder Legislativo (e/ou dos Monarcas nos países de Monarquia constitucional, como foi por décadas o caso do Brasil). Segundo essa visão, a submissão aos mandamentos do texto constitucional era uma ficção, despida de garantias efetivas.

Essa tese da ineficácia prática só é procedente se ignorarmos que o Poder Judiciário assumiu, desde o início do constitucionalismo, um papel particularmente ativo em defesa da supremacia constitucional e da tutela dos direitos fundamentais, fiscalizando e podendo anular decisões dos demais poderes. Referimo-nos, ao mais conhecido “caso” da história constitucional: a prática estadunidense de controle *judicial* de constitucionalidade que adquiriu contornos claros já no começo do século XIX. Em 1803, a decisão *Marbury vs. Madison* da Suprema Corte completou o sistema de fiscalização judicial, acrescentando ao controle de leis e Constituições estaduais em face da Constituição Federal, a possibilidade

de fiscalização de leis federais.²⁵ A partir desse momento o Judiciário torna-se efetivo guardião da Constituição, podendo contrariar decisões dos demais poderes.

Isso não foi uma particularidade dos EUA, como muitos consideram.²⁶ O controle judicial de constitucionalidade foi praticado na Europa já no século XIX. A possibilidade de afastar leis inconstitucionais foi afirmada na Grécia e na Noruega pelo Judiciário, tendo ocorrido várias declarações de inconstitucionalidade, apesar da falta de explícita previsão nas respectivas Constituições.²⁷ Na Suíça, a Constituição Federal de 1874 previa explicitamente o controle de constitucionalidade das leis estaduais (cantonais) pelo Tribunal Federal, mas não autorizava o controle de leis federais, introduzindo um controle judicial de constitucionalidade de alcance limitado.²⁸

Se a tradição judicial de fiscalização e de efetivo afastamento de leis inconstitucionais se verificou no século XIX não só nos EUA, mas também em vários países europeus, como se pode afirmar que a Constituição era, naquele período, um simples documento político à mercê da boa (ou má) vontade dos legisladores? Certamente, não foi isso que tinha em mente o juiz monocrático do Tribunal de primeira instância de Atenas quando afirmava em 1892:

“A Constituição, produto do poder constituinte do povo, constitui a lei fundamental do Estado, que regulamenta os limites e o modo de atuação de cada um dos poderes políticos do Estado e, conseqüentemente, também do poder legislativo. As disposições fundamentais da Constituição foram instituídas como absolutamente imutáveis e as demais normas constitucionais podem sofrer alterações somente se forem respeitadas determinadas condições (artigo 107 da Constituição).

Isto evidencia que, cada vez que os tribunais constatarem um claro conflito entre a Constituição e uma lei oriunda do poder legislativo ordinário, não podem considerar como derogada a Constituição imutável. Devem imperativamente resolver a antinomia reconhecendo a primazia da Constituição e considerando que a lei não possui o poder de abolir a Constituição.”²⁹

25. Zoller, 1999, p. 36-40, 105-131; Lunardi, 2006, cap. 3.1.

26. Sarmiento, 2007, p. 116 refere-se à “singular exceção norte-americana” e sustenta: “a idéia que prevalecia no ‘mundo constitucionalizado’ até meados do século XX era a de que as constituições eram proclamações políticas importantes mas não autênticas normas jurídicas”.

27. Sobre a Grécia, Dimoulis, 2003. Sobre a Noruega, Deener, 1952, p. 1083.

28. Original disponível na *internet* em: <http://www.verfassungen.de/ch/index74.htm>. Tradução nossa: “Art. 113. O Tribunal Federal decide também sobre: (...) 3. Reclamações relacionadas à violação de direitos constitucionais dos cidadãos ou reclamações de particulares sobre violações de concordatos ou tratados internacionais (...). Em todos esses casos, são, porém, vinculantes para o Tribunal Federal as leis e resoluções geralmente obrigatórias editadas pelo Congresso Federal, assim como os tratados internacionais por ele admitidos”.

29. Decisão n. 6.664 de 1892. Tradução para o português em: Dimoulis, 2003, p. 219.

Diante disso, carecem de justificativa cronológica e teórica afirmações que encontramos no texto do Prof. Barroso tais como: “Hans Kelsen foi o introdutor do controle de constitucionalidade na Europa, na Constituição da Áustria de 1920”³⁰ ou ainda: “o Estado constitucional de direito desenvolve-se a partir do término da 2ª Guerra Mundial e se aprofunda no último quarto do século XX”.³¹

Em paralelo à experiência estadunidense e europeia, no Brasil o controle de constitucionalidade foi introduzido na modalidade difusa e incidental desde a proclamação da República. Mesmo ignorando anteriores experiências de fiscalização de constitucionalidade pelo Poder Legislativo e pelo Imperador no exercício do Poder Moderador,³² tivemos no direito brasileiro, no final do século XIX, o mais solene reconhecimento institucional da supremacia jurídica da Constituição, cabendo ao Judiciário sua garantia.³³ Este dado histórico nacional, mencionado no próprio trabalho do Prof. Barroso,³⁴ mostra que não condiz com os fatos normativos a primeira característica do neoconstitucionalismo.

Certamente, o controle judicial da constitucionalidade conheceu expansão qualitativa e adquiriu popularidade após a Segunda Guerra Mundial. Mas essa mudança *quantitativa* não permite alegar que a força jurídico-normativa da Constituição só foi reconhecida a partir da Segunda Guerra Mundial.

Sabemos que o posicionamento do Prof. Barroso não é isolado. Muitos autores, na bibliografia nacional e estrangeira, fazem referência à suposta contraposição entre o Estado legal do século XIX e o Estado constitucional do século XX. Mas essa afirmação decorre da confusão de dois diferentes planos de análise.

No primeiro plano de análise, usamos como critério a *hierarquia normativa*. É decisiva nesse âmbito a presença ou não de uma Constituição forma-escrita-rígida em determinado ordenamento jurídico. Havendo tal diploma, o Estado é sempre e necessariamente *constitucional*, devendo todas as autoridades estatais, e em primeiro lugar³⁵ o legislador ordinário, se submeter à Constituição. Não havendo tal diploma, o Estado será, no máximo, legal, pois a ausência de Constituição

30. Barroso, 2007, p. 210, nota 20.

31. Barroso, 2007, p. 205.

32. Panorama em Lopes, 2010.

33. Palu, 2001, p. 121-122; Dimoulis e Lunardi, 2011, cap. I, 6.

34. Barroso 2007, p. 211.

35. A expressão possui sentido axiológico, por ser o legislador eleito pelo voto popular submetido a um dever politicamente forte de respeitar e fazer cumprir a vontade popular, que, na ideologia constitucional, encontra sua maior expressão na Constituição. Mas o mesmo ocorre no sentido cronológico, por ser o legislador a primeira autoridade que intervém para concretizar os mandamentos constitucionais.

rígida confere, *de iure*, ao legislador o poder de modificar o ordenamento jurídico de acordo com a sua vontade.

No segundo plano de análise, utilizamos como critério a *natureza das garantias* de preservação da supremacia constitucional. Nesse âmbito, pode-se diferenciar entre ordenamentos jurídicos que prevêm³⁶ o controle judicial da constitucionalidade de determinados atos estatais e ordenamentos nos quais há vedação desse controle.³⁷

Esse critério permite elaborar classificações dos ordenamentos jurídicos utilizando, pelo menos, *três* elementos.

Primeiro, o início do controle judicial de constitucionalidade (sendo, atualmente, pouquíssimos os países que proibem explicitamente esse tipo de controle).

Segundo, o alcance do controle, levando em consideração suas limitações materiais ou temporais em cada país.

Terceiro, as formas de controle vigentes em cada país (preventivo ou repressivo; difuso ou concentrado).

Mas em todos esses casos estamos diante de Estados *constitucionais* que adotaram uma Constituição rígida e configuram de formas variadas sua garantia.

A não previsão ou mesmo a vedação do controle judicial de constitucionalidade confere ao legislador ordinário a possibilidade de determinar o que deve “valer” como constitucional. Mas essa é uma observação feita a partir da perspectiva da sanção. Pensa-se que, na falta de sanção direta para leis inconstitucionais, tudo aquilo que o legislador decidir será válido. Tal forma de raciocínio nos parece totalmente insatisfatória. A falta de sanção direta não isenta o legislador do *dever jurídico* de respeitar a Constituição. Tampouco afasta a supremacia constitucional e a possibilidade de aplicar variadas sanções contra legisladores que violam mandamentos constitucionais. Cabe ao intérprete-aplicador identificar as possíveis sanções, indiretamente previstas, para casos de produção normativa inconstitucional (cassação, responsabilidade civil ou penal, não reeleição etc.). Mas não se pode afirmar que o ordenamento jurídico tolera a violação da Constituição. Tal como o motorista que não respeita a sinalização do trânsito comete uma infração,

36. Ou não vedam explicitamente o controle judicial de constitucionalidade e os tribunais interpretam esse silêncio como autorização.

37. Ou falta previsão do controle judicial de constitucionalidade e os tribunais interpretam esse silêncio como vedação.

mesmo sabendo que não há fiscalização eletrônica e os fiscais do trânsito raramente fiscalizam a região.

Um exemplo de rigidez constitucional sem controle judicial de constitucionalidade nos oferece a Constituição do Império de 1824. Ainda que não houvesse previsão de controle judicial de constitucionalidade, a Constituição era entendida como superior à legislação ordinária e o Poder Legislativo era obrigado a respeitar e preservar a supremacia constitucional. O artigo 15, inciso IX da Constituição de 1824 confirmava a instauração de um Estado constitucional ao estabelecer:

“E’ da attribuição da Assembléa Geral (...) IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação.”

A tese segundo a qual a ausência ou a atrofia do controle judicial da constitucionalidade cria um Estado legal em contraposição ao Estado constitucional se baseia em duas suposições equivocadas.

Primeiro, a já criticada suposição que a falta de sanção direta e “fulminante” equivale à autorização de uma conduta.

Segundo, a suposição que os legisladores, representantes do povo soberano, são *a priori* suspeitos de violar a Constituição e só a presença de um juiz com poderes de fiscalização das leis pode impedir a inconstitucionalidade. Na verdade, nada indica que a Constituição corre maior risco de ser descumprida mediante ato do Legislativo, que será baseado em determinada interpretação da Constituição, do que mediante decisão do Judiciário que será baseada em uma interpretação da Constituição eventualmente divergente. Como foi observado, “se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia?”³⁸

Mesmo se alguém estiver disposto a aceitar as referidas premissas e considerar, “realisticamente”, que um legislador com o poder de pronunciar a última palavra em temas de interpretação constitucional instaura um “Estado legal” cabe a indagação: Por que o ordenamento jurídico que instaura o controle judicial, dando o poder de última palavra ao Poder Judiciário, seria um “Estado constitucional”, e não deveria ser denominado, também realisticamente, de “Estado judicial”? Porque o Judiciário seria o verdadeiro espírito da Constituição, a ponto de ser tido como único guardião da autenticidade constitucional e não simplesmente um órgão estatal entre os vários que aplicam a Constituição?

38. Bercovici, 2003, p. 125; cf. Pozzolo, 1998, p. 349.

A contraposição entre Estado legal e Estado constitucional faz sentido teórico se for usada para contrapor os Estados nos quais vigora uma Constituição formalmente superior às demais fontes do direito (rigidez) aos Estados que não possuem tal Constituição, sendo soberano o órgão legislativo. Nesse caso, utiliza-se como critério a rigidez constitucional, sendo “constitucionais” os Estados dotados de Constituição rígida e “legais” todos os demais.

Mas essa contraposição não convence quando se utiliza como critério de classificação o controle judicial de constitucionalidade. Esse controle oferece um critério para avaliar a qualidade de um regime constitucional, argumentando, por exemplo, a favor do controle judicial, como fazem os neoconstitucionalistas, ou em sentido contrário, como fazem os adeptos do “minimalismo judicial” ou “populismo constitucional”.³⁹ Mas o controle judicial não transforma um Estado em “constitucional”, já que sua prática não afeta a rigidez constitucional, sendo tão somente um possível (e controvertido) meio de garantia.

Essas considerações levam a uma conclusão simples. A reivindicação-afirmação da força normativa suprema da Constituição está presente nos discursos constitucionais e na prática institucional desde o início do constitucionalismo no século XVII. Portanto, não é possível denominar essa tendência de “neoconstitucionalismo”, sob pena de alcinhar também de neoconstitucionalistas a abade Sieyès, o juiz Marshall e Ruy Barbosa.⁴⁰

2.2. Expansão da jurisdição constitucional e tutela dos direitos fundamentais

Como dissemos, não há dúvidas sobre a expansão do controle judicial após a Segunda Guerra Mundial. Mas isso não permite esquecer que nos EUA foi criado, desde o início do constitucionalismo, um sistema de controle de constitucionalidade que, apesar de seu caráter difuso, desenvolvia efeitos *erga omnes* em razão dos precedentes vinculantes.⁴¹

39. O termo foi utilizado pela primeira vez por Arthur Schlesinger, criticando a opção da Suprema Corte em favor da promoção de políticas sociais (Kmiec, 2004, p. 1446-1447).

40. Os partidários do neoconstitucionalismo apresentam teses contraditórias. Por um lado afirmam que, “antigamente”, as Constituições eram documentos meramente políticos sem obrigatoriedade jurídica. Por outro lado, dizem que, “antigamente”, as Constituições eram formais-formalistas sem incluir elementos materiais e valorações políticas (Barcellos, 2007, p. 1-9).

Mostramos no texto que nenhuma dessas afirmações está correta. Mas independentemente da plausibilidade de cada uma, é contraditório apresentar (e criticar) as Constituições “antigas” (anteriores ao neoconstitucionalismo), como, ao mesmo tempo, políticas e carentes de elementos políticos.

41. Lunardi, 2006, cap. 3.1.3.

Assim sendo, a suposta invenção kelseniana do sistema concentrado *não* constitui novidade no direito comparado, pois os mesmos resultados tinham sido alcançados, bem antes de Kelsen, combinando os efeitos do controle difuso com o *stare decisis* nos EUA ou com a atuação de um órgão de unificação da jurisprudência em matéria constitucional. Dito de maneira simples, a Suprema Corte nos EUA sempre realizou o controle de constitucionalidade com efeitos vinculantes para os demais tribunais que equiparavam suas decisões àquelas do sistema de controle concentrado e abstrato.

Além disso, a criação da Corte Constitucional não tem relação de causalidade com a mais ampla e efetiva tutela dos direitos fundamentais. A atuação de tal Corte se limita a causar dois efeitos institucionais. Por um lado, retira poder dos demais tribunais, concentrando o controle de constitucionalidade nas mãos de um órgão superior. Por outro lado, limita o poder dos legisladores. Tais modificações nas relações entre poderes e autoridades podem ter variadas conseqüências políticas. Somente uma pesquisa da história constitucional e da jurisprudência pode identificar as mudanças que efetivamente ocorreram em cada país. Com efeito, é impossível saber de antemão se a Corte Constitucional será mais ou menos liberal e sensível aos direitos fundamentais do que os tribunais das instâncias inferiores ou do que o próprio legislador. Tampouco é possível prever quais direitos fundamentais terão a preferência de cada tribunal em casos concretos de conflitos e colisões.⁴²

Há muitos exemplos históricos de Cortes constitucionais que são “dóceis” ao poder político, em particular em regimes autoritários, como mostra a prática decisória do STF durante a ditadura de 1962. Há também importantes oscilações na jurisprudência das Cortes constitucionais, como indica a periodização histórica das decisões da *Supreme court* dos EUA de acordo com seus Presidentes.⁴³

Além disso, se a atribuição ao Legislativo do papel de quase exclusivo guardião da Constituição pode causar arbitrariedades, o mesmo pode ocorrer com o fortalecimento do papel do Judiciário até o ponto de exercer o poder de última palavra em temas de constitucionalidade. Já que a interpretação constitucional não é uma operação de natureza matemática, onde há o certo e o errado, a falta de objetividade nas respostas só pode ser enfrentada mediante uma distribuição equilibrada do poder decisório. Quando uma autoridade possui o poder da “última palavra” se sobrepõe aos demais e o equilíbrio constitucional se perde. Ao

42. Isso é um dos principais argumentos da crítica de Marc Tushnet ao controle judicial, cf. Tushnet, 1999, p. 154-176.

43. Exemplo Hoffer et al., 2007.

contrário, as contínuas possibilidades de rever decisões, segundo o esquema dos freios e contrapesos, favorece o debate público e possibilita a modificação de decisões questionadas.

No Brasil, os riscos da supremacia incondicional do Judiciário ficaram evidentes após a adoção pelo STF das teorias do efeito transcendental de suas decisões sobre inconstitucionalidade e da suposta ocorrência de mutação constitucional em relação à força vinculante das decisões do Tribunal no controle incidental. Essas teorias permitem que o Tribunal se aproprie indevidamente de competências que a Constituição atribuiu ao Senado Federal, aos legisladores dos vários entes federativos e aos tribunais que realizam o controle incidental, sendo as referidas opções teóricas expressão da tentativa de *monopolizar* o controle de constitucionalidade,⁴⁴ sucumbindo à ambição (ou projeto de poder) que a doutrina estadunidense critica como exclusivismo judicial⁴⁵ ou supremacia judicial.⁴⁶

Os nossos exemplos indicam que, do ponto de vista histórico-cronológico, não há rupturas na realização do controle de constitucionalidade nos Estados constitucionais modernos. Verifica-se tão somente a tendência de fortalecer o controle judicial concentrado, em detrimento do controle difuso, assim como a diminuição do espaço reservado ao legislador. Podemos, assim, concluir com a tese que o controle judicial concentrado e a maior tutela dos direitos fundamentais não constituem traços peculiares da atual fase “neoconstitucional”.

2.3. A “nova” interpretação constitucional com base em princípios e ponderação

O terceiro elemento de definição do neoconstitucionalismo que encontramos no texto do Prof. Barroso⁴⁷ e de vários outros autores⁴⁸ se baseia também em um fato incontestável. Há miríades de doutrinadores e aplicadores que utilizam, em suas interpretações acadêmicas ou oficiais, as técnicas de concretização de cláusulas gerais e princípios jurídicos, assim como da ponderação para resolver conflitos entre princípios. Da mesma maneira, são incontáveis os autores que insistem no poder criativo dos aplicadores do direito.

44. Cf. a crítica em Streck et al. 2007; Lunardi e Dimoulis, 2008; Leite, 2008.

45. Perry, 2006, p. 115.

46. Tushnet, 2000, p. 25-28.

47. Barroso, 2007, p. 212-216.

48. Exemplo: Lois, 2006, p. 263-266.

No Brasil, a doutrina das últimas décadas estuda com predileção a estrutura dos princípios jurídicos, seu conteúdo e a possibilidade de sua aplicação direta em casos concretos, multiplicando-se as publicações sobre o assunto.⁴⁹ Da mesma maneira, cresce o volume de decisões judiciais que recorrem aos princípios jurídicos para modificar determinações contratuais claras e decisões da administração pública que foram tomadas com base na aplicação de normas de maior densidade (regras).

As afirmações neoconstitucionalistas sobre a relevância dos princípios em detrimento das regras e da ponderação em detrimento da subsunção foram criticadas tanto do ponto de vista descritivo como do ponto de vista normativo.⁵⁰

Descritivamente, foi lembrado que a Constituição Federal de 1988 está repleta de regras e que a atuação dos aplicadores do direito muito frequentemente se limita a sua aplicação com base na subsunção do caso concreto em certa proposição normativa. Eventuais antinomias normativas costumam ser resolvidos com os critérios clássicos de prevalência da norma posterior, superior e especial.

Já do ponto de vista normativo, foi afirmado que as regras devem ter preferência em relação aos princípios, sendo equivocado flexibilizar a interpretação jurídica mediante a principiologização ou desrespeitar a regra democrática que reconhece amplo poder discricionário ao legislador em razão de sua ampla e direta legitimação popular.

Essas críticas merecem adesão.⁵¹ Parece-nos, porém, que não oferecem argumentos conclusivos para a rejeição da principiologização. Com efeito, a inquestionável vigência de normas de alta densidade normativa não permite ignorar a presença dos princípios na Constituição. E o fato de a doutrina e prática judicial priorizarem os princípios pode ser justificado pela preferência da Constituição de 1988 pelos princípios.

O problema fundamental das afirmações do neoconstitucionalismo não é seu caráter equivocado, mas o fato de se tratar de um fenômeno antigo. Por mais que se sustente o contrário, não há ruptura, mas continuidade na interpretação constitucional que opta a favor dos princípios e dos demais elementos normativos caracterizados pela vagueza. Na história do direito ocidental, muitas são as referências teóricas e as práticas de interpretação flexível, casuística, criativa e

49. Um conjunto de estudos que demonstra o forte interesse dos doutrinadores brasileiros para a análise da estrutura e do papel dos princípios encontra-se em: Leite (org.), 2008.

50. Apresentamos aqui a crítica que foi endereçada ao neoconstitucionalismo por Ávila, 2009.

51. De nossa parte, já criticamos a tendência de principiologizar a interpretação do direito mediante a adoção de visões moralistas ou “pós-positivistas” em Dimoulis, 2006.

até mesmo livre do direito. O direito pretoriano, a equidade, o espírito da lei, a analogia e o movimento do “direito livre” indicam que a importância dada aos princípios jurídicos e ao papel-poder criativo do aplicador é uma tendência presente há séculos.⁵²

Mais especificamente, no período do constitucionalismo, encontramos no século XIX críticas contra a aplicação mecânica, literal, automática ou “subsuntiva” de leis supostamente claras, e muitos juristas insistem no papel criativo do aplicador e, particularmente, do juiz. Podemos consultar as publicações de autores como Oskar Bülow⁵³ (1837-1907) na Alemanha, François Géný⁵⁴ (1861-1959) na França ou Eugen Ehrlich⁵⁵ (1862-1922) na Áustria para constatar que não há a menor novidade na interpretação aberta e principiológica da Constituição.

Além disso, essa visão não tem origem nem aplicação especificamente constitucional, pois é endossada por autores das mais variadas áreas do direito. Sem citar a riquíssima bibliografia jusprivatista, naturalmente inclinada a valorizar as cláusulas gerais e o poder do aplicador, podemos mencionar que um dos mais conhecidos penalistas do século XIX, o alemão Karl Binding (1841-1920), afirmava que o julgador tem o poder de ordenar aquilo que o legislador *não* quis, sendo a sentença judicial um ato que combina elementos de conhecimento científico com elementos de pura criação normativa.⁵⁶

Se isso era dito no campo taxativo do direito penal já no século XIX e se isso provinha de um autor pouco preocupado com os direitos humanos (Binding foi defensor da eutanásia dos doentes mentais⁵⁷) como associar o neoconstitucionalismo e a visão progressista a semelhantes opiniões de abertura da interpretação?

Talvez seja interessante lembrar também que a proposta apresentada como “nova interpretação constitucional” não destoa da opinião do mais celebre juspositivista, Hans Kelsen. Na primeira edição da *Teoria pura do direito* em 1934, Kelsen utilizava os seguintes termos:

“A interpretação da lei não leva necessariamente a uma única decisão como a única correta, porém pode levar a várias, todas de igual valor (...), mesmo se uma só entre elas se tornará direito positivo através da decisão judicial (...). A

52. Cf. a apresentação detalhada das teorias de interpretação na história do direito ocidental desde 1500 em Schröder, 2001.

53. Bülow, 2003 (1ª edição de 1885); tradução para o inglês em Bülow, 2010.

54. Géný, 1899 (1ª edição).

55. Ehrlich, 1987 (1ª edição de 1903).

56. *Apud* Henne, 2006, p. 9.

57. Binding e Hoche, 2006.

criação de uma norma individual mediante execução da lei é, na medida em que preenche o quadro da norma geral, uma função de vontade (*Willensfunktion*)”.⁵⁸

Seria Kelsen também um neoconstitucionalista por ter afirmado o papel criativo do juiz e criticado a “ilusão da segurança jurídica”?⁵⁹

2.4. Insuficiências da definição

Nenhum dos elementos apresentados pelo Prof. Barroso como próprios do neoconstitucionalismo pode ser considerado satisfatório, já que falta especificidade. Todos esses elementos estão presentes desde o início do constitucionalismo na produção normativa e na doutrina. Isso é documentalmente comprovado no direito público do século XIX tanto nos EUA como em países europeus e latino-americanos.

Recorrendo a uma comparação, pretender definir o neoconstitucionalismo com base nestes elementos é tão insatisfatório como definir o futebol como um jogo de equipe que utiliza bola. O futebol seguramente é um jogo de equipe que utiliza bola, mas isso não oferece uma definição satisfatória, pois indica o gênero, composto por várias modalidades esportivas e não a espécie.

Isso permite concluir que, ainda que o neoconstitucionalismo exista como movimento de idéias ou como teoria constitucional, seguramente não pode ser definido da forma acima exposta. Isso torna necessário examinar, na última parte desse trabalho, outras definições do neoconstitucionalismo.

3. O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO CONSTITUCIONALISMO?

Podemos entender o neoconstitucionalismo como abordagem teórica, tanto no âmbito da teoria do direito (estrutura e interpretação de normas) como no âmbito da doutrina constitucional (e, indiretamente, dos demais ramos do direito no âmbito de sua “constitucionalização”). Podemos também considerá-lo como opção de política constitucional, que indica como deve ser configurado o ordenamento jurídico,⁶⁰ por exemplo, dando prioridade a certos princípios-valores em detrimento de outros que são considerados moral ou politicamente inferiores. O neoconstitucionalismo pode finalmente ser considerado como opção ideológica

58. Kelsen, 1994, p. 95, 98.

59. Kelsen, 1994, p. 99.

60. Pozzolo, 2006a, p. 78.

que consiste em apresentar e aceitar como legítimos os ordenamentos jurídicos que correspondem aos ensinamentos-reivindicações dessa corrente.⁶¹

Isso nos permite precisar a afirmação inicial de que vivemos em tempos de neoconstitucionalismo (item 1). O neoconstitucionalismo *não* retrata a configuração de certo ordenamento jurídico-constitucional; não descreve determinados ordenamentos em contraposição a outros.⁶² Não há Constituições ou países “neoconstitucionalistas”. Só há autores, escolas jurídicas e aplicadores do direito que aplicam tal visão em seus escritos e em suas decisões.

Ora, os autores classificados sob o rótulo do neoconstitucionalismo adotam diferentes perspectivas teóricas. Essa heterogeneidade impede considerar o neoconstitucionalismo como abordagem teórica unitária. Trata-se de um “ambiente cultural”, cujo elemento básico é o distanciamento do positivismo jurídico.⁶³

Justamente por essa razão, a maioria dos estudiosos não propõe uma definição “fechada” do neoconstitucionalismo, optando por utilizar descrições amplas, tais como: “certo modo antipositivista de se aproximar do direito”,⁶⁴ ou ainda: “um paradigma jurídico em formação”, centrado na rejeição do positivismo jurídico e na relevância dos princípios jurídicos e dos direitos fundamentais, ambos aplicáveis mediante ponderação.⁶⁵

É interessante que o primeiro livro exclusivamente dedicado ao neoconstitucionalismo no Brasil, apesar de sua extensão e vastíssima informação bibliográfica, não oferece uma definição precisa do neoconstitucionalismo.⁶⁶ A lista de elementos de definição indicados no referido trabalho⁶⁷ é bastante heterogênea, sendo que muitos entre eles não são mencionados em trabalhos dos outros neoconstitucionalistas (exemplo: a eficácia “horizontal” dos direitos fundamentais nas relações entre particulares) e outros são aceitos mesmo por autores positivistas da mais estrita obediência (exemplo: o reconhecimento da primazia normativa da Constituição).

A dificuldade em delinear conceitualmente o neoconstitucionalismo se exprime no fato que muitos estudiosos decidem utilizar os termos constitucionalismo

61. Esses três possíveis significados seguem a sugestão de Comanducci (2002) de diferenciar entre neoconstitucionalismo metodológico, teórico e ideológico. Mas o significado dado por Comanducci a esses termos não se identifica com a tripartição aqui proposta.

62. Cf. Pozzolo, 2003, p. 57-58.

63. Schiavello, 2003, p. 48.

64. Pozzolo, 2006a, p. 77. A autora alerta que o termo não é utilizado por todos os autores nesse sentido; cf. também Pozzolo, 2003.

65. Figueroa, 2007, p. 5; cf. Bongiovanni, 2005.

66. Moreira, 2008.

67. Moreira, 2008, p. 71-72.

e neoconstitucionalismo como sinônimos. Ao contrário do posicionamento que prevalece no Brasil, afirmando a existência de uma ruptura entre um antigo e um novo constitucionalismo,⁶⁸ grande parte da doutrina estrangeira considera que o importante é a afirmação da relevância da Constituição, de seus princípios e direitos fundamentais na aplicação do direito, não havendo inovação, mas tão somente insistência da doutrina na necessidade de concretizar as promessas do movimento constitucionalista.⁶⁹

Ora, considerar o neoconstitucionalismo como sinônimo do (“verdadeiro”) constitucionalismo não deixa de ser uma redundância.⁷⁰ A prevalência da Constituição e a necessidade de implementar seus mandamentos é uma obviedade, da qual nenhum estudioso e aplicador do direito discorda. Se é isso que o neoconstitucionalismo deseja, não há novidade nem necessidade de debate.

4. O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO MORALISMO JURÍDICO

Para evitar a redundância, alguns autores fazem um esforço de concretização e especificação do neoconstitucionalismo. O primeiro passo consiste em identificar quais autores oferecem em seus escritos uma perspectiva neoconstitucionalista. Costumam ser indicados como pertencentes a essa tendência filósofos do direito especializados no direito público tais como Ralf Dreier, Robert Alexy na Alemanha, Ronald Dworkin nos EUA, Carlos Santiago Nino na Argentina, Gustavo Zagrebelsky e (com certas dúvidas) Luigi Ferrajoli na Itália.⁷¹

O elemento comum da abordagem destes autores se encontra em sua postura *antipositivista*. A jusfilósofa italiana Susanna Pozzolo que cunhou o termo “neoconstitucionalismo” em estudo publicado em 1998,⁷² observa que o antipositivismo que marca a obra desses autores baseia-se na afirmação da influência da moral na interpretação do texto constitucional, dando ênfase aos princípios jurídicos

68. Barroso, 2007; Bello, 2007, p. 11-16.

69. Bongiovanni, 2005, p. 60-61; Barberis, 2006, p. 20; Moreso, 2003, p. 271.

70. Cf. Pozzolo, 2006, p. 232.

71. Pozzolo 1998, p. 339; Bongiovanni, 2005; Barberis, 2006, p. 19-21; Comanducci, 2002, p. 100-101; Sgarbi, 2007, p. 724-731.

De maneira contraditória, Lois, 2006, p. 273-276, após identificar corretamente o neoconstitucionalismo como abordagem antipositivista, baseada na junção do direito com a moral e na prevalência dos princípios sobre as regras, formula uma crítica ao neoconstitucionalismo que reproduz a visão de Dworkin. Ora, a doutrina é praticamente unânime em considerar Dworkin como um dos principais inspiradores e propagadores do neoconstitucionalismo (apesar de ele mesmo não usar o termo).

72. Sobre a maternidade do termo, cf. Barberis, 2006, p. 19.

aplicáveis mediante ponderação e reconhecendo a centralidade do Poder Judiciário em detrimento do legislador.⁷³

Nessa perspectiva, os neoconstitucionalistas seriam juristas que reconhecem, como todos os demais, a supremacia constitucional e a necessidade de criar mecanismos para a sua preservação e *acrescentam* que a moral desempenha um papel fundamental na identificação e interpretação do direito positivo.

Temos aqui uma opção definitiva que concretiza o neoconstitucionalismo, indicando sua especificidade.⁷⁴ Essa opção foi endossada na doutrina nacional por vários autores que identificam no antipositivismo o traço característico do neoconstitucionalismo.⁷⁵

Estes dados de produção bibliográfica e de afiliação teórica mostram que o neoconstitucionalismo é, para muitos pensadores, uma designação alternativa da corrente justóica conhecida como *moralismo jurídico* em razão de sua adesão à tese da vinculação entre direito e moral. Para o moralismo jurídico, a conformidade com a moral é um requisito para reconhecer a validade de um ordenamento jurídico ou até de uma norma singular. A moral usada como parâmetro para tanto pode vista como universal ou indicar simplesmente o sistema moral que predomina. Em paralelo, os moralistas consideram que a moral deve ser utilizada como ponto de orientação na interpretação das normas jurídicas, permitindo ao aplicador encontrar a resposta “correta” no sentido axiológico do termo.⁷⁶

Há incessantes controvérsias sobre a pertinência teórica e as conseqüências práticas do moralismo jurídico. Muitos autores consideram que a leitura moral da Constituição permite superar as ficções idealistas do jusnaturalismo e as insuficiências do formalismo.⁷⁷ Outros autores, principalmente os adeptos do positivismo jurídico, indicam os problemas do moralismo, insistindo nos riscos de insegurança e de arbitrariedade das decisões jurídicas influenciadas por considerações moralistas.⁷⁸ Outros, por fim, adotando abordagens realistas-consequencialistas, criticam tanto a possibilidade como a utilidade de uma decisão conforme com a moral.⁷⁹

73. Pozzolo, 1998.

74. Barberis, 2006, p. 20; Figueroa, 2007, p. 5, 28-29. Comanducci (2002, p. 100-101) considera que a conexão entre o direito e a moral é central para a versão de neoconstitucionalismo que denomina “metodológico”.

75. Duarte, 2006, p. 64-73; Lois, 2006, p. 266; Sgarbi, 2007, p. 723-724; Moreira, 2008, p. 45; Moreira, 2008a, p. 240-243. Agra, 2008, p. 440-442 se refere à “remoralização do fenômeno jurídico” na perspectiva neoconstitucionalista.

76. Dimoulis, 2006.

77. Exemplo: Figueiroa, 2007.

78. Exemplo: Amado, 2008.

79. Posner, 2002.

Independentemente da opção teórica que será feita por cada autor, é importante entender que a abordagem que parece se cristalizar em torno do termo neoconstitucionalismo deve escolher entre dois caminhos.

Primeiro, considerar o termo como sinônimo do constitucionalismo, insistindo na necessidade de levar a sério a normatividade constitucional, tendo-se simplesmente uma nova geração de partidários do bicentenário movimento constitucionalista sem pretensão teórica própria.

Segundo, considerar que o neoconstitucionalismo aplica os ensinamentos do moralismo jurídico no campo do direito constitucional, formulando uma proposta teórica baseada em análises das últimas décadas que modernizam o jusnaturalismo, rejeitando categoricamente o positivismo jurídico.

Isso permite duvidar da utilidade de manter no vocabulário justeórico um termo que seria, na primeira hipótese, sinônimo do constitucionalismo tradicional e, na segunda hipótese, sinônimo (ou aplicação concreta) do moralismo jurídico. Mas em nenhum caso o neoconstitucionalismo adquire significado próprio e original. A regra da parcimônia, conhecida como “navalha de Ockham”, diz que os conceitos não devem se multiplicar além do necessário.⁸⁰ Concluimos, portanto, que o termo neoconstitucionalismo é uma nova denominação utilizada para designar velhas práticas e crenças do mundo jurídico. Assim como todas as redundâncias o neoconstitucionalismo não pode ser considerado uma necessidade real.

BIBLIOGRAFIA

- AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008, p. 431-447.
- AMADO, Juan Antonio García. Derechos y pretextos. Elementos de crítica ao neoconstitucionalismo. In CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007, p. 237-264.
- ARIEW Roger. *Ockham's Razor: A Historical and Philosophical Analysis of Ockham's Principle of Parsimony*. Urbana: University of Illinois Press, 1976.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. In SOUZA Neto, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 187-202.

80. Arieuw, 1976.

- BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. *Revista brasileira de direito constitucional*, n. 7, 2006, p. 18-30.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Diálogo jurídico*, n. 15, 2007, p. 1-31. http://www.direitopublico.com.br/pdf/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas.pdf.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In SOUZA Neto, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203-249.
- BASTID, Paul. *Les discours de Sieyès dans les débats constitutionnels de l'an III (2 et 18 thermidor)*. Paris: Hachette, 1939.
- BELLO, Enzo. Neoconstitucionalismo, democracia deliberativa e a atuação do STF. In VIEIRA, José Ribas (org.). *Perspectivas da teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3-36.
- BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. In SOUZA Neto, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 75-150.
- BINDING, Karl; HOCHÉ, Alfred. *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Mass und ihr Ziel*. (1920). Berlin: BWV, 2006.
- BONGIOVANNI, Giorgio. *Costituzionalismo e teoria del diritto*. Roma: Laterza, 2005.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BÜLOW, Oskar. *Gesetz und Richteramt* (1885). Berlin: BWV, 2003.
- _____. Statutory law and the judicial function. In DIDIER Jr., Fredie (org.). *Teoria do processo*. Panorama doutrinário mundial. Segunda série. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 701-722.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2009.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico. *Isonomía*, n. 16, 2002, p. 89-112.
- DIDIER, Fredie Jr. Teoria do processo e teoria do direito. O neoprocessualismo. In DIDIER Jr., Fredie (org.). *Teoria do processo*. Panorama doutrinário mundial. Segunda série. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 257-263.
- DEENER, David. Judicial review in modern constitutional systems. *The american political science review*, 1952, p. 1079-1099.

DIMOULIS, Dimitri. A introdução do controle de constitucionalidade difuso na Grécia. *Revista brasileira de direito constitucional*, n. 1, 2003, p. 213-223.

_____. *Positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2006.

_____; DUARTE, Écio Oto. Apresentação. In DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional*. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008, p. 5-7.

_____; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O Positivismo jurídico diante da principiologia. In DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional*. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico. São Paulo: Método, 2008, p. 179-199.

_____; _____. Dimensões do processo objetivo. Autocriação e hetero-referência como meio de configuração do processo constitucional nas duas décadas da Constituição Federal de 1988. In AGRA, Walber de Moura (org.). *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141-161.

_____; _____. *Curso de processo constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011.

DUARTE, Écio Oto. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. In DUARTE, Écio Oto; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006, p. 15-73.

EHRlich, Eugen. *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* (1903). Aalen: Scientia, 1987.

FIGUEROA, Alfonso García. Princípios e direitos fundamentais. In SOUZA Neto, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3-34.

GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*. Paris: Chevalier-Marescq, 1889.

GUASTINI, Riccardo. A 'constitucionalização' do ordenamento jurídico e a experiência italiana. In SOUZA Neto, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 271-293.

HENNE, Thomas. Die Prägung des Juristen durch die Kommentarlitteratur. 2006. http://www.fes-forumberlin.de/Bundespolitik/pdf/d_6_6_01_henne.pdf.

HOFFER, Peter Charles ; HOFFER, Williamjames Hull; HULL, N.E.H. *The Supreme Court*. An essential history. Lawrence: University Press of Kansas, 2007.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Einleitung in die wissenschaftliche Problematik (1934). Aalen: Scientia, 1994.

- KIM, Richard Pae. Neoconstitucionalismo: hermenêutica constitucional e atividade jurisdicional na tutela dos direitos do cidadão. *Revista da Ajuris*, n. 116, 2009, p. 269-290.
- KMIEC, Keenan. The origin and current meanings of "judicial activism". *California Law Review*, 2004, p. 1441-1477.
- LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia erga omnes e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: hipótese de mutação (in)constitucional. In LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (org.). *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 99-118.
- LOIS, Cecilia Caballero. *Direito, racionalidade e constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo, a partir da teoria do direito como integridade*. Seqüência, n. 52, 2006, p. 257-278.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O oráculo de Delfos. O Conselho de Estado no Brasil- Império*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. *Direito processual constitucional*. Problematização de sua autonomia, sua natureza e suas conseqüências. Tese de Doutorado em Direito. PUC-SP: São Paulo, 2006.
- _____; DIMOULIS, Dimitri. Mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista brasileira de estudos constitucionais*, 5, 2008, p. 217-236.
- MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos vinte anos da Carta Cidadã: dos pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In SOUZA Neto, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 117-168.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo. A invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.
- _____. O momento do positivismo. In DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional*. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008, p. 233-245.
- MORESO, José Juan. Comanducci sobre neoconstitucionalismo. *Isonomia*, n. 19, 2003, p. 267-282.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

- PERY, Michael. Direitos humanos constitucionalmente institucionalizados e a Suprema Corte Americana. *Revista brasileira de estudos constitucionais*, 2007, n. 2, p. 113-126.
- POSNER, Richard. *The problematics of moral and legal theory*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2002.
- POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, v. 21-II, 1998, p. 339-353.
- _____. Metacritica del neocostituzionalismo (2003). In http://www.dirittoquestionipubbliche.org/D_Q-3/contributi/monografica_a/D_Q-3_Pozzolo.pdf.
- _____. Neoconstitucionalismo. *Revista brasileira de direito constitucional*, n. 7, 2006, p. 231-253.
- _____. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. In DUARTE, Écio Oto; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006b, p. 77-183.
- QUARESMA, Regina et al. (orgs.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ROSSI, Pellegrino. *Cours de droit constitutionnel*, I. Paris: Guillaumin, 1866.
- RUFFÍA, Paolo Biscaretti di. Les constitutions européennes: notions introductives. In RUFFÍA, Paolo Biscaretti di; ROZMARYN, Stefan. *La Constitution comme loi fondamentale*. Torino: Giappichelli, 1966, p. 3-22.
- SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In SOUZA Neto, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 113-148.
- _____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e Estado constitucional*. Coimbra: Coimbra editora, 2009, p. 9-49.
- SCHIAVELLO, Aldo. Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi? (2003). In http://www.dirittoquestionipubbliche.org/D_Q-3/contributi/monografica_a/D_Q-3_Schiaavello.pdf.
- SCHRÖDER, Jan. *Recht als Wissenschaft*. München: Beck, 2001.
- SGARBI, Adrian. *Teoria do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SOUZA Neto, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em termos de pós-positivismo. In DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional*. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008, p. 285-315.

_____; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional (2007). http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=912.

TUSHNET, Marc. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. Marbury vs. Madison and the theory of judicial supremacy. In GEORGE, Robert (org.). *Great cases in constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 17-54

ZOLLER, Elisabeth. *Droit constitutionnel*. Paris: PUF, 1999.

VII

AS NOVAS PERSPECTIVAS DO GERENCIAMENTO E DA “CONTRATUALIZAÇÃO” DO PROCESSO

Érico Andrade

Doutor em Direito Processual Civil pela UFMG. Ex-bolsista do PDEE/CAPES; estágio de doutorado em Milão, Itália, na “Università degli Studi di Milano”. Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Professor de Direito Processual Civil nos cursos de graduação e mestrado da Universidade FUMEC. Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado.

SUMÁRIO: Introdução – 1. A moderna ideia de Estado no atual Direito Administrativo: enquadramento da jurisdição estatal – 2. O “gerenciamento” processual (“case management”): 2.1. Procedimentos flexíveis com previsão de circuitos adequados; 2.2. Calendário processual; 2.3. “Contratualização” do processo – 3. Conclusão: o atual anteprojeto de CPC brasileiro e a necessidade de repensar a função do juiz – Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O direito processual desde o fim do século XX vem passando por severa reformulação, na tentativa de atualização de ideias e conceitos – aliás, como o direito em geral –, já que todos os seus institutos e categorias foram construídos com base nas teorizações elaboradas no século XIX e que hoje não se mostram mais adequadas para fazer face à realidade social atual.¹

1. Sem embargo, como destaca CASSESE, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, p. 399, até hoje o pensamento jurídico não se desligou dos métodos e categorias do século XIX, o que prejudica o reestudo do fenômeno jurídico nos dias atuais: *Non sono stati superati i limiti di una scienza statica, d'impronta ottocentesca (distingue, classifica, ordina), resi più evidenti dai progressi di altre scienze, come quella economica (che sono riuscite a introdurre nel proprio corpo disciplinare lo studio delle leggi del movimento). Si è fermi ad un impianto positivistico per cui norma è il dettato del legislatore, al quale si possono tutt'al più suggerire nuove norme (distinzione 'de jure condito' e 'de jure condendo'). Manca, infine, il riesame degli strumenti concettuali, che risalgono quasi tutti ancora alla pandettistica e alla post-pandettistica, riesame che richiede analisi accurate e ricostruzioni complessive, non limitate al breve termine. Di tutto questo passivo, la componente che grava più pesantemente sugli studi odierni è quella metodologica. Gli espedienti per l'aggiornamento e la sistemazione del diritto vigente non sono molto diversi da quelli utilizzati dai giuristi del basso medioevo: interpretazione letterale dei testi, loro divisione in parti logiche, rielaborazione sistematica, enunciazione di casi paralleli, lettura del testo alla luce del contesto, indicazione della natura dell'istituto, delle sue caratteristiche distintive, della sua ragione di essere e delle sue finalità, ulteriori osservazioni e obiezioni all'interpretazione proposta.*

Como dito, não se trata de movimento setorizado no direito processual, mas sim no direito como um todo: atualmente, o direito busca se aproximar da sociedade, a fim de trabalhar para atender às necessidades sociais não mais de forma teórica ou apenas montando a estrutura jurídica, mas sim para operar funcionalmente junto à sociedade.

O direito, como destaca Norberto Bobbio, passa da análise estrutural para a análise funcional, ou seja, pretende não só saber como o direito é feito, mas sim saber para que serve o direito, o que envolve maior aproximação do direito com as outras ciências sociais.² Daí, segundo Norberto Bobbio, a passagem do direito como ordenamento meramente coativo, a fim de proteger a sociedade, para um ordenamento promocional, em que o Estado incentiva e dirige, com sanções “positivas” (= prêmios), a atividade social para a busca do desenvolvimento.³

Tornando ao direito processual, o marco inicial da tentativa de reformulação pode ser vislumbrado a partir da segunda metade do século XX, com o fenômeno da constitucionalização do direito e a respectiva positivação dos princípios jurídicos de várias áreas na Constituição.⁴ A esse marco inicial se acrescentam, no final

2. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, p. 48/49: *In parole povere, coloro che si sono dedicati alla teoria generale del diritto si sono preoccupati molto di più di sapere “come il diritto sia fatto” che “a cosa serve”*. E a seguir conclui apontado que o pensamento estruturalista aponta que *una teoria scientifica del diritto non deve occuparsi della funzione del diritto, ma soltanto dei suoi elementi strutturali. L'analisi funzionale è affidata ai sociologi e magari ai filosofi. Il movimento verso lo studio della struttura dell'ordinamento giuridico è stato favorito da una rigida divisione del lavoro tra giuristi (che guardano il diritto dall'interno) e sociologi (che lo guardano dall'esterno)*. Todavía, como aponta BOBBIO, *op. cit.*, p. 54, o quadro social atual não permite mais ao direito restar preso à estrutura, devendo caminhar para uma análise funcional do fenômeno jurídico: *l'analisi funzionale è rimasta ferma al concetto di ordinamento coattivo, cioè a un concetto del diritto che non sembra del tutto adatto a rappresentare la complessità e la multidirezionalità del diritto in una società moderna, e non sembra tener conto delle grandi trasformazioni che una società industriale importa anche nelle varie forme di controllo sociale*.
3. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, p. 63/65: *Il fenomeno del diritto promozionale rivela il passaggio dallo stato che, quando interviene nella sfera economica, si limita a proteggere questa o quell'attività produttiva allo stato che si propone anche di dirigere l'attività economica di un paese nel suo complesso verso questo o quell'obbiettivo, il passaggio dallo stato soltanto protezionista allo stato programmatore*. E a seguir conclui BOBBIO: *In questo senso premio e incentivo sono, come dicevo poc'anzi, le due forme tipiche attraverso cui si manifesta la funzione promozionale del diritto. Soltanto una più attenta rilevazione della loro frequenza e del loro modo di operare può far avanzare l'analisi funzionale del diritto e promuovere quell'adeguamento della teoria del diritto alle trasformazioni in corso negli ordinamenti giuridici delle società economicamente più avanzate, che è da più parte auspicato*.
4. TROCKER, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2001, p. 384: *Le costituzioni europee dell'Ottocento e dei primi decenni del Novecento non avvertono il bisogno di includere nel catalogo dei diritti fondamentali, accanto alle garanzie sostanziali di libertà dei cittadini e in aggiunta al presidio istituzionale della separazione dei poteri, anche talune garanzie specifiche di contenuto processuale. [...]*

do século XX, os fenômenos da globalização e da velocidade de comunicação e circulação de informações,⁵ gerando uma espécie de internacionalização e alinhamento geral de conhecimentos no âmbito do processo civil.⁶

O processo, assim, a partir da Constituição, passa a ter uma base uniforme, comum a vários países ocidentais, e que vem sendo denominado pela doutrina italiana de “justo processo”.⁷ O “justo processo” constitui, ainda segundo a doutrina italiana, verdadeira síntese relacional, na linha da harmonização e equilíbrio de todo o conteúdo principiológico do processo presente na Constituição.⁸

O direito brasileiro não escapa dessa tendência geral do mundo ocidental. Desde 1994 instaurou-se no âmbito do processo civil um canteiro de obras permanente ou uma inesgotável fábrica de modificações, na busca de reformar

*Nelle costituzioni europee di democrazia classica è soltanto dopo la fine dell'ultimo conflitto mondiale che determinate garanzie attinenti alla funzione giurisdizionale e al processo si impongono come “fondamentali” ed inviolabili nel contesto dei diritti e delle libertà personali dell'individuo. Cf., no mesmo sentido, CAPONI; PISANI, *Lineamenti di diritto processuale civile*, p. 28: *Dopo la fine della seconda guerra mondiale, nell'Europa continentale, determinate garanzie attinenti alla funzione giurisdizionale e al processo cominciano ad essere avvertite come diritti fondamentali e inviolabili dell'uomo e vengono inserite nelle nuove Costituzioni democratiche.**

5. CASSESE, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, p. 897: *Gli ordini nazionali, tradizionalmente chiusi l'uno all'altro, non solo sono divenuti permeabili rispetto ad ordini più vasti (europeo, globale), ma sono anche divenuti reciprocamente porosi, consentendo scambi, trapianti, importazioni ed esportazioni, imitazioni, adattamenti reciproci, convergenze, interpenetrazioni, sviluppi paralleli, dialogo, apprendimento comune.* Cf., ainda, do mesmo CASSESE, *Oltre lo Stato*, p. 105: *Più le comunicazioni aumentano, più il mondo è sotto gli occhi di tutti, più diventano evidenti le differenze, più si cerca di porvi rimedio con strumenti globali(...).*
6. Cf. CADIET, *Les nouvelles tendances de la procédure civile en France in Novos Rumos da Justiça Cível: Conferência Internacional*, Lisboa, abril 2008, p. 31.
7. COMOGLIO, *Rivista di Diritto Processuale*, 2010, p. 527: *L'“ideologia” più moderna, che – nella seconda metà del secolo XX, a partire dalle Convenzioni internazionali e dalle Costituzioni nazionale post-belliche degli anni '46-'50 – si è progressivamente affermata, assorbendo e rivitalizzando, in una efficace formula di sintesi, le altre “ideologie” poc' anzi individuate, è quella del processo “equo” (o del processo “giusto”). In essa sono confluite, sulla falsariga di tradizioni storiche ed esperienze consolidate dei sistemi di “common law”, le scelte di civiltà e di legalità, che contraddistinguono il processo fondato sul confronto dialettico delle parti litiganti, poste in condizioni effettive di parità democraticamente “partecipativa”, dinanzi ad un giudice preconstituito per legge, la cui “terzietà” e la cui “imparzialità” siano comunque garantite in modo efficace, anche (ed, anzi, soprattutto) laddove egli necessariamente fruisca di poteri attivi (o lato sensu inquisitori) nella direzione del processo.*
8. DENTI, *La Giustizia Civile*, p. 82: *Prima di considerare il significato di ciascuna delle garanzie costituzionali, è opportuno sottolineare la circostanza per cui esse, compendiate come sono nella formula unitaria del ‘giusto processo’, e dunque in un contesto che si è definito ‘sistemico’ o ‘relazionale’, richiedono una attuazione che punti a massimizzare il risultato complessivo, tenendo perciò conto del loro coordinamento e delle loro interazioni reciproche: risulta infatti evidente che ad esempio garanzie quali quella del contraddittorio e della ragionevole durata incidono in maniera contrastante sulla disciplina processuale e non possono entrambe essere potenziate al massimo grado, dovendo invece prevalere quell'ottica di bilanciamento dei valori che è propria della interpretazione costituzionale.*

legislativamente o processo,⁹ para tentar adaptá-lo e ajustá-lo às necessidades da sociedade atual.¹⁰

O movimento reformador culminou, recentemente, com a apresentação de um anteprojeto de Código de Processo Civil, com o que se altera, inclusive, a tática reformadora: de reformas parciais ou de “guerrilha”, como destacou Cândido Rangel Dinamarco,¹¹ para a reforma total ou substituição de todo o Código.

A possibilidade de um novo modelo orgânico de Código se justifica até em razão do volume das reformas parciais havidas desde a década de 90 do século passado: o CPC tornou-se, nas palavras da doutrina italiana, um “mosaico de sobrevivência”, já que as inovações legislativas foram surgindo em intervenções setoriais, às vezes sem muita coerência ou sistematização, donde a importância sistemática de um desenho orgânico de reforma geral do Código.¹²

9. A doutrina italiana, a esse respeito, menciona que o terreno das reformas legislativas processuais se assemelha a um canteiro de obras sempre aberto (Federico Carpi) ou ainda a uma inesgotável fábrica de reformas processuais, sempre em atividade (Cláudio Consolo): cf. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, p. 234.
10. DINAMARCO, *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 28-29, aponta que diante do *quadro de progressos científicos e legislativos presencia-se agora a um movimento renovador do próprio Código de Processo Civil*. E o mesmo DINAMARCO, *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 30, explicita que *as mini-reformas visam [...] a remover óbices à efetividade do acesso à justiça. Sabe-se que esses óbices se localizam em quatro fundamentais pontos sensíveis do sistema, representados (a) pela admissão em juízo, (b) pelo modo-de-ser do processo; (c) pela justiça das decisões e (d) pela sua efetividade ou utilidade*.
11. DINAMARCO, *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 28-29, destaca que movimento de reforma do Código gerou a edição de vários anteprojetos de lei que *trazem a proposta de uma série de mini-reformas e não de uma reforma global ou abrangente*. E tais anteprojetos passaram a atuar *sem guerrear o Código ou postular sua substituição, eles integram uma verdadeira estratégia de guerrilha contra os pontos débeis do sistema*.
12. PUNZI, *Rivista di Diritto Processuale*, 2009, , p. 1198. A necessidade de edição de um novo código, nesse ambiente de constantes reformas, é muito bem defendida pela doutrina portuguesa, v.g., SOUZA, *Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu? in Novos Rumos da Justiça Cível: Conferência Internacional*, Lisboa, abril 2008, p. 26, em contexto amplamente válido para o direito brasileiro: *O que acaba de ser dito não pode implicar uma resposta negativa à questão de saber se vale a pena pensar num novo Código de Processo Civil em Portugal. Pelo contrário: a circunstância de o Código de Processo Civil português poder cumprir “tant bien que mal”, a sua função não obsta a que haja manifestas vantagens em repensar de raiz uma nova legislação processual civil, em vez de estar a reformar em tranches e de modo avulso o Código actual. A propósito destas reformas avulsas cabe salientar aquilo que se apresenta como um verdadeiro paradoxo. O Código de Processo Civil tem vindo a ser reformulado em nome da simplificação processual: a referência à simplificação tornou-se quase um bordão obrigatório nos preâmbulos dos vários diplomas que vêm alterando o Código de Processo Civil (talvez para esconjurar o receio de que afinal se esteja a complicar aquilo que era simples). Poder-se-ia esperar, por isso, que a esta simplificação correspondesse uma simplificação dos próprios preceitos do Código – isto é, que o número de artigos fosse reduzido ou que, pelo menos, fossem retirados números aos artigos que permanecessem em vigor. Ora, (...) a generalidade das reformas do Código de Processo Civil levou à introdução de novas artigos (muitas vezes intercalados com o recurso as letras “A”, “B”, “C”, etc.) e conduziu ao acréscimo dos números em muitos artigos (...) Há certamente algo de errado em tudo isto: se a ideia é simplificar,*

No contexto de repensar o modelo processual e tentar contribuir para a discussão desta temática, pretende-se, neste trabalho, destacar importante concepção que surge neste início de século XXI no processo civil europeu – principalmente na Inglaterra e na França, e que, em certa medida, começa a penetrar na Itália – em torno do adequado “gerenciamento” do processo (*case management*) pelo juiz, e dos instrumentos que são predispostos para tanto, como a flexibilização procedimental com a escolha de “circuitos” processuais, seguida da possibilidade de “contratualização” procedimental e da “calendarização” do processo.

Inicia-se o trabalho a partir da premissa do enquadramento da função jurisdicional no organismo estatal e no direito que rege o funcionamento do Estado como um todo (= direito público e mais especificamente direito administrativo). Em seguida, adentra-se o campo do gerenciamento processual propriamente dito, com destaque individualizado dos instrumentos predispostos para assegurar o assim denominado, pelo direito inglês, *case management*, quais sejam, circuitos procedimentais flexíveis, calendário do processo e “contratualização” processual. E, finalmente, apresenta-se a conclusão do trabalho.

1. A MODERNA IDEIA DE ESTADO NO ATUAL DIREITO ADMINISTRATIVO: ENQUADRAMENTO DA JURISDIÇÃO ESTATAL

A jurisdição, não há dúvida, integra o organismo estatal. Com isso, sua atuação é regida pelo direito público em geral, que se desdobra em vários ramos, como direito constitucional, direito administrativo, direito internacional, direito processual.¹³ Noutras palavras, a jurisdição, como parte do Estado, se insere no quadro geral do direito público, de modo que sua atuação é regida por este mesmo direito público.

Aliás, impossível que fosse a jurisdição, uma das funções estatais ao lado das tradicionais funções executiva e legislativa, excluída desse contexto geral do direito público: como anota a doutrina francesa, em concepção muitas vezes ignorada no

não é possível que isso possa ser conseguido à custa da “complexização” da legislação. Mais legislação nunca pode conduzir a regimes mais simples.

13. Como aponta a doutrina italiana, o direito público tem base unitária, sem embargo do tratamento em separado dos seus vários ramos, situação que acaba gerando uma espécie de crise de unidade, como destaca CASSESE, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, p. 396: *Un secondo fattore che contraddistingue il presente stato del diritto amministrativo è la crisi dell’unità del diritto pubblico. (...) il diritto pubblico costituisce un ramo unitario comprendente diritto costituzionale, amministrativo, internazionale, processuale, ecclesiastico. Tuttavia, la scienza giuridica italiana (ma neppure quella tedesca) non ha coltivato questi campi in modo unitario: ad esempio, non vi sono teorie unitarie dei procedimenti, legislativi, amministrativi e giurisdizionali, oppure tentativi di ricondurre a unità lo studio dei diversi processi, costituzionale, amministrativo, civile, penale (o almeno dei principi fondamentali che stanno alla loro base).*

direito brasileiro, a jurisdição deve ser encarada como serviço público, sob os aspectos formal e material, e como tal sujeita aos princípios gerais do serviço público como continuidade, igualdade e eficiência.¹⁴

Por conseguinte, a jurisdição, como integrante do organismo estatal como um todo, permeado pelo direito público, se impregna das novas possibilidades que gravitam na base desse conjunto, como a necessidade de maior abertura para a consensualidade e atuação pautada pela eficiência, permeada pela economicidade, a fim de que os recursos estatais possam ser melhor aproveitados e geridos em prol da sociedade.¹⁵

Daí a necessidade atual de a ciência jurídica em geral e do direito público em especial se abrirem para contribuições de outras ciências sociais, como administração, sociologia, história e economia, para melhor aderir à realidade social e buscar a racionalização na gestão da coisa pública.¹⁶ Nessa linha, importantes inovações na esfera do direito público têm surgido sob a perspectiva da análise econômica na gestão pública.¹⁷

14. CADIET; JEULAND, Droit judiciaire privé, p. 30: *À côté des principes d'organisation, l'ordonnement judiciaire comporte des principes de fonctionnement qui sont essentiellement fondés sur la notion de service public. Fonction étatique, la justice est, naturellement, un service public; elle l'est souvent dans les deux sens du terme, organique (l'institution) et matériel (l'activité) lorsque la fonction de juger est exercée par une juridiction étatique (...). Mais parce qu'elle est un service public, la justice doit fonctionner conformément aux principes communs à tous les services publics : la continuité et l'égalité.*

15. O direito brasileiro acolhe os princípios da eficiência e economicidade na atuação estatal (arts. 37 e 70, Constituição), que traduzem a ideia de “desburocratização” do Estado: parte-se para a busca da eficiência administrativa mediante implementação de modelos de administração gerencial. Confira-se FERRAZ; DALLARI, *Processo administrativo*, p. 78, em lição a respeito do princípio da eficiência, acolhido na Constituição brasileira: *Isso significa que é preciso superar concepções puramente burocráticas ou meramente formalistas, dando-se maior ênfase ao exame da legitimidade, da economicidade e da razoabilidade, em benefício da eficiência. Não basta ao administrador provar que agiu bem, em estrita conformidade com a lei; sem se divorciar da legalidade (que não se confunde com a estrita legalidade); cabe a ele evidenciar que caminhou no sentido da obtenção dos melhores resultados.* BAPTISTA, *Transformações do Direito Administrativo*, p. 22, leciona que hoje, ao lado do controle, uma das maiores preocupações da doutrina é com a eficiência da administração. Cf., ainda, DI PIETRO, *Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares*. In: MOREIRA NETO, *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*, p. 430. MOREIRA NETO, *A globalização e o direito administrativo*. In: MOREIRA NETO, *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*, p. 549.

16. CASSESE, 2010, p. 398: *In questi anni lo Stato è stato spogliato della sua veste sacrale, sono stati analizzati i limiti interni ed esterni della sovranità, sono stati indagati i limiti dell'imperatività e il 'governo con il consenso' (o, meglio, la necessità del consenso per governare), con ciò che ne è conseguito in ordine alle embricazione tra diritto pubblico e diritto privato. È stata spostata l'attenzione del solo diritto legislativo a quello giurisprudenziale e a quello che si forma nelle amministrazioni (le "policies"). Si è portata l'attenzione sulla finanza. Si sono aperti gli studi giuridici alla scienza politica, alla statistica, all'economia e alla sociologia.*

17. Assim, o mesmo CASSESE, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, p. 398, aponta que um dos mais importantes livros surgidos na literatura jurídica italiana recente busca fazer exatamente uma ponte entre direito público e economia: *Basti citare, scegliendo solo tra le opere recenti, due libri-simbolo, come*

Todos esses ventos de inovação que sopram no direito público atingem a jurisdição, ou seja, atingem sua organização e seu núcleo: o processo. A jurisdição é, assim, inserida num quadro maior de movimentação do próprio Estado, na busca de eficiência e economicidade de sua atuação, para garantir que sua missão constitucional seja bem executada: assegurar a solução das crises de direito material em tempo razoável e de forma efetiva.¹⁸ Tudo claro, sem perder de vista o contraditório e a ampla defesa.

Por outro lado, o Estado e o direito público têm sido invadidos pela ideia da consensualidade: revê-se a atuação imperativa do poder público, a fim de buscar maior consenso com os cidadãos,¹⁹ inclusive como técnica para alcançar enquadramento mais democrático da atuação estatal.²⁰

Num conjunto mais amplo e geral, portanto, toda essa nova perspectiva estatal é a fonte remota ou a grande moldura em que se inserem as reformas processuais e que não deixa de impregnar e inspirar as tentativas de modernização do processo.

2. O “GERENCIAMENTO” PROCESSUAL (“CASE MANAGEMENT”)

Na linha do enquadramento do direito processual na moldura geral do moderno direito público, apresentada brevemente no item anterior, é que surgiu no direito

quello di Aldo Sandulli sulla storia della scienza del diritto amministrativo e quello di Giulio Napolitano e Michele Abrescia sull'analisi economica del diritto pubblico. Nonostante il loro carattere sperimentale, son due libri significativi.(...) Il secondo, perché stabilisce un ponte tra economia e diritto, aprendo ai giuristi la prospettiva di arricchire le loro analisi con le tecniche dell'analisi economica.

18. COMOGLIO, *Rivista di Diritto Processuale*, 2010, p. 528/529, aponta que à ideologia constitucional do justo processo se acresce modernamente *la garanzia (individuale e strutturale) della “ragionevole durata” del processo*, o que deságua, hoje, na necessidade de efetividade da tutela jurisdicional: *Ad ulteriore supporto di tale esigenza si aggiunge, necessariamente, il principio di effettività, che in quel generale contesto si trasforma nel comune denominatore di ogni altra garanzia fondamentale, riguardante non soltanto il diritto individuale al processo ed alla giurisdizione, ma anche il diritto ad un'adeguata forma di tutela delle situazione da proteggere in sede giurisdizionale.*
19. CASSESE, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, p. 396: *In questi anni lo Stato è stato spogliato della sua veste sacrale, sono stati analizzati i limiti interni e esterni della sovranità, sono stati indagati i limiti dell'imperatività e il “governo con il consenso (o, meglio, la necessità del consenso per governare), con ciò che ne è conseguito in ordine alle embricazione tra diritto pubblico e diritto privato.*
20. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, p. 332: *La conclusione del procedimento può anche essere costituita, invece che da un atto unilaterale (che, peraltro, come si è visto sopra, può presupporre un accordo), da un atto consensuale, che può intervenire sia con un'altra pubblica amministrazione, sia con i privati interessati. Attualmente, dunque, vi è il pieno riconoscimento da parte del legislatore, che è possibile curare l'interesse pubblico anche mediante accordi tra amministrazioni pubbliche e privati; di conseguenza, in applicazione del principio di proporzionalità, potrebbe ora sostenersi che le pubbliche amministrazioni siano tenute ordinariamente a ricercare il consenso degli interessati prima di prendere decisioni unilaterali (“principio di consensualità”).*

européu, basicamente na França e na Inglaterra,²¹ o destaque para o panorama gerencial (= *case management*) dentro do processo, inspirado em diretriz geral da Comunidade Européia, datada de 1984, depois atualizada no Parecer n. 6/2004, do Conselho Consultivo Judiciário Europeu.²²

A concepção de “gerenciamento” processual preconiza a ampliação dos poderes do juiz na condução do processo, para que o direcionamento da sua marcha não fique à mercê das partes e, ainda, para permitir ao juiz a adaptação do procedimento ao caso concreto.²³

Assim, o juiz assume o papel de gerente do processo para organizar e conduzir a marcha processual, mediante sua adaptação à complexidade da causa: o juiz, de acordo com as características de determinado processo, vai realizar a condução da marcha procedimental num contexto em que a atuação judicial possa observar a relação custo/benefício de cada situação litigiosa, a fim de que cada causa mereça atenção de acordo com suas necessidades concretas, para que haja a melhor distribuição possível dos recursos judiciais entre todos os processos em curso perante a jurisdição.²⁴

21. DE CRISTOFARO, Rivista di Diritto Processuale, 2010, p. 283: *Questa duplice prospettiva emerge anche dall'esame dell'innovativa riforma della legge processuale civile inglese, nella quale i case management è stato eletto quale strumento essenziale per il conseguimento degli scopi del legislatore, nonché dall'esame delle ancor più recenti esperienze francesi.*
22. DE CRISTOFARO, Rivista di Diritto Processuale, 2010, p. 285/287: *All'approfondimento delle normative anglo-francesi va tuttavia premesso come la prima sollecitazione a riconoscere un compito propositivo (o pro-attivo) del giudice nella delineazione dell'iter procedurale si sia avuta già in seno alla raccomandazione R (84) 5 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 28 febbraio 1984, in materia di Principles of Civil Procedure Designed to Improve the Functioning of Justice: documento quant'altri mai lungimirante, nel quale si invitavano gli Stati a far sì che i giudici potessero svolgere un ruolo attivo nell'assicurare il rapido incidere del procedimento, sempre nel rispetto della libertà delle parti di dare impulso al processo e di determinazione dell'oggetto, ed altresì nel rispetto del principio di parità delle armi e di imparzialità del giudicante (Principio n. 3). (...) A vent'anni di distanza, il Parere n. 6 (2004) del CCJE (Consiglio Consultivo Giudici Europei) ha ravvisato in quella definizione l'essenza del case management moderno.*
23. DE CRISTOFARO, Rivista di Diritto Processuale, 2010, p. 283: *Devesi peraltro precisare, in limine, che – nella realizzazione concreta – il case management si concreta in sostanza nell'attribuzione al giudice di poteri relativi all'iter di svolgimento del processo, e così alla articolazione degli snodi in senso stretto procedimentali del progredire dello stesso (ivi compresa la fissazione discrezionale “ope iudices” di termini perentori per la presentazione del materiale di lite o la scelta di percorsi semplificati o acceleratori).*
24. Conferma-se, a respeito do processo inglês, os precisos apontamentos de DE CRISTOFARO, Rivista di Diritto Processuale, 2010, p. 294: *Tale innovazione, come già accennato, è anch'essa strumentale all'attuazione del principio – pure focalizzato nelle Civil Procedure Rules del 1999 – per cui per una data controversia possono essere impiegate le sole risorse che ad essa risultano appropriate, alla luce della necessità per le corti di dare risposta alle richieste di intervento di altri utenti e di garantire così un'operatività del servizio giustizia che sia soddisfacente per la globalità dei suoi potenziali destinatari, anche al di là delle esigenze, talora capricciose, delle parti coinvolte nello specifico processo: essendo aspetto coesistente al case management quello di assicurare che venga fatta giustizia in un determinato caso a costi ed in tempi ragionevoli, consumando un ammontare proporzionato di risorse del sistema giudiziario e delle parti.*

Como se percebe, trata-se de permear a análise jurídica do direito processual por instrumentos de análise econômica, dentro da possibilidade mais atual de abertura das ciências jurídicas para as demais ciências sociais, como as ciências da administração e econômica, reconhecendo-se que o direito não mais pode se encastelar nas teorias puramente jurídicas e deve, para se tornar mais dinâmico e aderente à realidade social, se valer de instrumental inerente a outras ciências, como aquela econômica.²⁵

Registre-se que, especificamente no âmbito do direito processual, já surgem estudos aliando a análise jurídica à análise econômica, como instrumental para melhor compreensão dos problemas processuais e para busca das soluções mais adequadas.²⁶

Busca-se, com isso, em qualquer reforma atual do processo civil, equilibrar o justo processo com a concepção econômica de eficiência do funcionamento do serviço público judiciário.²⁷ Noutras palavras, o judiciário e o processo se abrem para a eficiência econômica, para uma espécie de modelo concorrencial

25. A análise econômica no direito público não substitui a análise jurídica, mas lhe agrega outras ideias, a fim de abrir novas perspectivas para a análise jurídica, como aponta, com precisão, NAPOLITANO; ABRESCIA, *Análise económica del diritto pubblico*, p. 52: *L'analyse économique, in altri termini, non rende inutile lo studio tradizionale del diritto costituzionale e di quello amministrativo. Anzi, l'analisi economica presuppone quella giuridica e la integra, svelando nuove prospettive, offrendo soluzioni "de iuri condendo" e orientando le prassi applicative e i giudizi interpretativi. Questa operazione presuppone l'integrazione dei metodi, non l'artificiale divisione del lavoro tra scienze separate. Si tratta, infatti, di studiare non materie e oggetti, ma problemi, che vanno approfonditi al di là delle consuete distinzioni disciplinari.*
26. Nesse sentido, conferir o interessante estudo de PEDROSO, A Justiça civil em crise: a oportunidade/necessidade de reformar o processo civil in *Novos Rumos da Justiça Cível: Conferência Internacional*, Lisboa, abril 2008, p. 53/79, no qual se apresenta análise da procura e da oferta de justiça civil, destacando a inaptidão da dogmática jurídica para, sozinha, encontrar soluções para os diversos problemas da função jurisdicional: *O insucesso das sucessivas reformas do processo civil, nos últimos anos, na maioria dos países da União Europeia são um bom indicador do falhanço das políticas de justiça assentes exclusivamente na dogmática jurídica e de que a solução deve partir de uma análise interdisciplinar, ancorada na sociologia do direito, da actual realidade da justiça civil, de modo que se possa construir um novo paradigma de justiça e de processo civil.* Conferir, ainda, a respeito da análise econômica no âmbito processual a obra de Miguel Carlos Teixeira Patrício. *Análise Económica da Litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.
27. CADIET, Les conflits de légalité procédurale dans le procès civil in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, p. 75: *En vérité, ici comme là, tout est question d'équilibre. Si le principe d'efficience peut apparaître, à certains égards, comme une limite du droit au procès équitable, qui est au coeur de la légalité procédurale, à bien d'autres égards il est la condition de son effectivité dès lors que l'organisation des juridictions et la conception des procédures garantit aux justiciables une justice simple, prompte et effective.* E o mesmo CADIET, Les nouvelles tendances de la procédure civile en France in *Novos Rumos da Justiça Cível: Conferência Internacional*, Lisboa, abril 2008, p. 34, completa: *La promotion du principe d'efficience comme principe d'action publique doit se combiner avec les principes du procès équitable ; toute réforme de la procédure civile ne peut aujourd'hui être pensée que comme le résultat d'un arbitrage permanent, et nécessaire, entre un principe d'efficience et un principe d'équité.*

que permeia não só a estruturação interna do organismo judicial, mas o próprio direito processual.²⁸

Contudo, reitere-se, não se pode deixar de lado o modelo de justiça procedimental, pautado pela principiologia constitucional do processo: o processo ideal que se tenta atingir nas grandes reformas processuais realizadas nos tempos atuais é aquele que busca equilibrar essas duas linhas, harmonizando-as a fim de atingir o melhor resultado possível para o funcionamento da justiça.²⁹

O gerenciamento processual, assim, segundo Marco De Cristofaro, produz duas reflexões diversas: a) é instrumento de aceleração processual, com redução de custo, para se tentar atingir a duração razoável; b) busca assegurar, para cada causa, o percurso processual mais adequado, segundo a ideia de flexibilidade ou adaptabilidade procedimental: os procedimentos não podem mais ser pensados abstratamente, como se se tratasse de um modelo *prêt à porter*, mas sim devem ser talhados para cada caso.³⁰

No âmbito do gerenciamento processual tem-se, com isso, a ampliação dos poderes do juiz na condução do processo e sua atuação mais efetiva na busca da realização dos fins institucionais da jurisdição. Tudo, reitere-se, para permitir e garantir a melhor adaptação do procedimento ao caso concreto, no interesse das partes e do próprio processo em realizar uma justiça mais célere e com menor custo, de acordo com as necessidades reais de cada caso.³¹

28. CADIET, Les conflits de légalité procédurale dans le procès civil in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, p. 74: *L'efficience monte en puissance au sein de l'institution judiciaire comme, d'ailleurs, dans toutes les autres institutions publiques. L'idéologie concurrentielle s'infiltré subtilement au sein de l'institution judiciaire en y diffusant des logiques gestionnaires et des préoccupations managériales qui déterminent, non seulement la manière d'administrer l'institution, y compris les juridictions, mais aussi la façon de définir les règles de procédure les plus efficaces. C'est alors la justice elle-même qui est pensée selon le modèle concurrentiel; le principe concurrentiel est érigé en modèle d'économie judiciaire, ce que j'ai appelé, en d'autres lieux, la marchandisation et la marchandisation de la justice.*

29. CADIET, Les conflits de légalité procédurale dans le procès civil in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, p. 77: *Un procès de qualité est un procès conforme à la fois aux principes d'équité et aux principes d'efficacité. Les grandes réformes contemporaines de procédure doivent nécessairement poursuivre ces deux séries d'objectifs avec le souci de les harmoniser au mieux. L'enjeu dépasse d'ailleurs les frontières de l'Europe, ainsi qu'en témoignent les Principes de procédure civile transnationale d'Unidroit, dont l'article 11.2 énonce le principe selon lequel «les parties partagent avec le tribunal la charge de favoriser une solution du litige équitable, efficace et raisonnablement rapide».*

30. DE CRISTOFARO, *Rivista di Diritto Processuale*, 2010, p. 283.

31. DE CRISTOFARO, *Rivista di Diritto Processuale*, 2010, p. 283: *(...) il case management si configura primariamente quale mezzo di adattamento della disciplina procedimentale alle peculiarità del caso concreto, sì da non comprimere le esigenze di difesa e di approfondimento delle parti e al contempo però consentendo a ciascun contenzioso il "giusto" grado di attenzione da parte del servizio di giustizia (non troppo poco, ma neppure troppo).*

Entretanto, registre-se, o aumento dos poderes do juiz no *case management* não importa, por si só, aumento dos poderes instrutórios do juiz, já que as duas perspectivas são diversas e uma pode caminhar separada da outra: no *case management* é necessário reforçar e aumentar os poderes do juiz na condução e gerenciamento processual, sem necessariamente ampliar os poderes do juiz para determinar, de ofício, a produção de prova.³²

Deve-se, pois, levar em conta a nítida diferença entre as duas situações: num caso, diante do ambiente gerencial do processo, aumentam-se os poderes de direção formal do juiz; e em outro, tem-se panorama diverso, atinente à ampliação dos poderes do juiz para determinar, de ofício, provas. A distinção deve ser marcada porque, como aponta a doutrina italiana, é muito comum a confusão entre as duas distintas situações que às vezes são misturadas sob o título comum de “ativismo judicial”.³³

Portanto, o aumento dos poderes de direção e gerenciamento processual do juiz tem por objetivo a economia e a melhoria da gestão do processo e não joga com eventual ampliação dos seus poderes instrutórios, que se baseia em concepção diversa, aquela dos esclarecimentos dos fatos para delineamento da verdade real, com participação mais ativa do juiz na instrução processual.

Certo, entretanto, que o aumento dos poderes de gerenciamento do juiz dentro do processo busca melhorar a qualidade do produto judicial sem perder de vista sua inserção no ambiente constitucional maior do justo processo, pois não podem ser sacrificadas as demais garantias processuais, como contraditório, ampla defesa, imparcialidade e neutralidade do juiz no altar da celeridade processual.³⁴

32. Como destaca DE CRISTOFARO, *Rivista di Diritto Processuale*, 2010, p. 283, o *case management* permanece *straneo alle tematiche dei poteri/doveri del giudice quanto all'approfondimento officioso di questioni insorte nel corso del processo o alla tematica dei poteri istruttori o addirittura all'onere di segnalazione alle parti della necessità di integrare/modificare le proprie allegazioni*.

33. Nesse sentido, confira-se a precisa anotação de CAVALLONE, *Rivista di Diritto Processuale*, 2010, p. 17: *L'altro, di carattere invece teorico, è che nel dibattito si sono largamente confuse, hinc ed inde, le questioni che riguardano i poteri di iniziativa probatoria del giudice (materielle Prozessleitung nella terminologia della vecchia dottrina tedesca) con quelle che attengono ai suoi poteri di direzione formale del procedimento (formelle Prozessleitung), che hanno ben diversa natura e ben maggiore peso nell'economia del processo. È a causa di questa confusione, mi sembra, che molti studiosi continuano a valutare l'“attivismo” e la “passività” dei giudici di vari Paesi con il metro dei poteri a loro inutilmente concessi dai rispettivi legislatori in materia di prove, anziché verificare quale sia l'estensione dei loro poteri di case management: ciò che forse condurrebbe a considerare anche troppo attivi, e magari persino “autoritari”, propri gli “inerti” giudici inglesi e americani, come possono constatare gli avvocati continentali quando occasionalmente si trovano ad avere a che fare con loro*.

34. Mais uma vez confirmam-se as precisas lições de DE CRISTOFARO, *Rivista di Diritto Processuale*, 2010, p. 287, ao destacar que *la facoltà per il giudice di organizzare e condurre il processo im modo attivo e accurato è una funzione essenziale della qualità del prodotto giudiziario, pur dovendosi tenere presente*

O panorama do *case management* no modelo inglês vem se desenvolvendo nos últimos decênios sob a inspiração do ativismo judicial na condução processual, com o objetivo de reduzir a carga em razão do crescimento do número de processos e de sua duração, o que deságua numa ampliação de custo para o Judiciário, que, com isso, deve afrontar o novo cenário da realidade processual sob o prisma gerencial.³⁵

Busca-se valorizar, na *common law*, uma abordagem mais ativa do juiz na gestão dos processos envolvendo litígios mais complexos, principalmente quando o objeto desses tem relevância pública, tudo a fim de que cada processo seja tratado e conduzido de modo proporcional às suas características próprias e ao grau de dificuldade que apresenta, considerando a complexidade da causa, de modo que a cada lide se dispense parcela adequada dos recursos judiciais.³⁶

Noutras palavras, cabe ao juiz identificar, liminarmente, cada tipo de causa objeto do processo, para decidir a melhor forma de condução, procedendo-se a uma espécie de triagem comparativa, para apurar as condições de cada litígio em relação ao seu grau de importância e dificuldade, a fim de melhor distribuir os recursos judiciais entre o conjunto de processos sob a gestão da jurisdição.³⁷

A gestão ou gerenciamento, ou o assim chamado *case management*, importa na enucleação de três importantes instrumentos para sua concretização: a) flexibilização processual, com mudança na estruturação dos procedimentos judiciais; b) criação do calendário do processo; c) “contratualização” do processo.

Ao lado do direito inglês e francês, que já contam com tais instrumentos de gestão processual, o moderno direito processual italiano, como noticia Marco De Cristofaro, tem procurado se alinhar a esses modelos. A partir da reforma de 2009, introduzida pela lei 69, instituiu-se o calendário do processo e criou-se uma espécie de procedimento sumário, em contraposição ao procedimento ordinário, com o qual se predispõe um rito mais simplificado para o julgamento de causas menos

che le altre garanzie dell'equo processo non possono essere sacrificate sull'altare della rincorsa a tempi processuali sempre più ristretti.

35. DE CRISTOFARO, Rivista di Diritto Processuale, 2010, p. 288/289.

36. DE CRISTOFARO, Rivista di Diritto Processuale, 2010, p. 290.

37. DE CRISTOFARO, Rivista di Diritto Processuale, 2010, p. 290/291, destaca a forma de funcionamento do *case management* no direito inglês: *Per altro verso, vi sono le attività volte alla “selezione comparativa” dell'importanza delle questioni coinvolte, onde determinare quali di esse meritino attenzione da parte del giudice nonché il loro diverso grado di rilevanza: in tale senso viene richiesto di identificare le questioni controverse in fase liminare; di decidere subito quali questioni richiedono un pieno approfondimento al “trial” e, conseguentemente, di risolvere le altre questioni in via sommaria; di decidere l'ordine in cui le questioni dovranno essere risolte.*

complexas em termos de instrução processual, permitindo-se ao juiz adequar melhor o procedimento a cada tipo de litígio, de acordo com sua complexidade.³⁸

Mediante a conjugação desses instrumentos, a ideia de gerenciamento processual se coloca como importante ferramenta de gestão, para produzir efeitos aceleratórios, sem perder de vista o quadro mais amplo de toda a principiologia constitucional (= justo processo). Assim, deixa-se o processo mais “leve” ou mais “magro”, impondo ao juiz, desde seu início, a análise detalhada da causa a fim de lhe conferir a gestão mais adequada. O que, evidentemente, envolve um maior engajamento judicial desde o começo da marcha processual.

Porém, como destaca a mais recente doutrina italiana, não basta a instituição do modelo gerencial de atuação judicial: impõe-se a criação de outras técnicas, como a sumarização de alguns ritos processuais, para realizar diminuição do tempo de duração das causas mais simples, permitindo a redução geral da carga de trabalho dos juízes.

Por conseguinte, só com a predisposição, em cada sistema processual, dessa dupla estratégia (gerenciamento e sumarização/simplificação procedimental) é que se pode impactar na duração dos processos, reservando-se a atividade do juiz para os processos de maior complexidade, permitindo-se decisões mais rápidas nas causas mais simples.³⁹

Passa-se, agora, ao apontamento de cada uma das três principais ferramentas judiciais para o gerenciamento processual: flexibilidade processual; calendário processual e “contratualização” do processo.

2.1. Procedimentos flexíveis com previsão de circuitos adequados

No direito processual francês, segundo lição de Lõic Cadiet, o processamento das causas perante o *tribunal de grande instance* não é definido previamente na legislação processual. São previstos três circuitos procedimentais diversos, denominados *circuit long* (arts. 763/787, CPC), *circuit moyen* (art. 761, CPC) e *circuit court* (art. 760, CPC).⁴⁰

Essa variedade de percursos é estabelecida em função da complexidade da causa nos seguintes termos: i) para o “circuito curto” se encaminham as causas

38. DE CRISTOFARO, *Rivista di Diritto Processuale*, 2010, p. 303/304.

39. DE CRISTOFARO, *Rivista di Diritto Processuale*, 2010, p. 301/302.

40. CADIET, *Les nouvelles tendances de la procédure civile en France in Novos Rumos da Justiça Cível: Conferência Internacional*, Lisboa, abril 2008, p. 45.

muito simples e que, após a resposta do réu (ou mesmo na sua falta), comportam decisão imediata, sem maiores indagações probatórias; ii) ao “circuito médio” se encaminham as causas que não podem ser decididas de imediato, logo após a defesa do réu, razão pela qual designa-se uma segunda audiência, com troca de articulados defensivos entre as partes, sem necessidade de produção de provas mais complexas, como testemunhal e pericial; iii) já para o “circuito longo” deságuam as causas complexas que demandam instrução probatória, mediante aquisição de provas constituídas.⁴¹

A designação ou escolha do circuito adequado (curto, médio ou longo) ocorre já na primeira audiência, em que o juiz, analisando o processo, e em conjunto com os advogados das partes, define o melhor circuito para a causa concretamente considerada.⁴²

O encaminhamento da causa para um desses circuitos procedimentais ocorre mediante análise prévia do processo pelo juiz, para apurar o grau de complexidade do feito, bem como a necessidade de instrução probatória, ou seja, qual o tipo de prova que é necessário produzir no processo para esclarecimento dos fatos. É propriamente a maior ou menor complexidade do litígio que comanda a orientação procedimental.⁴³ O juiz francês, nesse sentido, exerce verdadeiros poderes gerenciais do processo, uma vez que lhe cabe personalizar o ritmo processual de cada uma das causas, de acordo com suas características peculiares.⁴⁴

Tem-se, por conseguinte, a flexibilização do procedimento: o juiz, de acordo com as necessidades do caso em análise, escolhe o tipo de procedimento mais adequado para aquele feito especificamente considerado. O procedimento passa a ser adotado “sob medida” e não mais *prêt à porter* (= predefinido abstratamente na legislação processual para todo tipo de situação litigiosa).⁴⁵

41. DE CRISTOFARO, Rivista di Diritto Processuale, 2010, p. 298. No mesmo sentido, cf. CANELLA, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2010, p. 557.

42. CANELLA, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2010, p. 556.

43. CADIET, Les nouvelles tendances de la procédure civile en France in Novos Rumos da Justiça Cível: Conferência Internacional, Lisboa, abril 2008, p. 46: *Implicitement, c'est bien la plus ou moins grande complexité du litige qui commande l'orientation de procédure.*

44. DE CRISTOFARO, Rivista di Diritto Processuale, 2010, p. 299.

45. CADIET, Les nouvelles tendances de la procédure civile en France in Novos Rumos da Justiça Cível: Conferência Internacional, Lisboa, abril 2008, p. 47: *En vérité, cette réversibilité des techniques procédurales, mises au service d'une rationalisation de la procédure en fonction du degré de complexité de l'affaire, invite à penser les réformes processuelles non plus sur le mode « prêt à porter » mais sur celui du « sur-mesure ».*

O sistema processual, nesses termos, deve oferecer possibilidades de adaptação procedimental para cada litígio em espécie, de modo a oferecer sempre o procedimento mais adequado possível para cada causa concretamente considerada.

E mais: no curso do processo, se a causa se complicar ou se simplificar, ou seja, se se apurar que o circuito adotado não é o adequado, o sistema processual deve permitir a instituição de “pontes” de passagem de um procedimento a outro, ou de um tipo de circuito a outro, a fim de que o procedimento possa ser “reorientado” para o circuito ou procedimento adequado, sem que tudo tenha de voltar ao começo.⁴⁶

Desse modo, a diversidade e a flexibilidade procedimental constituem uma boa resposta ao grau de complexidade de cada causa, para que cada uma delas tenha procedimento “sob medida”. Porém, reiterar-se, é necessário que se deixe de lado a concepção estática de procedimento judicial, previsto abstratamente na lei, e se passe para uma concepção dinâmica do procedimento,⁴⁷ a fim de permitir o melhor gerenciamento do processo pelo juiz.

A mesma concepção de circuitos procedimentais inaugurada no direito francês acabou por ser adotada no direito inglês, que prevê os vários “tracks” que podem ser adotados pelo juiz, de acordo com o valor econômico e a complexidade de cada causa: “small claims track”, “fast track” e “multi track”.⁴⁸

O sistema do “multi track”, como destaca Marco De Cristofaro, é muito interessante, pois se trata de um procedimento “aberto” e flexível, em cujo âmbito cabe ao juiz a gestão procedimental, em que os atos instrutórios e demais atos procedimentais são estabelecidos em conjunto com as partes, por meio das chamadas “management conferences”. O procedimento, então, é totalmente flexibilizado, podendo o juiz, se entender mais adequado, escolher, em conjunto com as partes, alterações de percurso em razão dos desenvolvimentos ulteriores do procedimento.⁴⁹

46. CADIET, Les nouvelles tendances de la procédure civile en France in *Novos Rumos da Justiça Cível: Conferência Internacional*, Lisboa, abril 2008, p. 37 e 47: *Le système de justice doit offrir à chaque sorte de litige le type de procédure qui lui convient et, en fonction de l'évolution du litige, qui peut se simplifier ou, au contraire, se compliquer, il doit être possible de passer souplement d'une procédure à une autre au moyen de « passerelles » qui permettent de réorienter la procédure en cours d'instance sans avoir à tout reprendre depuis le début.*

47. CADIET, Les nouvelles tendances de la procédure civile en France in *Novos Rumos da Justiça Cível: Conferência Internacional*, Lisboa, abril 2008, p. 47.

48. DE CRISTOFARO, *Rivista di Diritto Processuale*, 2010, p. 292.

49. DE CRISTOFARO, *Rivista di Diritto Processuale*, 2010, p. 292/293.

2.2. Calendário processual

Interessante instrumento da gestão gerencial do processo, previsto na legislação francesa, é o calendário processual. Parte-se da concepção que cada causa deve receber tratamento individualizado, dentro dos circuitos processuais previstos, de forma flexível, na legislação processual. Com isso, o juiz deve, sob medida, regular os prazos para prática de atos processuais de determinado processo, atento à natureza da causa, ao grau de urgência e à sua complexidade.⁵⁰

Com base nesses dados, o juiz, em conjunto com os advogados das partes, fixa o calendário do processo, em que se preveem as datas para prática dos atos processuais de instrução e de troca de peças de defesa, bem como da própria decisão.⁵¹ E tal calendário tem de ser cumprido, salvo alteração devidamente amparada em motivos de maior gravidade.⁵²

Essa técnica do direito francês foi encampada pelo direito italiano na recente reforma de 2009, produzida pela lei n. 69 que, entre várias outras modificações, introduziu o calendário do processo,⁵³ por meio do qual são fixadas previamente, no início da causa, as datas para a prática dos atos processuais, inclusive instrutórios, até a decisão,⁵⁴ de modo que o calendário do processo ao conter a previsão, *a priori*, da duração do processo, em toda a sua complexidade, permite às partes ao menos um prognóstico de sua duração.⁵⁵

E, claro, o calendário é fixado em cada processo de acordo com as peculiaridades da causa concretamente considerada: não se trata de mera atividade arbitrária do juiz, mas sim realizada em consonância, por exemplo, com a natureza da lide, urgência na solução da controvérsia, bem como sua complexidade, situação que,

50. CADIET; JEULAND, *Droit judiciaire privé*, p. 566.

51. CANELLA, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2010, p. 557: *Il calendario prevede il numero delle difese ed i rispettivi termini, la data della chiusura della fase istruttoria, quella in cui se terrà la discussione della causa, nonché quella della pronuncia della sentenza (artt. 763 e 764 c.p.c.)*.

52. CADIET; JEULAND, *Droit judiciaire privé*, p. 567: *Ce calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l'article 450, celle du prononcé de la décision. Ce calendrier est contraignant et il n'a de sens véritable qu'à la condition qu'il le soit pour les parties autant que pour le juge. D'où les délais fixés dans le calendrier de la mise en état, ce qui inclut le délai de jugement à défaut de disposition contraire, ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée*. Cf. ainda CANELLA, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2010, p. 557.

53. PICOZZA, *Rivista di Diritto Processuale*, 2009, p. 1650.

54. PICOZZA, *Rivista di Diritto Processuale*, 2009, p. 1655.

55. PICOZZA, *Rivista di Diritto Processuale*, 2009, p. 1651: *Il calendario del processo consente di stabilire in via anticipata, e perciò di prevedere, la tempistica di quella fase processuale che, fino ad oggi, veniva fissata di volta in volta e perciò permette, quanto meno in via tendenziale, di fare un pronostico sulla durata complessiva del processo*.

como aponta a doutrina italiana, mostra que o estabelecimento do calendário não é simples.⁵⁶ O instrumento, para funcionar, vai exigir, certamente, maior engajamento do juiz, principalmente a análise mais acurada do conteúdo do processo no início da sua tramitação.

O calendário por si só não é causa direta de aceleração do processo ou de diminuição de sua duração, mas é de grande importância como instrumento de gestão processual e para oferecer às partes a previsão inicial da duração do processo. Assim, as partes, desde o início da causa, já sabem, de antemão, qual será a duração da tramitação do feito em juízo, e podem, então, valorar se a via judicial é o melhor caminho para solução da controvérsia.⁵⁷

Acresça-se que o calendário não é fixado unilateralmente pelo juiz, mas com a participação negocial das partes, estabelecendo-se verdadeiro contrato de procedimento.⁵⁸ Com isso, permite-se um clima de maior cooperação entre partes e juízo, além de se introduzir a prática negocial ou os acordos procedimentais, que serão analisados no item seguinte.⁵⁹

56. PICOZZA, Rivista di Diritto Processuale, 2009, p. 1656: *Il giudice, inoltre, provvede a scansionare nel tempo le varie attività processuali non in maniera del tutto discrezionale., bensì “tenuto conto della natura, dell’urgenza e della complessità della causa”. Come è stato giustamente osservato, si tratta di tre variabili piuttosto difficili da combinare e che vanno intese in maniera relativa. Sono quindi criteri forniti al magistrato per meglio organizzare il suo lavoro complessivamente considerato e per consentirgli di stabilire, caso per caso, quale concreta causa, rispetto alle altre assegnate al suo ruolo, abbisogni di essere condotta in maniera più spedita.*

57. PICOZZA, Rivista di Diritto Processuale, 2009, p. 1652: *Non si tratta quindi di una disposizione volta ad accelerare i tempi di svolgimento del processo medesimo, bensì di uno strumento di organizzazione e perciò di previsione: “calendario alla mano” le parti possono rendersi conto dei tempi che – presumibilmente – ci vorranno per giungere ad una decisione e potranno quindi meglio valutare se la risoluzione giudiziaria della loro controversia costituisca o meno la strada migliore. Il nuovo art. 81 bis disp. att. c.p.c., quindi, di per sé non incide sui tempi del processo e perciò non serve ad accelerarlo, ma lancia un segnale ai gestori ed agli utenti della giustizia civile, ricordando ai primi che è nel loro potere (rectius: dovere) esercitare tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del processo e invitando i secondi a cooperare attivamente.*

58. CANELLA, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2010, p. 557: *Infatti, come accennato, il “juge de la mise en état” può fissare il calendario dell’istruzione a séguito di un accordo delle parti: tale nuova norma introdotta nel “code de procédure civile” dalla riforma del 2005 ha consacrato la pratica c.d. dei “contratti di procedura” già previsti da alcuni accordi collettivi, utilizzati da tempo e con successo nell’ambito delle giurisdizioni che li avevano stipulati. No direito italiano, cf. PICOZZA, Rivista di Diritto Processuale, 2009, p. 1654: *L’art. 81 bis disp. att. c.p.c. prevede poi che il giudice fissi il calendario “sentite le parti”. Ciò significa che il giudice deve creare un contraddittorio informale con le stesse sull’organizzazione degli adempimenti successivi, in modo da tenere conto – nei limiti del possibile – delle loro preferenze.**

59. CADIET, Les nouvelles tendances de la procédure civile en France in Novos Rumos da Justiça Cível: Conferência Internacional, Lisboa, abril 2008, p. 38: *(...) la consécration du contrat de procédure, avec le calendrier de mise en état, devant le tribunal de grande instance et la cour d’appel, ce calendrier, fixé avec l’accord des avocats, comportant « le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de clôture, celle des débats et (...) celle du prononcé de la décision ».* Cf. ainda CADIET; JEULAND, Droit judiciaire privé, p. 567.

Todavia, no direito italiano, o instrumento do calendário foi instituído sem maiores sanções no caso do seu descumprimento. Segundo a doutrina italiana, a ideia é boa e útil, mas, apesar da obrigatoriedade da instituição do calendário, se esse não foi elaborado ou se elaborado for descumprido, não há sanção. Logo, a perspectiva pode não ter força para interferir na prática judicial, a fim de levar à desejada mudança de comportamento e mentalidade dos juízes.⁶⁰ Só o tempo dirá, segundo a doutrina italiana, se o novo instrumento será aplicado pelos juízes italianos e se funcionária ou não.⁶¹

2.3. “Contratualização” do processo

O processo, como mecanismo de atuação da jurisdição estatal, insere-se num organismo maior, o próprio Estado e, como indicado no item 1, sofre a influência das tendências gerais do direito público.

Uma das tendências mais marcantes no direito público atual é a penetração da consensualidade. O direito público até pouco tempo era regido quase que exclusivamente pela unilateralidade ou pelos atos de autoridade. Com a consensualidade, permite-se a participação do cidadão em atos administrativos, o que torna a Administração mais democrática e permeável à participação da sociedade. Essa mesma tendência reflete-se no processo.⁶²

Com efeito, surge no direito francês a “contratualização” do processo, de modo a permitir ajustes entre partes e juiz a respeito da forma de condução do processo e fixação dos termos do seu desenvolvimento. Parte-se, nitidamente, para efetivação do clima de cooperação entre partes e juiz, para a gestão processual, sempre recomendada pela melhor doutrina processual.

Aliás, registre-se, a ideia de ajustes ou negócios processuais sempre foi admitida pelos direitos processuais de vários países, inclusive o brasileiro, que regula no vigente CPC a possibilidade de ajustes no curso do processo, como aqueles

60. PICOZZA, Rivista di Diritto Processuale, 2009, p. 1658/1659.

61. SALVANESCHI, Rivista di Diritto Processuale, 2009, p. 1577.

62. CADIET, Revista de Processo, 2008, p. 63/64: *D'une part, d'un point de vue général, ces conventions relatives au procès s'inscrivent dans une tendance très nette à la contractualisation contemporaine des rapports sociaux, liée au déclin du centralisme étatique et de son corollaire dans l'ordre de la production normative, le légicentrisme. Ce phénomène, qui a pris son essor dans les années 1960, fait l'objet de nombreuses études doctrinales, qui en soulignent l'importance, indépendamment de la variété des positions qu'elles expriment, favorables ou défavorables. La réflexion sur la contractualisation de la justice, du procès ou, plus généralement des modes de règlement des différends, depuis une quinzaine d'années, participe assurément de ce mouvement qui traduit l'émergence d'un ordre juridique négocié entre les acteurs sociaux, à côté de l'ordre juridique imposé par l'Etat, ce que l'on identifie aujourd'hui par référence au concept de post-modernité.*

que as partes celebram para terminar o litígio (transação), para suspender o processo, bem como ajustes contratuais que interferem no processo que irá nascer, como é o caso da cláusula de arbitragem, que exclui a discussão da jurisdição estatal, ou o chamado foro de eleição, em que as partes escolhem o foro onde a causa será ajuizada.

Entretanto, os acordos ou contratos processuais de que ora se cogita são bem diversos dessas figuras clássicas do processo civil: preconiza-se, modernamente, a possibilidade de partes e juiz, em clima de cooperação,⁶³ ajustarem acordo de natureza exclusivamente processual a respeito da condução do processo e do momento da prática de determinados atos processuais. Trata-se, sem dúvida, de verdadeira novidade introduzida no âmbito da gestão processual.⁶⁴

Esse tipo de ajuste, certamente, leva a determinadas perplexidades, como por exemplo, a concepção de que o processo, por envolver litígios ou conflitos, seria infenso às possibilidades negociais, inerentes aos contratos,⁶⁵ ou mesmo à impossibilidade de enquadrar esse tipo de ajuste em figuras contratuais clássicas do direito civil, donde a doutrina francesa apontar que se trata mais de “contrahere” que de “contractus”.⁶⁶

O fato é que, com a abertura do Estado para a consensualidade, não deixa de ser possibilidade das mais interessantes a abertura do processo para esse tipo de ajuste processual, que permite maior participação e cooperação entre as partes e o juiz, no ajustamento da forma de condução processual, engajando as partes na condução do processo. Conjunto que, no mínimo, abre o processo para uma perspectiva mais democrática na sua condução, que passa a ser não apenas unilateral, imposta pelo Estado-juiz.

Todo esse quadro leva, ao menos em tese, à maior eficácia da ação pública, com a possibilidade de melhor aceitação das decisões judiciais,⁶⁷ em razão da

63. CADIET, Les nouvelles tendances de la procédure civile en France in *Novos Rumos da Justiça Cível: Conferência Internacional*, Lisboa, abril 2008, p. 38: *La contractualisation du procès est dans la logique du principe de coopération du juge et des parties (...)*. Cf. ainda CADIET, *Revista de Processo*, 2008, p. 71.

64. CADIET, *Revista de Processo*, 2008, p. 71, destaca que no âmbito da justiça estatal, *le contrat se diffuse sensiblement au sein du procès; au moyen d'accords processuels, il devient, en quelque sorte, à l'instar sinon à l'égal de la loi et de la décision unilatérale du juge, une technique complémentaire de gestion de la procédure civile*.

65. CADIET, *Revista de Processo*, 2008, p. 62.

66. CADIET, *Revista de Processo*, 2008, p. 80. Cf., ainda, CANELLA, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2010, p. 555.

67. CANELLA, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2010, p. 555 e 5757: *L'accento posto sulla logica contrattuale non implica solamente la modificazione dell'equilibrio tradizionale tra la legge e il*

abertura democrática que se produz no Judiciário, tornando a justiça mais “cidadã” e enquadrando a função judiciária no novo modelo de Estado que se desenha neste início de século XXI: o Estado mediador.⁶⁸ Ademais, a partir do clima consensual também se combate um dos males modernos do processo: os recursos. Como o ajustamento de pontos importantes no processo se dá por meio do consenso, as partes tendem a não apresentar recursos contra decisões proferidas em tal contexto.

Tais contratos processuais derivaram, na França, para a possibilidade de ajustamento em âmbito coletivo, como se fossem, parafraseando o direito do trabalho, uma espécie de convenção coletiva do processo, em que se negociam, por exemplo, as condições de informatização do processo e sua implementação, ou ainda, novas condições procedimentais ou de sua gestão, bem como surgem instrumentos negociais para melhorar a própria administração da justiça.⁶⁹

Desse modo, os tribunais franceses e os representantes dos advogados ajustam acordos coletivos nos quais se estabelecem regras, por exemplo, para gestão da fase de instrução, conferindo-se ao procedimento maior flexibilidade e permitindo ao juiz maiores poderes gerenciais.⁷⁰

contratto, ma garantisce altresì una maggiore efficacia dell'azione pubblica, superiore a quella imposta dall'alto, permettendo di ottenere la cooperazione dei consociati.

68. CADIET, Revista de Processo, 2008, p. 82: *Favoriser la contractualisation de la justice aux conditions que je viens d'indiquer, c'est simplement contribuer à faciliter l'acceptation sociale de l'activité juridictionnelle ; c'est donc contribuer à retisser du lien social et, lorsque ces modes se développent au sein même de l'institution judiciaire, c'est promouvoir une justice plus citoyenne, une justice plus démocratique, sous la tutelle d'un Etat modérateur en charge des équilibres sociaux, qu'on pourrait appeler l'Etat-médiateur, après l'Etat-gendarme du 19 siècle et l'Etat-providence du 20 siècle.*

69. CADIET, Revista de Processo, 2008, p. 78/79 : *Au terme de cette présentation, je voudrais faire observer que la progression de la technique contractuelle au sein du procès ne se limite pas au seul traitement procédural des cas individuels. Le contrat est également devenu, à la fois, un instrument de gestion collective des procès, avec les protocoles de procédure conclus entre les juridictions et les professions judiciaires, sortes de convention collective de procédure civile, ainsi qu'un outil de politique publique, qu'il s'agisse de promouvoir la communication électronique des actes du procès, l'accès au droit ou d'améliorer les performances des juridictions. Cette philosophie contractuelle dépasse ainsi le seul cadre des procédures juridictionnelles, pour toucher progressivement l'administration même de la justice comme en témoignent les dispositions relatives à l'organisation et au fonctionnement des Maisons de justice et du droit, sans parler des conseils départementaux d'accès au droit, des contrats locaux de sécurité ou des contrats d'objectifs, conclus entre les juridictions et l'administration centrale du Ministère de la justice en vue d'assurer une meilleure maîtrise de dépenses et des délais de la justice.* Cf., ainda, CANELLA, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2010, p. 570.

70. CANELLA, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2010, p. 549/550: *A partire dalla metà degli anni ottanta si è sviluppata in Francia una pratica di stipulazione di convenzioni collettive finalizzate a regolamentare i processi ed in particolare quelli che si svolgono innanzi ai “Tribunals de Grande Instance” ed alle “Cours d'appel”. Da un punto di vista soggettivo gli accordi vengono conclusi tra i presidenti delle varie giurisdizione da un lato e i “Bâtonniers” (presidenti) dei locali ordini degli avvocati o i presidenti delle “Chambres des avoués”, dall'altro lato. Tali convenzioni sono per lo più volte a regolare in modo specifico la “mise en état” (ciò che grosso modo potrebbe essere considerata l'istruzione della causa),*

A doutrina italiana lista alguns exemplos interessantes que constituem objeto dos acordos coletivos processuais na França: i) as conclusões finais das partes devem anunciar claramente as razões de fato e de direito; ii) comunicação entre tribunal e advogado por via eletrônica; iii) acordo para perícias firmado entre tribunal, ordem dos advogados e associação de peritos, para regulamentar a produção da prova e uniformizar critérios de fixação de honorários; iv) instituição de comissão mista de estudo para acompanhar processos e estudar as eventuais disfunções e apresentar propostas de alterações.⁷¹

A perspectiva gerencial é bem aceita pela legislação processual francesa para permitir maior adequação procedimental, considerando o caso objeto do processo,⁷² até mesmo em razão da flexibilidade natural do processo francês.⁷³

A importância desses acordos coletivos é destacada pela doutrina, pois permitem, de forma consensual, a introdução de boas práticas no processo civil, que depois acabam por se incorporar legislativamente ao CPC.⁷⁴ Assim, por exemplo, algumas importantes alterações ocorreram na legislação processual na França em 2004/2005 inspiradas em práticas adotadas nos acordos coletivos.⁷⁵

Além disso, um dos principais aspectos incorporados pela reforma processual francesa de 2004/2005 foi exatamente o contrato de procedimento, firmado entre juiz e advogados das partes, para estabelecer os termos processuais e da instrução, flexibilizando o procedimento de acordo com as peculiaridades da causa e permitindo a gestão mais eficaz do processo.⁷⁶

fase processuale che caratterizza la forma più complessa del processo di cognizione di primo grado, vale a dire il cosiddetto “circuit long” ed il processo di appello.

71. CANELLA, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2010, p. 563/568.

72. CANELLA, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2010, p. 550: *È bene chiarire che le norme processuali contenute nel code de procédure civile (d’ora in poi c.p.c.) sono state formulate per poter essere utilmente applicate dal giudice a seconda della complessità della lite, favorendo una trattazione più personalizzata ed efficace.*

73. CANELLA, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2010, p. 550: *Come si vedrà nel prosieguo, l’ampio margine di “contrattazione collettiva” all’interno dell’ordinamento l’oltralpe si può produrre in modo efficace in virtù della natura elastica del processo francese, in generale, e della fase della “mise en état”, in particolare.*

74. CANELLA, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2010, p. 552: *Ciò che li distingue è la capacità persuasiva che ha consentito alle regole elaborate nell’ambito delle giurisdizioni parigini, norme tecniche e talvolta innovative, di essere successivamente recepite dal codice di procedura civile.*

75. CANELLA, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2010, p. 552: *Infatti, il processo ordinario francese è stato oggetto di importanti riforme nel 2004 e nel 2005, che hanno tratto ispirazione in modo consistente dagli accordi processuali stipulati in precedenza tra magistrati e avvocati (...).*

76. CANELLA, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2010, p. 553: *Una precisazione si rende necessaria: quando fu iniziata la pratica della stipulazione degli accordi processuali “collettivi”, l’aspetto maggiormente innovativo di tali convenzioni era rappresentato dalla previsione dei c.d. contratti di procedura. Si tratta di accordi specifici, che intervengono nel corso della fase della “mise en état” tra parti*

Tudo isso se insere, como dito, num quadro mais amplo da tendência geral de abertura do ordenamento jurídico francês para o consenso.⁷⁷ Tendência para a qual só agora, timidamente, começa a se abrir o direito italiano.⁷⁸

O contrato de procedimento coloca, então, a lógica contratual ou negocial (= consensual) no âmbito judicial, modificando a forma de relacionamento entre partes/advogados e juiz, que se afasta do esquema vertical impositivo e passa a ser horizontal, dando lugar a situações procedimentais acordadas, em concreto, num determinado processo, entre as partes e o juiz.⁷⁹

Uma indagação que a doutrina italiana coloca, ao examinar os acordos processuais franceses, diz respeito à constitucionalidade e à possibilidade de sua utilização no direito italiano, no qual vigora como princípio constitucional a cláusula do devido processo legal.⁸⁰

A resposta vai depender da posição doutrinária quanto à leitura do princípio do devido processo “legal”. Se se interpretar a cláusula em sentido literal e fechado, como necessidade de todo o procedimento ser previsto e regulado na lei em sentido estrito, não haveria abertura para a possibilidade de “contratualização” do procedimento. Ao contrário, todavia, se se entender a cláusula em sentido mais aberto, não como reserva absoluta de lei, mas apenas fixação das grandes linhas procedimentais pela lei, a situação seria constitucionalmente viável, já que não existiria uma espécie de reserva absoluta de lei para fixação do procedimento.⁸¹

giudice istruttore al fine di stabilire i termini perentori da applicarsi alla singola causa e che costituiscono uno strumento molto flessibile, funzionale alla trattazione più efficace del processo: essi rappresentano pertanto un prodotto significativo ed innovativo dei “contratti processuali collettivi”. A partire da questa pratica, o meglio a séguito del suo recepimento da parte prima del rapporto Magendie e poi del legislatore francese del 2005, è stato introdotto un nuovo comma 3° all’art. 764 c.p.c. che oggi prevede espressamente il “contrat de procédure”.

77. CANELLA, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2010, p. 553/554: *Ciò non è casuale, poiché l’adozione della forma convenzionale si inserisce nell’ambito di una più ampia tendenza generale dell’ordinamento giuridico francese, volta al recepimento del consenso dei destinatari delle norme giuridiche. Tale tendenza assume uno specifico rilievo nell’ambito dell’amministrazione della giustizia e non solo nei settori più tradizionalmente toccati da politiche in senso lato contrattuali.*

78. CANELLA, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2010, p. 555.

79. CANELLA, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2010, p. 555: *Si tratta di collocare la logica contrattuale nell’ambito della attuale tecnica di produzione giuridica. Infatti si assiste ad una modificazione dei rapporti tra cittadini ed istituzioni, consistente in un allontanamento dallo schema piramidale tipico del diritto moderno, nell’ambito del quale la norma di origine statale si imponeva all’individuo. Oggi si può osservare una tendenza dello Stato ad utilizzare sovente lo strumento in senso lato contrattuale, in modo da realizzare forme organizzative di tipo orizzontale e dando così luogo a norme che anziché imporsi al singolo, vengono concordate con esso: in tal modo i destinatari della norma giuridica sono associati al processo di elaborazione della regola.*

80. CANELLA, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2010, p. 575.

81. CANELLA, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2010, p. 575/576.

Diante desse conjunto, a conclusão de boa parte da doutrina italiana é pela possibilidade da “contratualização” do processo, individualmente e mesmo no âmbito coletivo, desde que não se viole norma legal expressa. Noutras palavras: nos pontos em que a legislação não apresentar regulação minuciosa, mas normatizar a situação em cláusula geral ou norma aberta, o juiz e as partes podem concretizar as soluções procedimentais em acordos processuais.⁸²

De mais a mais, como destaca a doutrina, existe diferença entre as medidas jurisdicionais propriamente ditas e aquelas inerentes à organização ou à administração judiciária: as primeiras mais ligadas diretamente à lei enquanto que as segundas são mais flexíveis e abertas, como medidas de administração da justiça.⁸³

Desse modo, ao conjunto de esforços legislativos que são atualmente observados para tentar melhorar o processo, podem-se acrescentar as experiências dos acordos processuais, que apresentam, se bem implementadas, interessante ganho para a gestão processual pelo juiz, em clima de cooperação com as partes.⁸⁴

3. CONCLUSÃO: O ATUAL ANTEPROJETO DE CPC BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE REPENSAR A FUNÇÃO DO JUIZ

O anteprojeto de Código de Processo Civil, apresentado em meados de 2010 ao Congresso Nacional, prevê, na parte inicial que trata dos princípios fundamentais do processo civil, a duração razoável do processo (art. 4º) e, ainda, que *as partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência* (art. 5º).

Contudo, o anteprojeto parou por aí no que diz respeito a uma maior abertura do processo brasileiro para o fenômeno da “contratualização”. Também nada prevê especificamente a respeito da posição do juiz como gerente do processo, a fim

82. CANELLA, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2010, p. 578/579.

83. CANELLA, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2010, p. 576/577: *In Francia è stata concepita una suddivisione nell'ambito delle attività del giudice de la “mise en état”, tra quelle più propriamente giurisdizionali e quelle definite “mesures d'administration judiciaire”. (...) Tali “mesures d'administration judiciaire” non incontrano limiti rigidamente prestabiliti e possono esplicarsi nell'ambito di confini assai flessibili: il potere organizzativo-amministrativo del giudice può sicuramente essere esercitato nei casi in cui egli provvede alla fissazione dei termini o al rinvio dell'udienza, sfuggendo tra l'altro al sindacato della giurisprudenza.*

84. CANELLA, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2010, p. 580: *Dopo i molti sforzi effettuati dal nostro legislatore per dotare l'Italia di un sistema processuale efficace, rapido o almeno prevedibile, forse può essere sperimentata anche la via dell'accordo processuale in senso lato, raccogliendo le istanze degli operatori del diritto per assicurare la ragionevole durata del processo civile.*

de modular o procedimento de acordo com as necessidades e complexidades do caso em julgamento, como, v.g., por meio da criação dos “circuitos” processuais ou do calendário do processo.

Noutras palavras: o anteprojeto não encampa esses modernos instrumentos de gestão ou gerenciamento processual (circuitos procedimentais, “contratualização” e “calendarização” do processo), extraídos do exame comparativo das legislações processuais atuais, todos voltados à busca da melhor gestão processual possível de cada causa pelo juiz, em clima de cooperação com as partes.

Cabe então indagar se o modelo processual brasileiro, cristalizado na Constituição, seria infenso ou refratário a tais instrumentos e, em caso negativo, se haveria ambiente para a implementação desse tipo de mudança no processo brasileiro.

O modelo constitucional do processo brasileiro é montado sobre a garantia do amplo acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, Const.), que funciona segundo o devido processo legal (art. 5º, LIV, Const.), permeado pelo contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, Const.), e pelas garantias da neutralidade e da imparcialidade da jurisdição (arts. 5º, LIII, e 95, Const.), sem perder de vista a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, Const.).

Com isso, a possibilidade da previsão legal de procedimento mais flexível, adaptável pelo juiz de acordo com as necessidades do caso concreto, não traduziria inconstitucionalidade, pois o devido processo legal, como informa a mais moderna doutrina italiana, não significa processo rigidamente modelado pela lei, mas sim o delineamento legal do processo, que pode ser montado sobre cláusulas gerais, abertas e flexíveis, que permitem maior mobilidade judicial para adequação procedimental ao caso concreto.⁸⁵

Assim, não se vislumbra incompatibilidade com o modelo constitucional brasileiro em relação à possibilidade de implementação, aqui, de circuitos processuais a serem escolhidos judicialmente para melhor definição da causa. Aliás, o CPC vigente já contempla, em germe, a perspectiva dos circuitos processuais ao

85. COMOGLIO, *Etica e tecnica del “giusto processo”*, p. 58: *Non sembra concepibile una costante garantistica costituzionale, in forza della quale il “giusto processo”, per essere tale, debba sempre e necessariamente avere supporto e riscontro in una sua “regolamentazione” ope legis, che sia di tale analiticità ed estensione, da predeterminare, in modo rigido e esaustivo, non solo i poteri, i doveri e le facoltà dei soggetti processuali (parte e giudice), nella trattazione, nell’istruzione e nella discussione della causa, ma anche le forme e i termini di compimento dei diversi atti processuali in cui si traduce l’esercizio dei poteri suindicati. Se ciò fosse realmente ipotizzabile e sostenibile, il “dovuto processo legale” dovrebbe dirsi esistente, soltanto laddove la disciplina di legge ne preveda, con rigida precisione e con esauriente completezza, forme, modalità e termini.*

prever que ao juiz cabe conduzir o processo (art. 125), bem como decidir sobre o “tamanho” da instrução. Com efeito, o juiz tem poderes para julgar a causa desde logo (arts. 295 e 285-A) ou na fase de saneamento (arts. 329 e 330), bem como para coibir abuso processual (arts. 17 e 18), que é sem dúvida um dos importantes instrumentos do *case management*.⁸⁶

Da mesma forma, o calendário processual também poderia ser colocado como importante ferramenta gerencial do processo, ensejando a fixação prévia das datas e limites temporais dos principais atos do processo, a cargo do juiz e das partes, sem que haja qualquer violação ao devido processo legal.

Eventual implementação, porém, desses instrumentos no direito brasileiro, vai exigir do juiz uma postura mais ativa no gerenciamento do processo, o que demanda o compromisso judicial de rigorosa análise da causa no seu nascedouro, a fim de orientar o processo para o melhor caminho procedimental, bem como permitir a fixação de datas do calendário processual, não em tese ou abstratamente, mas considerando o caso concreto em si: um determinado processo com suas especificidades e complexidades fáticas e jurídicas.

A perspectiva da “contratualização” do processo é mais delicada. No entanto, acredita-se que – diante do princípio democrático que permeia a Constituição e a ideia de participação dos interessados na gestão da coisa pública – nada impeça a adoção, no direito brasileiro, da possibilidade de juiz e partes, no âmbito do gerenciamento em concreto de um dado processo, “contratualizarem” o circuito procedimental, aspectos da prova, definição precisa do objeto da controvérsia, bem como o calendário processual.

Nessa linha, o anteprojeto lança agora, claramente, a base de um processo mais democrático, em modelo de cooperação entre as partes e o juiz (art. 5º), o que permite vislumbrar a abertura para a “contratualização” no direito processual brasileiro.

No direito processual brasileiro vigente, e mesmo *de lege ferenda*, de acordo com o novo anteprojeto, as ferramentas básicas para a concepção gerencial já existem, pois sempre se deferiu ao juiz amplos poderes gerenciais, de modo que esse moderno quadro processual não chega a assustar os sistemas continentais, cujos processos sempre permitiram o controle judicial do procedimento.⁸⁷

86. DE CRISTOFARO, *Rivista di Diritto Processuale*, 2010, p. 287.

87. DE CRISTOFARO, *Rivista di Diritto Processuale*, 2010, p. 297/298.

Noutras palavras: se no direito brasileiro vigente ou *de lege ferenda* não existem ainda concretamente os instrumentos gerenciais dos “circuitos” processuais, do calendário processual e a possibilidade de contratos de procedimento, tem-se que o mesmo direito brasileiro acoberta o panorama gerencial e prevê o germe dos circuitos processuais e da possibilidade de “contratualização”.

É preciso tentar inserir o direito processual brasileiro na era do *management* judiciário, não como expressão pura e simples do poder judicial, mas como representação da cooperação eficiente entre todos os atores processuais,⁸⁸ contexto que representa uma verdadeira tendência geral e não toca apenas este ou aquele sistema jurídico, como destaca a doutrina francesa.⁸⁹

Todavia, indaga-se: por que não se cogitou ainda da introdução, no direito brasileiro, de tais novidades?

Talvez a resposta caminhe no sentido de que o sistema e seus operadores ainda não ganharam grau de maturidade jurídica e técnica suficiente para tanto. Nesses termos, por exemplo, Barbosa Moreira destaca que o processo brasileiro sofre com as deficiências técnicas dos juízes, que se valem muito pouco, na prática processual, do arsenal tecnológico de abreviação procedimental que é predisposto pelo CPC.⁹⁰

E não há dúvida de que o funcionamento desse novo instrumental de gerenciamento processual exige uma postura judicial diversa, mais voltada para a gestão processual com foco nos processos individualmente considerados, ou seja, uma atuação judicial mais ativa desde o início do procedimento e com a atenção voltada para o direito material litigioso, a fim de adequar os esquemas processuais previstos em abstrato na legislação para atender as necessidades de cada causa concretamente considerada.

88. CADIET, Les nouvelles tendances de la procédure civile en France in *Novos Rumos da Justiça Cível: Conferência Internacional*, Lisboa, abril 2008, p. 48: *Nous sommes vraiment entrés dans l'ère du management judiciaire, conçu non pas comme l'expression de la toute puissance du juge, mais comme la coopération efficiente de tous les acteurs du procès, seule compatible avec une société démocratique dont les exigences imposent d'ailleurs de relever d'autres défis (...)*.

89. CADIET, Les nouvelles tendances de la procédure civile en France in *Novos Rumos da Justiça Cível: Conferência Internacional*, Lisboa, abril 2008, p. 50/51.

90. MOREIRA, *Temas de Direito Processual – Sexta Série.*, p. 23: *Deficiências técnicas na aplicação da norma são fontes de numerosas desgraças. Para começar, dão ensejo à inútil sobrevivência de boa quantidade de processos que decerto não contribuiriam como contribuem para obstruir os canais judiciais se os juízes deles incumbidos manejassem com maior destreza os instrumentos que lhes oferecem os dispositivos do Código de Processo Civil concernentes ao indeferimento da petição inicial e à extinção do feito na modalidade do julgamento conforme o estado do processo (arts. 295 e 329, respectivamente)*.

O novo ambiente gerencial necessita, para implementação efetiva, de mudança de mentalidade e maior engajamento dos juízes, promotores, advogados, serventuários da justiça e do próprio Poder Público, para uma gestão mais eficiente. Com isso o gerenciamento processual, que não é estranho ao direito brasileiro, pode aqui ser melhor concertado e ajustado com a flexibilização, “calendarização” e “contratualização” procedimental.

Tal engajamento de juízes, promotores, advogados, serventuários e do próprio Poder Público, ao lado do fornecimento de recursos financeiros e materiais, é imprescindível para a evolução do quadro da justiça brasileira, pois como destaca Giannini, a administração pública em sentido amplo é um carro pesado tracionado por seis rodas, que lhe asseguram o movimento: as regras, o procedimento, a formação de pessoal, a organização, a dotação material e os recursos financeiros. As regras e os procedimentos são os primeiros instrumentos de trabalho, mas sem as demais “rodas”, o “carro-administração” não anda.⁹¹ Não basta, pois, atualizar legislativamente as regras e o procedimento para modernizar a justiça.

Assim, se se quiser melhorar a performance da justiça brasileira, é insuficiente a mera atualização legislativa, aliás já em curso desde 1994 sem resultados significativos. É preciso engajar a administração da justiça e inseri-la e alinhá-la na moldura geral do direito público, na busca de maior profissionalização. Não é suficiente para atingir tal desiderato apenas a atualização legislativa das normas processuais, como tem ocorrido no Brasil nos últimos anos.

É necessário pessoal adequado (administrativo e judicial), informatização, disponibilização dos recursos orçamentários para fazer face às inovações e, ainda, agregar ações de reformulação cultural dos servidores públicos, para mudar a cultura burocrática, bem como promover ampla reorganização administrativa, na busca da modernização, sem esquecer que se deve dotar o aparelho estatal-judicial de estrutura física suficiente e de infra-estrutura telemática ou de informática.⁹²

Em suma, além do conjunto de alteração e modernização legislativa em curso no direito processual brasileiro, é preciso também alinhar o judiciário brasileiro ao contexto geral do direito público, para que a jurisdição passe a ser considerada e encarada como serviço público e, como tal, sujeita aos princípios da eficiência e economicidade na sua atuação. Para tanto exige-se, no mínimo, a profissionalização da gestão interna ou da administração da justiça, separando-a da atividade judicial propriamente dita, de modo a conferir à administração da justiça um corpo

91. AMOROSINO, *Achille e la tartaruga*, p. 5-6.

92. AMOROSINO, *Achille e la tartaruga*, p. 5.

técnico adequado, separado dos juízes, aberto às contribuições de outras ciências, como administração, economia e estatística.⁹³

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMOROSINO, Sandro. *Achille e la tartaruga: semplificazione amministrativa e competitività del "sistema Italia"*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2006.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Bari: Editori Laterza, 2007.
- CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 5. édition. Paris: LexisNexis-Litec, 2006.
- CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 33, n. 160, p. 61-82, 2008.
- CANELLA, Maria Giulia. Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXIV, n. 2, p. 549-580.
- CAPONI, Remo; PISANI, Andrea Proto. *Lineamenti di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene Editore, 2001.
- CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. 6ª ed. Milano: Garzanti Editore, 2000.

93. Aliás, como destaca a doutrina italiana (cf. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, p. 122; e GIANNINI, *Diritto amministrativo*, v. primo, p. 73-74), essa separação vem ocorrendo de forma mais nítida no âmbito do Poder Executivo, em que Administração e Governo se misturavam indistintamente, e, hoje, já se tem uma espécie de divisão de funções entre Governo e Administração, ou seja, separação do corpo político de direção do Estado do corpo técnico que executa as tarefas de gestão administrativa, conferindo-se até mesmo proteção jurídica da Administração técnica em face dos órgãos políticos, para evitar ingerências indevidas, como destaca GIANNINI, *Diritto amministrativo*, v. primo, p. 74-75: *l'amministrazione non può più dirsi l'apparato del governo in senso assoluto. In taluni paesi, come l'Inghilterra, il governo già si compone di due segmenti, uno politico ed un altro amministrativo; altrove, l'amministrazione esprime suoi organi con i quali il potere governativo si pone in rapporti giuridici, così come fa con gli altri poteri. Sarà il futuro a stabilizzare le forme giuridiche di quest'evoluzione. Per i servizi che l'amministrazione rende al governo, riceve delle garanzie, sia nei suoi uffici sia sia nelle persone che la compongono*. Assim, é de se esperar que a evolução no âmbito do Poder Judiciário importe, na linha da evolução do Poder Executivo, na separação entre a função de poder, jurisdicional, e a função administrativa dentro do Judiciário, retirando dos juízes a direção administrativa – a ser conferido a corpo técnico adequado – permitindo que exerçam a função que lhes é própria: a de conduzir e julgar os processos.

- CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. Roma-Bari: Laterza, 2006.
- CASSESE, Sabino. Lo stato presente del diritto amministrativo italiano. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè editore, n. 2, p. 389-400, 2010.
- CASSESE, Sabino. *Paradossi del diritto amministrativo*. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè editore, n. 4, p. 879-902, 2009.
- CAVALLONE, Bruno. In difesa della “veriphobia”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LXV, n. 1, p. 1-26, 2010.
- CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. *Novos Rumos da Justiça Cível: Conferência Internacional*, Lisboa, abril 2008. Coimbra: Cejur-Coimbra Editora, 2009.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Ideologie consolidate e riforme contingenti del processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LXV, n. 3, p. 521-543, 2010.
- DE CRISTOFARO, Marco. Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LXV, n. 2, p. 282-305, 2010.
- DENTI, Vittorio. *La Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FERRAZ Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 3ª ed. volume primo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993. 2 v.
- MÉLANGES en l’honneur de Jacques Boré. *La création du droit jurisprudentiel*. Paris: Dalloz, 2007.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual. Sexta Série*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NAPOLITANO, Giulio; ABRESCIA, Micheli. *Analise economica del diritto pubblico*. Bologna: il Mulino, 2009.
- PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Económica da Litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.

- PICOZZA, Elisa. Il calendario del processo. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LXIV, n. 6, p. 1650-1659, 2009.
- PUNZI, Carmine. Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LXIV, n. 5, p. 1197-1239, 2009.
- QUERZOLA, Lea. *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*. Bologna: Bononia University Press, 2006.
- SALVANESCHI, Laura. La riduzione del tempo del processo nella nuova riforma dei primi due libri del codice di rito. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LXIV, n. 6, p. 1560-1581, 2009.
- SORACE, Domenico. *Diritto delle amministrazioni pubbliche: una introduzione*. 4^a ed. Bologna: il Mulino, 2007.
- TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè editore, v. LV, p. 381-410, 2001.

VIII

(NEO) PROCESSUALISMO E (NEO) CPC: REFLEXÕES SOBRE A NOVA INTERPRETAÇÃO PROCESSUAL

Gelson Amaro de Souza

Advogado. Procurador do Estado de São Paulo aposentado. Doutor em Direito das Relações Sociais – com área de concentração em Direito Processual Civil – pela PUC/SP. Mestre em Direito pela ITE de BAURU/SP. Integrado ao Corpo Docente do Mestrado em Direito e na Graduação em Direito da Faculdade do Norte do Paraná (UENP). E-mail: advgelson@yahoo.com.br

Rafael José Nadim de Lazari

Advogado, consultor jurídico e parecerista. Professor universitário. Mestrando-bolsista (CAPES/PROSUP Modalidade 1) em Direito (Teoria do Estado) pelo Centro Universitário “Eurípides” de Marília/SP – UNIVEM. E-mail: rafa_scandurra@hotmail.com

RESUMO: Através dos métodos dedutivo, comparativo e histórico, este trabalho tenciona discorrer sobre a importância do “neoprocesualismo” para o saber jurídico e para a nova interpretação processual. Neste diapasão, por coincidência – ou não –, o Brasil encontra-se na latência da aprovação de um “Novo” Código de Processo Civil, que adota algumas medidas ditas neoprocessuais. Sendo assim, após discorrer sobre o fenômeno “neo”, se elencará alguns elementos do Novo CPC com essa característica, para, ao final, traçar algumas reflexões sobre o saber jurídico e a interpretação processuais.

PALAVRAS-CHAVE: Neoprocesualismo. Novo Código de Processo Civil. Direito fundamental ao processo justo. Ordem jurídica justa. Interpretação processual.

ABSTRACT: Through deductive, comparative and history methods, this paper intends to discuss the importance of “new science procedural” for the legal knowledge and the new procedural interpretation. In this vein, coincidentally – or not – Brazil is the latency of approval of a “New” Code of Civil Procedure, which adopts some measures new procedural. So, after a discussion of the phenomenon “neo”, will be seen few elements of the New CPC with this new feature, by, in the end, draw some reflections about the interpretation and procedural legal knowledge.

KEYWORDS: New procedural science. New Code of Civil Procedure. Fundamental right to fair process. Fair legal system. Procedural interpretation.

SUMÁRIO: 1. Linhas preliminares e metodológicas – 2. O neoprocessualismo no Brasil – 3. A iminência de um Novo Código de Processo Civil neoprocessual – 4. A nova interpretação das normas processuais – 5. Linhas derradeiras – 6. Referências bibliográficas.

1. LINHAS PRELIMINARES E METODOLÓGICAS

“Direito fundamental ao processo justo”¹ e “acesso à ordem jurídica justa”². Representam estas as expressões-síntese do dito “neoprocessualismo”³, que tal qual seu símile, o “neoconstitucionalismo”, teve início a partir do fim da Segunda Grande Guerra Mundial⁴, com a superação do mero “Estado de Direito” em prol de um “Estado Democrático de Direito”⁵, bem como com a ideia de reagregação de valores às codificações ocidentais⁶.

Do *praxismo* (sincretismo) ao *processualismo*, foram demarcadas as fronteiras entre direito material e direito processual, proclamando este sua independência daquele⁷. Do *processualismo* ao *instrumentalismo*, desenvolveu-se a “Teoria Circular

1. Cf. Eduardo Cambi. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo *In*: Didier Jr., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: JusPODIUM, 2010. p. 251. Já Fredie Didier Jr. (*Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento – vol. 1*. 12. ed. Salvador: JusPODIUM, 2010. p. 30) prefere a expressão “direito fundamental ao processo devido”.
2. José Roberto dos Santos Bedaque. *Tutela jurisdicional: a relativização do binômio direito-processo, como meio de acesso à ordem jurídica justa*. São Paulo: USP, 1994.
3. Cf. Eduardo Cambi (*Op. cit.*, p. 248-249).
4. Cf. Fredie Didier Jr. (*Op. cit.*, p. 29).
5. Oportunas ao contexto as palavras de J. J. Gomes Canotilho (*Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2002. p. 100): “O Estado constitucional é “mais” do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para “travar” o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da *legitimidade de uma ordem de domínio* e da *legitimação do exercício do poder político*. O Estado “impolítico” do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da *soberania popular* segundo o qual “todo poder vem do povo” assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de “charneira” entre o “Estado de direito” e o “Estado democrático” possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático*. Alguns autores avançam mesmo a ideia de democracia como valor (e não apenas como processo), irrevisivelmente estruturante de uma ordem constitucional democrática”. Também, Cássio Scarpinella Bueno. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 96.
6. Cf. Arruda Alvim. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado do direito material *In*: *Revista Jurídica*, n. 386. Sapucaia do Sul/RS: Notadez, dez/2009. p. 11.
7. Cf. Fredie Didier Jr. (*Op. cit.*, p. 27).

dos Planos”, isto é, a noção cooperativista de integração matéria/processo⁸. Do *instrumentalismo* ao *neoprocessualismo* parece haver, enfim, a noção perfeita de materialização da força normativa da Constituição⁹.

Isto porque, ao possuírem, o agente público e o particular, a “vontade de Constituição” (“*wille zur Verfassung*”) de que tratou Konrad Hesse¹⁰, se concretiza o ideal de vinculação a uma Lei Fundamental que norteie não apenas materialmente, mas também sob enfoque processual. “Trocando em miúdos”, a força normativa *também está presente para as normas procedimentais*, e, portanto, devem tais normas observar a Constituição. O “neoprocessualismo”, pois, adjetiva o direito processual, tal qual o “neoconstitucionalismo” o faz com os preceitos materiais.

Sem maiores delongas – mesmo porque, sobre o “neoprocessualismo” se vai melhor trabalhar no tópico seguinte –, este trabalho tenciona debater a importância do fenômeno “neo” para o ordenamento brasileiro. Mais que uma tendência doutrinária em voga, a iminência de um “Novo” Código de Processo Civil possibilitou à Comissão de Juristas designada para elaborá-lo¹¹ preenchê-lo de elementos que transpassam a vulnerabilidade histórica causada pela rápida evolução social a que sempre esteve sujeito. Assim, aquilo que constitui absoluta natureza de *regra* (em sua dicotomia com os princípios¹²) na Lei Adjetiva vindoura pouco sofrerá influência da onda neoprocessualista, afinal, como bem lembrado por Humberto Ávila, os princípios (mais a ponderação) não vêm para substituir-se às regras (mais a subsunção), mas para complementá-las¹³. É isso que garante a relação de segurança jurídica entre cidadãos pelejantes e as normas puramente procedimentais.

8. Cf. Hermes Zaneti Jr. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual) *In*: Didier Jr., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: JusPODIUM, 2010. p. 317.
9. Konrad Hesse. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
10. Vide nota explicativa nº 09.
11. Tal Comissão foi instituída pelo ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 30 de setembro de 2009. São os seguintes os juristas: Luiz Fux (Presidente), Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Marcus Vinicius Furtado Coelho, e Elpídio Donizetti Nunes (Cf. Luiz Fux. O novo processo civil *In*: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 01).
12. Cf. Robert Alexy. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
13. Afirma Humberto Ávila (“Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência” *In*: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, jan-fev-mar/2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 09 de setembro de 2011. p. 05): “[...] os princípios não podem ter o condão de afastar as regras imediatamente aplicáveis situadas no mesmo plano. Isto porque as regras têm a função, precisamente, de resolver um conflito, conhecido ou antecipável, entre razões pelo Poder Legislativo Ordinário ou Constituinte, funcionando suas razões (autoritativas) como razões que bloqueiam o uso das razões decorrentes dos princípios (contributivas). Dai se

Por sua vez, nos dispositivos principiológicos do “Novo” CPC, bem como nos que trazem cláusulas abertas/genéricas e conceitos jurídicos indeterminados, é grande a influência neoprocessual. Isso se pode observar, *p. ex.*, na ampliação da esfera de *atuação do juiz*, no dever de *colaboração* das partes, na *boa-fé* processual, e numa duração *razoável* do processo. É com base nesta gama de dispositivos que se preocupa este trabalho.

Se existe a necessidade de um “Novo” CPC¹⁴, ou se a codificação em elaboração – apelada “Código de Fux”, em substituição ao atual “Código de Buzaid” – resolve problemas crônicos do processo pátrio¹⁵, são questões que não se almeja aqui discutir. Não se trata, pois, de um observar de procedimentos e terminologias, mas de um trabalho que busca extrair o que a Lei Adjetiva em feitura objetiva qualitativamente.

Neste diapasão, a seguir se falará do “neoprocessualismo” no Brasil, bem como de suas principais características. Após isso, se discorrerá sobre a iminência de um “Novo” Código de Processo Civil neoprocessual. Em seguida, se explanará sobre a nova interpretação processual e sua importância para o saber jurídico, para, enfim, poder tomar uma opinião pessoal a ser colocada em nota conclusiva.

2. O NEOPROCESSUALISMO NO BRASIL

De grande valia é a contribuição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira para o estudo do “neoprocessualismo”. Com efeito, defende o autor que o fenômeno “neo” criou fase histórica do processo subsequente à *instrumentalista*, intitulada “*formalista-valorativa*”, na qual se destaca a importância dos preceitos constitucionais – fundamentais ou não – para o desenvolvimento regular do processo¹⁶.

Conforme Oliveira, a fim de combater o formalismo pernicioso, mostra-se necessária uma atitude mais aberta, talvez uma mudança de mentalidade¹⁷, algo

afirmar que a existência de uma regra constitucional elimina a ponderação horizontal entre princípios pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir os conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E daí se dizer, por consequência, que, num conflito, efetivo ou aparente, entre uma regra constitucional e um princípio constitucional, deve vencer a regra”.

14. Quem bem trabalha a questão é Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010. p. 55-60.
15. Neste sentido, Gelson Amaro de Souza. O novo CPC (projeto-lei nº 8.046/2010) e o amor ao passado *In: Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo: IOB, jul-ago/2011. p. 122-130.
16. Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo *In: Didier Jr., Fredie (org.). Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: JusPODIUM, 2010. p. 137-148. Em mesmo sentido, Fredie Didier Jr. (*Op. cit.*, p. 29).
17. *Op. cit.*, p. 170.

que não se restrinja à mera observância de pré-requisitos¹⁸. E, por consequência, se além da observância de preceitos constitucionais também se faz necessária essa “mudança de mentalidade”, significa que há uma questão de eticidade, também, implícita neste “formalismo-valorativo”¹⁹.

Ademais, Eduardo Cambi²⁰, quando traça as principais características do “neo-processualismo”, elenca o *direito fundamental à ordem jurídica justa*^{21 e 22}, o *direito fundamental ao processo justo*^{23 e 24}, a *visão publicística do processo*²⁵, o *direito fundamental à tutela jurisdicional*, a *instrumentalidade do processo*, e a *construção de técnicas processuais adequadas à realização dos direitos materiais*²⁶.

Também, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux²⁷, ao enquadrar o estágio atual do sistema jurídico brasileiro dentro do pós-positivismo, destaca os *princípios da dignidade humana*, da *razoabilidade*, da *impessoalidade*, da

18. Não que a exigência de pré-requisitos seja algo apenas pernicioso. Neste sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Op. cit.*, p. 151) faz a ressalva: “Das considerações até agora realizadas, verifica-se que o formalismo, ao contrário do que geralmente se pensa, constitui o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo. A efetividade decorre, nesse contexto, do seu poder organizador e ordenador (a desordem, o caos, a confusão decididamente não colaboram para um processo ágil e eficaz), a segurança decorre do seu poder disciplinador. Sucede, apenas, que ao longo do tempo o termo sofreu desgaste e passou a simbolizar apenas o formalismo excessivo de caráter essencialmente negativo”.
19. Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Op. cit.*, p. 166). Em mesmo sentido, Pedro Luiz Pozza. O processo civil como fenômeno cultural na perspectiva do formalismo-valorativo *In: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito*, n. 15. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2007.2. p. 455.
20. *Op. cit.*, p. 248-264.
21. Vide nota explicativa nº 02.
22. Para o autor (*Op. cit.*, p. 251), o acesso à ordem jurídica justa abrange: “i) o ingresso em juízo; ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos)”.
23. Vide nota explicativa nº 01.
24. “Este direito ao processo justo compreende as principais garantias processuais, como as da ação, da ampla defesa, da igualdade e do contraditório efetivo, do juiz natural, da publicidade dos atos processuais, da independência e imparcialidade do juiz, da motivação das decisões judiciais, da possibilidade de controle recursal das decisões etc.” (*Op. cit.*, p. 251).
25. “Com efeito, o processo distancia-se de uma conotação privatística, deixando de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se tornar um meio à disposição do Estado para a realização da justiça, que é um valor eminentemente social” (*Op. cit.*, p. 251). Também, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (*Op. cit.*, p. 40).
26. Acerca destas três últimas características, explica o autor (*Op. cit.*, p. 252): “A percepção de que a tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada é um direito fundamental (art. 5º, inc. XXXV, CF) vincula o legislador, o administrador e o juiz isto porque os direitos fundamentais possuem uma *dimensão objetiva*, ou seja, constituem um *conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva do Estado*. Assim, é possível quebrar a clássica dicotomia entre direito e processo (*substance-procedure*), passando-se a falar em *instrumentalidade do processo* e em *técnicas processuais*”.
27. Luiz Fux (*Op. cit.*, p. 13-14).

eficiência, da duração razoável dos processos, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da efetividade, da tutela específica e tempestiva, e do acesso à ordem jurídica justa, todos aplicáveis ao processo.

Dando prosseguimento à construção do raciocínio, a Constituição Federal de 1988, seja por dispositivos originários, seja por dispositivos acrescidos por Emenda Constitucional, traz uma série de comandos aplicáveis ao processo, em qualquer de suas formas. Neste sentido, dentre outros, se podem destacar o art. 5º, XXIV, que trata do procedimento de desapropriação por necessidade ou utilidade pública; o art. 5º, XXX, que garante o direito de herança; o art. 5º, XXXII, que assegura a defesa do consumidor (a ser promovida pelo Estado); o art. 5º, XXXIV, “a”, que trata do direito de petição; o art. 5º, XXXV, que traz o princípio da inafastabilidade do Judiciário; o art. 5º, LV, que assegura a cláusula do devido processo legal judicial e administrativo; o art. 5º, LVI, que veda as provas obtidas por meio ilícito; o art. 5º, LXII, que trata da comunicação da prisão ao juiz competente e à família do preso/pessoa por ele indicada; o art. 5º, LXXIV, que trata da assistência jurídica e integral aos que comprovarem insuficiência de recursos; o art. 5º, LXXVII, que preconiza a duração razoável do processo; os arts. 34 a 36 que tratam da intervenção para manter a integridade nacional, colocar fim a grave comprometimento da ordem pública etc.; e todo o Capítulo III, do Título IV (organização dos Poderes) da Lei Fundamental, que regula a estruturação do Judiciário bem como alguns instrumentos impugnativos cabíveis (reclamação constitucional, recurso especial, recurso extraordinário, mandado de injunção, *p. ex.*).

Essa extensa gama de dispositivos constitucionais correlatos ao processo denota a eficácia *jurídica* das Constituições defendida por Hesse – e não mais meramente política²⁸ –, vinculadora, consequencialmente, tanto da esfera privada como da esfera pública.

Enfim, da soma de todos os argumentos vistos – Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Eduardo Cambi, Luiz Fux (dentre outros), bem como a análise da Constituição Federal –, podem-se extrair as seguintes conclusões acerca do “neoprocessualismo” no Brasil: a *primeira*, de que, apesar de há tempos vigente no mundo ocidental – lembre-se que o fenômeno “neo” começou com o fim da Segunda Grande Guerra, junto com o “neconstitucionalismo”²⁹ –, no Brasil, o movimento

28. Cf. Konrad Hesse (*Op. cit.*, p. 19): “Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem”. Também, Eduardo Cambi (*Op. cit.*, p. 237).

29. Vide nota explicativa nº 04.

neoprocessualista somente ganhou força em 1988, ou seja, quase quarenta anos depois de seu surgimento. A *segunda*, de que o “neoprocessualismo” representa a confirmação da ideia de que só instrumentalidade do processo não basta, afinal, de nada adiantarão os instrumentos colocados à disposição dos indivíduos se não houver um direito material a ser preenchido nem houver vinculação absoluta de qualquer comando legal/judicial à Constituição Federal de 1988³⁰. A *terceira*, de que a reaproximação entre direito e moral – algo típico do pós-positivismo –, no processo representado pela eticidade, permite o acesso à ordem jurídica justa, algo que já deveria, em verdade, ser intrínseco à própria concepção originária de processo, mas que, por exclusiva preocupação com formas processuais, acabou sendo esquecido. A *quarta*, de que o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário não deve ser interpretado apenas em sua visão tradicional, qual seja, aquela que preconiza que a função estatal não pode se eximir de dizer o direito evitando assim o “*non liquet*”, mas também numa visão contemporânea, de criatividade jurisprudencial consciente e criteriosa³¹.

Isto posto, colocadas as questões sobre o “neoprocessualismo” no Brasil, passa-se a falar, no tópico seguinte, sobre a iminência de um “Novo” Código de Processo Civil neoprocessual.

3. A IMINÊNCIA DE UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NEO-PROCESSUAL

O PLS nº 166/2010 (hoje PL nº 8.046/2010, já na Câmara dos Deputados), montado pela Comissão de Juristas *supramencionada*³², e aprovado no Senado no fim de 2010, representou o esboço quase definitivo do que virá a ser, provavelmente, o “Novo” Código de Processo Civil.

Com o argumento de que as “reformas pontuais” do Código de Buzaid – como as Leis nºs 10.444/02 (art. 461-A); 10.352/01, 11.187/05, 12.322/10 (alterações no agravo); 11.232/05 (cumprimento de sentença); 11.276/06 (súmula impeditiva de recursos); 11.277/06 (art. 285-A); 11.418/06 (arts. 543-A e 543-B); 11.672/08 (art. 543-C); dentre outras – são insuficientes, optou-se por uma Nova Lei Adjetiva, que além de incorporar ao seu texto original – com poucas alterações – as leis

30. Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (*Op. cit.*, p. 60): “Para que o direito processual civil possa realmente ter a sua âncora na Constituição e ser compreendido como verdadeiro instrumento de efetiva proteção dos direitos, é fundamental que todo o processo civil seja orientado pelo direito material”.

31. “O juiz, antes mero *aplicador* da lei, dada como pronta e acabada pelo legislador, passa a ser, hoje, compreendido como elo fundamental na cadeia de *produção* normativa. É ele, isto não tem porque ser negado, *criador* da norma jurídica” (Cássio Scarpinella Bueno, *Op. cit.*, p. 114).

32. Vide nota explicativa nº 11.

referidas alhures, abole o hoje autônomo Livro de Processo Cautelar, extingue a reconvenção e a ação declaratória incidental, promove reformas na execução, reposiciona alguns recursos, regulamenta o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, dispensa especial atenção à coletivização de conflitos idênticos, preocupa-se com a conciliação etc.

Mas, como dito logo no primeiro tópico, não são sobre estas questões procedimentais que este trabalho versará, mas sobre o “neoprocessualismo” contido no “Novo” CPC.

Indubitavelmente, uma primeira característica neoprocessual marcante do Código de Buzaid são seus doze primeiros artigos, que tratam dos princípios e das garantias fundamentais do Processo Civil, os quais convém transcrever:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código; Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte, nos casos e nas formas legais, salvo exceções previstas em lei, e se desenvolve por impulso oficial; Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei; Art. 4º As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa; Art. 5º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência; Art. 6º Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência; Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório; Art. 8º As partes e seus procuradores têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios; Art. 9º Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito; Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício. *Parágrafo único.* O disposto no *caput* não se aplica aos casos de tutela de urgência e nas hipóteses do art. 307; Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. *Parágrafo único.* Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada somente a presença das partes, de seus advogados ou defensores públicos, ou ainda, quando for o caso, do Ministério Público; Art. 12. Os juízes deverão proferir sentença e os tribunais deverão decidir os recursos obedecendo

à ordem cronológica de conclusão. §1º A lista de processos aptos a julgamento deverá ser permanentemente disponibilizada em cartório, para consulta pública. §2º Estão excluídos da regra do *caput*: I – as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido; II – o julgamento de processos em bloco para aplicação da tese jurídica firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em recurso repetitivo; III – a apreciação de pedido de efeito suspensivo ou de antecipação da tutela recursal; IV – o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas; V – as preferências legais.

A simples leitura destes doze artigos sintetiza os cinco objetivos norteadores dos elaboradores do “Novo” CPC, constantes de sua Exposição de Motivos, quais sejam, o estabelecimento da expressa sintonia fina com a Constituição Federal, a criação de condições para que o juiz possa decidir o mais próximo possível da realidade, a simplificação, o aumento do rendimento de cada processo em si mesmo considerado, e a coesão do sistema.

Dentre estes dispositivos, sublinha-se a duração razoável do processo (art. 4º), e o dever de cooperação das partes (arts. 5º e 8º). Pela “duração razoável”, se entende como corolário dos axiomas da economia processual³³ e da eficiência³⁴, enquanto pelo “dever de cooperação”, busca-se positivizar a ética que se espera quando se vai ao Judiciário³⁵. Acerca da tamanha preocupação com esse “dever de cooperação”, aliás, em caso de seu descumprimento a multa consequente da litigância de má-fé – sem prejuízo de indenização à parte contrária – teve, no “novo” art. 84, seu patamar mínimo elevado de um para dois por cento sobre o valor da causa, enquanto o valor da indenização, no parágrafo segundo do “novo” art. 84, não mais se limita ao quantum de 20% sobre o valor da causa tal qual o atual art. 18, §2º.

E, como se não bastasse, urge lembrar que não são apenas estes doze primeiros artigos os dispositivos da Lei Adjetiva vindoura que velam por um processo em consonância com a Lei Fundamental pátria. A título ilustrativo, tem-se o “novo”

33. Cf. José Rogério Cruz e Tucci. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no projeto do Código de Processo Civil *In: Revista de Processo*, n. 192. São Paulo: RT, fev/2011. p. 200.

34. Cf. Marcus Vinicius Furtado Coelho. O anteprojeto de Código de Processo Civil: a busca por celeridade e segurança *In: Revista de Processo*, n. 185. São Paulo: RT, jul/2010. p. 145-150.

35. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (*Op. cit.*, p. 72) afirmam que o projeto “[...] é fértil em normas sobre a colaboração. É possível afirmar sem qualquer dúvida que o modelo de processo civil proposto pelo Projeto é indubitavelmente um modelo de processo civil cooperativo”. Marcelo José Magalhães Bonício (Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro *In: Revista de Processo*, n. 190. São Paulo: RT, dez/2010. p. 219) entende, contudo, que “[...] a interpretação da nova regra deve ser restritiva, especialmente porque tem natureza limitadora do poder de disposição das partes, e porque provoca, ao menos potencialmente, sérias restrições à liberdade que as partes possuem no direito processual brasileiro”.

art. 118 (e seus vitaminados nove incisos), que em substituição ao atual art. 125 e seus parcos quatro incisos, consagra a *parcialidade positiva do juiz*³⁶ ao prever que o magistrado deverá promover o andamento célere da causa; prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações impertinentes ou meramente protelatórias aplicando de ofício as medidas e as sanções previstas em lei; determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; tentar, prioritariamente e a qualquer tempo, compor amigavelmente as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico; determinar o pagamento ou o depósito da multa cominada liminarmente, desde o dia em que se configure o descumprimento de ordem judicial; exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para ouvi-las sobre os fatos da causa, caso em que não incidirá a pena de confesso; e determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outras nulidades processuais.

Sobre esta atuação ativa do juiz, Gustavo Quintanilha Telles de Menezes afirma que, assim, o magistrado assume função mais efetiva, abandonando a posição de mero fiscalizador da observância das normas legais, “[...] passando a ativo participante, a fim de evitar tanto a perda causada pela escassa habilidade da parte ou de seu representante, quanto o perecimento indevido e involuntário de um direito relevante do jurisdicionado”³⁷.

36. Sobre a “parcialidade positiva”, oportunas as palavras de Artur César de Souza (A parcialidade positiva do juiz *In: Revista de Processo*, n. 183. São Paulo: RT, mai/2010. p. 69): “Os princípios jurídicos fundamentais, na verdade, apresentam uma dupla função: negativa, pois proíbem determinado comportamento e, outra, positiva, porque informam materialmente os atos dos poderes públicos. Em relação à imparcialidade, o componente negativo está caracterizado pela proibição de que os juízes atuem no processo de forma a se inclinar em favor de determinada parte por interesse pessoal ou outro qualquer fator discriminatório. Por sua vez, a função positiva informa o agir do magistrado, para que ele leve em consideração no desenvolvimento válido e regular da relação jurídica processual os aspectos instrumentais necessários para a construção de uma sociedade mais *justa, solidária*, erradicando-se a *pobreza e as desigualdades sociais, econômicas, culturais* etc.”. Em complementação, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (*Op. cit.*, p. 32): “Imparcialidade, porém, não se confunde de modo nenhum com neutralidade. O juiz natural não pode ser neutro e indiferente à sorte do direito material afirmado em juízo. Rigorosamente, o juiz que se omite quando é o caso de agir é tão parcial quanto aquele que julga propositadamente a favor do litigante que não tem razão no seu pleito”.

37. Gustavo Quintanilha Telles de Menezes. A atuação do juiz na direção do processo *In: FUX, Luiz* (coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 194-195. Em mesmo sentido, Pedro Luiz Pozza (*Op. cit.*,

Também, a distribuição dinâmica do ônus da prova, de Jorge W. Peyrano (“*la regla de la carga de la prueba*”)³⁸, tornada possível no “novo” art. 358, pode ser considerada elemento neoprocessual. Por tal teoria, sempre que as circunstâncias e as peculiaridades do caso concreto assim autorizarem, poderá o juiz, observado o contraditório, distribuir o ônus da prova de maneira diversa daquela prevista no “novo” art. 357 (hoje, o art. 333)³⁹⁻⁴⁰.

Sendo assim, em que pese as críticas que são feitas à necessidade da nova codificação⁴¹, ou, em sendo necessária, à não-correção de equívocos que vêm desde 1973 (ou de 1939, data do Código anterior ao de Buzaid)⁴², o fato é que se trata o Código de Fux de materialização neoprocessual.

É óbvio que os elementos “neo” não se exaurem naqueles que se acabou de mencionar neste tópico, quais sejam, a principiologia inerente à relação processo/Constituição, a duração razoável do processo, o dever de cooperação, a economia processual, a eficiência na prestação jurisdicional, a parcialidade positiva do juiz, e a distribuição dinâmica do ônus da prova. De toda forma, não se pode negar – ao menos neste aspecto – o avanço da Lei Adjetiva que está por vir.

Urge a correção do percurso tomado pelo processo na contemporaneidade, de formalismo excessivo, em favor de um *estado coletivo de satisfação processual*, alimentado por uma prestação jurisdicional de qualidade, e, sobretudo, pela conformação causada pela certeza de que a justiça foi feita da melhor forma possível.

O único “porém” a ser aqui sobrelevado – e que causa certo incômodo, vale frisar –, é o fato de, na justa regra pós-positivista, *ser absolutamente desnecessário fazer qualquer previsão de eticidade numa codificação para se saber que as partes devem se comportar da melhor maneira possível dentro do processo*. O bom comportamento é algo inerente ao processo em qualquer de suas fases, seja ela neoprocessualista ou não. Mas, se assim optou o legislador, pouca diferença haverá, afinal, o resultado é o mesmo: o que se quer é evitar que o processo seja

p. 456): “A indesejável passividade do juiz na apreciação da verdade, conforme experiência evidenciada pela concepção clássica, não se pode manter diante do novo ideário democrático concernente à reconstitucionalização dos direitos e garantias individuais”.

38. Cf. Jorge W. Peyrano. *La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema* In: *Revista de Processo*, n. 185. São Paulo: RT, jul/2010. p. 107-116.

39. Em mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (*Op. cit.*, p. 102-104).

40. Sobre a “distribuição dinâmica do ônus da prova”, ver também: Gelson Amaro de Souza e Rafael José Nadim de Lazari. Reflexões sobre a perspectiva de uma distribuição dinâmica do ônus da prova: análise de viabilidade In: *Revista Dialética de Direito Processual Civil*, n. 99. São Paulo: Editora Dialética, jun/2011. p. 99-109.

41. Vide nota explicativa nº 14.

42. Vide nota explicativa nº 15.

transformado num campo de batalha, em que os mais fortes e com melhores defensores saíam sempre vencedores ainda que a razão não os assista.

4. A NOVA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero afirmam que não há Estado Constitucional sem segurança jurídica e sem igualdade perante o Direito⁴³. Depois, que não há Estado Constitucional sem direito à participação no processo⁴⁴. Em seguida, que não há Estado Constitucional nem processo justo sem proteção à segurança jurídica e à confiança legítima⁴⁵. Por fim, que no Estado Constitucional é frequente a ocorrência de normas-princípio, sendo imprescindível, para fins de fundamentação das decisões judiciais, *que se identifique os princípios em rota de colisão, e que se explicita adequadamente a maneira como ocorrerá a simultânea concretização dos mesmos*⁴⁶.

Ademais, Eduardo J. Couture entende que a lei processual não está redigida *nem* como um mandamento, *nem* como um *status*, *nem* tampouco está escrita como uma delimitação jurídica para determinar a conduta humana. Nela, o legislador, *numa atividade dinâmica*, determina, descritivamente, a evolução e o desenvolvimento do processo⁴⁷. O problema, segundo o autor, é que existem problemas na interpretação, como *deficiências no léxico legal* (o legislador utiliza, por imperícia, uma palavra que não é tecnicamente a apropriada)⁴⁸, como *colisões entre texto e princípios*⁴⁹, bem como o *silêncio do legislador* (um “silêncio cheio de vozes”, segundo Couture)⁵⁰.

Como último argumento antes do desenvolvimento do raciocínio, convém lembrar que a Lei Adjetiva em feitura preceitua – como já visto – que o processo civil será ordenado, disciplinado e regido *conforme a Constituição* (art. 1º), e que, ao aplicar a lei, o juiz atenderá *aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*, observando sempre os princípios da *dignidade da pessoa humana*, da *razoabilidade*, da *legalidade*, da *impessoalidade*, da *moralidade*, da *publicidade* e da *eficiência* (art. 6º).

43. *Op. cit.*, p. 16.

44. *Op. cit.*, p. 19.

45. *Op. cit.*, p. 44.

46. *Op. cit.*, p. 42-43.

47. Eduardo J. Couture. *Interpretação das leis processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 18.

48. *Op. cit.*, p. 41-43.

49. *Op. cit.*, p. 43-45.

50. *Op. cit.*, p. 45-48.

Posto isto, no começo do trabalho foi dito que se dispensaria especial atenção àquilo que é principiológico no “Novo” CPC, ou, não sendo, se traduz em cláusulas genéricas/abertas e conceitos jurídicos indeterminados. Isto porque tais elementos permitem a contínua atualização das codificações, sem que se faça necessário alterá-las por processo legislativo.

No Código Civil, bem como em outros Diplomas, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), a Lei “Maria da Penha” (Lei nº 11.340/06), e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), tais técnicas obtiveram absoluto êxito. Mas, numa codificação procedimental, afora as Leis que regulam a Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e a Ação Popular (Lei nº 4.717/65) – nas quais o fenômeno ocorreu de maneira tímida –, é a primeira vez que o Brasil vai adotar esta técnica. E, como se não bastasse, vai fazê-lo naquele que é o Código mais importante do cotidiano forense, por regular as relações reais, obrigacionais, sucessórias, de família, dentre outras.

A bem do pleno desenvolvimento do saber jurídico, pois, que se dê “um voto de confiança” ao Código de Fux – ao menos nesse aspecto, neoprocessual –, a fim de que a nova interpretação processual possa se traduzir em benefício às partes, ao juiz e ao processo. A “desregulamentação proposital” – porém controlada – de alguns elementos procedimentais, como é o caso da distribuição dinâmica do ônus da prova, *p. ex.*, pode, num futuro não muito distante, se revelar trágica, mas, por outro lado – e assim espera-se –, no que é mais provável, pode se revelar muito bem sucedida.

O advento de um “Novo” Código de Processo Civil é, ao que parece, um caminho sem volta. Logo, é o caso de desenvolver uma nova interpretação processual o mais próxima possível dos já conhecidos deveres anexos da boa-fé objetiva – como a *lealdade*, a *eticidade*, e a *informação* –, aqui analisados sob prisma processual (boa-fé processual).

Como se não bastasse, seguindo a tendência dos postulados instrumentais aplicados à Constituição Federal, bem como o art. 1º do “Novo” CPC, urge que a interpretação conforme a Constituição seja sempre palavra de ordem nesta relação entre o direito material e o processual.

Por fim, a observância do fim social a que se destina a lei é imperiosa ainda que se trate de demanda individual. Apesar dos tempos atuais serem de coletivização dos conflitos, há se lembrar que as pejejas individuais sempre continuarão existindo, e, o fato da questão não ser plural, não significa que o bem comum e o fim social da lei processual não devam ser observados.

Mais que a aplicação “neoconstitucionalista” ao direito material, portanto, faz-se mister, também, o “neoprocessualismo” às normas procedimentais.

Se vai dar certo ou não, já é outra história.

5. LINHAS DERRADEIRAS

Por todo o exposto, as conclusões que se extraem são as seguintes:

- 1) O “neoprocessualismo” é fenômeno surgido após o fim da Segunda Guerra Mundial, concomitante ao “neoconstitucionalismo”, seu símile. Se o “neoconstitucionalismo” consiste em agregar valor às normas de direito material, o “neoprocessualismo” procura fazer o mesmo com as normas de direito processual;
- 2) Este trabalho não tencionou discorrer sobre a necessidade de um “Novo” Código de Processo Civil, tão menos se, em sendo necessário, corrigiu a Lei Adjetiva vindoura alguns equívocos históricos que vêm de 1939 e de 1973. Objetivou-se, apenas, tratar da influência do fenômeno neoprocessual na codificação em elaboração;
- 3) Como exemplos de elementos neoprocessuais no “Novo” CPC pode-se mencionar a duração razoável do processo, o dever de colaboração, a eficiência, a diminuição dos custos processuais, a parcialidade positiva do juiz, e a distribuição dinâmica do ônus da prova;
- 4) O Código de Fux – assim apelidado em substituição ao atual Código de Buzaid – consagra grande quantidade de princípios constitucionais, cláusulas genéricas/abertas e conceitos jurídicos indeterminados. Estes possibilitam que a codificação possa se manter atual frente à rápida e constante evolução da sociedade, sem que se faça necessária alteração legislativa. Neste diapasão, urge que a nova interpretação processual observe os deveres anexos da boa-fé objetiva – como a lealdade, a eticidade e a informação – aplicados no campo processual, que todos os dispositivos processuais sejam interpretados conforme a Constituição (da mesma maneira que preconiza o postulado instrumental da interpretação conforme a Constituição), e que o bem comum e o fim social da norma processual sejam observados sempre, ainda que se trate de demanda individual.

De qualquer maneira, é óbvio que não se objetiva, aqui, exaurir o debate desde já proposto. Tudo é sempre uma questão de opinião. Tudo é sempre uma questão de argumentação. A decisão compete a quem lê. Qualquer semelhança com o processo é meramente intencional.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado do direito material *In: Revista Jurídica, n. 386*. Sapucaia do Sul/RS: Notadez, dez/2009. p. 11-34.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência” *In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 17*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, jan-fev-mar/2009. Disponível em: <http://www.direito-doestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 09 de setembro de 2011.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela jurisdicional: a relativização do binômio direito-processo, como meio de acesso à ordem jurídica justa*. São Paulo: USP, 1994.
- BODART, Bruno Vinicius da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do Novo CPC brasileiro *In: FUX, Luiz (coord.). O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 71-104.
- BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro *In: Revista de Processo, n. 190*. São Paulo: RT, dez/2010. p. 210-230.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo *In: DIDIER JR., Fredie (org). Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. p. 233-265.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2002.
- COELHO, Marcus Vinicius Furtado. O anteprojeto de Código de Processo Civil: a busca por celeridade e segurança *In: Revista de Processo, n. 185*. São Paulo: RT, jul/2010. p. 145-150.
- COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no projeto do Código de Processo Civil *In: Revista de Processo, n. 192*. São Paulo: RT, fev/2011. p. 193-208.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento – vol. 1*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

- FUX, Luiz. O novo processo civil *In*: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 04-24.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010.
- MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. A atuação do juiz na direção do processo *In*: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 179-229.
- NUNES, Gustavo Henrique Schneider. *Tempo do processo civil e direitos fundamentais*. São Paulo: Letras jurídicas, 2010.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo *In*: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. p. 137-148.
- PEYRANO, Jorge W. La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema *In*: *Revista de Processo*, n. 185. São Paulo: RT, jul/2010. p. 107-116.
- POZZA, Pedro Luiz. O processo civil como fenômeno cultural na perspectiva do formalismo-valorativo *In*: *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito*, n. 15. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2007.2. p. 447-460.
- SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz *In*: *Revista de Processo*, n. 183. São Paulo: RT, mai/2010.
- SOUZA, Gelson Amaro de. O novo CPC (projeto-lei nº 8.046/2010) e o amor ao passado *In*: *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo: IOB, jul-ago/2011. p. 122-130.
- _____; LAZARI, Rafael José Nadim de. Reflexões sobre a perspectiva de uma distribuição dinâmica do ônus da prova: análise de viabilidade *In*: *Revista Dialética de Direito Processual Civil*, n. 99. São Paulo: Editora Dialética, jun/2011. p. 99-109.
- ZANETI JR., Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual) *In*: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. p. 315-344.

IX

A EXTENSÃO DA COISA JULGADA NA SOLIDARIEDADE ATIVA (CC, ART. 274)

Maurício Requião

Mestre em Direito Privado pela UFBA. Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito e do Centro Universitário Jorge Amado.

RESUMO: O Código Civil brasileiro estipulou a possibilidade da extensão aos demais credores solidários dos efeitos da coisa julgada da ação em que apenas um deles participou. A redação do texto nacional, entretanto, é confusa, de modo que para realizar análise mais acurada, realizou-se comparação com a legislação estrangeira. Por fim, diferenciou-se obrigações solidárias e indivisíveis para analisar a amplitude de aplicação do art. 274.

PALAVRAS-CHAVE: coisa julgada – extensão de efeitos – solidariedade ativa – obrigação indivisível – Código Civil brasileiro.

ABSTRACT: Brazilian Civil Code stipulated the possibility of res judicata extension to the other solidary creditors that have not participated of the lawsuit. The national text, however, is confuse, for wich comparisons have been made with foreign legislation. At last, the differences between solidary and indivisible obligations were pointed, in order to analis the article 274 application extent.

KEYWORDS: res judicata – effects extension – active solidarity – indivisible obligation – brazilian Civil Code.

SUMÁRIO: 1. Extensão da coisa julgada no art. 274 do Código Civil brasileiro – 2. Comparação entre o art. 274 e normas estrangeiras – 3. Aplicação extensiva do art. 274 à obrigação indivisível com pluralidade de credores – 4. Referências.

1. EXTENSÃO DA COISA JULGADA NO ART. 274 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Este texto toma como ponto de partida artigo escrito por Fredie Didier Jr. sobre o art. 274 do Código Civil brasileiro¹. O citado dispositivo, que regulamenta

-
1. DIDIER JR., Fredie. Solidariedade ativa e extensão da coisa julgada (art. 274, Código Civil brasileiro). In: EHRHARDT JR., Marcos; BARROS, Daniel Conde (orgs.). **Temas de direito civil contemporâneo: estudos sobre o direito das obrigações e contratos em homenagem ao professor Paulo Luiz Netto Lôbo.** Salvador: Jus Podivm, 2009.

a extensão da coisa julgada na obrigação solidária ativa, tem redação claramente truncada. Trata-se de norma que inova na legislação nacional, não havendo correspondente no Código Civil de 1916.

Diz o texto da lei que “o julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve”. Desmembrando, de modo explicativo, este art. 274 da legislação brasileira, tem-se que: 1. a decisão que é desfavorável a um dos credores não tem eficácia em relação aos outros 2. a decisão favorável a um credor é passível de ser utilizada pelos outros em relação ao devedor, sendo portanto eficaz em relação àquele; 3. o julgamento favorável a um credor solidário não aproveitará aos outros caso tal julgamento tenha se fundado em exceção pessoal relativa àquele credor.

Não há modificação aqui quanto à coisa julgada que continua sendo *pro et contra*, ou seja, surgindo independentemente de ser “favorável ou desfavorável ao credor que propôs a demanda”². A coisa julgada em si surge independentemente do conteúdo da decisão. O que se modifica *secundum eventum litis*, ou seja, de acordo com o resultado da demanda, é tão somente a extensão dos efeitos dessa coisa julgada aos demais credores³.

Assim a decisão em ação de que participou apenas um dos credores solidários só estende os efeitos da sua coisa julgada aos demais se for a estes benéfica, ressalvada a possibilidade de se fundar “em exceção pessoal ao credor que o obteve”. É justamente esta parte final do art. 274, que traz maiores problemas ao seu entendimento. Como já foi apontado por Didier, *não há como se falar numa situação em que a oposição pelo devedor de exceção pessoal a um credor leve a julgamento favorável a este mesmo credor*⁴. É que a exceção encobre a eficácia de um direito, ação, pretensão ou outra exceção que é movido contra o titular daquela, impedindo, portanto, a produção dos efeitos destes⁵. Assim, a existência de uma exceção pessoal ao credor, portanto oposta pelo devedor, jamais poderia levar à vitória daquele.

Destaque-se que aqui se trata de exceção de direito material, que difere daquela de natureza processual. Como afirma Marcos Bernardes de Mello, “a exceção de direito material se opõe, conforme a espécie, a direito, pretensão ou ação material,

2. DIDIER JR., op. cit., p.133.

3. Ibidem, p.133.

4. Ibidem, p.132.

5. PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**: tomo VI. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p.5.

para encobrir-lhes ou extinguir-lhes a exigibilidade”⁶. É o caso, por exemplo, da oposição da exceção de prescrição contra o credor que pretende cobrar dívida já prescrita, tendo a exceção em questão extinto a sua exigibilidade. De modo que, se o devedor possui uma exceção pessoal em relação ao credor que contra ele ingressou com a ação, o desfecho esperado é que obste aquele o exercício do direito que pretendia ser exercido por este, sendo difícil extrair qualquer lógica da parte final do art. 274.

Um caminho que se poderia buscar para dar efetividade ao citado art.274, embora não seja o que está literalmente escrito, seria entender que não trata de situação em que exceção foi oposta *ao* credor, mas sim em que foi oposta *pelo* credor, levando-o à vitória. Seria o caso em que um único credor possuísse exceção pessoal contra o devedor, que barra a defesa ou até mesmo outra exceção oponível por este aos credores em sua generalidade.

Outras dúvidas surgem ainda para a interpretação deste artigo. Imagine-se que o devedor possui exceção que é oponível a alguns dos credores, mas não a um deles. Este credor, a quem a exceção não é oponível, ingressa com ação judicial exigindo o pagamento integral da dívida, já que na condição de credor solidário possui tal faculdade. Primeira pergunta: deve o juiz condenar o devedor ao pagamento da dívida na sua íntegra? Ao que se segue uma segunda pergunta: em caso de resposta afirmativa à primeira pergunta, deve o credor vitorioso repassar aquilo que ganhou aos demais?

No exemplo trabalhado o devedor possui uma exceção que, como tal, *encobre* a eficácia do direito dos demais credores. Não os atinge em sua existência ou validade, mas tão somente encobre a sua eficácia. Barra-se assim a pretensão de exigibilidade por parte dos outros credores, mas não a do credor restante. Ele é um credor solidário ao qual o devedor nada tem a opor, tendo, portanto, direito de exigir o cumprimento da prestação na sua inteireza. E nada há de estranho nisso, afinal, o direito que fundamenta a pretensão desse credor, ou mesmo o débito em si, em nada foi afetado pela exceção oposta aos demais que, como dito, apenas encobre a eficácia do direito deles.

Uma vez que tenha este credor recebido o pagamento, deve ele que realizar o repasse das respectivas quotas aos outros credores que não possuíam meios para exigir do devedor, a não ser que a exceção que serviu ao devedor seja também útil ao credor que recebeu o pagamento. É que o direito dos demais credores jamais

6. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.188.

se extinguiu, mas tão somente teve sua eficácia encoberta pela exceção; uma vez desaparecida esta, têm direito de cobrar suas respectivas quotas do credor que obteve o pagamento integral do devedor, pois do contrário se estaria autorizando o enriquecimento sem causa do último credor.

Independentemente dessas considerações, os problemas acima apresentados podem ser mais facilmente equacionados, mediante o uso de instrumentos processuais que possibilitam solução satisfatória diante do caso prático.

Como bem apontou Didier, a solução reside em tanto nas obrigações solidárias quanto nas indivisíveis com pluralidade de sujeitos o magistrado “intimar, mesmo *ex officio*, os demais credores, para que tenham ciência da propositura da demanda. Trata-se de espécie de intervenção *iussu iudicis*, que deve ser estimulada”⁷. É que tendo todos os credores ou devedores participado da ação judicial, nenhum deles poderá posteriormente alegar a inaplicabilidade dos efeitos da coisa julgada contra si. Tal medida possibilita ainda a resolução de todos os problemas relativos a exceções oponíveis a um credor, mas não ao outro, tendo o juiz ao realizar a análise de todo o conjunto de relações jurídicas envolvidas a possibilidade de proferir decisão mais justa.

2. COMPARAÇÃO ENTRE O ART. 274 E NORMAS ESTRANGEIRAS

A regra até então analisada, que permite a extensão dos efeitos da coisa julgada a sujeitos que não participaram da ação, não é exclusiva do nosso ordenamento. Como bem já foi observado, existem textos estrangeiros de lei com dispositivos equivalentes, como é o caso dos Códigos português, italiano e argentino. A análise de tais normas é útil para que se possa entender melhor o objetivo pretendido pelo texto legal nacional.

O art. 531, do Código Civil português, que parece ter servido de inspiração direta para a versão nacional, determina que “o caso julgado entre um dos credores e o devedor não é oponível aos outros credores: mas pode ser oposto por estes ao devedor, sem prejuízo das exceções pessoais que o devedor tenha o direito de invocar em relação a cada um deles”. Desmembrando o citado artigo da legislação portuguesa obtêm-se conclusões similares às dos itens 1 e 2 explanadas acima acerca do dispositivo nacional, ocorrendo diferença apenas em relação à parte final, que poderia ser assim explicada: 3. diante da utilização desta coisa julgada

7. DIDIER JR, op. cit., p.135.

por qualquer dos credores que não participaram da sua formação, pode o devedor oferecer exceções pessoais que tenha contra ele.

Muito mais lógica guarda a versão portuguesa. Tanto na legislação portuguesa como na brasileira, os *efeitos* da coisa julgada de uma ação que teve por origem litígio em torno de uma obrigação solidária ativa da qual só participou um dos credores, somente se estenda aos demais quando lhes for favorável. O que muda na legislação portuguesa é que será possível ao devedor opor ao credor com o qual ainda não litigou exceção pessoal que contra ele possuía. Obviamente, não tendo se instaurado litígio entre o devedor e aquele credor em específico, não teve o primeiro a oportunidade de opor a exceção pessoal que possuía contra o segundo. Afinal, em se tratando de exceção pessoal, ainda que na obrigação solidária, não é ela em regra extensível, mas aplicável somente a quem de direito.

Anteriormente à elaboração do artigo apontado do Código Civil português houve discussão sobre se a extensão da eficácia da coisa julgada deveria ser absoluta, aplicando-se em todos os casos; relativa, limitando-a aos intervenientes no processo; ou *secundum eventum litis*, que foi a que por fim prevaleceu⁸.

Tal escolha se deu por se haver considerado que não seria justo que um litigante que defendesse seu crédito com menos habilidade ou diligência terminasse por prejudicar o direito dos outros, bem como para afastar qualquer possibilidade de conluio entre o devedor e um dos credores⁹. Por tal fundamento é que somente em sendo a decisão favorável seus efeitos serão estendidos para os outros credores, mediante a própria provocação destes¹⁰.

Saliente-se que o Código Civil português possui norma que possibilita a extensão dos efeitos da coisa julgada não somente na solidariedade ativa, como também na passiva no seu art. 522¹¹, no que não foi copiado pela legislação nacional. O fundamento que informa este artigo, entretanto, é o mesmo já apontado ao se tratar da solidariedade ativa, ou seja, evitar que por conta de “inépcia processual do devedor condenado ou de conluio entre ele e o credor”¹², em ação da qual os demais devedores não participaram, venha a lhes prejudicar.

8 ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**: vol. I. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.826.

9. *Ibidem*, p.826-827.

10. *Ibidem*, p.827.

11. Art. 522, Código Civil português: “O caso julgado entre credor e um dos devedores não é oponível aos restantes devedores, mas pode ser oposto por estes, desde que não se baseie em fundamento que respeite pessoalmente àquele devedor”.

12. MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil português**: vol. II – direito das obrigações: tomo I. Coimbra: Almedina, 2009, p.723.

Por sua vez, o art. 1306, do Código Civil italiano, afirma que:

[I] A sentença proferida entre um credor e um devedor solidário, ou entre um devedor e um dos credores solidários, não produz efeito contra os outros devedores ou contra os outros credores. [II] Os outros devedores a podem opor ao credor, salvo se se fundar em razões pessoais do co-devedor; os outros credores podem fazê-la valer contra o devedor, salvo se este puder opor exceção pessoal a qualquer um daqueles¹³.

Também a legislação italiana regulamenta a a extensão dos efeitos da coisa julgada tanto na solidariedade ativa, como na passiva, com tratamento similar ao até então estudado. Por um lado, de modo muito similar ao texto português, permite que credores solidários utilizem sentença favorável obtida por outro credor, salvo se o devedor possuir exceção pessoal contra qualquer desses credores. Por outro, ao tratar do pólo passivo, permite que a sentença favorável obtida por um dos devedores solidários seja oposta pelos outros a qualquer credor que pretenda realizar a cobrança, a não ser que a decisão favorável tenha sido obtida por conta de “razões pessoais¹⁴” do co-devedor que a obteve.

A lógica, portanto, é a mesma. Embora a coisa julgada continue surgindo independentemente do resultado da demanda, a extensão dos seus efeitos a outros sujeitos que se situam no mesmo pólo da relação obrigacional só se dará quando tal lhes for benéfico e quando contra eles não houver exceção específica (no caso da solidariedade ativa) nem houver se dado por conta de exceção específica (no caso da solidariedade passiva).

Destaque-se que, assim como quando da formulação da norma portuguesa, também na formulação da italiana as três teorias acerca da extensão dos efeitos da coisa julgada lá apontadas estiveram aqui presentes¹⁵. A discussão, em verdade, gira em torno de determinar se a sentença de processo entre um credor e devedor possui eficácia meramente pessoal e, portanto, não extensível a ninguém além deles, ou se possui eficácia objetiva, portanto extensível a outros sujeitos que do

13. No original: “Art. 1.306. [I] La sentenza pronunciata tra il creditore e uno dei debitori in solido, o tra il debitore e uno creditori in solido, non ha effetto contro gli altri debitori o contro gli altri creditori. [II] Gli altri debitori possono opporla al creditori, salvo che sai fondata sopra ragioni personali al condebitori; gli altri creditori possono farla valere contro il debitore, salve le eccezioni personali che questi può opporre a ciascuno di essi”.

14. Em que pese o uso de expressão diversa, parece-nos aqui que quis se dar o mesmo sentido de exceção pessoal.

15. MICCIO, Renato. **Delle obbligazioni in generale**: comentário del Codice Civile – libro IV, tomo primo. 2. ed. Turin: Torinese, 1961, p.489.

processo não participaram¹⁶. Tanto no direito português, como no italiano, a opção foi pela solução do meio, consubstanciada numa terceira teoria que permite a extensão dos efeitos somente *secundum eventum litis*, embora tal teoria não seja considerada a melhor pela unanimidade dos autores¹⁷.

A própria redação do art. 1306 permite visualizar o conflito destas teorias: na sua primeira parte, parece ter afastado a possibilidade de extensão dos efeitos da coisa julgada aos demais participantes da obrigação solidária, trazendo a questão da extensão dos efeitos *secundum eventum litis* reabilitada apenas na sua segunda parte¹⁸.

O Código Civil argentino, por sua vez, traz norma sobre o mesmo tema na segunda parte do seu art. 715: “La cosa juzgada recaída em juicio, es invocable por los coacreedores, pero no es oponible a los codeudores que no fueron parte en el juicio. Los codeudores pueden invocar la cosa juzgada contra el coacreedor que fue parte en el juicio”.

Também aqui, a exemplo da legislação italiana e portuguesa, a regra trata tanto da solidariedade ativa, como da passiva. Assim é que no texto argentino tem-se a possibilidade de sujeitos que não participaram do processo invocarem a coisa julgada que lhes é favorável contra aquele que do processo participou e perdeu. Ao revés, aquele que foi vencedor no processo contra um dos sujeitos não pode invocar a coisa julgada contra aqueles que dele não participaram, já que, no dizer de Guillermo Borda, tal pretensão lesaria o princípio da Constituição argentina da inviolabilidade da defesa em juízo¹⁹.

3. APLICAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 274 À OBRIGAÇÃO INDIVISÍVEL COM PLURALIDADE DE CREDITORES

Na sua análise, Fredie Didier afirma que considera que o efeito acima descrito seria aplicável também às obrigações indivisíveis com pluralidade de credores, por entender que “a obrigação indivisível com pluralidade de credores recebe o

16. GANGI, Calogero. **Le obbligazioni**: concetto, obbligazioni naturali, solidali, divisibili e indivisibili. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1951, p.191.

17. Ibidem, p.192. O autor acredita que a segunda teoria é a mais adequada, fundamentando sua opinião, inclusive, na tese de que na solidariedade cada credor estaria agindo como representante ou mandatário dos demais.

18. LONGO, G. **Diritto delle obbligazioni**. Turin: Torinese, 1950, p.100-101.

19. BORDA, Guillermo A. **Manual de obligaciones**. 12. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p.242.

tratamento de obrigação solidária, mas nem toda obrigação solidária com pluralidade de credores é indivisível”²⁰.

Embora haja *algumas* situações em que os efeitos de uma obrigação indivisível com pluralidade de credores sejam similares àqueles da obrigação solidária, não é correto afirmar que recebam o mesmo tratamento no campo do direito material. Obrigações indivisíveis e solidárias são figuras completamente distintas. A despeito de partilharem alguns regramentos comuns, ainda quando isto ocorre é por fundamentos completamente diversos. A indivisibilidade decorre da prestação, ou seja, do *objeto* da obrigação. No simples e claro dizer de Bevilacqua, “a divisibilidade ou indivisibilidade das obrigações determina-se pela possibilidade ou impossibilidade jurídica de fraccionar a prestação”²¹. Ou seja, a obrigação é divisível ou indivisível, porque a prestação também o é.

Reforçando o que se disse acima, tem-se o ensinamento de Orosimbo Nonato, que diz que “a solidariedade, considerada em sua origem, é sempre arbitrária: promana da lei ou da vontade das partes; a indivisibilidade depara fundamento na natureza das coisas”²², que podem ser por si divisíveis ou indivisíveis, mas que podem também ser tornadas à indivisibilidade pelos fundamentos apontados pelo autor acerca do surgimento da solidariedade, acrescento.

A solidariedade decorre da relação entre os *sujeitos* da obrigação. Na obrigação solidária, ao contrário do que ocorre na indivisível, forma-se entre cada sujeito solidário e aquele que figura no pólo oposto um vínculo jurídico independente; tem-se portanto uma pluralidade de vínculos a despeito de existir um único objeto²³. Assim, a título de exemplo, numa obrigação solidária ativa, haveria vínculo independente entre cada um destes credores e o devedor, enquanto que na obrigação indivisível haveria um único vínculo.

Disto decorre que, em que pese semelhante, não é igual a regulamentação para o pagamento realizado na obrigação indivisível com pluralidade de credores e na obrigação solidária ativa. O ponto em comum é a possibilidade de qualquer credor realizar a cobrança da prestação por inteiro, excepcionando-se em ambas o princípio geral do *concurso partes fiunt*²⁴, mas acaba por aí a semelhança e mesmo a causa para este efeito igual é diferente.

20. DIDIER JR., op. cit., p.135.

21. BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931, p.83-84.

22. NONATO, Orisombo. **Curso de obrigações: generalidades – espécies – vol. II**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.75.

23. *Ibidem*, p.100.

24. NONATO, op. cit., p.74.

Por isso é que embora não se possa falar de obrigação solidária sem multiplicidade de sujeitos, o mesmo não pode ser dito quanto às indivisíveis. É possível, sim, haver obrigação indivisível com apenas um sujeito em cada pólo, pois a indivisibilidade não decorre de qualquer relação entre os sujeitos, mas sim das características da prestação. O que ocorre é que ganha maior importância saber se a obrigação é divisível ou indivisível quando há uma multiplicidade de sujeitos, por força da norma do art.314 do Código Civil que determina que, em regra, o pagamento deverá se dar num único ato, seja a obrigação divisível ou indivisível.

Esta regra da indivisibilidade do pagamento, não modifica a divisibilidade ou indivisibilidade da prestação nem, por conseguinte, da obrigação. A título de exemplo, note-se que numa obrigação divisível com unidade de sujeitos é possível que haja inadimplemento parcial, assim como também é possível que por vontade das partes se excetue a regra do art.314 convencionando que o pagamento se dará por partes, coisas que são impossíveis de ocorrer caso a obrigação seja indivisível, pouco importando se há unidade ou multiplicidade de sujeitos. Não é, portanto, a pluralidade de sujeitos condição essencial para que haja uma obrigação indivisível, mas somente circunstância que coloca em maior evidência as diferenças entre esta e a divisível²⁵. Ao revés, a pluralidade de sujeitos é condição que tem de ser atendida para que se possa falar em solidariedade.

No caso da obrigação solidária ativa cada credor pode exigir o todo porque em relação ao devedor figura ele como credor do todo. Independentemente de como se regule o crédito na relação interna do pólo ativo (ou seja, independentemente de qual seja a real parcela de cada credor em relação àquele crédito), em relação ao devedor cada credor solidário figura como se fosse credor do todo. É que o vínculo independente que se estabelece entre cada credor solidário e o devedor faz com que para este aquele figure e tenha direito de agir como credor da integralidade do crédito. Por isto é que o devedor, em regra, pode realizar o pagamento a qualquer dos credores solidários²⁶, adimplindo e se desobrigando da sua dívida (CC, art.268), independentemente de qualquer espécie de participação dos outros credores solidários neste ato.

25. BEVILAQUA, op. cit., p.81: “A divisibilidade ou indivisibilidade das obrigações só aparece, em toda a luz, e só oferece interesse jurídico, havendo pluralidade de credores ou de devedores”. Parece-nos que acerta o autor na primeira parte da sua afirmação, mas erra na segunda. Há maior relevância saber se a obrigação é divisível ou indivisível quando a multiplicidade de sujeitos, mas tal análise não é desprovida de interesse jurídico quando não há essa pluralidade, conforme apontamos.

26. LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**: tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p.496.

Já na obrigação indivisível com pluralidade de credores cada credor pode exigir o todo não porque figure perante o devedor como credor do todo, mas sim por uma *impossibilidade* que surge por conta do objeto que, sendo indivisível, por qualquer que seja a causa, não pode ser exigido de outra maneira. Assim é que aqui, diferentemente do que ocorre na obrigação solidária ativa, embora também possa qualquer credor exigir o todo, o devedor só se desobriga se pagar a todos os credores conjuntamente ou a um que tenha caução de ratificação dos demais (CC, art.260).

E qual a causa desta diferença? Justamente o fato de que lá age o credor exigindo aquilo que em relação ao devedor é seu direito, por conta da existência de vínculos independentes que faz cada credor figurar como titular da integralidade do crédito, enquanto que aqui o credor exige o todo por uma circunstancialidade do objeto. Reforçando isso, note-se a diferença entre a questão da indenização por perdas e danos, que modifica enormemente o modo como pode o credor exigir o equivalente da prestação na obrigação indivisível (CC, art. 263), já que o objeto que justificava a cobrança por inteiro não mais existe, mas não o faz na solidária ativa (CC, art. 273), em que a justificativa da cobrança se fundava não no objeto, mas sim na relação entre os sujeitos²⁷.

Outras distinções existem ainda entre as obrigações indivisíveis e solidárias que poderiam ser elencadas, mas como não é este o objetivo central deste texto, acredita-se que os fundamentos apontados já são suficientes. Todas estas diferenças, saliente-se, decorrem, como já dito, da causa da indivisibilidade e da solidariedade serem diferentes: aquelas vinculadas ao objeto e estas à relação entre os sujeitos, ou como afirmam alguns, ao título da obrigação²⁸.

O legislador português visualizou isso, inclusive, razão pela qual criou para as obrigações indivisíveis, na segunda parte do art.538 do seu Código regra similar àquela aplicável na obrigação solidária determinando que “o caso julgado favorável a um dos credores aproveita aos outros, se o devedor não tiver, contra estes, meios especiais de defesa”. Os fundamentos que aqui permitem a extensão da coisa julgada são os mesmos apresentados no caso da obrigação solidária, mas note-se que a causa que motiva a possibilidade da propositura da ação por apenas um dos credores para exigir o todo é diferente.

27. NONATO, op. cit., p.77.

28. NONATO, op. cit., p.74.

Na solidariedade ativa cada credor pode exigir judicialmente o todo porque figura perante o devedor como credor de tal, tendo um direito de crédito autônomo²⁹. Na indivisibilidade só se permite tal cobrança porque, sendo a prestação indivisível, caso fosse exigida a presença de todos os credores para a propositura da ação, a simples inércia ou capricho de um dos credores poderia terminar por paralisar ou dificultar o exercício do direito pelos demais³⁰.

No direito brasileiro não há norma similar, de modo que não há nada que justifique no campo do direito material uma aplicação extensiva do art.274 às obrigações indivisíveis. A despeito disso, como já apontado, a melhor técnica sugere que o juiz, tanto no caso das obrigações indivisíveis como no das solidárias, traga todos os sujeitos envolvidos ao processo, terminando assim por afastar o problema que poderia surgir acerca da alegabilidade das exceções caso algum deles não participasse.

4. REFERÊNCIAS

- ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**: vol. I. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931.
- BORDA, Guillermo A. **Manual de obligaciones**. 12. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.
- DIDIER JR., Fredie. Solidariedade ativa e extensão da coisa julgada (art. 274, Código Civil brasileiro). In: EHRHARDT JR., Marcos; BARROS, Daniel Conde (orgs.). **Temas de direito civil contemporâneo**: estudos sobre o direito das obrigações e contratos em homenagem ao professor Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- GANGI, Calogero. **Le obbligazioni**: concetto, obbligazioni naturali, solidali, divisibili e indivisibili. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1951.
- LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**: tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- LONGO, G. **Diritto delle obbligazioni**. Turin: Torinense, 1950.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

29. LARENZ, op. cit., p.497.

30. ANTUNES VARELA, op. cit., p.843.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil português**: vol. II – direito das obrigações: tomo I. Coimbra: Almedina, 2009.

MICCIO, Renato. **Delle obbligazioni in generale**: comentário del Codice Civile – libro IV, tomo primo. 2. ed. Turin: Torinese, 1961.

NONATO, Orosimbo. **Curso de obrigações**: generalidades – espécies – vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. Parte geral: tomo VI. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

X

O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A SUA INTERAÇÃO COM OS MICROSSISTEMAS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL: BREVE ANÁLISE A PARTIR DAS CONTRIBUIÇÕES DE HANS KELSEN E NIKLAS LUHMANN

Rodrigo Mazzei

Professor do Instituto Capixaba de Estudos (ICE). Advogado. Vice-presidente do Instituto de Advogados do Estado do Espírito Santo (IAEES). Mestre pela PUC-SP e doutorando pela FADISP. rodrigo@mazzei.com.br

SUMÁRIO: 1. Objeto do estudo – 2. As teorias sobre a auto-referencialidade do sistema jurídico: Hans Kelsen e Niklas Luhmann: 2.1. Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen; 2.2. Teoria Autopoiética dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann – 3. Evidências da superação do modelo de 1916: o surgimento dos microssistemas e a constitucionalização do direito civil – 4. Função ‘participativa’ do Código Civil de 2002 – 5. A auto-referencialidade do sistema e a importância do Código Civil de 2002 – 6. Bibliografia.

1. OBJETO DO ESTUDO

Diante do enorme espectro que a temática do texto pode abranger, antes de tudo, é de bom alvitre fixar os contornos do estudo a ser desenvolvido.

Creemos ser imune de dúvida a aferição de que o Código Civil de 2002 se difere da codificação revogada. Não nos referimos à divergência de tratamento de institutos ocorrida no bojo do novo diploma, mas à posição que o atual Código Civil passa a ter no ordenamento jurídico, na medida em que o legislador reconhece a importância dos *microssistemas*¹ e a necessidade de o Direito Privado ser iluminado pelo Direito Constitucional.

Com efeito, no que tange à reconhecida importância dos microssistemas, vê-se que o Código Civil de 2002, abre mão da pretensão de *completude* (= *regulação*

1. A importância conferida pelo legislador aos microssistemas pode ser, exemplificativamente e num primeiro momento, demonstrada por meio de uma simples comparação entre o artigo 1.807 do Código Civil de 1916 com o seu “equivalente” da atual codificação, art. 2.045 do Código de 2002. Aquele indicava a revogação de das Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil pelo Código reguladas, este, por sua vez, indica revogação tímida no sistema.

total), ideal característico dos códigos oitocentistas, pois, ao contrário do modelo anterior, em que a legislação especial se caracterizava como elemento de corrosão ao código, atualmente, os microsistemas são instrumentos para a manutenção da vitalidade do diploma codificado, senão do próprio ordenamento jurídico. Essa alteração de modelo estrutural da codificação civil decorre do reconhecimento de que – diante de uma sociedade plural e complexa – um diploma que visasse ser total, não responderia, com eficácia, às demandas sociais, e, tornar-se-ia rapidamente obsoleto.

Entretanto, além de ter a codificação abandonado a idéia de completude, há que se acrescentar outra característica que reflete sua adaptação ao momento histórico em que surge. Nesse sentido, destaca-se que, com o fito de se manter atualizado, protegido dos efeitos deletérios do tempo, o novo Código fez uso, em pontos nucleares, dos *conceitos vagos*², em especial das *cláusulas gerais*³⁻⁴. Esta

2. Cabe destacar, entretanto, que na Parte Geral, diante da necessidade de fixação de conceitos com aplicação em todo sistema, o legislador optou por critérios objetivos mais fechados. Justificando a postura, conferir: José Carlos Moreira Alves (*A parte geral do projeto do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 27). Nesse sentido também, Judith Martins-Costa: “As cláusulas gerais não estão uniformemente dispersas no Projeto, e nem poderiam estar, pois é da natureza do Direito Civil conter campos que requerem maior ou menor ductilidade. A Parte Geral, destinando-se a ‘fixar parâmetros de todo sistema’ – como afirmou José Carlos Moreira Alves – vem marcada com o ‘máximo rigor conceitual’. Abriga, mesmo assim, ponderável número de normas abertas ou semanticamente vagas, inclusive fazendo remissão a princípios ou direcionando o juiz à pesquisa de elementos econômicos e sociais.” (O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, n. 753, p. 38, jul. 1998)
3. Cláusulas gerais, em breve resenha, são normas lançadas em forma de diretrizes, dirigidas ao Estado-Juiz, que deverá – dentro do que foi previamente traçado pelo legislador – dar a solução mais perfeita, observando, para a concretização da atuação judicial, não só o critério objetivo, mas também situações particulares que envolvem cada caso. Analisamos o assunto, com maior detalhamento, no seguinte texto: Código Civil de 2002: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (Coords.). 2ª ed.. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 43-86. Com boa abordagem sobre o tema, confira-se ainda: José Augusto Delgado, O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1998: cláusulas gerais e conceitos indeterminados. In *aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. Arruda Alvim; Joaquim Pontes de Cerqueira César; Roberto Rosas (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 395-396; André Osório Gondinho, Codificação e cláusulas gerais, *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 3-25, jan./mar. 2000. Registre-se que qualquer estudo a ser efetuado sobre o tema reclama a leitura do material produzido por Judith Martins-Costa, entre os quais destacamos: O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro, cit., p. 24-48; *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional, São Paulo: Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999; As cláusulas gerais como fatores de flexibilização do sistema jurídico, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 28, n. 112, p. 13-32, out./dez. 1991; O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas, *Revista da Faculdade de Direito da UFRS*, Porto Alegre, Síntese, v. 17, p. 189-204, 1999; Judith Martins-Costa; Gerson Luiz Carlos Branco, *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2002. Com boa abordagem sobre o tema, confira-se ainda: José Augusto Delgado, O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1998: cláusulas gerais e conceitos indeterminados, in Arruda Alvim; Joaquim Pontes de Cerqueira César; Roberto Rosas (Coords.), *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 395-396.
4. Registre-se que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados já estavam presentes no Código Civil de 1916, entretanto, como destaca Ruy Rosado de Aguiar Júnior, esse código usou pouco das cláusulas

técnica legislativa, além de permitir a integração da norma com elementos do caso concreto, permite ainda o fluxo de informação entre o Código e os microsistemas que o circundam⁵. Tais características fornecem ao código os elementos necessários para que constantemente se atualize, mantendo-se em consonância com a sociedade que visa regular conduzindo ao equilíbrio do sistema.

Por fim, além do entendimento de que não poderia o Código, no atual estágio de desenvolvimento da sociedade, regular (ou mesmo, visar regular, sob o risco de ineficácia) toda a diversidade das relações privadas dos indivíduos, o advento da Constituição de 1988 também foi fundamental para a remarcação dos limites e funções do Código Civil. Isso porque a Carta Magna tratou dos mais diversos temas, muitos desses até então entendidos como temas submetidos exclusivamente à esfera do Direito Privado⁶.

Ainda que escorados em breve resenha, não é difícil sentir que o novo panorama é desafiante, pois a própria função do Código Civil é alterada, passando agora a atuar não mais como a “Constituição do Direito Privado”, mas como elo entre a Constituição e os microsistemas, por meio de aberturas, propositadamente inseridas em seu corpo, fornecendo ao Ordenamento uma salutar coesão.⁷

gerais. Como exemplos no Código de 1916 os artigos 159, 924, 964, 1.056 (Ruy Rosado de Aguiar Júnior. O novo código civil e o código de defesa do consumidor – pontos de convergência. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 48, p. 55-68, out./dez. 2003).

5. Exemplo apto a evidenciar tal afirmativa é a hipótese do § 1º do artigo 1.228 do Código Civil, que ao fazer uso de cláusulas gerais extensivas valoriza os microsistemas.
6. Esta situação afasta os conceitos estanques, que ainda são repetidos nas faculdades aos acadêmicos. Respeitosamente, cremos que as lições de Silvio Rodrigues de que o Direito Privado “é o que regula as relações entre os homens, tendo em vista o interesse particular dos indivíduos, ou a ordem privada”, e de que Direito Público “é o destinado a disciplinar os interesses gerais da coletividade” (*Direito civil: parte geral*, 26 ed., São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1, p. 7) merecem ajuste pela dinâmica que se empreendeu à bipolaridade em tela. Nesse sentido: Angel Latorre, *Introdução ao direito*, tradução de Manuel de Alarcão, Coimbra: Almedina, 1978, p. 208-212. Corroborando o entendimento acima apresentado, Michele Costa Silveira escreveu: “O direito civil é hoje evidentemente diverso daquele que tinha lugar no período oitocentista, marcado pelos estanques limites do indivíduo, da família, da propriedade, do contrato e da responsabilidade civil. É buscada à luz da Constituição a renovação do direito privado, à medida que as normas consideradas ‘privadas’ invadem a Carta, o que somente faz reforçar a constatação da invalidade da perspectiva dicotômica dos dois clássicos ramos do ordenamento, nos quais a modificação dos padrões constitucionais passa a iluminar o direito privado” (As grandes metáforas da bipolaridade, In: Judith Martins-Costa (Org.), *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 48).
7. Oportuna a observação do Professor Renan Lotufo, referindo-se ao Código Civil de 2002: “Estamos diante de um Código, que na sua redação final, ainda longe da perfeição, não quer ser uma Constituição, não quer ser o centro, e sim um corpo de normas com cláusulas gerais e abertura para servir e viabilizar a atuação de todo do Direito Privado” (Da oportunidade da codificação civil, In: Ingo Wolfgang Sarlet. *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13-32, p. 28).

Com este norte, nosso singelo estudo tentará examinar a codificação civil no novo quadro descrito, realizando este exame à luz dos estudos de Hans Kelsen e Niklas Luhmann.

2. AS TEORIAS SOBRE A AUTO-REFERENCIALIDADE DO SISTEMA JURÍDICO: HANS KELSEN E NIKLAS LUHMANN

A abordagem acerca da função da atual codificação civil consubstancia-se em importante instrumento para a verificação de duas teorias de grande importância sobre os sistemas jurídicos: a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen e a Teoria Autopoiética dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann.

Ambas pretendem demonstrar que o direito é um sistema auto-referencial. Entretanto, suas construções científicas são diversas, uma vez que partem de pressupostos distintos⁸.

Com efeito, a *Teoria Pura do Direito* tem como ponto de partida a noção básica da contraposição sujeito/objeto. O sujeito cognoscente, em posição exterior ao objeto, através do contato sensorial que tem com o objeto, pode emitir enunciados sobre este. A *Teoria dos Sistemas*, por sua vez, orienta-se por outro aparato, qual seja, a contraposição entre sistema/ambiente⁹.

A teoria do direito fundamentada em Kelsen remete às estruturas jurídicas (normas), organizadas em uma estrutura escalonada, no qual em uma extremidade estaria a Constituição, o fundamento último de validade do sistema do direito positivo, elemento que lhe confere unidade, e no outro as normas individuais e concretas. Luhmann entendendo o direito enquanto operações, não como estruturas, estabelece que a unidade e o fechamento do Direito é conferida pela homogeneidade dessas operações.

Cumpra desde já destacar que o objeto do presente texto não é realizar análise profunda sobre as teorias desenvolvidas por Luhmann e por Kelsen, mas tão somente o de utilizar as conclusões a que chegaram estes cientistas e aplicá-las ao atual contexto legislativo em que nos inserimos, visando assim delimitar o

8. Nesse sentido, é pertinente a advertência de Celso Campilongo: “Se é verdade que, para Kelsen, o direito também é um sistema autopoiético, não é menos verdade que as razões e o método que o levam a essa conclusão têm pouquíssimo contato com os fundamentos sociológicos que conduzem Luhmann à mesma observação” (*Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 167).

9. Conforme destaca Daniel Monteiro Peixoto, em artigo inédito, gentilmente cedido pelo autor: *A Constituição e os Sistemas Auto-Referenciais: Notas sobre a teoria de Niklas Luhmann e sua contraposição ao paradigma kelseneano*.

papel do novo Código Civil e suas comunicações com os microsistemas e com a Constituição Federal.

2.1. Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen

Como sabido, no momento histórico precedente ao surgimento da “Teoria Pura do Direito”¹⁰ a Ciência Jurídica não tinha seu objeto de estudo, qual seja, o Sistema do Direito positivo, bem demarcado. Concepções sociológicas, psicológicas, políticas e econômicas interferiam na análise do jurista, impedindo-o de desenvolver um método próprio para conhecer o seu objeto de estudo. Neste período não se pode afirmar que existia, de forma absolutamente categórica, autonomia da Ciência Jurídica¹¹. Até mesmo o acoplamento do Direito com outras ciências humanas e com princípios das ciências naturais eram propostos.

Nesse sentido, o grande objetivo da obra de Kelsen foi discutir e propor os princípios e métodos próprios da teoria jurídica fornecendo ao jurista autonomia científica. Assim, é estabelecido como premissa básica o enfoque normativo, este corte metodológico, no âmbito da Ciência do Direito, conduzia ao entendimento de que para o jurista o direito deve ser visto como norma, não como valor transcendente ou como fato social.

A norma em Kelsen corresponde a um dever-ser destinado a regular a conduta humana estabelecendo um ato de coerção como sanção¹². Entretanto, a prescrição de uma conduta e previsão de sanção para a sua inobservância não são suficientes para qualificar uma norma como jurídica. Assim, cumpre destacar, que uma norma somente pode ser qualificada como tal à medida que for elaborada de acordo com o preceituado por outra norma do sistema. Por essa razão que Kelsen estabeleceu que:

“É, com efeito, uma característica muito significativa do Direito ele regular a sua própria produção e aplicação. A produção das normas jurídicas gerais, isto é, o processo legislativo, é regulado pela Constituição, e as leis formais ou processuais, por seu turno, tomam à sua conta regular a aplicação das leis materiais pelos tribunais e a autoridades administrativas. Por isso, os atos de produção e de aplicação (que como veremos, também é ela própria produção) do Direito, que representam o processo jurídico, somente interessam ao conhecimento jurídico

10. A primeira publicação da *Teoria Pura do Direito* data de 1934.

11. Conforme Hans Kelsen (*Teoria pura do Direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 1-2).

12. Conforme Hans Kelsen (*Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 180).

enquanto formam o conteúdo de normas jurídicas, enquanto são determinadas por normas jurídicas”.¹³

Assim se observa a conclusão alcançada por Kelsen que mais importa para os objetivos deste estudo, qual seja, a auto-referencialidade do Direito. O Direito, como acima expresso, regula sua própria produção e aplicação. Isso se dá, na concepção kelseniana mediante atos de produção normativa do legislador que dentre toda a diversidade dos acontecimentos do mundo fenomênico elege, por meio de critérios que não importam para o cientista jurídico, aqueles que serão revestidos de linguagem jurídica, normatizando-os. Tais eventos serão assim transportados do plano do ser para o plano do dever ser.

Para que o legislador ou outra autoridade competente possa realizar a produção de enunciados normativos deverá observar outras normas jurídicas, da qual aquela norma produzida retirará seu fundamento de validade. Por essa razão que se afirma que o Direito é um sistema auto-referencial, pois somente pelas formas nele previstas pode determinado fato ingressar em seu sistema, sendo, somente a partir deste momento, juridicamente relevante.

Entretanto, não somente o procedimento para a produção da norma pode ser determinado pela norma superior (aquela da qual a inferior retira seu fundamento de validade), mas também o conteúdo da norma inferior pode ser determinado pela norma superior. Esta constatação é especialmente pertinente para o entendimento do papel do Código Civil frente à Constituição de 1988.

2.2. Teoria Autopoiética dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann

Diferentemente do momento em que Kelsen renova o estudo jurídico com sua mais famosa obra, quando Luhmann desenvolve sua teoria sobre os sistemas sociais, o Direito já era analisado como uma ciência autônoma detentora de método e objeto próprios.

A análise desenvolvida por Luhmann é mais complexa visto que diferentemente da Teoria Pura, o enfoque luhmanniano é interdisciplinar. Dessa forma, desde já destacamos que como tratam do Direito sob prismas distintos, não é correto que se efetue um confronto entre as conclusões obtidas. Realizada esta ressalva, no que tange à teoria de Luhmann, como já descrito, o ponto de partida essencial é a contraposição existente entre sistema e ambiente. Isso ocorre, pois umas das preocupações do autor é a de identificar a forma pela qual são produzidos os limites do sistema frente ao ambiente.

13. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 80.

Cumprido destacar que a idéia de sistema em Luhmann difere da idéia de sistema adotada por Kelsen. Enquanto para este sistema é compreendido como um aglomerado de normas unificado pela norma hipotética fundamental e isento de contradições, sendo essa ordem alcançada somente por meio da Ciência do Direito, em Luhmann o sistema é compreendido como uma série de operações que se intercomunicam em rede. Nas palavras de Gustavo Sampaio Valverde¹⁴, descrevendo a idéia de sistema em Luhmann:

“(..) pode-se dizer que existirá sistema sempre que uma porção do mundo puder se fechar, por meio de operações próprias, em relação às demais porções do mundo, passando a funcionar de acordo com critérios peculiares, com vistas a atingir uma determinada finalidade. Mas esse fechamento não significa falta de comunicação ou isolamento, posto que é ínsita a essa noção de sistema a existência de trocas contínuas de informações com o ambiente, com o que se quer dizer que o sistema também dispõe de uma determinada forma de abertura”.

O ambiente, em Luhmann, corresponde a toda a realidade circundante do sistema.

Os próprios sistemas, por sua vez diferenciam-se, esta diferenciação não ocorre somente pela finalidade que desenvolvem na sociedade, mas também pelo código binário e pelo programa que utilizam.

O Direito, nesse contexto é classificado como um sistema social, por se destinar a uma finalidade própria, estabilizar expectativas de comportamento, bem como por possuir um *código binário* e um programa próprio se diferenciando assim dos demais sistemas sociais. Como sistema social autopoietico é apto o Direito a se reproduzir, a partir de seus próprios elementos internos. Daí porque, corretamente afirma Gustavo Sampaio Valverde, que a reprodução dos sistemas ocorre por meio de operações “acontecimentos instantâneos, que produzem uma diferença dentro do sistema, de forma que, após sua realização, o sistema é algo distinto do que era anteriormente”¹⁵.

O fato de um sistema mediante suas próprias operações se reproduzir induz a formação de seu *fechamento operativo*. No sistema jurídico isso significa que uma comunicação jurídica se remete a outra imediatamente anterior¹⁶. Assim, as alterações do sistema somente são produzidas pelo próprio sistema jurídico.

14. *Coisa Julgada em Matéria Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 34.

15. *Coisa Julgada em Matéria Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 34.

16. Em conformidade com exposição de Elaine Cardoso de Matos Novais (O contrato em Kelsen e Luhmann. Revista de Direito Privado. N.11, julho-setembro 2002. p. 121-137. São Paulo: Revista dos Tribunais).

O fechamento operativo não significa, contudo que o sistema, está hermeticamente fechado às influências externas do ambiente, mas somente que qualquer alteração que venha a ocorrer no sistema será realizada por meio de suas próprias estruturas¹⁷. Assim o sistema é cognitivamente aberto, podendo eventualmente se renovar frente as irritações causadas pelo ambiente.

Nas palavras de Gustavo Sampaio Valverde¹⁸ é a combinação entre programa e código binário que faz com que os sistemas sociais possam constituir-se a um só tempo como sistemas abertos e fechados, pois segundo o citado estudioso:

“A combinação entre código e programa, isto é, entre invariabilidade e variabilidade, é o que permite ao sistema ser, a um só tempo e de forma harmônica, um sistema aberto e fechado. Caberá à programação acompanhar a evolução da sociedade, incorporando às normas do direito os novos fatos sociais que necessitem de tratamento jurídico, o que confere abertura ao sistema. A seu turno, cumprirá ao código diferenciar o direito dos demais sistemas, fazendo-o operar de forma fechada. Nesses termos, a programação complementa a codificação, conferindo-lhe conteúdo e com isso abastecendo o sistema com a capacidade de tomar decisões.”

Por fim cabe destacar que há na teoria de Luhmann a possibilidade de determinados elementos pertencerem concomitantemente a dois sistemas distintos, é o que ocorre com a Constituição que é considerada elemento interno tanto do sistema jurídico quanto do sistema político. Será a Carta Magna assim uma espécie de acomplamento estrutural hábil a permitir que as “irritações” do sistema jurídico sejam interpretadas e, eventualmente, recriadas pelo sistema jurídico¹⁹.

Como visto a idéia de auto-referencialidade do Direito é um ponto de convergência entre as teorias de Kelsen e de Luhmann, não obstante o fato de percorrerem caminhos distintos. Tal concepção é salutar ao entendimento do Direito, e nos auxiliará, a estabelecer a interação existente entre o Código Civil a Constituição e os microssistemas.

17. Pertinente a análise de Daniel Monteiro Peixoto: “Sempre devemos ter em mente, contudo, que os sistemas nunca operarão fora de seus próprios limites, de modo que o sistema jurídico, que é o objeto precípua de nossa análise, pode até reagir a acontecimentos econômicos, políticos, científicos etc, mas sempre o fará juridicamente na medida em que estes influxos forem criados internamente por meio do filtro seletivo da juridicidade (programas condicionais, do tipo ‘se... então’ – tratamento em leis, regulamentos e/ou contratos – submetidos ao código binário lícito/ilícito, e nunca governo/oposição ou ter/não-ter)” (*A Constituição e os Sistemas Auto-Referenciais: Notas sobre a teoria de Niklas Luhmann e sua contraposição ao paradigma kelseneano*; artigo inédito, gentilmente cedido pelo autor).

18. Coisa Julgada em Matéria Tributária. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 67.

19. Daniel Monteiro Peixoto, em artigo inédito, gentilmente cedido pelo autor: *A Constituição e os Sistemas Auto-Referenciais: Notas sobre a teoria de Niklas Luhmann e sua contraposição ao paradigma kelseneano*.

Fixadas premissas básicas sobre os pontos nucleares acerca das principais contribuições de Kelsen e Luhmann, mister se faz retornar às bases do Código de 2002, identificando, agora com mais vagar, os desalinhos com o diploma pretérito e o status que se pretendeu alcançar com o novo corpo legislativo, pois tais aspectos são essências para a análise da *auto-referencialidade* do sistema, de acordo com Kelsen e Luhmann.

3. EVIDÊNCIAS DA SUPERAÇÃO DO MODELO DE 1916: O SURTI-MENTO DOS MICROSSISTEMAS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Como já gizado, o Código de 1916 considerado como um exemplo positivo na definição de conceitos estava alicerçado nas concepções então reinantes no fim do século XIX e no despontar do século XX, em que se destacava o individualismo, bastando, para tal constatação, a breve análise do seu alcance no campo da liberdade de contratar e do seu conceito de propriedade (quase absoluta), desenhada para atender ao capital produtivo da época.

Desse modo, é correta a afirmação de que o Código Civil de 1916 recebe grande irradiação do Código Civil francês²⁰ e dos ideais emergentes da Revolução Francesa, fixados na tríade liberdade, igualdade e fraternidade, que acabam culminando na natural idéia de que o homem pode contratar com quem e na forma que deseja (liberdade de contratar)²¹ e de que o direito de propriedade seria exercido dentro de inabalável liberdade individual do seu titular²².

20. Com ótimo panorama sobre a elaboração do Código dos franceses conferir artigo de Jorge Guillermo Portela: “*Algunos apuntes sobre el método en el Código de Napoleón*”, In: *La Codificación: raíces y perspectivas*. Buenos Aires, 2005. p. 115-129.

21. Salutar a observação de Renan Lotufo (Da oportunidade da codificação civil, In: Ingo Wolfgang Sarlet. *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13-32): “Tal estrutura do Código foi extremamente criticada no curso do tempo, pois é exatamente a liberdade dada ao contratante que levou o fraco a ser submetido ao forte, de onde se chegou a célebre frase de Lacordaire ‘entre o fraco e o forte a liberdade escraviza e a lei liberta’”. Apesar da pertinência da crítica, não podemos olvidar que a liberdade de contratar protegida a época residia em uma necessidade no momento em que foi consagrada pelo Código de Napoleão, até porque tinha, no limiar do século XIX, conteúdo *revolucionário*. Como bem lembra Mário Reis Marques (*Codificação e Paradigmas da Modernidade*. Coimbra, 2003. p. 14): “O código exprime um desígnio de homogeneização e não de tendências pluridireccionais. O direito codificado enfrenta o Antigo Regime e a sua atmosfera jurídico-contextual (costumes, privilégios, legitimidades, etc.), procurando conciliar os desejos de estabilidade, de certeza, de credibilidade e de adaptabilidade a novas condições da vida. A unidade legislativa é o caminho que os Estados percorrem no encaço da unidade nacional. A codificação do direito é a forma técnica encontrada para a introdução na sociedade de uma ordem justa. Assente a idéia de que as diferenças são irracionais, há que superá-las através de uma ordem uniforme e racional.”

22. Cremos que não é um sacrilégio afirmar que o Código Civil de 1916 surge em momento histórico de passagem e simbiose entre o Estado Liberal e o Estado Social, ocasionando tensão refletida no Projeto de Clóvis

A influência francesa sobre o Código de 1916 é notada, sobretudo na grande carga casuística de seus dispositivos. Tais dispositivos remetiam à pouca liberdade de interpretação concedida ao julgador. Aí residia a maior distinção entre técnica legislativa adotada pela Codificação brasileira ab-rogada e a adotada pelo BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* – Código Civil alemão), em que há superfície hermenêutica mais ampla.

No *Código Civil dos Franceses*, os dispositivos semanticamente fechados tinham o fito de garantir os direitos alcançados pela burguesia com a Revolução Francesa, uma vez que a análise dos precedentes históricos demonstra que o Judiciário francês serviu de instrumento para a prevalência da vontade dos nobres, não sendo seguro correr o risco de que tal fato pudesse vir a se repetir. O uso de dispositivos que permitiam interpretação limitada, difundindo-se a Escola da Exegese, serviu para a burguesia assegurar o *status* que alcançara.²³ No Brasil, o apego a tal tipo de técnica legislativa tinha como objetivo a *segurança jurídica* direcionada a manter uma sociedade marcada pelo predomínio da burguesia mercantil e dos proprietários rurais, que se contrapunham à enorme massa composta pelo proletariado rural.²⁴

Insta destacar também que o Código Civil de 1916 – além de ampla utilização de artigos *casuísticos* (especialmente em pontos-chaves) – intentou, da mesma forma que a codificação civil francesa, dispor sobre todas as hipóteses possíveis de conflito social²⁵, buscando a impossível pretensão de alcançar a *completude*. Assim, as soluções para as questões da vida civil estariam todas em um mesmo e único *corpus* legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura.²⁶ Nesse

e no texto final aprovado. Para tanto, conferir Celso Fernandes Campilongo, *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

23. Neste sentido, bem fundamentado, confira-se: Arruda Alvim (A função social dos contratos no novo Código Civil, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, n. 815, p. 19-20, set. 2003).
24. Nesse contexto, não se identificava uma classe intermediária, até porque, como denuncia Francisco dos Santos Amaral Neto: “A classe média era incipiente e parasitária do emprego público, às ordens da oligarquia dominante” (Evolução do direito civil brasileiro. In *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 7, n. 24, p. 81, abr./jun. 1983).
25. De acordo com Gregório Assagra de Almeida (*Codificação do Direito Processual Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 16): “o positivismo jurídico do século XIX tinha o sistema jurídico como manifestação de uma unidade imanente, perfeita e acabada. O sistema jurídico era concebido como uma *ordem jurídica fechada*, que se pautava pela *ausência de lacunas*, pela idéia de *sistema como método*, como *procedimento formal* construtivo, por força da qual as regras jurídicas referiam-se a um princípio ou a um número pequeno de princípios, sendo daí deduzidas, caracterizando-se também pelo *dogma da subsunção*, em que o raciocínio jurídico era estabelecido, por intermédio de uma premissa maior (diretiva legal genérica) e de uma premissa menor (caso concreto), resultando na conclusão (manifestação do juízo concreto)” – grifos no original.
26. Gerson Luiz Carlos Branco; Judith Martins-Costa. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 116.

passo, sobressai a relevância da Escola da Exegese para o fortalecimento da importância do Código Civil como fonte máxima do direito privado, determinando a prevalência deste sobre qualquer outra norma jurídica

Em suma, o Código Civil de 1916 foi arquitetado sob a bandeira do liberalismo, prestigiando o direito individual inspirado pela Revolução Francesa e pelo Código Napoleônico, mas em verdade funcionou muito mais para acomodar a situação que interessava à classe social dominante, que, a todo custo, pretendia conservar a situação em que se encontrava por meio do apoio legislativo.²⁷ Sobre a situação narrada, em síntese, afirmou Orlando Gomes: “(...) os grupos dominantes da classe dirigente – a burguesia agrária e a burguesia mercantil – mantinham o país subdesenvolvido, porque essa era a condição de sobrevivência de seus privilégios econômicos e da sua ascendência social no meio que viviam. (...) Por esse interesse fundamental explicam-se as suas inclinações ideológicas. Para defendê-lo encontram no liberalismo econômico sua mais adequada racionalização”.²⁸

Dessa forma, apesar estrutural inspiração no BGB, já que nossa codificação – em semelhança do diploma alemão – foi iniciada por uma Parte Geral que se aplicava ao restante de seu corpo normativo²⁹ fica evidente a influência dos cânones da Revolução Francesa no Código Civil de 1916.

O modelo de ‘codificação liberal’ adotado criou no país (assim como ocorreu no exterior) um diploma legal máximo paralelo à Constituição da República, de forma que esta última ficou relegada à regência apenas das relações de direito público enquanto o Código Civil foi erigido à uma espécie de “Constituição das relações privadas e da sociedade civil”.

Dessa forma, o “antigo” Código Civil Brasileiro, promulgado no ano de 1916, arraigado em concepções individualistas e voluntaristas do século que o precedeu,

27. Nesse sentido, Francisco dos Santos Amaral Neto leciona com vigor: “É um código que consagrava o patriarcalismo doméstico da sociedade que o gerou, e que se traduzia no absolutismo do poder marital e no pátrio poder. Tímido no reconhecimento dos direitos da filiação ilegítima, preocupava-se com a falsa moral de seu tempo, hipócrita nas suas manifestações e reacionária nas concepções. Individualista por natureza, garantiu o direito de propriedade correspondente à estrutura político-social do país e assegurou ampla liberdade contratual, na forma mais pura do liberalismo econômico” (Evolução do direito civil brasileiro. In *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 7, n. 24, abr./jun. 1983, p. 80).

28. Razões históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 26-27.

29. Teixeira de Freitas havia traçado um caminho que defendia a viabilidade da produção de dois códigos, fixando-se na codificação geral as regras para a aplicação normativa, em aspecto macro. Como atesta Arthur Virmond de Lacerda, na visão daquele jurista: “Ter-se-ia assim o código geral como depositário das leis que ensinavam, destinado aos teóricos, aos homens da ciência, o civil encarnando um código de uso corrente do homem comum, fixando as leis que mandam” (História breve das codificações jurídicas. Curitiba: Juruá, 1997, p. 69).

assumiu o papel de estatuto único das relações privadas brasileiras, recheado de dispositivos casuísticos e de interpretação limitada.

Ocorre que, com o passar do tempo, a sociedade evoluiu, as relações sociais multiplicaram-se, tornando-se não só mais numerosas, mas também mais complexas, e, o modelo liberal de codificação não mais se mostrava capaz de reger absolutamente todas as relações jurídicas privadas existentes. A onipotência do legislador, antes considerada arma importante para a manutenção da ordem imposta pela burguesia, passa a se mostrar insuficiente para resolver a gama de conflitos sociais que surge.

Ademais, diante da nova estruturação da ordem mundial e do crescimento dos movimentos sociais que deram início à fase do Welfare State e da intervenção estatal nas relações privadas, a imutabilidade da codificação civil liberal passa a ser questionada. Mostrou-se necessária maior intervenção do Estado-Legislativo e do Estado Judiciário na produção jurídica a fim de providenciar a regulamentação das relações sociais antes olvidadas pelo Poder Público e que agora passam a ter suma importância³⁰⁻³¹.

Com efeito, Gustavo Tepedino³², analisando o processo histórico de intervenção estatal nas relações privadas, sistematiza pelo menos três fases intervencionistas do Estado brasileiro, vejamos.

A **primeira fase** é iniciada logo após a promulgação do Código Civil de 1916, quando os movimentos sociais se intensificam especialmente após a Primeira Guerra Mundial e levam o Estado a agir em favor daqueles considerados, em termos sócio-econômicos, hipossuficientes.

A manifestação infraconstitucional desta intervenção é representada pela edição de leis esparsas no intuito de reequilibrar o quadro social e econômico,

30. Analisando um dos motivos para os fracassos do sistema fechado, ao abordar a Revolução Industrial e o Código dos Franceses, bem salienta Roberto Senise Lisboa: “Os fatores socioeconômicos supervenientes desmistificaram a idéia de completude que se tinha sobre o macrossistema em questão, destacando-se especialmente a maior participação popular, conseqüência das pressões das massas e do surgimento dos movimentos sindicais e associativos, como reação à inércia do poder público.” (Novo Código Civil brasileiro e suas perspectivas perante a constitucionalização dos direitos, In *História do direito brasileiro*: leituras da ordem jurídica nacional. Eduardo C. B. Bittar (Org.). São Paulo: Atlas, 2003, p. 434).

31. No mesmo sentido, como bem ressalta Arruda Alvim, não se esperava (nem se poderia imaginar) que no início do século XX, mais precisamente na década de 1920, surgisse na Europa a chamada “ascensão de massas”. Tal fato demonstrou a ineficácia de vários sistemas jurídicos que, pela impossibilidade de antevista do fenômeno, não tinham como resolver satisfatoriamente a questão com o ferramental existente (*A arguição de relevância no recurso extraordinário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 1-2).

32. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. in *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.1-22.

com regramentos que começavam a se distanciar dos princípios dominantes da codificação existente. Nesta fase o Código Civil mantém substancialmente a sua centralidade e exclusividade na disciplina das relações privadas, sendo a legislação especial instrumento utilizado apenas excepcionalmente pelo Estado, para complementação daquelas regras.

Entretanto, diante da multiplicidade de relações jurídicas desencadeadas pela nova estrutura mundial gerada após as Grandes Guerras Mundiais, cresceu vertiginosamente o número de leis especiais criadas pelo Estado e o seu caráter de excepcionalidade foi abandonado.

A nova realidade, que busca assegurar os direitos de segunda geração (os direitos sociais), não mais é compatível com o individualismo de outrora garantido nas codificações. Nessas condições é que Gustavo Tepedino afirma que: “pode-se registrar assim uma segunda fase no percurso interpretativo do Código Civil, em que se revela a perda do seu caráter de exclusividade na regulação das relações patrimoniais privadas. A disciplina codificada deixa de representar o direito exclusivo, tornando-se o direito comum, aplicável aos negócios jurídicos em geral. A seu lado situava-se a legislação extravagante que, por ser destinada a regular novos institutos, surgidos com a evolução econômica, apresentava característica de especialização, formando, por isso mesmo, um direito especial, paralelo ao direito comum estabelecido pelo Código Civil.”³³

Na **segunda fase**, a intervenção estatal se torna mais aparente, pois a atividade do legislador especial não possui mais o caráter de excepcionalidade, afinal, a evolução econômica e social faz surgir diversos novos institutos que não podiam ficar à margem do direito, exigindo regulamentação imediata. Ademais, a política do Welfare State determina a introdução, nas Constituições, de dispositivos veiculadores da ação positiva do Estado, ou seja, de dispositivos que alcancem também as relações privadas, como, especialmente, o direito de propriedade e de empresa³⁴. Dessa forma, retira-se do Código Civil a função de centralizador único

33. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 5/6).

34. Nesse sentido, Renan Lotufo leciona: “Com o advento da nossa Constituição de 1988, ocorreu um choque de perplexidade na doutrina e na jurisprudência, por passar a lei maior a disciplinar diretamente matéria que, até então, era de exclusivo tratamento pela lei ordinária, muito particularmente por tratar de matéria objeto de regulação exclusiva do Código Civil. É obvio que a superveniência do texto constitucional, dentro do estudo da hierarquia das normas, implicará em que ela sempre será o facho, a fonte de iluminação do sistema, e ela que deverá dar valores fundamentais do nosso sistema, por ser refletidora de princípios estruturais” (Da oportunidade da codificação civil, In: Ingo Wolfgang Sarlet. *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13-32). Nesse sentido, em termos: José Augusto Delgado, O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1998: cláusulas gerais e conceitos indeterminados, In:

das relações privadas, pois ele agora é “podado” pela Constituição e é circundado pela legislação especial.

Com o passar do tempo, a intensificação da atividade legislativa não foi detida, especialmente com a evolução das relações transindividuais, ultrassubjetivas, relações estas que não possuíam o mínimo espaço dentro da codificação civil existente, ainda baseada no individualismo da Era Liberal. Fez-se necessária, portanto, a edição de leis especiais que não se limitam apenas à complementação das regras gerais impostas no Código, mas sim regulam plenamente setores da sociedade não abarcados pela codificação.

Surge, dessa forma, a **terceira fase** de intervenção estatal, a chamada “**era dos estatutos**”, em que leis especiais disciplinam inteiramente matérias que não são tratadas pelo Código e este último perde, definitivamente, o papel de “Constituição do Direito Privado”. A legislação especial agora não disciplina apenas aspectos relevantes das relações que tratam, mas no presente estágio de desenvolvimento legislativo, acabam por criar verdadeiros microssistemas paralelos ao sistema do Código Civil.

Vale ressaltar que a sistematização exposta foi criada por Gustavo Tepedino ainda na vigência do Código Civil de 1916, sendo este, portanto, o panorama da codificação civilista brasileira observado nos momentos que antecederam a publicação do Código Civil de 2002.

Em síntese, verificou-se que a rigidez do antigo Código gradativamente o tornou um instrumento obsoleto: o paradigma de totalidade da codificação não pôde resistir às rápidas e constantes transformações sociais. O modelo de código então vigente acabou por servir de estímulo ao surgimento dos microssistemas, destinados a regular com muito maior dinamismo as diversas (e novas) relações jurídicas que surgiam à sua margem³⁵. Nesse sentido, conforme anotação de Ricardo Luis Lorenzetti, o nosso “sistema jurídico atual não se funda em uma só lei codificadora; ao contrário, há muitas leis para distintos setores da atividade e dos cidadãos. (...) A explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica, semelhante ao sistema planetário. Criaram-se microssistemas jurídicos

Arruda Alvim; Joaquim Pontes de Cerqueira César; Roberto Rosas (Coords.), *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 393

35. Complementando essa idéia, Rosa Maria de Andrade Nery: “Essa realidade apreendida pelo renomeado Prof. San Tiago Dantas, hoje encontraria, por certo, panorama ainda mais convulso em virtude da multiplicidade de novos fatores que exigiram e autorizaram o surgimento necessário de novos pequenos sistemas para a organização disciplinar de temas que passaram a ter importância tal na sociedade que exigiram providências normativas específicas” (Noções preliminares de direito civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 110).

que, da mesma forma como os planetas, giraram com autonomia própria, sua vida é independente; o Código é como o sol, ilumina-os, colabora em suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles”³⁶.

4. FUNÇÃO ‘PARTICIPATIVA’ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Diante de toda a situação explanada no tópico anterior, a doutrina de escol postou-se a reprimir a idéia de nova codificação, sustentando que as diretrizes constitucionais e a existência de microsistemas já eram suficientes para a regulação do Direito Privado.³⁷

Com efeito, os estatutos (ou microsistemas) criados pelo legislador interveiente cuidam de disciplinar por completo matérias não albergadas pela codificação civil, não se limitando a veicular normas de direito material, mas também normas processuais que instrumentalizam as regras substantivas que veiculam, até mesmo tipos penais e sanções administrativas. Esta atividade legislativa é expressamente pretendida pela Constituição da República, que assume compromissos com a seara privada que somente podem ser regulamentados através da legislação especial, fora da incidência do lugar-comum do Código Civil³⁸.

Diante dessas constatações, o italiano Natalino Irti passou a defender a “Era da Descodificação”, em substituição ao monossistema do Código Civil, apontando como os dois pilares do Ordenamento apenas a Constituição e as leis especiais. Vale conferir o raciocínio desenvolvido pelo referido jurista³⁹:

36. A descodificação e a possibilidade de ressystematização do Direito Civil. In *Direito civil: atualidades*. César Fiúza, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (Coords.) Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 221-222.

37. Fundamental anotar que os estudos de Natalino Irti foram essenciais para as conclusões aqui postas e hoje consagradas na doutrina nacional, destacando-se o clássico trabalho: *L'età della descodificazione*, Milano: Giuffrè, 1989 (que recebeu versão em espanhol: *La edad de la descodificación*, Barcelona: Bosch, 1992). No Brasil, destaca-se o clássico texto de Orlando Gomes (A caminho dos micro-sistemas. In *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983), antecipando-se a autorizada dicção de Gustavo Tepedino (com ótimos textos, como por exemplo: O velho projeto do velho Código Civil, in *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001; Gustavo Tepedino, Editoriais da Revista Trimestral de Direito Civil, volumes 7, 10, 13, 14 e 15). Conferir ainda, entre vários, com outras críticas: Antonio Junqueira de Azevedo, Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 1, n. 1, p. 3-12, jan./mar. 2000; Carlos David Santos Aarão Reis, in *Da desnecessidade de novo Código Civil*, cit., p. 68-81; Luiz Edson Fachin; Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 4, p. 243-263, out./dez. 2000; Luis Edson Fachin, A reforma no direito brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 757, p. 64-69.

38. Exemplificativamente, destacamos que a própria Constituição de 1988, além de tratar de matérias de cunho privado, favoreceu (ou melhor, determinou) o surgimento dos microsistemas tal como ocorre com o Código de Defesa do Consumidor (art. 48 do ADCT) e com o Estatuto da Cidade (art. 182).

39. *La edad de la descodificación*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 63-64.

“El ordenamiento jurídico ya no coincide con un solo conjunto de normas, con la antigua y decimonónica constelación que tenía en el centro el Código civil y sobre éste gravitaba el movimiento de las leyes especiales. El Código civil es ahora uno de los sistemas, de que se compone el gran universo del Derecho privado. Otros núcleos de normas, roto cualquier nexo con el Código civil, se constituyen en sistema y se desarrollan según lógicas de sector. La Constitución, puesta al vértice de la pirámide normativa, garantiza la unidad del poli-sistema, vincula a uno y otro núcleo de leyes, expresa una lógica común y general.”

No entanto, o legislador brasileiro não abraçou a postura da *descodificação*, e a pretensão de um segundo Código Civil não foi abortada⁴⁰. Diante desse quadro, indaga-se: Qual a função do Código Civil de 2002 em nosso sistema?

A pergunta é justificada pela aferição de duas premissas que já abordamos (ainda que sucintamente), quais sejam: (1) o próprio Código Civil de 2002, em decorrência da técnica legislativa em que foi elaborado reconhece a importância dos microssistemas; (2) a Constituição Federal de 1988, diante do seu caráter social, com grande interferência nas relações do indivíduo, atraiu para si papel de distribuição de bases ao Direito Privado.

Primeiramente, deve ser destacado que o fato de a Constituição Federal passar a regular matérias até então consideradas de abrangência exclusiva do Direito Privado (à luz da ultrapassada dicotomia Direito Público – Direito Privado) não implica o entendimento de que houve o esvaziamento do Código Civil, pois as matérias tratadas em nível constitucional são de *natureza ultrassubjetiva*, ou seja, ainda que com apego social, não há descarte na própria relação subjetiva.

A par dessa idéia, a Carta Política de 1988 influenciou a arquitetura da codificação, determinando a adoção de política constitucional de modo que, na relação subjetiva que irá o Código tratar, fique preservado o conteúdo social ditado constitucionalmente.

Contudo, em momento algum, os ditames constitucionais retiraram do Código Civil o *status* de diploma básico das relações privadas. Muito pelo contrário, propiciaram ao Código Civil de 2002 não só a possibilidade de *recodificar* o Direito Privado de acordo com a ordem constitucional, mas também permitiram

40. Vários são os fundamentos que a doutrina apresenta para a defesa da manutenção da codificação civil, valendo conferir os textos de José Levi Mello do Amaral Júnior, Ronaldo Gatti de Albuquerque e, especialmente, Carin Prediger (In: *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002). Para os defensores da manutenção da codificação, ainda que o modelo de legislação fechada seja insuficiente para abarcar a multiplicidade das relações sociais, não há outras soluções mais viáveis ao Direito, sendo certo que uma codificação aberta – ou seja, com maior mobilidade interpretativa e operativa – seria capaz de veicular as regras de maior estabilidade na prática privada, relegando para a legislação especial a regulamentação das categorias diferenciadas e a posição do Código Civil como eixo central do sistema privado estaria preservada.

a fixação de elementos de orientação para os microsistemas e, por fim, o mais interessante, o uso da codificação para dar efetividade às diretrizes estampadas na Carta Magna⁴¹.

Dessa feita, o Código Civil tem função *participativa* nas questões constitucionalmente tratadas, servindo de vetor direto ou de instrumento de ligação com os microsistemas para a efetividade constitucional. Nesse ponto, a novidade legislativa de modelo estrutural móvel⁴², realizado através das cláusulas gerais, permite o transporte dos valores constitucionais, para a legislação infraconstitucional, efetivando-os a partir do preenchimento dos dispositivos constantes da codificação, com a valoração almejada na nossa Carta Maior⁴³⁻⁴⁴. Como exemplo

41. No mesmo sentido: Renan Lotufo (Da oportunidade da codificação civil, In: Ingo Wolfgang Sarlet. *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13-32, p. 28). “(...) não há como negar a importância do Código na vida do cidadão comum, pois só ele será capaz de dar efetividade às regras consubstanciadas na Constituição Democrática”. Como exemplo evidente, da efetivação de princípios constitucionais efetuado pelo Código Civil, destacamos a atual previsão do artigo 57 (com redação dada pela Lei 11.127/2005), que estabelece que: “A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.” Destacamos que além de representar efetivação dos princípios constitucionais da ampla defesa (art. 5º, LV – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”), a atual previsão do artigo 57 representa também exemplo de recodificação, uma vez que tal postura já havia sido estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal (RE 158.215 / RS – Rio Grande do Sul).
42. Sem a estrutura móvel propiciada pela técnica legislativa das cláusulas gerais, não é possível a interação que é necessária para que o Código Civil seja instrumento de grande utilidade. Orlando Gomes chegou a defender que a codificação de 1916 poderia sobreviver se fosse atualizada “*mediante processos técnicos*”, através de “*instrumentos de sincronização*”, com a “*incorporação de conceitos amortecedores*”. Confira-se: “Não se trata, pois, de rever o Código Civil para mudar o substrato das instituições jurídicas que abriga –, mas, tão-somente, de atualizá-lo mediante a incorporação de instrumentos que possibilitem sincronizá-lo ao espírito da época, facilitando a tarefa do aplicador através da adoção de princípios flexíveis que se ajustem a fatos novos e a comportamentos diferentes, que neutralizem, na prática, a aplicação das regras que a realidade subverte. É possível que, durante algum tempo, a adequação da lei aos fatos possa ser realizada mediante a incorporação aos Códigos de conceitos amortecedores” (O Código Civil e sua reforma, In: *Direito privado: novos aspectos*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. p. 115-127, p. 126). A delimitação para a reforma conceitual sugerida pelo jurista baiano está bem próxima do que foi introduzido como estrutura orgânica do Código Civil de 2002. Destaque-se, ainda que, embasado em estudo de Natalino Irti, Orlando Gomes, posteriormente, apresentou excelente trabalho sobre a *descodificação* já citado (A caminho dos microsistemas, In: *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*, Rio de Janeiro: Forense, 1984).
43. Nessa linha, com o abono de Ronaldo Gatti de Albuquerque e Judith Martins-Costa: “Outro aspecto de extrema importância no que diz respeito ao papel das cláusulas gerais no sistema está na sua relação com a Constituição, porquanto elas seriam os instrumentos aptos a dar fluidez aos valores constitucionais, iluminando as demais normatizações e dando-lhes a necessária unidade. No dizer de Judith Martins-Costa, as cláusulas gerais constituem janelas, porta e avenidas que ligam os modernos códigos civis a outros corpos normativos – mesmo extra jurídicos –, vinculando-os, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais” (Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio, In Judith Martins-Costa (Org.), *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 145-173, p. 81).
44. Próximo: André Pinto da Rocha Osório Gondinho, Codificação e cláusulas gerais, *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 12, jan./mar. 2000.

claro, basta examinar o parágrafo 1º do art. 1.228 do Código Civil⁴⁵ que, através de abertura proposital, permite que Constituição Federal, através do art. 5º, XXIII⁴⁶, interaja não só com disposto no Código Civil, mas também com microsistemas que apresentem laços para a observância da finalidade social da propriedade.

Desse modo, a codificação ora em vigor apresenta desenho mais móvel, para ter *função participativa*, reconhecendo expressamente: (1) a importância dos microsistemas; (2) a existência de diretrizes constitucionais que devem ser seguidas pelo Direito Privado⁴⁷. A aferição que ora fazemos não é absolutamente original, colhendo-se do professor Renan Lotufo lições parelhas à nossa posição:

“O Código Civil, como já dissemos repetidas vezes, não é mais o centro. A Constituição passou a ser o foco de informação. Mas nunca podemos deixar de lado que o Código também tem uma função participativa, intermediária entre a Constituição e os microsistemas. Esta tendência do direito em criar microsistemas não pode deixar de lado regras gerais, que nem sempre são reguladas por estas leis especiais, as quais, em geral, se amparam nos Códigos para regular situações específicas”⁴⁸.

Assim, ratificando a idéia de que há utilidade na existência de um Código, mas visando não cometer os erros do passado, o legislador pátrio concebeu o novo diploma para ser instrumento de *ressistemização*, resgatando a importância da codificação, sem, entretanto, deixar de buscar a mobilidade do sistema, tomando assim, atitude diametralmente oposta à do legislador de 1916.

A pretensão de ser o eixo central, como se sozinho regulasse toda a matéria privada⁴⁹, desprezando a Constituição Federal e os microsistemas, não se confunde, *data maxima venia*, com pretensão de codificação com postura central – com

45. “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”

46. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;”

47. Nesse direcionamento, Gustavo Tepedino: “O Texto Constitucional, como já insistentemente sublinhado, foi o responsável pela transformação valorativa do direito civil, elegendo a dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento, ao qual funcionalizou as relações jurídicas patrimoniais” (A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Direito civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 128).

48. Da oportunidade da codificação civil. In *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, n. 68, p. 25, dez. 2002.

49. Correta, ao nosso ver, a anotação de Fábio Siebneichler de Andrade: “(...) o modelo oitocentista de código revela uma incompatibilidade com as exigências de uma sociedade dia-a-dia mais complexa. A intenção totalizante da codificação poderia funcionar adequadamente em um período como o século XIX, em que

entradas e saídas – para regulação dos institutos privados (gerais) em conformidade com a Constituição. A segunda via é que foi abraçada pelo Código Civil de 2002, conforme muito bem esclareceu Clóvis do Couto e Silva que, certamente, foi um dos grandes responsáveis pela nova estrutura codificante. Confira-se:

“O pensamento que norteou a Comissão que elaborou o projeto do Código Civil brasileiro foi o de realizar um Código central, no sentido que lhe deu Arthur Steinwenter, sem a pretensão de nele incluir a totalidade das leis em vigor no País. A importância está em dotar a sociedade de uma técnica legislativa e jurídica que possua unidade valorativa e conceitual, ao mesmo tempo em que infunda nas leis especiais essas virtudes, permitindo à doutrina poder integrá-las num sistema, entendida, entretanto, essa noção de modo aberto. Não se trata, a toda evidência, de um modelo sistemático, ao estilo das Ciências Exatas: porém, a concepção oposta tornaria incompreensível o Direito, pois ele exige um núcleo valorativo e uma técnica comum no Código Civil e nas leis especiais. Não se pode, portanto, dizer que o grande número de leis se oponha à idéia de código. Isto significaria, em última análise, a recusa absoluta à idéia de sistema. (...) O Código Civil, como Código central, é mais amplo que os códigos civis tradicionais. É que a linguagem é outra, e nela se contém ‘cláusulas gerais’, um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o corpus juris vigente com novos princípios e normas”.⁵⁰

Por tudo, a unidade que o Código Civil de 2002 representa no campo legislativo não se finca na *completude* desejada nos códigos construídos a partir do modelo francês, pois a pretensão *participativa* do Código Civil está muito mais em dar *efetividade* às regras constitucionais e em *manter a coerência* do sistema⁵¹⁻⁵².

se predominava uma sociedade liberal-burguesa, e cujas demandas em relação ao Estado ainda eram incipientes” (*Da codificação: crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 157).

50. O Direito Civil Brasileiro em perspectiva histórica e visão do futuro. In: O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. JACOB DE FRADERA, Vera Maria (organizadora). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 30-31.
51. Neste sentido Fábio Siebeneichler de Andrade (*Da Codificação: crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 147): “A tese no sentido de a codificação ser um elemento superado parece, a olhos apressados, consolidada. No entanto, assim não sucede. Uma análise mais aprofundada das situações, bem como um exame da doutrina jurídica revelam que o fenômeno da codificação ainda granjeia adeptos e alcança novas finalidades. Entre elas, podemos destacar, inicialmente, que o código ainda é uma forma de legislação que está associada à modernidade. De outro lado, o código não é mais percebido na mesma acepção global e totalizante do século passado. Surge a tendência de pensar o código como um elemento central do sistema jurídico. Por fim, caberia ao código uma derradeira atribuição: facilitar a harmonização do Direito, especialmente do direito privado. Ao contrário do que se poderia pensar, a idéia de Código não se tornou uma forma superada de legislação”.
52. Admitir função diferente para o Código Civil de 2002 evitará que ele perca o predicado de unificador do sistema, mesmo que com *natureza participativa*, nos termos em que destacamos no corpo do texto. O que ocorreu na Itália, ainda que em contexto diferente ao nosso panorama, pode ser aproveitado como lição, a fim de que a utilização da codificação – como *link* com os microsistemas e a Constituição Federal – contribua para a unificação sistemática, necessária em qualquer modelo a ser adotado. Oportunas, pois, as lições de Pietro Perlingieri para as nossas adaptações: “Ao lado do Código Civil de 1942, ainda em vigor com algumas modificações, cabe considerar o notável peso da legislação emanada, posteriormente. Numerosas

Essa missão – fique bem claro – só será possível pelo uso de sistema móvel que permita a comunicação com outros diplomas, situação que não ocorria no Código Civil de 1916.⁵³

5. A AUTO-REFERENCIALIDADE DO SISTEMA E A IMPORTÂNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Como demonstrado, ainda que sucintamente em palavras já lançadas, o direito é um sistema auto-referente. Seja sob o prisma do pensamento kelseniano, por meio do qual a integração de determinado fato ao direito, tornando-o fato jurídico, é feito mediante um processo de escolha arbitrário do legislador ou de outra autoridade competente, seja pelas operações descritas por Luhmann existentes no interior de um sistema auto-poiético causado por irritações advindas do ambiente, é certo que determinada fato somente será relevante para o direito, ou seja, apto a gerar conseqüências jurídicas, se este for revestido de linguagem jurídica (linguagem do direito positivo).

Assim, sendo o Direito auto-referente, está, como sistema social, aberto para a sociedade que visa regular, podendo ser constantemente renovado, desde que por meio de suas operações próprias.

Cumpre-nos no momento integrar este entendimento aos demais pressupostos estabelecidos no texto, qual seja, o papel do atual Código Civil frente aos microsistemas e à Constituição.

leis especiais têm disciplinado, embora de modo fragmentado e por vezes incoerente, setores relevantes. O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente em perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microsistemas, com a ausência de um desenho global” (Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional, tradução de Maria Cristina De Cicco, 2. ed., Rio de Janeiro; Renovar, 2002, p. 5-6). Pensamos que a adoção de esquema móvel que propicie a permeabilidade do Código Civil de 2002 com outros diplomas, em especial para alcançar a fluidez e efetividade constitucional, consagrará a codificação como elemento de utilidade à estabilidade do sistema.

53. Corroborando nosso entendimento exposto ao longo do texto, José Levi de Mello do Amaral Júnior destaca: “(...) não há mais espaço para codificações legislativas com a pretensão de – em um todo normativo pleno de si mesmo – prever e solucionar todas as situações e conflitos possíveis na sociedade, seja no presente, seja no futuro. É neste contexto que ganham espaço as chamadas ‘clausulas gerais’, espécie normativa apta a oxigenar o paradigma oitocentista de código, dotando-o de mecanismos flexíveis, facilmente adaptáveis às novas situações da vida contemporânea. Substitui-se, assim, o modelo de sistema – pretensamente – fechado e totalizante dos códigos oitocentistas por um modelo de sistema relativamente aberto, no qual um código rico em cláusulas gerais – e animado pela axiologia constitucional –, interage, constantemente, com novas realidades concretas.” (Constituição e codificação: primórdios do binômio, in Judith Martins-Costa (Org.), *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 69).

Conforme descrito o papel do Código Civil, que em momentos pretéritos era compreendido como a “Constituição do Direito Privado”, uma vez que visava regular todas as relações da vida privada do indivíduo, não mais subsiste. Razão fática para tanto é principalmente o aumento quantitativo e qualitativo das relações sociais. Diante desse fato, é certo que a permanência de um Código Civil que mantivesse o ideal de completude como os códigos influenciados pela *Code*, no qual se inseria o Código brasileiro de 1916, bem como que continuasse a utilizar de conceitos fechados em demasia, rapidamente perderia a eficácia, por se tornar obsoleto frente à sociedade que visa regular.

Além da crescente complexidade da sociedade, o legislador do Código de 2002 se deparou com outros dois fatores que necessariamente conduziram ao redesenho do papel do Código no ordenamento. Esses fatores, já trazidos ao longo do texto são o surgimento dos microsistemas e o tratamento pela Constituição de matérias até então afeitas exclusivamente aos estritos limites do Direito Privado (sobre a superação da dicotomia Direito Público – Direito Privado também já foram tecidas considerações).

Diante disso, indagou-se sobre a real necessidade de um Código, visto que as legislações específicas vinham se multiplicando, formando verdadeiros microsistemas, com regulamentação até mesmo penal, administrativa e processual, e a Constituição havia tratado de relações várias do direito privado, em específico da propriedade.

Não obstante, o ideal de Código permaneceu, em vista das vantagens que o direito codificado ainda representa, entretanto adaptações foram realizadas aproximando a estrutura do atual código à do BGB, principalmente pela utilização em pontos-chave das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados. Além disso, a codificação civil reconheceu a importância dos microsistemas, abdicando assim ao ideal de completude de tempos passados. O Código Civil então passa a ter função participativa, intermediária entre a Constituição e os microsistemas.

Nesse sentido a auto-referencialidade do Direito é evidente no presente momento de desenvolvimento legislativo e serve para explicá-la. Iniciando pela Constituição, viu-se em Kelsen que é possível que a norma jurídica fundamental, aqui entendida como a Constituição pode não só estabelecer o procedimento pelo qual as normas serão produzidas, mas também o seu conteúdo. Dessa forma resta esclarecido que o fato de a Constituição ter regulado questões até então afeitas ao denominado Direito Privado, não esvaziam o Código, em virtude de que as normas de “Direito Privado” tratada na Constituição têm caráter ultrassubjetivo, restando ao Código dá-lhe caráter subjetivo, bem como o de conceder densidade normativa àquelas normas.

Sob a concepção luhmanianna a Constituição é vista como elemento pertencente a dois sistemas distintos: o político e o jurídico. Dessa forma ela aparece como acoplamento estrutural entre os dois sistemas, permitindo que as “irritações” do sistema jurídico sejam eventualmente recriadas como informações internas do sistema jurídico. A regulamentação da propriedade vinculando-a a uma função social, como promovido pela Constituição Federal e depois pelo Código Civil parece ser um bom exemplo dessa relação proposta por Luhmann.

No que tange aos microssistemas, parece certo que eles evidenciam a abertura cognitiva do sistema em relação ao ambiente. Cremos que o melhor exemplo seja o Código de Defesa do Consumidor. Diante da explosão do consumo de massa, e dos problemas daí advindos, não era provido o Sistema Jurídico nacional, até o ano de 1990 de uma regulamentação que respondesse com eficácia as diversas relações jurídicas existentes, para as quais o Código Civil não respondia satisfatoriamente. Não obstante os anseios seja do mercado consumidor (regidos por sistemas outros como o da economia ou o da política) somente passaram a ter uma reverberação jurídica, quando da inclusão da Lei 8.078/90 no ordenamento jurídico.

O Código nesse contexto funciona como ponte entre a Constituição e os microssistemas, à medida que dá densidade às normas constitucionais e permite o fluxo dessas aos microssistemas. No que tange aos microssistemas, a codificação funcionará como norma de abastecimento, fornecendo o repositório necessário, para as questões não tratada na legislação especial.

Dessa forma, ainda que demasiadamente sucintos nas explanações sobre Luhmann e Kelsen, esperamos ter contribuído para a compreensão atual papel do Código Civil frente a Constituição e aos microssistemas.

6. BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Jornada de direito civil* (organizador). Brasília: CJF, 2003.

_____. O novo código civil e o código de defesa do consumidor – pontos de convergência. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 48, p. 55-68, out./dez. 2003.

ALCOVER, Pilar Gimenez. *El derecho en la teoria de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1993.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Evolução do direito civil brasileiro. In *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 7, n. 24, abr./jun. 1983.

- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação: crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ARRUDA ALVIM, José Manuel. *A argüição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- _____. A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, n. 815, p. 11-31, set. 2003.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *As Relações Jurídicas Reais*. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1962.
- _____. *O direito: introdução e teoria geral*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 1, n. 1, p. 3-12, jan./mar. 2000.
- BALEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia. Centro de Estudos Estratégicos, 2001.
- BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Tradução para o espanhol de Miguel Romero Pérez e de Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO), 1996.
- BÔAS FILHO, Orlando Villas. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e Tradução por A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CASTRO, José Esteban; GAMOU, Antonio. *La sociedad compleja: ensaios en torno a la obra de Niklas Luhmann*.
- CHÊNE, Cristian. História da codificação no direito francês. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, v. 1, n. 2, p. 139-152, abr./jun. 2000.

- DELGADO, José Augusto. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988: cláusulas gerais e conceitos indeterminados. In ARRUDA ALVIM, José Manoel; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Pontes de; ROSAS, Roberto (Coords.), *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- DUGUIT, León. *Las transformaciones generales del derecho – público y privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1975.
- FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis* (tradução Joaquim Campos de Miranda). Belo Horizonte: Lider, 2002.
- _____. *Interpretação e aplicação das leis* (traduzido e prefaciado por Manuel A. D. de Andrade). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1940.
- GOMES, Orlando. A caminho dos micro-sistemas. In *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- _____. Marx e Kelsen. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1959.
- _____. *Código Civil – Projeto Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- _____. *O Código Civil e sua reforma*. In *Direito privado: novos aspectos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.
- _____. *Razões históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 3-25, jan./mar. 2000.
- _____. *Direitos reais e autonomia da vontade: o princípio da tipicidade dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- HÖRTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português: teoria geral do direito civil*. 2. reimpressão da ed. de 1992. Coimbra: Almedina, 1992.
- IRTI, Natalino. *L'età della descodificazione*, Milano: Giuffrè, 1989.
- _____. *La edad de la descodificación*, Barcelona: Bosch, 1992.
- KELSEN, Hans. *La paz por medio del derecho*. Tradução para espanhol de Luis Echávarri. Buenos Aires: Losadas, 1946.
- _____. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *O que é justiça?* Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

- _____. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.
- _____. *Teoria pura do Direito – versão condensada pelo autor*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretela. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*, tradução de Manuel de Alarcão, Coimbra: Almedina, 1978.
- LEME, Lino de Moraes. *Direito civil comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.
- LISBOA, Roberto Senise. Novo Código Civil brasileiro e suas perspectivas perante a constitucionalização dos direitos. In BITTAR, Eduardo C. B (organizador). *História do direito brasileiro. – Leituras da ordem Jurídica Nacional* São Paulo: Atlas, 2004.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. A descodificação e a possibilidade de ressystematização do Direito Civil. In FIUZA, Cesar; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LOTUFO, Renan. Da Oportunidade da codificação civil. In: Ingo Wolfgang Sarlet. *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13-32, p. 28.
- _____. A descaracterização da pessoa jurídica no novo Código Civil Brasileiro. In: MENDONÇA, Jacy de Souza et al. *Inovações do novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 99-114.
- LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de Sistemas*. Universidad Iberoamericana, 1996.
- _____. *Legitimação pelo processo*. Tradução de Maria de Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- _____. *O direito da sociedade*. Tradução provisória para o espanhol de Javier Torres Nafarrate.

- _____. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições tempo brasileiro, 1983.
- _____. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições tempo brasileiro, 1985.
- LUZZATI, Cláudio. *La vaghezza delle norme – un’analisi del linguaggio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1990.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARQUES, Mário Reis. *Codificação e paradigmas da modernidade* (dissertação de doutoramento em ciências jurídico-filosóficas na Faculdade de Direito na Universidade de Coimbra). Coimbra, 2003.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. As cláusulas gerais como fatores de flexibilização do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 28, n. 112, p. 13-32, out./dez. 1991.
- _____. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, n 753, p. 24-48, jul. 1998.
- _____. O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Síntese, v. 17, p. 189-204, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MAZZEI, Rodrigo. Código Civil de 2002: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Fredie Didier Jr e Rodrigo Mazzei (Coords). 2ª ed.. Salvador: Juspodivm, 2007.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001.
- _____. *A posse: perspectivas dogmáticas actuais*. 3. ed. atual. Coimbra: Almedina, 2000.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.

- _____. O Projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, n. 61, p. 24-34, nov. 2000.
- NEVES, Geraldo de Oliveira Santos. *Código Civil brasileiro de 2002: principais alterações*. Curitiba: Juruá, 2003.
- NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. O contrato em Kelsen e Luhmann. *Revista de Direito Privado*. n.11, jul./set. 2002. p. 121-137. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- OCTÁVIO, Rodrigo. A Codificação do direito civil no Brasil: Teixeira de Freitas e a unidade do Direito Privado. *Arquivo Judiciário*, v. 25, p. 61-77, jan./mar. 1933.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: Alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PATTI, Salvatore. *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*. Roma: Editori Laterza, 1999.
- PEIXOTO, Daniel Monteiro. *A Constituição e os Sistemas Auto-Referenciais: Notas sobre a teoria de Niklas Luhmann e sua contraposição ao paradigma kelseneano*. (artigo inédito).
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Traduzido por Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. Diálogos com a doutrina. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 287-298, abr./jun. 2001.
- PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Modernidade, Tempo e Direito*. Belo Horizonte, 2002.
- PORTELA, Jorge Guillermo. *Algunos apuntes sobre el método en el Código de Napoleón*, In: *La Codificación: raíces y prospectivas*. Buenos Aires, 2005. p. 115-129.
- REALE, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revistas dos Tribunais.
- _____. *O Projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. Visão geral do novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, n. 808, p. 11-19, jan./fev. 2003.
- REIS, Carlos David Santos Aarão. Da desnecessidade de novo Código Civil. In *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 11, n. 39, p. 71-72, jan./mar. 1987
- ROCHA, Leonel Severo (Org). *Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997.

- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1.
- SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes metáforas da bipolaridade. In MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 21-53.
- TEPEDINO, Gustavo. O velho projeto do velho Código Civil, in *Temas de direito civil, Rio de Janeiro: Renovar, 2001*.
- _____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, in *Temas de direito civil, Rio de Janeiro: Renovar, 2001*.
- _____. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In *Direito civil: atualidades*, FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa Julgada em Matéria Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- VIOLA, Oscar Luis. *Contra Kelsen: revisión crítica de la Teoría Pura – puríssima – del derecho*, de Hans Kelsen. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1975.
- ZAVASCKI, Albino Teori. A tutela da posse na Constituição e no Projeto do novo Código Civil. In MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

XI

A QUESTÃO DO RECONHECIMENTO DE TÍTULOS DE MESTRADO E DOUTORADO PROVENIENTES DOS PAÍSES DO MERCOSUL

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela UFRGS. Mestre em Direito Internacional pela Unesp. Professor nos cursos de graduação e de mestrado em Direito da UFMT. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito Agroambiental da UFMT. Professor convidado de Direito Internacional Público e Direito Constitucional Internacional nos cursos de Especialização da UFRGS, UEL e PUC-SP. Membro efetivo da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD). Advogado e parecerista.

RESUMO: O artigo examina o problema do reconhecimento de títulos de Mestrado e Doutorado provenientes dos países do MERCOSUL, cada vez mais crescente no Brasil a partir da proliferação de cursos *stricto sensu* nos demais países do bloco. O estudo conclui que o acordo firmado pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL não exclui a exigência de revalidação nacional dos títulos de Mestrado e Doutorado, nos termos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

PALAVRAS-CHAVE: MERCOSUL; títulos acadêmicos; revalidação nacional; Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

ABSTRACT: This article examines the problem of recognition of Masters and Doctorate titles from the MERCOSUR countries, increasingly growing in Brazil since the proliferation of *stricto sensu* courses in the other MERCOSUR countries. The study concludes that the agreement signed by Brazil in the MERCOSUR does not exclude the requirement for national revalidation of these titles, under the Law of Directives and Bases of Education.

KEYWORDS: MERCOSUL; academic titles; national revalidation, Law of Directives and Bases of Education.

SUMÁRIO: I. Introdução – II. O Mercosul e o Acordo de Admissão de Títulos – III. Necessidade de reconhecimento e credenciamento do curso no próprio Estado-Parte onde é ofertado – IV. Conclusão – Referências bibliográficas – Anexo I: Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul – Anexo II: Mercosul/CMC/Dec. Nº 29/09. Procedimentos e Critérios para a Implementação do Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul.

I. INTRODUÇÃO

O objetivo deste ensaio é estudar a situação jurídica dos títulos de Mestrado e Doutorado obtidos no exterior, em especial nos Estados-partes do MERCOSUL, à luz do *Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do MERCOSUL*, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 5.518, de 23 de agosto de 2005.

Primeiramente, é necessário dizer que o problema do reconhecimento de títulos universitários estrangeiros nos níveis de Mestrado e Doutorado é menos uma questão de Direito Internacional Público que de Direito interno. Em verdade, o problema que se coloca é mais de equívocos interpretativos (da normativa internacional respectiva no âmbito do MERCOSUL) que propriamente de compreensão das normas de Direito interno que regulamentam a matéria.

Neste estudo não adentraremos à questão da proliferação dos cursos de pós-graduação oferecidos por Universidades privadas estrangeiras, de má ou péssima reputação no próprio país de origem (sequer credenciadas nesses mesmos países) ou no cenário internacional. Também não nos ocupará a questão sempre colocada da incompatibilidade de cargas horárias entre o curso ofertado no exterior (v.g., no Paraguai, na Argentina etc.) com os cursos de Mestrado ou Doutorado legalmente reconhecidos e em funcionamento em Universidades brasileiras credenciadas pelo MEC/CAPES.

Tais assuntos são de responsabilidade da Instituição de Ensino Superior (doravante, “IES”) que, no Brasil, receber solicitação de revalidação de tais títulos e que seja capaz de conceder, dentro de seu programa de pós-graduação *stricto sensu*, título de grau equivalente na mesma área de conhecimento. Assim, por exemplo, um título de Doutor em Direito obtido em IES estrangeira só poderá ser revalidado no Brasil por instituição nacional que mantenha um programa de Doutorado em Direito reconhecido pela CAPES, na mesma área de conhecimento do título obtido, e assim por diante no que toca aos demais cursos. Ainda no exemplo, um título de *Doutor em Direito do Estado* obtido em instituição argentina (pública ou privada) e revalidado no Brasil pela Faculdade de Direito da USP (que mantém em seu curso de pós-graduação *stricto sensu* curso de Doutorado em Direito do Estado e, portanto, tem competência para a emissão de título de grau equivalente na mesma área de conhecimento) é plenamente válido e deve ser aceito *incontinenti* pela IES respectiva para que um docente Assistente obtenha a progressão funcional para a classe de Adjunto etc.

Os trâmites internos, porém, que as IES adotam para revalidar títulos estrangeiros (e os motivos de eventuais recusas dessas Instituições em revalidarem

títulos de algumas universidades estrangeiras) fogem por completo ao objeto deste estudo. Aqui pretendemos demonstrar apenas a total impossibilidade de uma IES nacional (v.g., a Universidade Federal de Mato Grosso) reconhecer um título universitário estrangeiro (seja para quais finalidades forem, como progressão funcional, aumento de remuneração etc.) sem a *anterior* revalidação de tal título por IES nacional (credenciada pela CAPES) que conceda título equivalente na mesma área de conhecimento.

II. O MERCOSUL E O ACORDO DE ADMISSÃO DE TÍTULOS

Firmou-se entre os Estados-partes do MERCOSUL o *Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do MERCOSUL*,¹ internalizado no Brasil pelo Decreto nº 5.518, de 23 de agosto de 2005.

A partir da promulgação desse *Acordo* no Brasil, muitos interessados em realizar seus cursos de pós-graduação *stricto sensu* (Mestrado e Doutorado) começaram a se deslocar para várias Universidades de países-membros do MERCOSUL, em especial paraguaias e argentinas, cujo “método” de ensino mostrou-se extremamente atraente, a permitir a conclusão de cursos de Mestrado em até 18 meses e de Doutorado em até 24 meses, ao contrário do que ocorre no Brasil, cujos períodos regulares exigem participação em extensa carga presencial, que completam semestres letivos inteiros e períodos médios de conclusão de 24 a 48 meses para os cursos de Mestrado e Doutorado, respectivamente. Essas são, precisamente, as observações de Edith Romano, Diretora de Assuntos Pedagógicos (PROEG) da Universidade Federal de Roraima (cf. ROMANO, 2009).

No entanto, referido *Acordo* tem sido mais citado do que efetivamente estudado e compreendido. Como verificaremos abaixo, o *Acordo* de que se trata versa o caso dos pesquisadores que obtiveram seus títulos *em algum dos países-membros do MERCOSUL* (Paraguai, Argentina e Uruguai) e queiram exercer atividades de docência e pesquisa *temporariamente* no Brasil, “devendo o reconhecimento de títulos *para qualquer outro efeito que não o ali estabelecido*, reger-se pelas normas específicas dos Estados Partes” (art. 5º) [grifo nosso].

O citado *Acordo* não trata, em hipótese alguma, da situação de um brasileiro que obtém um título de Mestrado ou Doutorado no exterior e pretende exercer os direitos que tal título lhe confere em território brasileiro. Para esse último caso, somente a revalidação do título, nos termos da Lei nº 9.394/96 (lei de diretrizes

1. Cf. o texto integral do *Acordo* no Anexo deste trabalho.

e bases da educação), é que lhe concederá o direito de atuar como *mestre* ou como *doutor* no Brasil, notadamente no ambiente universitário do qual faz parte. Portanto, o que o *Acordo* faz (como se depreende do seu segundo *considerando*) é tão-somente facilitar o “*intercâmbio acadêmico* entre as instituições de ensino superior da Região” para “a melhoria da formação e da capacitação científica, tecnológica e cultural e para a modernização dos Estados Partes”, não versando o caso (repita-se) daqueles brasileiros que obtêm seus títulos em algum dos Estados-partes do MERCOSUL e pretendem exercer *em seu próprio país* (ou seja, no Brasil) os direitos que tal título lhe confere no país em que foi expedido.

Nesse exato sentido se manifestou o órgão que, no MERCOSUL, tem competência para a regulamentação de convênios internacionais desse tipo: o *Conselho do Mercado Comum*, na sua XXXVIII reunião, realizada em Montevidéu em 7 de dezembro de 2009. A este órgão incumbe “a condução política do processo de integração e a tomada de decisões *para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção* e para lograr a constituição final do mercado comum” [grifo nosso] (MAZZUOLI, 2009: 588-589). Assim, na Decisão nº 29/2009² (que, segundo ela própria, deverá “ser incorporada ao ordenamento jurídico interno dos Estados Partes antes de 01/VII/2010”) ficou expressamente estabelecido que “a admissão de títulos e graus acadêmicos, para os fins do Acordo, *não se aplica aos nacionais do país onde sejam realizadas as atividades de docência e pesquisa*”, nos termos do seu art. 2º.

A partir dessa Decisão do MERCOSUL a CAPES disponibilizou a seguinte informação em sua *home page*:

“*MERCOSUL: Admissão de diplomas tem nova regulamentação*. Apenas estrangeiros que venham lecionar no Brasil terão o benefício da admissão de títulos e graus acadêmicos obtidos em países partes do MERCOSUL. Essa é uma das decisões da reunião do Conselho Mercado Comum (CMC), realizada neste mês (dezembro), em Montevidéu, Uruguai.

Durante o encontro, foi aprovada a Decisão 29/09, que aprova a regulamentação do *Acordo de Admissão de Títulos e Graus Acadêmicos para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do MERCOSUL*.

Com essa regulamentação, o acordo somente terá efeito para estrangeiros provenientes dos demais países do Bloco, que venham a lecionar no Brasil. *Os brasileiros não poderão se valer desse acordo*.

2. V. o texto integral no Anexo II deste trabalho.

O artigo 2º, denominado 'Da Nacionalidade', trata do tema e explica que 'a admissão de títulos e graus acadêmicos, para os fins do Acordo, não se aplica aos nacionais do país onde sejam realizadas as atividades de docência e de pesquisa'.

Ainda sobre o assunto a Capes esclarece:

1. A Capes não é responsável pelo reconhecimento dos diplomas estrangeiros;
2. Para ter validade no Brasil, o diploma concedido por estudos realizados no exterior deve ser submetido ao reconhecimento por universidade brasileira que possua curso de pós-graduação avaliado e reconhecido pela Capes. O curso deve ser na mesma área do conhecimento e em nível de titulação equivalente ou superior (art. 48, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação);
3. Estudantes que se afastam do Brasil para cursarem mestrado ou doutorado no exterior com bolsas concedidas pela própria Capes e outras agências brasileiras também passam pelo mesmo processo de reconhecimento;
4. A Capes alerta, ainda, que tem sido ampla a divulgação de material publicitário por empresas captadoras de estudantes brasileiros para cursos de pós-graduação modulares ofertados em períodos sucessivos de férias, e mesmo em fins de semana, nos Territórios dos demais Estados Parte do MERCOSUL. A despeito do que é sustentado pelas operadoras deste comércio, *a validade no Brasil dos diplomas obtidos em tais cursos está condicionada ao reconhecimento, na forma do artigo 48, da LDB;*
5. Com o *Acordo de Admissão de Títulos e Graus Acadêmicos para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do MERCOSUL*, aprovado em Montevidéu, Uruguai, *apenas estrangeiros que venham lecionar no Brasil terão o benefício da admissão de títulos e graus acadêmicos obtidos em países partes do MERCOSUL;*
6. *Especial cautela há de ser tomada pelos dirigentes de instituições públicas, não apenas no sentido de exigir o reconhecimento dos eventuais títulos apresentados por brasileiros, mas, também de evitar o investimento de recursos públicos na autorização de servidores públicos para cursarem tais cursos quando verificado o potencial risco de não reconhecimento posterior do respectivo título;*
7. *A Capes entende que quem sustenta a validade automática no Brasil dos diplomas de pós-graduação obtidos nos demais países integrantes do MERCOSUL, despreza a Decisão 29/09, do CMC, o preceito dos artigos segundo e quinto do Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do MERCOSUL promulgado pelo Decreto nº 5.518, de 2005 e a Orientação do MEC consubstanciada no Parecer CNE/CES nº 106, de 2007, praticando, portanto, PUBLICIDADE ENGANOSA*³.

3. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/images/stories/download/diversos/Mercosul_NOVAS_REGRAS.pdf>. Acesso em 30/01.2011.

Essa é a interpretação correta e que deve ser seguida pelas IES no Brasil. Ou seja: o citado *Acordo* não versa, em nenhuma hipótese, o caso dos brasileiros que obtêm seus títulos em algum dos Estados-partes do MERCOSUL e pretendem exercer *em seu próprio país* os direitos eventualmente decorrentes do título, mas do caso estrito e singular dos estrangeiros provenientes dos demais países do Bloco, que venham lecionar no Brasil.

Portanto, qualquer cidadão brasileiro que cursa pós-graduação no exterior (seja ou não em Estados-partes do MERCOSUL) deverá encaminhar seu diploma para revalidação em IES nacionais, desde que cumpram com as exigências do Conselho Nacional de Educação e da CAPES, conforme o art. 4º da Resolução do CNE-CES nº 1/2001, que assim dispõe:

“Os diplomas de conclusão de cursos de pós-graduação *stricto sensu* obtidos de instituições de ensino superior estrangeiras, para terem validade nacional, *devem ser reconhecidos e registrados por universidades brasileiras que possuam cursos de pós-graduação reconhecidos e avaliados na mesma área de conhecimento e em nível equivalente ou superior ou em área afim*” [grifo nosso].

É equívoco corrente considerar que os títulos obtidos em países do MERCOSUL não necessitam de revalidação nacional para surtirem efeitos no Brasil. O que fez o referido *Acordo* foi regular “parcerias multinacionais” obrigatoriamente *de caráter temporário* e a título de *intercâmbio* acadêmico, nada mais. A admissão do título para o exercício de atividades de docência e pesquisa, obtido por estrangeiros em caráter temporário no País, não implica a sua validação ou reconhecimento, e não legitima o exercício permanente de atividades acadêmicas ou profissionais, para as quais se exige o reconhecimento e a validação do título.

Portanto, o *Acordo* citado não aboliu a revalidação ou o reconhecimento, de que tratam os §§ 2º e 3º, do artigo 48, da Lei nº 9.394/96, que “Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional”, no que tange aos diplomas e títulos de graduação e pós-graduação conferidos pelas instituições dos três outros Estados-partes do MERCOSUL. São os seguintes os citados dispositivos legais:

“Art. 48.

(...)

§ 2º. Os diplomas de graduação expedidos por universidades estrangeiras serão revalidados por universidades públicas que tenham curso do mesmo nível e área ou equivalente, respeitando-se os acordos internacionais de reciprocidade ou equiparação [grifo nosso].

§ 3º. Os diplomas de Mestrado e de Doutorado expedidos por universidades estrangeiras *só poderão ser reconhecidos por universidades que possuam cursos*

de pós-graduação reconhecidos e avaliados, na mesma área de conhecimento e em nível equivalente ou superior” [grifo nosso].

Não há qualquer incompatibilidade entre a norma internacional e a lei interna respectiva, uma vez que ambas versam assuntos totalmente diferentes, não se fazendo presente qualquer caso de conflito entre tratado e leis internas (sobre esse assunto, v. MAZZUOLI, 2009: 332-343 e MAZZUOLI, 2002: 15-29). Desse modo, o título universitário obtido por brasileiros nos Estados-partes do MERCOSUL exige revalidação por universidade brasileira que possua o mesmo curso para o qual se pretende o reconhecimento, em conformidade com a legislação brasileira, em especial a Lei nº 9.394/96.

Nas IES brasileiras, as *Pró-Reitorias de Ensino de Pós-Graduação* são a instâncias responsáveis pelo recebimento e encaminhamento de todas as ações pertinentes à pós-graduação, seja *lato* ou *stricto sensu*. Referidas Pró-Reitorias atendem propostas de convênios nos termos das regras universitárias, que não prevêm o estabelecimento de parcerias com instituições estrangeiras para ministrar pós-graduação em território nacional (modalidade esta proibida terminantemente pelo MEC). As decisões desses órgãos universitários homologadas pelas instâncias competentes têm força normativa interna na IES respectiva dada sua autonomia administrativa. Assim, suas manifestações devem ser respeitadas. Estão corretas todas as manifestações das Pró-Reitorias de Ensino de Pós-Graduação que indeferem o aceite de títulos obtidos no exterior em violação à legislação vigente no país, o que seria (em sentido contrário) atentar contra a legalidade das normas que prevêm as diretrizes e bases da educação nacional.

No mesmo sentido, assim se posicionou a CAPES em diversas manifestações homologadas pelo Ministro da Educação:

“Em síntese, as discussões sobre o acordo de admissão de títulos e graus universitários para o exercício de atividades acadêmicas nos Estados Partes do MERCOSUL convergem para o seguinte entendimento:

1. O Decreto Legislativo nº 800 de 23/10/2003, promulgado pelo Decreto nº 5.518 de 23/08/2005, instituiu a admissão de títulos e graus universitários para o exercício de atividades de pesquisa e docência nos Estados Partes do MERCOSUL, para parcerias multinacionais de caráter temporário;

2. A admissão do título para o exercício das atividades de docência e pesquisa, obtidos por estrangeiros em caráter temporário, no País, *não implica a sua validação ou reconhecimento e não legitima o exercício permanente de atividades acadêmicas ou profissionais, para os quais se exige o reconhecimento do título;* [grifo nosso]

3. A admissão do título não é automática e deve ser solicitada a uma Universidade, reconhecida pelo sistema de ensino oficial, que conceda título equivalente, especificando as atividades acadêmicas a serem exercidas, sua duração e instituição receptora;

4. A admissão do título implica:

a) a comprovação da validade jurídica do título no país de origem;

b) a comprovação de que os estudos se desenvolveram, efetivamente, no exterior e não no Brasil;

c) o estabelecimento de correspondência do título ou grau no sistema brasileiro;

d) a verificação da duração mínima, presencial, do curso realizado;

e) a destinação da aplicação do diploma, essencialmente acadêmica e em caráter temporário;

5. A admissão de título obtido nos Estados Partes do MERCOSUL, outorgada por universidade brasileira, somente conferirá direito ao exercício de atividades de docência e pesquisa nas instituições nela referidas e pelo período nela estipulado [o que, evidentemente, não é o caso dos brasileiros que obtêm títulos no exterior e pretendem aplicação no âmbito de suas respectivas IES no Brasil sem prévia revalidação oficial];

6. A validade nacional do título universitário, obtido por brasileiros nos Estados Partes do MERCOSUL, *exige reconhecimento conforme a legislação vigente*” [grifo nosso].⁴

No mesmo sentido encontram-se as informações constantes da página *web* oficial da CAPES, nos seguintes termos:

“Em virtude de inúmeros questionamentos da comunidade, a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior do Ministério da Educação esclarece os procedimentos de revalidação no Brasil de títulos de mestrado e doutorado obtidos no exterior:

1. Para terem validade no Brasil, todos os diplomas conferidos por estudos realizados no exterior devem ser submetidos ao reconhecimento por universidade brasileira que possua curso de pós-graduação avaliado e reconhecido pela Capes. O curso deve ser na mesma área do conhecimento e em nível de titulação equivalente ou superior (art. 48, da Lei de Diretrizes e Bases).

4. *Cf.*, por exemplo, os *Pareceres CNE/CES 106/2007 e 227/2007*, de autoria da Conselheira MARÍLIA ANCONA-LOPEZ, homologados por despacho do Ministro da Educação, publicados no *Diário Oficial da União* de 09.07.2007 e 18.01.2008, respectivamente.

2. Os critérios e procedimentos do reconhecimento (revalidação) são definidos pelas próprias universidades, no exercício de sua autonomia técnico-científica e administrativa.

3. *Mesmo os diplomas de mestre e doutor provenientes dos países que integram o Mercosul, estão sujeitos ao reconhecimento.* O acordo de admissão de títulos acadêmicos, Decreto nº 5.518, de 23 de agosto de 2005, *não dispensa da revalidação/reconhecimento (Art.48,§ 3º,da LDB) os títulos de pós-graduação conferidos em razão de estudos feitos nos demais países membros do Mercosul.* (...)

4. A equivalência de diplomas obtidos no exterior é assunto do âmbito exclusivo das universidades, não cabendo à Capes interferir neste processo” [grifos nossos].⁵

Merece destacar o que sabiamente diz Edith Romano sobre o acertado parecer da CAPES acima transcrito e a situação dos alunos de pós-graduação *stricto sensu* em cursos ofertados no exterior:

“Reafirma-se com este Parecer e com a Resolução que o acompanha a importância de que a decisão de realizar um investimento de tempo, esforço intelectual e recursos financeiros em Curso de Pós-Graduação em instituição universitária não-brasileira, *considere um profundo conhecimento da estrutura curricular do curso que se pretende realizar; a perspectiva de que os estudos sejam integralmente presenciais, realizados no país que emitirá a certificação e a existência, no Brasil, de instituição que ofereça curso de titulação equivalente, com linhas de pesquisa similares, aptos a aceitação dos processos de revalidação e reconhecimento* que, em si, demandam outro período de investimento de tempo e recursos financeiros para seu encaminhamento. E é preciso ainda considerar o risco de, inclusive, dadas especificidades regionais, jamais obter esta desejada revalidação, parâmetro único que possibilitaria, por exemplo, o acesso a determinadas funções do serviço público federal” [grifo nosso] (ROMANO, 2009).

Enfatizamos que os requerentes, assim como qualquer outro aluno brasileiro que curse pós-graduação em qualquer país estrangeiro, poderão encaminhar seus diplomas para revalidação em IES nacionais que sigam os critérios estabelecidos pelo MEC/CAPES. Esta é uma exigência *sine qua non* da legislação brasileira, válida para todos os que tenham cursado Mestrado ou Doutorado em universidades estrangeiras de qualquer país do mundo. Não se faz avaliação de universidade estrangeira. O que se exige é o cumprimento de normas e práticas acadêmicas válidas mesmo para aqueles que saem do país com autorização da IES e com bolsas concedidas pela CAPES, CNPq ou outra instituição financiadora. Todos devem revalidar seus diplomas, a menos que haja acordos específicos (como os de “dupla láurea”, ainda pouquíssimo aplicados, dada sua complexidade) ou de equiparação.

5. Disponível em: <www.capes.gov.br/servicos/sala-de-imprensa/36-noticias/1734>. Acesso em 30/01/2011.

Muitos têm argumentado que a falta de aceite de títulos no Brasil é decorrência de discriminação com os cursos ofertados em universidades de países vizinhos. Utilizar o argumento da xenofobia é falsear a verdadeira questão. Independentemente disso, esse é um problema que cabe à IES que receber o pedido de revalidação ponderar. O que as IES não podem é “reconhecer” um título estrangeiro (seja para qual finalidade for, como admissão em concurso docente, progressão funcional, aumento remuneratório etc.) sem a prévia revalidação do título por instituição oficial brasileira credenciada pela CAPES. A revalidação de títulos no Brasil é exigida para títulos provenientes de *qualquer país* do mundo, nos termos dos §§ 2º e 3º, do artigo 48, da Lei nº 9.394/96, independentemente da Universidade da qual proveio, seja Yale, Oxford, Harvard, Sorbonne, Heidelberg, Tóquio etc.

No exato sentido de tudo quanto se está a falar neste estudo está a decisão da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 971.962/RS (2007/0178096-5), relator Min. HERMAN BENJAMIN, proferida *por unanimidade* aos 25 de novembro de 2008,⁶ nestes termos:

“Ademais, ressalto que não merece guarida o argumento de que os títulos acadêmicos oriundos de países integrantes do Mercosul prescindem de procedimento de revalidação pelas Universidades públicas.

O Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul, promulgado pelo Decreto Legislativo 5.518/2005, prevê o seguinte:

Artigo Primeiro:

Os Estados partes, por meio de seus organismos competentes, admitirão, unicamente para o exercício de atividades de docência e pesquisa nas instituições de ensino superior do Brasil, nas universidades e institutos superiores no Paraguai, nas instituições universitárias na Argentina e no Uruguai, os títulos de graduação e pós-graduação reconhecidos e credenciados nos Estados Partes, *segundo procedimentos e critérios a serem estabelecidos* para a implementação deste acordo. (grifei).

Fica evidente que o mencionado acordo não afasta a obediência ao processo de revalidação, muito pelo contrário, deixa expressa a necessidade de obediência aos ‘procedimentos e critérios’ próprios.

Nesse aspecto, concordo com a sentença de 1º grau: ‘enquanto o Acordo não for devidamente regulamentado, vale a exigência de revalidação exigida pelo art. 48 da LDB’ (fl. 843).⁷

6. Publicado no *Diário de Justiça*, de 13.03.2009.

7. Observe-se que o *Acordo* foi finalmente regulamentado pelo *Conselho do Mercado Comum* do MERCOSUL, pela Decisão nº 29/09 (transcrita no Anexo II deste artigo), que veio corroborar expressamente o entendimento dessa jurisprudência.

Em caso semelhante, o e. Ministro MAURO CAMPBELL, no julgamento do Recurso Especial 939.880/RS, assim proferiu seu voto:

(...)

Chega-se ao entendimento de que a Convenção não outorga este direito à revalidação ou ao reconhecimento automático pela mera leitura do dispositivo supostamente violado neste recurso especial. Confira-se:

Art. 5º- Os Estados Contratantes se comprometem a adotar as medidas necessárias para tornar efetivo, o quanto antes possível, para efeito de exercício de profissão, o reconhecimento dos diplomas, títulos os graus de educação superior emitidos pelas autoridades competentes de outro dos Estados Contratantes.

Portanto, claro está que *a norma da mencionada Convenção tem conteúdo meramente programático e propõe que os Estados estabeleçam mecanismos, ágeis e tão desburocratizados quanto possível, de reconhecimento de diplomas. Assim, não se pode emprestar a este diploma o caráter cogente que ele não possui.*

Frise-se, ainda, que em nenhuma passagem a Convenção estabelece o reconhecimento imediato de diplomas estrangeiros, sem um procedimento de revalidação.

Não é possível o reconhecimento automático, sem os procedimentos administrativos de revalidação de diploma previstos na Lei de Diretrizes e Bases, Lei 9.394/96, àqueles estrangeiros provenientes de Estados-parte desta Convenção que tenham tido diplomas expedidos antes da suposta revogação deste tratado. Primeiramente, como dito, pela mera razão de que este corte temporal não existe, face à impossibilidade de revogação de tratado por decreto. E depois, pela singela constatação de que tal diploma não tem o condão de estabelecer o reconhecimento automático e ademais, em nenhum de seus dispositivos traz este previsão. (REsp. 938880/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL, Segunda Turma, julgado em 23/09/2008, DJe 29/10/2008, grifei)”.

Deve-se ainda ressaltar, por oportuno, que os candidatos a concurso docente das IES brasileiras para cargos que exijam título de Mestre ou Doutor, não poderão ter seus títulos estrangeiros aceitos pela comissão examinadora sem a devida comprovação de revalidação dos mesmos, nos termos da citada Lei nº 9.394/96.

III. NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO E CREDENCIAMENTO DO CURSO NO PRÓPRIO ESTADO-PARTE ONDE É OFERTADO

Não bastasse a necessidade de qualquer título de Mestrado ou Doutorado obtido no exterior (seja ou não do MERCOSUL) ser revalidado no Brasil – por Instituição de Ensino Superior brasileira legalmente reconhecida e que ofereça curso de titulação equivalente, com linhas de pesquisa similares, para que somente assim conte com efeitos jurídicos no país –, o citado *Acordo de Admissão de Títulos* coloca ainda como condição à revalidação nacional do título a necessidade

de serem os cursos de graduação e de pós-graduação respectivos “reconhecidos e credenciados nos Estados Partes” (art. 1º), além de estarem os títulos expedidos “devidamente validados pela legislação vigente nos Estados Partes” (art. 3º) [grifos nossos].

É notório o fato de que muitas instituições, que estão a oferecer cursos de Mestrado ou de Doutorado em Estados-partes do MERCOSUL, não têm qualquer tipo de credenciamento e/ou autorização para funcionamento no próprio país de origem, o que impede a IES brasileira (escolhida para a revalidação) levar a cabo o procedimento homologatório.

Assim, incumbe à parte interessada (requerente) fazer prova de que o título que porta provém de IES reconhecida e credenciada no país de origem, condição sem a qual fica prejudicada (também por esse motivo) a revalidação nacional do mesmo.

IV. CONCLUSÃO

Ao cabo desta exposição teórica tem-se por firmadas as seguintes conclusões:

1. O *Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do MERCOSUL*, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 5.518, de 23 de agosto de 2005, cuida da hipótese de parcerias multinacionais de caráter temporário e para a exclusiva finalidade de intercâmbio acadêmico, que nada tem que ver com o caso dos brasileiros que obtêm títulos de Mestrado ou Doutorado em IES de Estados-partes do MERCOSUL e pretendem aplicá-los de imediato no Brasil sem a anterior revalidação por IES oficial brasileira, nos termos e condições estabelecidos em lei;
2. O citado *Acordo de Admissão de Títulos* não aboliu o procedimento de revalidação ou reconhecimento de que tratam os §§ 2º e 3º, do artigo 48, da Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional;
3. Não há qualquer incompatibilidade ou antinomia entre o referido *Acordo de Admissão de Títulos* e a Lei nº 9.394/69, uma vez que o próprio *Acordo* ressalva a regência dos casos por ele não estabelecidos pelas normas específicas dos Estados-partes (art. 5º);
4. É ilegal o reconhecimento, por parte das IES brasileiras, dos títulos de Mestrado ou Doutorado obtidos de países-membros do MERCOSUL (ou de qualquer outro país do mundo) não instruídos com prova da anterior

revalidação do título por IES brasileira credenciada pela CAPES que ofereça em seu programa de pós-graduação curso de Mestrado ou Doutorado na mesma área de conhecimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANCONA-LOPEZ, Marília. Pareceres CNE/CES 106/2007 e 227/2007. *Diário Oficial da União* de 09.07.2007 e 18.01.2008.

CAPES. *Mercosul: admissão de diplomas tem nova regulamentação*. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/images/stories/download/diversos/Mercosul_NOVAS_REGRAS.pdf>. Acesso em 30/01.2011.

MAZZUOLI, V. O. *Curso de direito internacional público*, 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2009.

_____. O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 39, n.º 154, Brasília: Senado Federal/Subsecretaria de Edições Técnicas, abr./jun./2002, p. 15-29.

ROMANO, E. Mestrados e doutorados no exterior: acordos, tratados e processos de revalidação. Disponível em: <<http://www.ufr.br>>. Acesso em: 19.06.09.

ANEXO I

Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul

Os Governos da República da Argentina, da República Federativa do Brasil, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai, a seguir denominados "Estados Partes", em virtude dos princípios, fins e objetivos do Tratado de Assunção, assinado em março de 1991,

CONSIDERANDO:

Que a educação tem papel central para que o processo de integração regional se consolide;
Que a promoção do desenvolvimento harmônico da Região, nos campos científico e tecnológico, é fundamental para responder aos desafios impostos pela nova realidade sócio-econômica do continente;

Que o intercâmbio de acadêmicos entre as instituições de ensino superior da Região apresenta-se como mecanismo eficaz para a melhoria da formação e da capacitação científica, tecnológica e cultural e para a modernização dos Estados Partes;

Que da ata da X Reunião de Ministros da Educação dos Países Signatários do Tratado do Mercado Comum do Sul, realizada em Buenos Aires, Argentina, no dia vinte de junho de mil novecentos e noventa e seis, constou a recomendação de que se preparasse um Protocolo sobre a admissão de títulos e graus universitários para o exercício de atividades acadêmicas nas instituições universitárias da Região;

Que a conformação de propostas regionais nessa área deve ser pautada pela preocupação constante em salvaguardar os padrões de qualidade vigentes em cada País e pela busca de mecanismos capazes de assimilar a dinâmica que caracteriza os sistemas educacionais dos Países da Região, que correspondem ao seu contínuo aperfeiçoamento,

ACORDAM:

Artigo Primeiro

Os Estados Partes, por meio de seus organismos competentes, admitirão, unicamente para o exercício de atividades de docência e pesquisa nas instituições de ensino superior no Brasil, nas universidades e institutos superiores no Paraguai, nas instituições universitárias na Argentina e no Uruguai, os títulos de graduação e de pós-graduação reconhecidos e credenciados nos Estados Partes, segundo procedimentos e critérios a serem estabelecidos para a implementação deste Acordo.

Artigo Segundo

Para os fins previstos no presente Acordo, consideram-se títulos de graduação aqueles obtidos em cursos com duração mínima de quatro anos e duas mil e setecentas horas cursadas, e títulos de pós-graduação tanto os cursos de especialização com carga horária presencial não inferior a trezentas e sessenta horas, quanto os graus acadêmicos de mestrado e doutorado.

Artigo Terceiro

Os títulos de graduação e pós-graduação referidos no artigo anterior deverão estar devidamente validados pela legislação vigente nos Estados Partes.

Artigo Quarto

Para os fins previstos no Artigo Primeiro, os postulantes dos Estados Partes do Mercosul deverão submeter-se às mesmas exigências previstas para os nacionais do Estado Parte em que pretendem exercer atividades acadêmicas.

Artigo Quinto

A admissão outorgada em virtude do estabelecido no Artigo Primeiro deste Acordo somente conferirá direito ao exercício das atividades de docência e pesquisa nas instituições nele referidas, devendo o reconhecimento de títulos para qualquer outro efeito que não o ali estabelecido, reger-se pelas normas específicas dos Estados Partes.

Artigo Sexto

O interessado em solicitar a admissão nos termos previstos no Artigo Primeiro deve apresentar toda a documentação que comprove as condições exigidas no Presente Acordo. Para identificar, no país que concede a admissão, a que título ou grau corresponde a denominação que consta no diploma, poder-se-á requerer a apresentação de documentação complementar devidamente legalizada nos termos da regulamentação a que se refere o Artigo Primeiro.

Artigo Sétimo

Cada Estado Parte se compromete a manter informados os demais sobre quais são as instituições com seus respectivos cursos reconhecidos e credenciados. O Sistema de Informação e Comunicação

A questão do reconhecimento de títulos de mestrado e doutorado provenientes dos países do Mercosul

do Mercosul proporcionará informação sobre as agências credenciadoras dos Países, os critérios de avaliação e os cursos credenciados.

Artigo Oitavo

Em caso de existência, entre os Estados Partes, de acordos ou convênios bilaterais com disposições mais favoráveis sobre a matéria, estes poderão invocar a aplicação daqueles dispositivos que considerarem mais vantajosos.

Artigo Nono

O presente Acordo, celebrado sob o marco do Tratado de Assunção, entrará em vigor, para os dois primeiros Estados que o ratifiquem 30 (trinta) dias após o depósito do segundo instrumento de ratificação. Para os demais signatários, aos trinta dias do depósito respectivo e na ordem em que forem depositadas as ratificações.

Artigo Décimo

O presente Acordo poderá ser revisto de comum acordo, por proposta de um dos Estados Partes.

Artigo Onze

O Governo da República do Paraguai será o depositário do presente Acordo, bem como dos instrumentos de ratificação e enviará cópias devidamente autenticadas dos mesmos aos Governos dos demais Estados Partes. Da mesma forma, notificará a estes a data de depósito dos instrumentos de ratificação e a entrada em vigor do presente Acordo.

Artigo Doze

A reunião de Ministros de Educação emitirá recomendações gerais para a implementação deste Acordo.

Artigo Treze

O presente Acordo substitui o “Protocolo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do MERCOSUL”, assinado em 11 de junho de 1997, em Assunção e seu Anexo firmado em 15 de dezembro de 1997, em Montevidéu.

Feito na cidade de Assunção, capital da República do Paraguai, aos quatorze dias do mês de junho do ano mil novecentos e noventa e nove, em três originais no idioma Espanhol e um no idioma Português, sendo os textos igualmente autênticos.

Pelo Governo da República Argentina, Guido Di Tella;

Pelo Governo da República Federativa do Brasil, Luiz Felipe Palmeira Lampreia;

Pelo Governo da República do Paraguai, Miguel Abdón Saguier;

Pelo Governo da República Oriental do Uruguai, Didier Operti.

ANEXO II

Mercosul/CMC/Dec. N° 29/09

Procedimentos e Critérios para a Implementação do Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul

TENDO EM VISTA: O Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto e a Decisão N° 04/99 do Conselho do Mercado Comum.

CONSIDERANDO:

Que o espírito do Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do MERCOSUL, celebrado em Assunção em 14 de junho de 1999, ter por finalidade garantir e promover o intercâmbio de professores e pesquisadores, "unicamente para o exercício de atividades de docência e pesquisa nas instituições de ensino superior no Brasil, nas universidades e institutos superiores no Paraguai, nas instituições universitárias na Argentina e no Uruguai",

Que é necessário definir procedimentos e critérios para a implementação do referido Acordo, atendendo ao previsto nos artigos 1° e 12,

Que a definição de tais procedimentos e critérios asseguram a implementação do referido Acordo conforme os parâmetros de qualidade vigentes em cada país.

O CONSELHO DO MERCADO COMUM

DECIDE:

Art. 1° – Aprovar os "Procedimentos e Critérios para a Implementação do Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do MERCOSUL", que constam como anexo e fazem parte da presente Decisão.

Art. 2° – Esta Decisão deverá ser incorporada ao ordenamento jurídico interno dos Estados Partes antes de 01/VII/2010.

XXXVIII CMC – Montevideu, 07/XII/09.

PROCEDIMENTOS E CRITÉRIOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO ACORDO DE ADMISSÃO DE TÍTULOS E GRAUS UNIVERSITÁRIOS PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES ACADÊMICAS NOS ESTADOS PARTES DO MERCOSUL

Artigo 1

Da Admissibilidade de títulos

1. A admissão de títulos e graus acadêmicos de que trata o Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do MERCOSUL, celebrado em Assunção em 14 de junho de 1999, doravante denominado "Acordo", é um instrumento para promover e facilitar o intercâmbio de docentes e pesquisadores nos Estados Partes do MERCOSUL.

2. A admissão somente surtirá efeito após a adoção dos procedimentos descritos neste documento.

A questão do reconhecimento de títulos de mestrado e doutorado provenientes dos países do Mercosul

3. Somente serão admitidos, para os fins do Acordo, títulos de Graduação e Pós- Graduação, oficialmente reconhecidos pelo país em que foram emitidos.

Artigo 2 **Da Nacionalidade**

A admissão de títulos e graus acadêmicos, para os fins do Acordo, não se aplica aos nacionais do país onde sejam realizadas as atividades de docência e pesquisa.

Artigo 3 **Dos Procedimentos**

1. A Admissão será solicitada pelos detentores dos títulos e graus acadêmicos nos órgãos oficiais designados por cada Estado Parte.
2. Os interessados deverão apresentar a documentação requerida devidamente legalizada nos órgãos oficiais designados.

Artigo 4 **Do Sistema de Informação**

1. Os Estados Partes manterão o Sistema de Informação e Comunicação do Setor Educacional do MERCOSUL (SIC/MERCOSUL) atualizado, com relação:
 - a) à legislação vigente para o reconhecimento de diplomas;
 - b) aos órgãos responsáveis pela implementação do Acordo;
 - c) aos órgãos oficiais designados para efetuar a admissão dos títulos;
 - d) às instituições de ensino superior reconhecidas e/ou credenciadas;
 - e) aos cursos reconhecidos nos níveis de Graduação e Pós-Graduação.
2. Os Estados Partes terão um prazo de três meses, a partir da entrada em vigência do presente instrumento, para enviar ao SIC/MERCOSUL as informações mencionadas no parágrafo anterior.

Artigo 5 **Do Fomento ao Intercâmbio**

Os Estados Partes promoverão o intercâmbio acadêmico e científico. Para tanto, informarão anualmente a disponibilidade de programas de fomento, por meio dos órgãos competentes do Setor Educacional do MERCOSUL.

XII

EL DERECHO PROCESAL ENTRE EL GARANTISMO Y LA EFICACIA: UN DEBATE MAL PLANTEADO¹

Joan Picó i Junoy

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Rovira i Virgili (España). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro del International Association of Procedural Law.

SUMARIO: I. Introducción: los fenómenos de la “publicización” del proceso civil y la constitucionallización de las garantías procesales – II. Los planteamientos “revisionistas”: 1. Introducción; 2. Las posiciones de CIPRIANI y MONTELEONE; 3. La posición de MONTERO AROCA; 4. La posición de ALVARADO VELLOSO – III. Análisis crítico de los planteamientos “revisionistas”: 1. El juez activo como juez fascista o totalitario: A) La proscripción de la mala fe procesal; B) La iniciativa probatoria *ex officio iudicis*; 2. El carácter privado del objeto discutido del proceso civil; 3. La protección de la imparcialidad judicial – IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN: LOS FENÓMENOS DE LA “PUBLICIZACIÓN” DEL PROCESO CIVIL Y LA CONSTITUCIONALLIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS PROCESALES

1. Uno de los fenómenos más relevantes del derecho procesal que se ha desarrollado durante el siglo XX ha sido el de la “publicización” o “socialización” del proceso”, cuya consecuencia más relevante se concreta en el hecho de que, sin discutir la vigencia del principio dispositivo (*Dispositionsprinzip*), va a ponerse en tela de juicio el de aportación de parte (*Verhandlungsmaxime*), al menos por lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y los litigantes y al incremento de facultades del órgano jurisdiccional, quien frente al modelo clásico del juez pasivo o inerte, pasa a ocupar una posición activa en el proceso. En la medida en que tiene asignada la función pública de resolver los conflictos, se considera que deben atribuírsele las iniciativas necesarias para lograr la máxima eficacia en su función. El citado fenómeno puso de manifiesto la distinción entre objeto del

1. Este estudio se destinó a los *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, T.I, editorial Giuffrè, Milano, 2005, pp. 213 a 230.

proceso y proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva tutela, por parte del Estado, de los intereses litigiosos. Así, si bien los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos en juicio, o sea del objeto del proceso, no lo son respecto del proceso mismo, al concebirse no sólo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como medio para cumplir una función pública del Estado, interesado, por tanto, en el mejor cumplimiento de esta función. Por ello, actualmente, la mayoría de las legislaciones procesales civiles recogen esta idea socializadora del proceso, y atribuyen al juez ciertas iniciativas procesales en materia probatoria.

Esta formulación del proceso civil encuentra su fundamento constitucional en el deber del juez de velar por la efectividad en la tutela de los intereses discutidos en el proceso para lograr, de este modo, lo que, por ejemplo, el artículo primero de la Constitución Española proclama como valor superior del ordenamiento jurídico: la “justicia”, que constituye, sin duda alguna, el objetivo final de la función jurisdiccional. La “justicia”, como valor superior del ordenamiento jurídico, representa un ideal de la comunidad, un objetivo a alcanzar por el ordenamiento jurídico, por lo que si existe un interés público en que el resultado del proceso sea “justo”, el Estado debe poner al servicio de los jueces todos los medios y poderes necesarios para que puedan alcanzar dicho fin².

2. De igual modo, durante la segunda mitad del siglo XX, surgió otro fenómeno de especial relevancia para el derecho procesal, a saber, el de la “constitucionalización de las garantías procesales”, que ha venido a asegurar –por vía de los textos constitucionales, en el ámbito nacional, y de tratados y convenios supraestatales de derechos humanos, en el ámbito internacional- un mínimo de garantías a favor de las partes, que deben presidir cualquier modelo de enjuiciamiento. Y a través del carácter normativo de estos textos, y de su aplicación directa e inmediata, esto es, su alcance jurídico-positivo, se pretendió evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales garantías así como que el juzgador no se viese vinculado por las mismas en la dirección de los procesos³.

3. Estos fenómenos procesales han generado en la doctrina un debate que se ha concretado en dos posturas antagónicas sobre cuál debe ser el modelo de juez civil: la de aquellos autores que centran su atención en las partes, a las que se les atribuye todo el protagonismo del debate procesal, evitando así el otorgamiento

2. Para un estudio más detenido de este tema, con remisión a las debidas referencias bibliográficas, vid. mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso civil*, editorial J. M^a. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 207 a 222.
3. Al objeto de efectuar un estudio más profundo de esta cuestión, me remito a mi trabajo *Las garantías constitucionales del proceso*, editorial J. M^a. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 17 a 38.

de facultades materiales de dirección al juez que, en opinión de estos autores, pueden suponer la ruptura del citado garantismo constitucional; y la de aquellos otros que buscando la máxima eficacia de la tutela judicial otorgan al juez ciertas facultades materiales de dirección del proceso.

En la actualidad, este debate científico está adquiriendo una excesiva crudeza debido a su “politización”, lo que ha conducido a efectuar indebidos planteamientos de la discusión que, en ocasiones, y aunque sea de forma indirecta o implícita, conducen a ciertas descalificaciones personales respecto de los autores que no comparten unas mismas ideas. Se llega de este modo a lo que TARUFFO denomina una *polarizzazione simmetrica*, en la que en un polo existe el modelo dispositivo, que suele valorarse positivamente, y en el que se concibe el proceso como instrumento de resolución de conflictos; y en el polo opuesto, el modelo inquisitivo, en el que de forma autoritaria y lesionando las garantías de las partes, el proceso sólo está interesado en buscar la verdad. En este planteamiento “maniqueo”, sólo existe un modelo procesal “bueno”, el dispositivo, y en frente, un modelo procesal “malo”, el inquisitivo⁴. Sin embargo, como podrá comprobarse, es posible articular un proceso dispositivo en el que el juez tenga cierta iniciativa probatoria y pueda velar por el respeto a la buena fe procesal de las partes, sin lesionar el derecho a un proceso con todas las garantías constitucionales (especialmente el deber de imparcialidad judicial y el derecho de defensa de los litigantes).

La crudeza de estas posiciones se ha visto reflejada en los últimos congresos nacionales e internacionales de derecho procesal, y en recientes publicaciones. Así, entre las posiciones extremas y más contundentes, debemos destacar la de excelentes procesalistas como CIPRIANI y MONTELEONE, en Italia, MONTE-RO AROCA, en España, o ALVARADO VELLOSO en Argentina.

Por ello, el objetivo de este trabajo es someter a crítica estos nuevos planteamientos, excesivamente ideologizados, para llegar a una solución o postura intermedia entre ambas posiciones doctrinales, logrando así su equilibrio, pues la eficacia del proceso sin garantismo es inadmisibles desde un punto de vista constitucional, y el garantismo sin eficacia tampoco es aceptable si lo que se pretende es lograr la tutela judicial más justa posible, y no puede olvidarse que la “Justicia” también es un valor supremo en la mayoría de los textos constitucionales, ya venga proclamada expresamente o bien lo sea de forma implícita. Por ello, debemos esforzarnos en abandonar posiciones absolutas del problema y buscar una postura intermedia, que sin conculcar ninguna garantía constitucional de las partes logre la máxima eficacia del proceso.

4. TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, edit. Giuffrè, Milano, 1992, pp. 20 a 22.

II. LOS PLANTEAMIENTOS “REVISIONISTAS”

1. Introducción

Como hemos indicado, en la doctrina procesal ha surgido un movimiento que ha venido a denominarse “revisionista”, en la medida en que somete a revisión las aportaciones que ha supuesto la “publicización” del proceso civil, que centra su crítica en la posible iniciativa probatoria *ex officio iudicis*, y en el control judicial de la buena fe procesal en la actuación de las partes. Para esta doctrina, tales iniciativas suponen una manifestación procesal propia de una ideología fascista o autoritaria, en la que se subordinan los derechos de las partes a los poderes del juez.

Seguidamente, para analizar de forma crítica estos planteamientos, expondré las opiniones más relevantes de esta corriente doctrinal.

2. Las posiciones de CIPRIANI y MONTELEONE

En la doctrina procesal italiana, el autor que más se ha destacado por la crítica a la “publicización” del proceso es CIPRIANI. De sus diversos trabajos sobre el tema⁵, voy a referirme especialmente al publicado en la “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile” (núm. 4 del año 2002), titulado *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, por ser el que aborda de forma más amplia el tema de la relación entre eficacia de la tutela jurisdiccional y las garantías procesales. En un documentado análisis de las verdaderas aportaciones de Calamandrei al *Codice di Procedura Civile* de 1940, destaca ya desde el inicio de su trabajo el carácter fascista del Código, indicando que “è il caso di ricordare che il c.p.c. italiano, che risale al 1940, quando il fascismo era all’apogeo, fu presentato come il *codice fascista per eccellenza*”⁶.

Bajo esta premisa histórica, de gran carga ideológica, critica la “publicización del proceso” indicando: “Es cierto que en la base de la denominada concepción

5. Así, vid. sus estudios *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, en “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, 2003, 2, pp. 455 a 466; *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*, en “Rivista di diritto civile”, 2003, 1, pp. 39 a 71 (especialmente pp. 45 a 47); *Il processo civile italiano tra revisionisti e negazionisti*, en “Il Foro Italiano”, 2002, V, pp. 24 a 29; *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, en “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, 2002, 4, pp. 1243 a 1261; *Per un nuovo processo civile*, en “Il Foro Italiano”, 2001, V, pp. 321 a 327; *Autoritarismo e garantismo nel processo civile*, en “Rivista di diritto processuale”, 1994, 1, pp. 24 a 61 (especialmente nota 18). En castellano, pueden consultarse algunos de estos estudios en la obra *Batallas por la justicia civil*, (edit. Cuzco, Lima, 2003) en la que la profesora Eugenia Ariano Deho realiza una excelente labor de compilación y traducción de multitud de ensayos del profesor de Bari; y también en la obra coordinada por Juan Montero Aroca *Proceso civil e ideología* (ob. cit., pp. 51 a 64, 81 a 95 y 283 a 291).

6. P. 1244.

publicista hay un error de fondo: que el juez pueda tener en las causas civiles más protagonismo que el que tienen las partes. Sin embargo, es tiempo de convencerse que cuando se eliminan derechos de las partes y se dan poderes discrecionales al juez, esto es, cuando se busca obtener la eficacia en perjuicio de las garantías, no se resuelve ningún problema y se hace sólo un autoritarismo inútil y contraproducente⁷, y añade que “en esta perspectiva, puesto que está difundida la idea de que si se quiere un proceso eficaz, se necesita estar dispuesto a renunciar a las garantías o, al menos, a alguna garantía, me parece oportuno advertir que, en mi opinión, el proceso civil italiano, esta afectado de una especie de esquizofrenia, ya que por un lado están previstas garantías tan caras como superfluas, y por otro, nos faltan garantías importantísimas y bastante menos costosas”. Y para hacer más ilustrativo su pensamiento pone el ejemplo de un hospital, que en vez de construirse tomando en consideración a los pacientes se hace pensando en los médicos (en concreto afirma: “En fin, como se entenderá fácilmente, es como si los hospitales, en lugar de construirse en función de los enfermos, fueran contruidos para los médicos⁸”).

De igual modo, MONTELEONE⁹ se muestra partidario de esta opinión en la medida en que los poderes de dirección material del proceso del juez no son más que la concreta manifestación de una ideología fascista o totalitaria basada en la rechazable “subordinación de las partes a los poderes del juez”, lo que viene a “reprimir o conculcar la libertad de los ciudadanos condicionando insoportablemente el pleno y autónomo ejercicio de sus derechos subjetivos sustanciales y procesales¹⁰”.

2. LA POSICIÓN DE MONTERO AROCA

En la doctrina española, MONTERO AROCA es el autor más crítico con el fenómeno de “publicización” del proceso civil. Tras recordar el origen histórico de este fenómeno, equipara las formulaciones legales de los textos procesales con la ideología fascista o totalitaria de la época en la que se promulgaron. Así entiende que “conceder amplios poderes discrecionales al juez, y precisamente a

7. P. 1250.

8. P. 1244.

9. *Principi e ideologie del processo civile: impressioni di un "revisionista"*, “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, 2003, núm. 2, pp. 575 a 582; *Diritto processuale civile*, 2ª edición, editorial CEDAM, Padova, 2000, pp. 328 y ss.; y *Enrico Finzi e la riforma (perenne) del codice di procedura civile*, en “Quaderni Fiorentini”, núm. 26, 1997, pp. 363 a 375 (y especialmente pp. 369-370). En castellano, pueden consultarse algunos de estos estudios en la obra coordinada por Juan Montero Aroca *Proceso civil e ideología* (ob. cit., pp. 97 a 107 y 173 a 197).

10. *Principi ...*, ob. cit., pp. 575 y 576.

unos jueces como el austriaco, el soviético, el alemán o el italiano de sus épocas fuertemente sujetos al poder ejecutivo, sólo se explica si al mismo tiempo se priva de esos poderes a las partes, poderes que en realidad se resuelven en garantías de las mismas en el inicio y en el desarrollo del proceso civil”¹¹.

En consecuencia, se muestra totalmente contrario a la atribución de iniciativa probatoria al juez civil, y al reconocimiento legal del principio de la buena fe procesal. Respecto de la primera cuestión afirma que mantener dicha iniciativa supone apostar por un “modelo de juez que está implícito en algunas ideologías [se refiere a las totalitarias, fascistas o comunistas]”¹². Y en la misma línea, con referencia al principio de la buena fe procesal, destaca que se trata de “un mito con orígenes muy claros en la historia de las normas procesales”, y cita los códigos de enjuiciamiento civil italiano y soviético, realizados en regímenes totalitarios, para concluir su reflexión indicando que “las repetidas alusiones a que el proceso es el medio para que las partes y sus abogados colaboren con el juez en la obtención de lo más justo, en el descubrimiento de la verdad o de la justicia material, sólo se comprenden en un contexto ideológico que parte de dar como sobreentendido que los ciudadanos no tienen derecho a “pelear” por lo que crean que es suyo y a hacerlo con todas las armas que les proporciona el ordenamiento jurídico. Sólo el juez autoritario, fascista o comunista, lo mismo da, es el juez que se cree ungido, por no se sabe muy bien qué fuerza de la divinidad o del destino, para hacer justicia entre los hombres. El juez liberal y garantista se limita, más modestamente, a pretender hacer efectivo el derecho positivo entre los ciudadanos, a aplicar la ley”¹³.

3. La posición de ALVARADO VELLOSO

Finalmente, en la doctrina procesal argentina también encontramos autores que asumiendo los postulados del “garantismo procesal” niegan todo tipo de intervención activa del juez en la dirección material del proceso. La opinión más significativa es la de ALVARADO VELLOSO. Este autor, recogiendo los planteamientos ideológico-políticos de las normas procesales anteriormente expuestos, destaca la similitud del código procesal de la URSS y el código nazi de 1937, para concluir indicando que ambas normativas dicen “exactamente lo mismo, totalitarismo de

11. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 69. De igual modo, vid. su estudio *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*, publicado en la obra *Proceso civil e ideología* coordinada por Juan Montero Aroca (ob. cit., pp. 130 a 165) y en la “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal”, 2004, núm. 6, pp. 15 a 50.

12. Ob. cit., p. 120.

13. Ob. cit., pp. 106 y 108.

izquierda, totalitarismo de derecha. Y esto cuaja en el código procesal italiano de 1940¹⁴. Tras esta aproximación ideológica, indica que la atribución de poderes al juez “no es una cuestión técnica” sino “puramente política”, siendo la ideología política del legislador la que se plasma en las normas jurídicas¹⁵. Por ello, deben evitarse todos los planteamientos acogidos en las épocas dictatoriales. Y en la medida en que esto todavía no se ha producido “el mundo está yendo hacia un totalitarismo procesal angustioso y angustiante”¹⁶, que ha provocado la verdadera “crisis judicial” del sistema¹⁷⁻¹⁸.

III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS PLANTEAMIENTOS “REVISIONISTAS”

Las ideas expuestas sobre el juez civil totalmente pasivo, como mero resolutor de controversias, responden a un triple planteamiento que debemos analizar críticamente por separado: en primer lugar, partiendo de unos determinados datos históricos, se pretende evitar el modelo normativo de juez previsto en los códigos procesales de los estados europeos fascistas o totalitarios de la primera mitad del siglo XX, al considerarse que son jueces que necesariamente participan de la misma característica autoritaria o fascista. En segundo lugar, se entiende que el juez no debe tener iniciativas materiales de dirección en la medida en que estamos ante un proceso civil, en el que se discute un interés puramente privado, por lo que debe dejarse a la “suerte” de las partes. Y en tercer lugar, se menciona la clásica objeción de la imparcialidad del juez y su infracción con la participación activa del mismo dentro del proceso.

1. El juez activo como juez fascista o totalitario

En nuestra opinión, el hecho histórico de que se atribuyan dichas iniciativas materiales de dirección al juez civil en los códigos procesales anteriormente indicados no tiene por qué hacerle participe necesariamente del carácter autoritario o

14. *El garantismo procesal*, “I Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista”, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 1999 (puede consultarse en www.derecho-azul.org/congresoprocesal/Alvarado.htm, p. 2.). De igual modo, recientemente puede consultarse su monografía *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, edit, Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

15. *El garantismo procesal*, ob. cit., p. 6.

16. Ob. cit. *supra*, p. 7.

17. Ob. cit. *supra* p. 4.

18. En esta línea de pensamiento encontramos también a BENABENTOS, O. A.: *Teoría general unitaria del Derecho Procesal*, editorial Juris, Rosario, 2001, pp. 81 a 133 (este autor destaca en la nota 5 de la p. 99 que el “garantismo procesal”, en el ámbito del proceso civil, “registra la paternidad de Adolfo Alvarado Velloso”).

fascista que se pretende. La bondad técnica (o validez) de una norma depende de su propio contenido y alcance, más que de la época en que haya sido redactada, de la ideología de su autor o de la forma en que se aplique en la práctica forense, por lo que pueden existir códigos procesales de gran rigor científico o técnicamente incorrectos con independencia del carácter más o menos liberal o social del régimen político en que fueron creados.

A) La proscripción de la mala fe procesal

El reconocimiento legal del principio de la buena fe procesal no otorga al correspondiente código procesal civil una naturaleza fascista o totalitaria¹⁹. Respecto a la dura crítica que los “revisionistas” efectúan a dicho principio -como análisis en otro trabajo²⁰-, es posible destacar cuatro hechos que fundamentan nuestra tesis:

- a) En primer lugar, la recepción normativa y con carácter general de la buena fe en el ámbito del proceso, tiene lugar mucho antes de los códigos de enjuiciamiento civil fascistas o totalitarios, y así podemos destacar distintas regulaciones para los procesos mercantiles de los consulados del reino de Castilla de los siglos XVII y XVIII, en los que era habitual establecerse que “en los juicios se ha de proceder siempre a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada”.
- b) En segundo lugar, este principio, si bien se recoge en §138 párr.1 de la *Zivilprozessordnung* alemana, fruto de la reforma de 27 de octubre de 1933, por parte del poder autoritario del momento, su contenido, casi literal, ya había sido reclamado insistentemente mucho antes del *Tercer Reich*, en concreto, como destaca el excelente estudio de GROSSMANN²¹, en tres ocasiones: en el Proyecto referente a la “Simplificación de la vía judicial” de 1923, en el Proyecto para la “Reforma del Procedimiento Alemán” de 1928, y en el Proyecto oficial de “Nuevo Código de Procedimiento Civil” de 1931; por lo que como indica este autor “sería erróneo suponer en la introducción de la norma [el § 138 párr.1 *ZPO*] una creación de la legislación nacionalsocialista, dado que fue sencillamente tomada de los

19. De igual modo CACHÓN CADENAS afirma: “[...] creo que el hecho de que un determinado ordenamiento jurídico acoja expresamente la noción de buena fe procesal no es un indicador, por sí solo, del carácter autoritario o antigarantista del sistema procesal regulado por ese ordenamiento” (*La buena fe en el proceso civil*, en “Justicia”, 2005, 1-2, p. 9).

20. *El principio de la buena fe procesal*, editorial J. M^a. Bosch, Barcelona, 2003, pp. 14 y 15.

21. *El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles. Exposición de Derecho Comparado*, en “Jurisprudencia argentina”, T. 71, 1940, p.11.

trabajos legislativos anteriores, casi sin alteración del texto”²². En todo caso, la *ZPO* ha tenido diversas reformas desde 1933, y una de la más importante de ellas mediante la *Zivilprozessreformgesetz*, de 27 de julio de 2001, que, pese a la profunda modificación que ha comportado para dicho texto normativo -cambiando más de doscientos preceptos de su articulado- ha mantenido intacto su § 138 párr.1, hecho que vuelve a ratificar la validez “democrática” de su contenido.

- c) En tercer lugar, la buena fe procesal se recoge actualmente en los códigos de enjuiciamiento más avanzados, como en la regla 3.4.2.b de las nuevas “Civil Procedure Rules” inglesas, de 26 de abril de 1999²³, o en el art. 247 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000; y en los diferentes proyectos de armonización internacional del proceso civil, como el “Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica” de 1988, elaborado desde el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal²⁴; o los “Principles and Rules of Transnational Civil Procedure”, de 12 de abril de 2001²⁵, elaborados por el *American Law Institute* en cooperación con la UNIDROIT, sin que por ello estos códigos puedan calificarse de fascistas o autoritarios, o sean menos perfectos.
- d) Y, en cuarto lugar, en la “Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral” cubana, de 19 de agosto de 1977, no se recoge expresamente el principio de la buena fe procesal, como así debería suceder si realmente fuese un principio propio de un ideario comunista o dictatorial.

En definitiva, como podemos comprobar, en los códigos procesales civiles modernos y de estados totalmente democráticos se recoge el principio de la buena fe procesal, mientras que ello no sucede en otros códigos de sistemas políticos dictatoriales, lo que nos conduce a la evidente conclusión de que la vigencia de

22. GROSSMANN, K.: ob. cit., p. 12.

23. Pueden consultarse en www.lcd.gov.uk/civil/procrules-fin/update.htm.

24. Su art. 5º establece: “Buena fe y lealtad procesal. Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe”.

25. Así, de los *Fundamental Principles of Transnational Civil Procedure* destacan el 10.1, según la cual: “El tribunal tendrá autoridad para sancionar a la parte que incumpla o se niegue a cumplir las órdenes judiciales o actúe vulnerando las reglas de la buena fe procesal; y el 11, en el que se establece: “1. Las partes respetarán las reglas de la buena fe procesal en sus actuaciones tanto frente al tribunal como ante las partes. 2. Las partes se abstendrán de formular demandas o excepciones temerarias”. De igual modo, de las *Rules of Transnational Civil Procedure* destaca la regla 1.4, según la cual: “El procedimiento se ajustará a las reglas de la buena fe, y deberá ser eficaz en términos económicos y de tiempo” (todas estos principios y reglas pueden consultarse en www.ali.org/ali/transrules.htm).

dicho principio no puede asociarse necesariamente a una determinada ideología política autoritaria o dictatorial²⁶.

En todo caso, no se entiende por qué si en el ámbito del derecho privado se ha reconocido, ya desde el derecho romano, el principio de la buena fe como base de las relaciones privadas y el lícito ejercicio de los derechos subjetivos y, de igual modo, se recoge en el art. 1.201 de los “Principios del Derecho europeo de contratos” de 1998²⁷, verdaderos fundamentos de la futura legislación común europea del Derecho de contratos, debe negarse su aplicación en la actuación procesal de los litigantes, esto es, por qué lo correcto y válido en el ámbito del derecho privado no lo es también en el público, y más concretamente, en la actuación procesal de las partes²⁸.

Sin embargo, en aras a garantizar al máximo el debido respeto al derecho de defensa, y las lógicas “estrategias procesales” que los letrados pueden idear para la mejor protección de los derechos de su defendido, la LEC española exige un uso prudente de la norma que proscribire la mala fe procesal, y así su art. 247.2 exige el carácter “manifiesto” en la actuación maliciosa de la parte. En todo caso, al limitarse un derecho fundamental -el de defensa- siempre es necesario, para impedir la eficacia del acto procesal realizado de mala fe, que se produzca la infracción de otro derecho, bien o valor constitucional de la parte contraria –como pueden ser sus derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a la igualdad de armas procesales, a un proceso sin dilaciones indebidas, entre otros-, así como que se motive debidamente la existencia de dicha actuación maliciosa, decisión judicial que será susceptible de control posterior en méritos de los recursos legalmente previstos²⁹.

26. Probablemente por ello, no hay unanimidad dentro de los propios procesalistas que integran la denominada doctrina “revisionista” sobre la vigencia del principio de la buena fe procesal: en este sentido, frente a la citada opinión crítica de Montero Aroca, Alvarado Velloso afirma que uno de los cinco principios de todo proceso jurisdiccional lo constituye el de la “moralidad procesal”, destacando “si la razón de ser del proceso es erradicar toda suerte de fuerza ilegítima de una sociedad y evitar que todos se hagan justicia por mano propia, no puede siquiera concebirse que el legislador norme un medio de debate en el que pueda ser utilizada la fuerza bajo la forma de aviesa arteria o traición. De ahí que la regla moral ha de presidir siempre el desarrollo del proceso y el de los actos procedimentales que lo componen, al igual que debe hacerlo en todos los demás actos de la vida jurídica” (*Garantismo procesal ...*, ob. cit., p. 266).

27. Art. 1.201: “Buena fe y lealtad. (1) Cada una de las partes debe actuar de acuerdo con la buena fe y la lealtad. (2) Las partes no pueden excluir o limitar este deber”.

28. Por este motivo, ya CHIOVENDA destacaba que “come ogni rapporto giuridico o sociale il rapporto processuale deve essere governato dalla buona fede” (*Principii di diritto processuale civile*, 4ª edición, editorial Nicola Jovene, Napoli, 1928, p. 745).

29. Para un estudio más extenso de este tema me remito a mi trabajo *El principio de la buena fe procesal*, ob. cit., pp. 75 a 96 y 114.

B) La iniciativa probatoria ex officio iudicis

La atribución de cierta iniciativa probatoria al juez tampoco le convierte en un juez autoritario o fascista pues, como analicé en otros trabajos³⁰, bien delimitada dicha iniciativa se evita esta objeción. Así, entiendo que al juez se le puede atribuir iniciativa probatoria siempre que se limite a los hechos discutidos en el proceso -por lo que se protege el principio dispositivo-, a las fuentes probatorias que ya consten en la causa -impidiendo así una actuación inquisitoria, susceptible de vulnerar la debida imparcialidad judicial-, y se permita el ejercer el derecho de defensa a los litigantes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas. Con estos tres límites se evita la figura del juez autoritario o fascista. Precisamente, esta forma de entender la iniciativa probatoria del juez civil es la acogida por la reciente Ley de Enjuiciamiento Civil española, de 7 de enero de 2000, en cuyo art. 429.1.II y III LEC, establece: “Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”.

La redacción de esta norma, a pesar de que no indica con precisión si la actuación judicial es una mera sugerencia o una verdadera iniciativa probatoria³¹, es mejor que la de otros textos procesales civiles en los que el poder de ordenar pruebas no se limita, al menos legalmente, a las fuentes probatorias que ya consten en los autos, lo que puede provocar que el juez, actuando de forma inquisitiva, ponga en peligro su debida imparcialidad judicial.

2. El carácter privado del objeto discutido del proceso civil

Otro de los fundamentos sobre los que se basa la inactividad material del juez reside en el carácter privado del objeto discutido en el proceso civil, esto es, en la idea de que las partes deben ser libres en su disposición. En consecuencia,

30. Cfr. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 267 a 271; y *La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites*, en “Revista del Poder Judicial”, núm. 51, 1998, 294-295.

31. Tal como destaco en mi trabajo *La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso*, en “Los poderes del juez civil en materia probatoria”, coordinadores J. Picó i Junoy y X. Abel Lluch, editorial J. M^a. Bosch, Barcelona, 2003, p. 94.

toda actividad del juez se configura como una inaceptable intromisión estatal en el libro ejercicio de los derechos de los litigantes.

Sin embargo, esta tesis se sustenta en la idea completamente abandonada de que el proceso civil es un negocio particular. Ciertamente, las concepciones privatistas del proceso como negocio particular o relación jurídica privada se encuentran desde hace tiempo superadas, a favor de una visión “publicista” o “social” del proceso, que lo concibe como el instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Si bien es cierto que lo discutido en el proceso civil tiene, por regla general, un carácter disponible o privado, ello no comporta que tales características puedan igualmente predicarse del proceso, pues las normas que conforman su desarrollo afectan también al Estado, único titular de la función jurisdiccional, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de esta función³²⁻³³.

A diferencia de lo que sucede con el principio dispositivo –que posee un fundamento constitucional³⁴ y, por ello, es insoslayable en cualquier proceso civil–, el de aportación de parte en materia probatoria, tiene un carácter meramente técnico, que responde a un particular modo de concebir el desarrollo del proceso jurisdiccional, en el que la iniciativa de los jueces y tribunales se constriñe a la voluntad de las partes³⁵. Evidentemente, atribuir un carácter técnico a este principio no significa que sea inmune a concepciones políticas, y de hecho, suele relacionarse con el principio dispositivo indicándose que, como norma general, el proceso inspira-

32. Al respecto, vid. especialmente CARNACINI, T.: *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, en “Studi in onore di Enrico Redenti”, vol. II, editorial Giuffrè, Milano, 1951, pp. 695 a 772.

33. Por ello, es incorrecto el símil que efectúa CIPRIANI entre el hospital y un proceso, indicando que deben construirse antes que pensando en los médicos o los jueces, en los intereses de los enfermos o justiciables (*Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, ob. cit., p. 1244). En mi opinión, este símil no es correcto porque lo importante en ambos casos no es tanto los sujetos que intervienen (los enfermos o los litigantes) sino la función asignada al hospital y al proceso. Por ello, en ambos casos debe darse protagonismo tanto al médico como al juez, pues el hospital tiene por función ofrecer la mejor asistencia sanitaria al enfermo, y ello lo realiza el médico; y el proceso tiene por función obtener la resolución más justa posible de los conflictos intersubjetivos, y ello lo realiza el juez, por lo que de este modo se justifica que pueda atribuírsele cierta iniciativa probatoria. El símil formulado por CIPRIANI viene a demostrar la incorrección de sus planteamientos: el hospital es el lugar donde los ciudadanos acuden para curar sus enfermedades, y a nadie se le ocurriría pensar que no son los médicos los que deben indicar las pruebas a que debe someterse el paciente y el tratamiento a seguir. De igual modo, el proceso es el lugar donde los litigantes acuden para solucionar sus conflictos, por lo que si se quiere que éstos se resuelvan de la forma más justa posible, deben dársele al juez los medios y poderes necesarios para alcanzar tal fin.

34. Tal como analizo en mi trabajo *I principi del nuovo processo civile spagnolo*, en “Rivista di diritto procesuale”, 2003, 1, pp. 66 y 67.

35. Acerca del carácter técnico-procesal del principio de aportación de parte me remito a mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 217-218, y a las referencias bibliográficas ahí indicadas. De igual modo, vid. el reciente trabajo de ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pp. 31 y ss.

do por el citado principio lo está, igualmente, por el de aportación de parte. No obstante, la virtualidad de esta distinción se encuentra en el hecho de diferenciar con precisión el esencial y básico principio dispositivo, del eventual principio de aportación de parte. Así, mientras el legislador no puede, sin comprometer el carácter disponible del interés discutido en el proceso civil, consentir al juez tutelar dicho interés en ausencia de una demanda de parte o extralimitarse en tal tutela mas allá de lo dispuesto por los litigantes, si puede sustraerles el poder monopolístico de iniciativa probatoria incrementando, viceversa, los poderes del juez³⁶.

La atribución de ciertas iniciativas materiales al juzgador tiene su fundamento constitucional en el carácter Social del Estado de Derecho consagrado en el art. 1 de nuestra Constitución³⁷, así como en el deber del juez de velar por la efectividad en la tutela de los intereses discutidos en el proceso para lograr, de este modo, lo que el citado artículo primero proclama como valor superior del ordenamiento jurídico: la “justicia”, que constituye el objetivo final de la función jurisdiccional. Evidentemente, el problema radica en dotar de contenido o significado al valor “justicia”, pues su ambigüedad y falta de concreción pueden propiciar un excesivo decisionismo judicial. Sin embargo, como concluye KELSEN en su ensayo *¿Qué es Justicia?*³⁸, ésta “se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad”³⁹. En esta búsqueda de la “verdad” dentro del proceso -”verdad” mediatizada, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte, por los relatos fácticos de los respectivos litigantes- y respetando rigurosamente todas las garantías constitucionales de las partes, encuentra su justificación la iniciativa probatoria del juez.

Es cierto que las limitaciones propias del hombre hacen que no siempre pueda alcanzar la tan preciada “justicia”, pero no lo es menos que ello no debe ser obstáculo para que el legislador ponga en manos del juzgador los medios suficientes al

36. SATTA, S., y PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, 11ª ed., editorial CEDAM, Padova, 1992, p. 188. Para un estudio sobre los eventuales componentes “privatistas” y “publicistas” de un código procesal civil me remito al análisis detenido de PROTO PISANI, A.: *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato*, en “Il Foro Italiano”, 2000, 4, pp. 73 a 87, quien se muestra muy crítico con la opinión de CIPRIANI (cf. pp. 85 a 87).
37. En este sentido, vid. GIMENO SENDRA, V.: *Fundamentos del derecho procesal*, editorial Civitas, Madrid, 1981, p. 208; idem: *Causas históricas de la ineficacia de la Justicia*, en “Justicia”, 1987, III, p. 591; y ASENSIO MELLADO, J.M.: *Cien años de derecho procesal en España*, en “El derecho español del siglo XX”, AAVV, editorial Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 278; idem: *Derecho Procesal Civil*, parte primera, 2ª edición, editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 34-35.
38. Este ensayo constituye su conferencia de despedida como profesor de la Universidad de California pronunciada en Berkeley el 27 de mayo de 1952. Junto con otros ensayos del mismo autor se encuentra en la obra *¿Qué es Justicia?*, editorial Ariel, Barcelona, 1991 (pp. 35 a 63).
39. P. 63.

objeto de que ésta pueda lograrse en el mayor número de ocasiones, máxime si con ello no se infringe precepto constitucional alguno. Como ha indicado TARUFFO, al estudiar el concepto de «justicia de la decisión judicial»⁴⁰, ésta no es nunca justa si se fundamenta sobre una determinación errónea o inexacta de los hechos, por lo que concluye que la certeza del juicio sobre los hechos es una condición necesaria para que pueda afirmarse que la decisión judicial es justa. Además, todo ello es compatible con la teoría que considera que el proceso únicamente sirve para resolver conflictos: si no se acepta como válida cualquier solución del conflicto, y en su lugar se piensa que éste deber ser resuelto sobre la base de algún criterio de justicia, entonces ciertamente nos encontramos con el deber de reconocer que la declaración judicial certera de los hechos es una condición necesaria para lograr la solución justa del proceso.

Siguiendo con esta argumentación, observamos que nuestra Constitución recoge en su art. 24.1 el derecho fundamental de toda persona a obtener una *efectiva* tutela judicial. Para que el juez pueda otorgar esta tutela, aplicando correctamente la ley, necesita la prueba de los hechos litigiosos. En consecuencia, si el objetivo de todo proceso es que los Jueces y Magistrados apliquen la ley a unos determinados hechos, de cuya certeza deben estar convencidos, coartarles o restringirles, de un modo absoluto, la iniciativa probatoria supone, a mi entender, una limitación a la efectividad de la tutela judicial en la aplicación de la ley y, a la postre, a la búsqueda de la justicia⁴¹.

En definitiva, a la luz de todas estas previsiones constitucionales, se alcanza una idónea armonización entre el carácter privado del objeto litigioso y la naturaleza pública del proceso, facilitando que los órganos jurisdiccionales pueden otorgar una efectiva y justa tutela de los intereses en conflicto.

3. La protección de la imparcialidad judicial

Finalmente, la pasividad del juez dentro del proceso suele fundamentarse en la necesidad de proteger su debida imparcialidad. Sin embargo, atendiendo a los límites que anteriormente se han indicado sobre la iniciativa probatoria del

40. TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, ob. cit., p. 43.

41. En este orden de ideas, vid. también BARBOSA MOREIRA, J.C.: *Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba*, en “Libro Homenaje al Profesor Jaime Guasp”, editorial Comares, Granada, 1984, p. 156; MORELLO, A.M.: *La prueba. Tendencias modernas*, Librería editorial Platense y Abeledo-Perrot, La Plata-Buenos Aires, 1991, pp. 60 a 64; BERIZONCE, R.O.: *El activismo de los jueces*, en “Derecho Procesal Civil Actual”, editorial Platense y Abeledo-Perrot, La Plata-Buenos Aires, 1999, pp. 374-375.; y GOZAÍN, O.A.: *Elementos de Derecho Procesal Civil*, editorial La Ley, Buenos Aires, 2002, pp. XVI y XIX; *Problemas actuales del derecho procesal (garantismo vs activismo judicial)*, editorial FUNDAP, México, 2002, p. 43.

juez, y en concreto, la imposibilidad de ordenar medios de prueba sobre fuentes probatorias que no consten en los autos, se evita que el juez pueda actuar inquisitivamente, buscando pruebas más allá de las libremente introducidas por las partes. Este límite se recoge correctamente en el art. 429.1.II LEC, cuando exige que la iniciativa probatoria del juez se ciña “a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos”⁴².

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA: El debate abierto por la doctrina “revisionista” esta mal planteado en la medida en que mediante la ideologización de las iniciativas materiales de dirección del proceso que se otorgan al juez pretende politizarse una cuestión puramente técnica. Lo relevante no es si el juez debe tener iniciativa probatoria o no, o si debe velar por el respeto a la buena fe de las partes, sino cuáles deben ser los límites de tales iniciativas.

SEGUNDA: La postura radical de la doctrina “revisionista”, negando todo tipo de iniciativa material del juez, supone restar eficacia al proceso como instrumento del Estado para la justa tutela de los intereses litigiosos. En mi opinión, no debe buscarse el garantismo sin tener en cuenta la función que cumple el proceso, ni tampoco la eficacia olvidándose las garantías constitucionales del proceso. El garantismo exacerbado puede originar la ineficacia del proceso, y la eficacia extrema puede propiciar la vulneración de las garantías básicas de la actividad del juez –con su deber de imparcialidad- y de las partes –con sus derechos a la defensa-. Por ello, el debate garantismo-eficacia no debe plantearse en términos de prevalencia de uno sobre otro, sino de compatibilidad, esto es, debe buscarse la máxima eficacia del proceso respetando las garantías procesales del juez y de las partes.

TERCERA: Las posturas “revisionistas” parten de un planteamiento “perverso” de la cuestión, pues impiden el diálogo o debate con la doctrina que no opina de igual modo, ya que colocan necesariamente a los autores que integran este último sector bajo la descalificación –aun indirecta- de ser fascistas o autoritarios. Por ello, para evitar enfrentamientos más ideológicos que técnicos, debe hacerse siempre una lectura garantista de las normas procesales en orden a obtener la máxima eficacia de las mismas. Y esta lectura, como se ha podido comprobar, no

42. Además, esta iniciativa probatoria, como he analizado en otro trabajo (*Los principios del nuevo proceso civil*, ob. cit., p. 54), tampoco supone la destrucción de la carga de la prueba, que seguirá aplicándose en aquellos supuestos en los que a pesar de la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso, determinados hechos continúen siendo inciertos.

es incompatible con el hecho de atribuir cierta iniciativa probatoria al juez civil, o permitirle el control de la buena fe procesal de las partes.

CUARTA: En definitiva, entiendo que en el debate procesal lo verdaderamente relevante no es tanto buscar el origen histórico de una determinada institución, o más concretamente, el régimen político en el que ha surgido, sino analizar si dicha institución es o no válida para lograr la mejor justicia sin sacrificar ninguna garantía procesal. O si se quiere, examinar si las instituciones presuntamente autoritarias o de origen fascista, vulneran alguna garantía procesal. Sólo en este caso deberemos optar por el garantismo. De lo contrario, entre dos opciones igualmente válidas y garantes, deberemos optar por aquella que permita la más justa decisión del caso concreto, pues así se alcanzará la mayor eficacia posible del sistema procesal. Por ello, el juez que vela por el respeto a la buena fe procesal o actúa una iniciativa probatoria, con los límites que se han indicado, no es un juez fascista o autoritario, sino simplemente un juez comprometido en la obtención de la solución más justa posible de los conflictos. Probablemente por este motivo, en la mayoría de los ordenamientos procesales actuales, así como en las propuestas internacionales de *lege ferenda*, se acoge este modelo de juez civil.

XIII

Y AL FINAL DEL DÍA, ¿QUÉ ES EL GARANTISMO EN EL PROCESO CIVIL?

Juan F. Monroy Gálvez

Falta titulação do autor.

SUMARIO: Un poco de historia sobre el garantismo – El garantismo de Luigi Ferrajoli – Garantismo y función jurisdiccional – El garantismo a fines del siglo XX – El garantismo en el proceso civil.

“De pie sobre un montículo, vi acercarse a lo viejo, más venía a guisa de lo nuevo. Rengueaba apoyado en muletas nuevas que nadie había visto nunca jamás, y despedía un nuevo olor a podredumbre que nadie había olido nunca.” (**Bertold Brecht**, *Parade of the Old New*).

Emerson dice que las ideas nacen dulces y envejecen feroces. Y si, por ejemplo, recordamos algunos hitos históricos del Cristianismo, no hay manera de refutarlo. Si no, ¿cómo explicar que la doctrina del amor y de la caridad cuya principal virtud teologal se expresa, precisamente, en la práctica fraterna y permanente del bien, haya producido las Cruzadas, la Noche de San Bartolomé, el exterminio de los Cátaros en el Languedoc o la Santa Inquisición? ¡Tanta muerte y tortura en nombre del amor al prójimo!

Por otro lado, no encuentro fundamento para considerar que la tesis de Emerson no pueda, a su vez, ser aplicada en el ámbito de las disciplinas jurídicas. Ciencia social al fin, el Derecho y aquello en que consista una teoría o una institución jurídicas, deben soportar no sólo el desprestigio de los que la malentienden sino, de manera inexorable, el embate de los movimientos sociales y de las nuevas situaciones que éstos sucesos originan. Por cierto, si las ideas jurídicas no logran superar la barrera del tiempo -de hecho muy pocas lo hacen- se convertirán en instituciones arcaicas, vestigios de lo que alguna vez fue una etapa de la historia de las ideas jurídicas y de las sociedades en donde fueron propuestas. Pasarán a formar parte de lo que Wiethölter llama un ‘derecho legendario’, es decir, un derecho que ya no existe. Algunos ejemplos a pie de página de cómo han evolucionado

las normas probatorias desde el Medioevo al Post-Capitalismo, completan la idea que aquí bosquejamos¹.

Lo expresado permite, por otro lado, recordar como algunas sociedades –es el caso de las latinoamericanas- a quienes les fue impuesto el ordenamiento jurídico de su conquistador, tienen la tendencia a conservar como propias las instituciones jurídicas importadas, las que no sólo son ajenas a su idiosincrasia y a sus necesidades sino que, además, hace mucho devinieron en caducas en su lugar de origen. Esta fidelidad canina a tradiciones ajenas tiene un contenido ideológico que es necesario develar².

1. *'Si hubiera algún Hijodalgo en pleito con labrador, o con algún Hijodalgo el labrador, y diera pruebas una parte contra la otra; puede el Hijodalgo decir contra las pruebas que diera el labrador, que el labrador no es hijo de velado, o que es perjuro, o que es excomulgado; probado esto las pruebas se pueden desechar, pero el labrador no puede hacer ninguna cosa de éstas contra el Hijodalgo.'* (**Fuero Viejo de Castilla**. Título II, VIII. Vigente entre el siglo XI y el XIV).

'Toda mujer vecina, o hija de vecino puede atestiguar en cosas que fueron hechas o dichas en baño, o en horno, o en molino, o en río, o en fuente, o sobre hilados o telares, o en partos o en otros hechos mujeriles; y no en otras cosas, sino en las que manda la ley; si no fuere mujer que anda en semejanza de varón: no debe testimoniar sino en cosas que sean contra Rey o contra su Señorío'

(...)

'Las pruebas que alguno quisiera dar sobre su pleito, así como fuera juzgado, las recibirá el Alcalde por escrito, con uno de los Escribanos de Consejo.' (**Fuero Real de España**. Título VIII, Leyes VIII y XI)

'Decimos también que los ancianos deben ser más creídos que los jóvenes, porque vieron más, pasaron por más cosas y deben saber más de los hechos. También decimos que debe ser más creído el hidalgo que el villano, porque éste tiene más posibilidades de errar en lo que fuese a decir, por miedo o por premio, que el hidalgo, quien temerá más caer en vergüenza por sí y por su linaje. Y más se debe creer al rico que al pobre, porque es más probable que el pobre caiga en mentira que el rico, por codicia o por promesa. Y más creído debe ser el varón que la mujer, porque aquél tiene el seso más cierto y más firme. Y más debe ser creído aquel que no es tan amigo de la persona por quien firma, que el que lo fuere.' (**ESPÉCULO**, Título VII, Ley XXXII)

- Estas regulaciones han sido extraídas de '**Los Códigos Españoles**'. Madrid: Antonio de San Martín, Editor. 1872. XII tomos.

- Las citas acreditan que las normas procesales son representativas como pocas claves culturales del contexto histórico en donde se originaron. Acreditan también que la enseñanza de Cappelletti era cierta: el proceso es un fenómeno de masas. Un dato esencial a tener en cuenta cuando se describe la estructura de sus instituciones pero, sobre todo, cuando se propone su transformación, en tanto es importante que el reformador sepa a quién se debe. Y, finalmente, acredita algo que quedará comprobado al final de este comentario: que si bien las instituciones procesales pueden darnos una impresión real del sistema social en donde estuvieron o están vigentes, la transformación de un sistema procesal no puede empezar por la postulación de aspectos concretos de técnica procesal, en tanto es indispensable que, previamente, se asuma una concepción del mundo que, en el plano jurídico, consistirá en una específica doctrina de filosofía política, una determinada teoría del derecho y, como consecuencia de ello, la elección de un sistema procesal. Hacerlo al revés –discutir los poderes que debe tener un juez, por ejemplo- equivale a pintar un edificio comenzando por el primer piso, con lo cual es bastante probable que al pintar el segundo manchemos el primero y así sucesivamente.

2. Un día, que es de esperar no tarde mucho, las facultades de derecho sudamericanas (hago especial referencia a las peruanas por experiencia directa) se sacudirán de la carga de seguir ejecutando las pautas provistas por un contenido curricular acogido en el primer tercio del siglo pasado y, sin duda, consecuente con la "visión importadora" que de los estudios jurídicos tenían la mayoría de nuestros juristas nativos. En efecto, aún a la fecha la formación del abogado se forja tomando como fundamento basilar el derecho privado

Por lo demás, desde el Medioevo hasta el Post-Capitalismo, el fenómeno jurídico ha transitado por una ruta muy singular, ha renunciado a su origen social, de tal manera que aquello que puede llamarse, con evidente exceso, progreso jurídico no es más que una evolución (¿o involución?) abstracta y racional de categorías y conceptos que configuran una superestructura, esto es, un sistema de enunciados que desde fuera de la realidad pretenden describirla o, en todo caso, proponer cómo debería ser ésta. Semejante desvinculación del fenómeno jurídico de su formación o génesis social es una de las tantas desgracias que le son imputables al Iluminismo racionalista. Este es el fundamento, además, por el que encontramos, en los preludios del siglo XXI, un Derecho que sólo se transforma por autopoiesis, a considerable distancia del tejido social en donde manifiesta su eficacia pero severamente relativizado debido al monopolio de la producción legislativa impuesta por y desde el Estado, su creador exclusivo³.

—específicamente el derecho civil— sin que se cuestione lo evidente: la injerencia de lo que se enseña es inversamente proporcional a los acuciantes problemas —la palabra ‘problema’ viene de *pro* (adelante) y *legein* (arrojar, lanzar), es decir, su significado literal hace referencia a los obstáculos que nos depara el futuro— que debe enfrentar y resolver el Derecho como ciencia social.

Aunque debe quedar claro que lo descrito no es casual. A fin de mantener el estado de la situación, siempre resulta útil un Derecho que se manifieste como un instrumento de control al servicio del poder, un saber que prescindiera de sus orígenes sociales y que sólo se exprese como un sistema legal completo y definido, en donde el único productor, el Estado, autosatisface sus apetencias asegurando orden y paz mientras se produce la sobreexplotación del trabajador y de los recursos naturales por medio de leyes abstractas y genéricas. Son precisamente estas leyes las que permiten presentar la imagen de una sociedad unidad, coherente y pacífica, aunque en sus entrañas esté creciendo la más terrible y cruel desigualdad, explotación y violación de los derechos fundamentales de extensas y mayoritarias franjas de población para quienes el Derecho sólo es un conjunto de leyes desconocidas, oscuras y punitivas. En ese contexto y atendiendo a los rasgos descritos de aquello que actualmente llamamos Derecho, queda claro que su finalidad es obtener la máxima eficiencia de las leyes del mercado aunque para lograrlo tengan que ser sacrificados los más elementales derechos del trabajador y de los millones que imprevista y continuamente dejan de serlo.

Entonces, en plena era de la transnacionalización de los mercados, un abogado formado en el conocimiento de estructuras y categorías que refieren un sistema social y económico que ya no existe, responde perfectamente al diseño de un jurista preocupado únicamente por su ascenso social y, además, por considerar que su profesión sirve para mantener el estado de la situación.

Estas son las razones por las cuales las estructuras curriculares de la mayoría de las facultades de derecho latinoamericanas se construyen en torno al llamado Derecho privado, nombre que, como su contenido, no es más que una categoría zombi en cuanto presupone una clasificación (público y privado) conocida y repetida en los textos y aulas pero vaciada de realidad.

3. “No cabe duda alguna de que el Derecho se muestra hoy al no jurista —o al jurista relativamente consciente— bajo una dimensión exquisitamente ‘autoritaria’, es decir, como instrumento de la autoridad del Estado, expresándose en las manifestaciones normales de la ley, del acto administrativo, de la sentencia judicial; manifestaciones que indican toda una superioridad y un distanciamiento entre el ente productor y la comunidad de destinatarios.

No cabe, asimismo, duda de que el producto típico del constitucionalismo moderno que hemos convenido en denominar ‘Estado de Derecho’ —del que somos los herederos y en el que, en buena parte, aún vivimos— con su arquitectura formal, con su rigurosa selección y separación entre lo jurídico y lo metajurídico, con su sustancial identificación del Derecho con la ley como manifestación formal de la soberanía, refuerza una imagen de aquél como separado o fácilmente separable de las transformaciones sociales y culturales.

UN POCO DE HISTORIA SOBRE EL GARANTISMO

La pesquisa de Perfecto Andrés Ibáñez⁴ ubica en la segunda década del siglo pasado⁵, el empleo inicial del concepto ‘garantismo’ en un sentido institucional y no aislado. Éste es entendido por De Ruggiero⁶ como “*la concepción de las*

En esta visión, que tiende a vincular ‘naturalmente’ la producción del Derecho con los órganos del Estado y a hacer del Derecho una realidad exquisitamente ‘formal’, el fenómeno jurídico sufre una autoinmovilización e incluso una inelectible esclerotización sobre sí mismo. Fuente por excelencia se perfila allí la ley, que es, por vocación intrínseca propia, regla general abstracta y rígida, en tanto que el ordenamiento asume un carácter meramente legislativo.

Todo ello es fruto no solamente de una determinada ideología jurídica así consolidada en los últimos doscientos años, sino también de otras exigencias similares determinadas por una circulación económica-jurídica capilar y exorbitante; o sea, es un inevitable punto de llegada al mundo jurídico moderno, que nadie intenta rebatir, pero del que se hace obligatorio subrayar las implicancias negativas”. (GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons. 1996. p. 40).

4. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Garantismo: Una teoría crítica de la Jurisdicción*. En: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madrid: Editorial Trotta. 2005. p. 59.
5. De Ruggiero, Güido. *Storia del liberalismo europeo*. Bari: Laterza. 1925.
6. Constituye un dato de la mayor importancia ubicar a De Ruggiero en el contexto del pensamiento filosófico y político italiano del siglo XX. Fue en sus inicios un historicista integral, esto durante la época (las primeras décadas del siglo XX) en que fue discípulo de Giovanni Gentile. Sin embargo, acabada la Segunda Guerra Mundial abandonó el historicismo por considerar que se trataba de una visión retrógrada que perjudicaba la perspectiva de la historia por hacerse. Tal vez eso explique el nombre de su libro y de aquello en lo que antes creía (*Il ritorno alla ragione*. Bari: Laterza. 1946).

Giovanni Gentile, el maestro de De Ruggiero, fue un filósofo liberal proveniente de la derecha histórica italiana. En una de sus obras (*Dopo la vittoria. Nuovi rammenti politici*. Roma: Quaderni della “Voce”. 1920. pp. 47-48) definió algunas de sus ideas que a este propósito interesan: “*El liberalismo, por lo menos de 100 años a esta parte, es concepción del Estado como libertad y de la libertad del Estado: doble ecuación en cuya unidad encuentra adecuada expresión el principio liberal. Ni el Estado exterior al individuo, ni el individuo concebible como abstracta particularidad, fuera de la immanente comunidad ética del Estado, en que él realiza su efectiva libertad*”. Lo importante es que esta concepción ética del Estado (nótese que no es jurídica ni económica) le permitió encontrarse en las mejores condiciones –al decir de Bobbio– “*para demostrar que el fascismo no era en absoluto una ruptura con el pasado (...), sino que no era otra cosa que la plena realización del “verdadero” liberalismo, traicionado por todos los que siempre lo habían tomado por una doctrina individualista y materialista*”. (BOBBIO, Norberto. *Perfil ideológico del siglo XX en Italia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1989. pp. 213-214).

Bajo la premisa de que “*el máximo de libertad coincide con el máximo de fuerza del Estado*”, Gentile niega que haya diferencia entre fuerza material y moral (“*toda fuerza es fuerza moral, porque se dirige siempre a la voluntad; y cualquiera que sea el argumento adoptado –de la prédica a los palos de la policía– su eficacia no puede ser otra que la que por fin apremia interiormente al hombre y lo hace consentir.*” (GENTILE, Giovanni. *Che cosa é il fascismo. Discorsi e polemiche*. Firenze: Vallecchi. 1925. p. 50). Con menos fundamento filosófico, qué duda cabe, Mussolini hace suya la tesis de Gentile. Así se expresó en un discurso dado en marzo de 1923: “*Declaro que quiero gobernar, si es posible, con el mayor consenso de los ciudadanos. Pero, en espera de que ese consenso se forme, se alimente y se fortalezca, yo acumulo el máximo de las fuerzas disponibles. Porque puede suceder por ventura que la fuerza haga encontrar el consenso, y en todo caso, si faltara el consenso, está la fuerza*”.

Una prueba irrefutable de la ductibilidad de las ideas de Gentile para estar al servicio del fascismo se encuentra en su concepción del Derecho. Según Gentile el Derecho y la Moral tienen una relación temporal, en la medida en que Derecho es lo querido y la Moral es lo que se quiere, lo que ahora volitivamente se afirma, siendo así, el Derecho y la Moral se identifican en el presente. Como bien se sabe, toda teoría jurídica

que identifica al Derecho con la Moral termina, más temprano que tarde, al servicio de los totalitarismos. Así también lo explica Fassó: “Y como el pensamiento pensante, no debiendo adecuarse a objeto extraño a él, crea el objeto actuándolo, pensándolo él mismo como sujeto, así la voluntad queriente, no debiendo querer objeto extraño a ella, crea el objeto actuándolo, queriéndolo ella misma. Mas, como lo pensado es no-ser respecto al pensar, igualmente lo querido es irreal respecto al querer en acto: ‘Lo querido, como querer ya querido, no es más querer, sino contenido del querer’.

Este querer ‘como querer ya querido, es el Derecho en sentido estricto, que se puede denominar voluntad ya realizada, distinta de la moralidad’ (moral que es el querer en acto). El momento abstracto del querer, necesario a la dialéctica de éste, pero carente de realidad en sí, es la ley; ley que la voluntad ‘resuelve en su libertad’, o sea, que la voluntad libremente quiere y que, en cuanto la quiere la dota de realidad, haciéndola dejar de ser ley y rehaciéndola moralidad. La ley es querida por la voluntad, pero por querida que sea, ‘no reconocemos allí nuestra actividad, que es libre...’, y la atribuimos a otra voluntad (divina o humana, pero más fuerte que la nuestra). Ella, una vez pensada, no puede dejar de formar parte del contenido de nuestra voluntad queriente y potente en cuanto la reconocemos y consentimos, y por consiguiente, también queremos que quiera.

En otras palabras, el querer es real cuando, querer queriente, o crea la ley o exigiéndola, la quiere igualmente en acto y, entonces, en cuanto querer en acto, es moralidad. El Derecho, no querer queriente, sino abstracto momento del querer, querido, no es real. El querer, en suma, o es moralidad (en cuanto es querer en acto) o no tiene realidad. Por tanto, como para Croce, así también para Gentile, no hay lugar para el derecho en la dialéctica del querer”. (FASSÓ, Güido. Historia de la Filosofía del Derecho. Madrid: Ediciones Pirámide. 1983. Tomo III. p. 208).

Un dato que merece ser recordado y tomado en cuenta a fin de ubicar los orígenes del pensamiento garantista es el hecho de que Giovanni Gentile fue Ministro de Instrucción Pública de Italia entre 1922 y 1924, es decir, durante el gobierno fascista. Finalmente, y sólo para evitar equívocos, Gentile, el maestro de De Ruggiero, fue el autor de la voz *Fascismo* aparecida en la *Enciclopedia Italiana* en 1932, aunque claro, por razones de propaganda, apareció bajo la firma de Mussolini. Allí se dice del fascismo que es una concepción espiritualista, ética, religiosa e histórica, además de antiindividualista, en tanto el individuo: “*existe para el Estado; y existe para el individuo en cuanto éste coincide con el Estado... El liberalismo negaba al Estado en interés del individuo particular; el fascismo reafirma al Estado como la verdadera realidad del individuo*”. (voz *Fascismo* en la *Enciclopedia Italiana*, XIV, p. 847).

Para terminar de conocer el pensamiento de Gentile y su discípulo De Ruggiero, es necesario recordar una tesis de Gramsci. A la pregunta sobre si los intelectuales son una clase social propia o cada cual tiene los suyos, Gramsci afirma que en cada grupo social, en atención a su particular función en la producción económica, “*se crea conjunta y orgánicamente uno o más rangos de intelectuales que le dan homogeneidad y conciencia a la propia función, no sólo en el campo económico sino también en el social y en el político*”. A éstos les llama **intelectuales orgánicos**, los que considera son “*especializaciones de aspectos parciales de la actividad primitiva del tipo social nuevo que la nueva clase ha dado a luz*”.

Pero como ningún grupo social surge a la realidad sin que exista una historia protagonizándose, cuando ello ocurre ya están presentes “*categorías intelectuales preexistentes y que además aparecían como representantes de una continuidad histórica no interrumpida aún por los más complicados y radicales cambios de las formas políticas y sociales*”.

La más típica de estas categorías intelectuales es la de los eclesiásticos, por largo tiempo monopolizadores (durante toda una etapa histórica que en parte se caracteriza por este monopolio) de algunos servicios importantes: la ideología religiosa, es decir la filosofía y la ciencia de la época, con la escuela, la instrucción, la moral, la justicia, la beneficencia, la asistencia, etc. (...) Pero el monopolio de las superestructuras por parte de los eclesiásticos no se ejerció sin luchas y limitaciones, y por eso nacieron, en variadas formas, otras categorías, favorecidas y acrecentadas por el afianzamiento del poder central del monarca hasta llegar al absolutismo. De ese modo la aristocracia de la toga se fue formando, con sus propios privilegios, un grupo de administradores, etc.; científicos, teóricos, filósofos no eclesiásticos, etc.”.

A estos Gramsci les llama **intelectuales tradicionales** en tanto “*sienten con ‘espíritu de cuerpo’ su no interrumpida continuidad histórica y su ‘calificación’ del mismo modo se observan a sí mismas como autónomas e independientes del grupo social dominante. Esta autopoición no carece de consecuencias de*

garantías de la libertad, en lugar de los formales y a menudo ineficaces enunciados de su ideología esencial". Luego el autor italiano hace una precisión que, con el tiempo, ha de constituirse, para decirlo aristotélicamente, en la diferencia específica del Garantismo. Afirma que éste es: "*libertad política concebida como libertad del individuo en relación con el Estado o frente al Estado*"; esto implica en el plano político, continua el autor, "*una institución que establece límites precisos e infranqueables a la acción del Estado*".

Como se advierte, enmarcado el concepto dentro de la filosofía idealista y liberal, la referencia específica que se tiene del garantismo es la de un tránsito del concepto de libertad desde el plano abstracto a un plano concreto, en el sentido de que ésta deja de ser un derecho supremo e innato para pasar a convertirse en un valor que necesita estar plasmado en una Constitución, donde debe ser perfilado y regulado a partir de los límites que, respecto de su vigencia, se debe imponer a la acción del Estado. Estos parámetros se afirman en la Constitución y se concretan en leyes reguladoras de su vigencia y eficacia.

EL GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI

Luego de un periodo de discreto silencio, se puede afirmar que en los antecedentes descritos se puede encontrar el origen de lo que ahora aparece expresado en la línea de pensamiento desarrollada por la teoría del garantismo de Luigi Ferrajoli. Como la evolución del pensamiento social no se somete a las leyes de la genética, resulta pertinente precisar que la visión contemporánea de Ferrajoli está, por su contenido, absolutamente liberada de las fórmulas impositivas y verticales de sus antecesores.

Por lo demás, los antecedentes descritos parecen no ser reconocidos como tales por el propio Ferrajoli⁷, quien ubica la aparición del concepto garantismo en

vasto alcance en el campo ideológico y político: toda la filosofía idealista se puede relacionar fácilmente con esta posición asumida por el complejo social de los intelectuales y se puede definir la expresión de esa utopía social según la cual los intelectuales se creen 'independientes', autónomos, investidos de caracteres propios, etc." (GRAMSCI, Antonio. *Los intelectuales y la organización de la cultura*. Buenos Aires: Nueva Visión. 2006. pp. 9-12).

Estos son los antecedentes que se deben tener en cuenta para ubicar las ideas de Guido de Ruggiero. Tanto él como su maestro Giovanni Gentile son ejemplos típicos del intelectual tradicional, en apariencia a distancia de la clase a la que representan pero, en los hechos, colocando sus ideas a su servicio. Por eso, también, es pertinente recordar el hecho de que el trabajo que cita Andrés Ibáñez pertenece a la segunda década del siglo XX, esto es, cuando De Ruggiero todavía no se había "arrepentido".

7. "*La palabra garantismo es nueva en el léxico jurídico. Fue introducida en Italia en los años 70 en el ámbito del Derecho Penal. Sin embargo, creo que puede extenderse a todo el sistema de garantías de los derechos fundamentales. En este sentido, el garantismo es sinónimo de Estado constitucional de Derecho*" (Entrevista

el ámbito de la justicia penal y a mediados de los setenta. Precisamos que surgió como una limitación a los excesos de una legislación penal que pretendía frenar ‘como sea’ el creciente fenómeno del terrorismo en Italia y en otros países- aunque luego fue superada prontamente esa reducción convirtiéndose en una teoría crítica del Derecho que, ya en otro contexto, sustenta y promueve la concreción de un Estado Constitucional de Derecho cuyo rasgo fundamental sea la tutela (allí está expresada la garantía) de las libertades del individuo frente al poder⁸.

El desarrollo que han tenido las ideas de Ferrajoli ha sido vasto en el último cuarto de siglo, esto ha determinado que del garantismo se pueda tener, en la actualidad, por lo menos tres enfoques complementarios. De un lado, se trata una teoría jurídica metódica, en tanto explica la esencia del Derecho y su funcionamiento desde una óptica determinada que puede denominarse –Ferrajoli así lo hace- iuspositivismo crítico. Por otro, también estamos ante un modelo constitucional normativo, en tanto postula una teoría sobre lo que ‘debe ser’ un Estado Constitucional de Derecho. Y, finalmente, en tanto promueve un modelo de Estado, el garantismo considera que la esencia de éste –como ya se anotó- es el reconocimiento y la protección de los derechos ciudadanos, razón por la cual constituye también una teoría de filosofía política. Como se puede advertir, estamos ante tres teorías en una, a lo que se debe agregar un altísimo grado de coherencia entre ellas. Podemos compartirlas o no, sin embargo, atendiendo a su reconocido auge no es posible dejar de considerarlas como referentes. A continuación, un brevísimo desarrollo de sus principales fundamentos.

- 1) Desde un punto de vista metódico, el garantismo, manteniendo la separación entre el ‘ser’ y el ‘deber ser’ del Derecho, esto es, entre efectividad

a Luigi Ferrajoli realizada por Gerardo Pisarello y Ramón Suriano. En: Isonomía. No. 9. Octubre 1998. p. 187).

8. “Garantizar significa afianzar, proteger, tutelar algo, y cuando en el contexto jurídico se habla de garantismo ese ‘algo’ que se tutela son derechos subjetivos o bienes individuales. Podría decirse pues, en una primera aproximación, que un derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos (y sobre todo) por parte del poder estatal. Estos instrumentos jurídicos son las garantías, esto es, límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de los derechos y minimizar sus amenazas. El garantismo se vincula así al concepto de Estado de Derecho, en cuanto modelo jurídico encaminado a limitar y evitar la arbitrariedad del poder.

Aunque cabría hablar de distintas clases de garantismo en función del tipo de derechos a cuya protección se orientan las garantías, histórica y culturalmente el garantismo ha surgido como una teoría y una práctica jurídica encaminadas a defenderlos derechos de la libertad. Por ser el poder punitivo del Estado el que más claramente restringe o amenaza la libertad personal, el garantismo liberal se ha desarrollado prevalentemente como garantismo penal. Éste ha sido –y sigue siendo- el campo emblemático del garantismo.” (GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. *La argumentación en el derecho*. Lima: Palestra. 2005. pp. 30 y 31).

y normatividad, se desplaza en tres planos del análisis jurídico: a) uno **metajurídico**, constituido por la posibilidad de realizar un enjuiciamiento desde fuera (moral) del Derecho; b) otro **jurídico**, el cual implica un enjuiciamiento del Derecho desde sus propias instituciones y categorías y c) un enfoque **sociológico**, por medio del cual se estudian, identifican y se precisan las relaciones entre el Derecho y la práctica social efectiva (política).

Ferrajoli considera que la distancia que media entre ‘el deber ser del Derecho’ –lo que vendría a ser el modelo de **validez-** y el ‘ser del Derecho’ –lo que correspondería al sistema jurídico **vigente-** determina un “*grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes*”⁹. Esto significa que más allá del esfuerzo que se realice siempre va a existir una fractura entre el modelo y la realidad. A pesar de lo cual, y dado que ambos –el ‘deber ser’ y el ‘ser’ del Derecho– están positivizados, la función de los juristas y de los jueces es hacer del Derecho una ciencia que asuma el delicado encargo de analizar, identificar y criticar la deslegitimación de las instituciones jurídicas positivas, es decir, de aquéllas que formando parte del Derecho no participan de los fines que éste persigue. Para lo cual, será necesario que se realicen dos operaciones lógicamente consecutivas, un juicio de vigencia y otro de validez¹⁰ o, si se quiere, uno referido a la validez formal y otro destinado a evaluar la validez sustancial¹¹.

9. **FERRAJOLI, Luigi.** *Derecho y Razón*. Madrid. Trotta. p. 854.

10. “29. En seguida vamos a caracterizar el juicio de vigencia y el juicio de validez distinguiéndolos del juicio de justicia, del de eficacia y del de constitucionalidad. Pero permitásenos adelantar una definición operativa de uno y otro término, aunque ahora en términos lógico-jurídicos o argumentativos:

Juicio de vigencia es aquel que va referido a la mera constatación de la existencia de una norma en el interior de un sistema jurídico. Es un juicio de hecho o técnico, pues se limita a constatar que la norma cumple los requisitos formales de competencia, procedimiento, espacio, tiempo, materia y destinatario; y como tal juicio de hecho es susceptible de verdad y falsedad.

Juicio de validez es aquel en virtud del cual se declara (si es positivo) que una determinada norma (cuya vigencia formal se ha comprobado como verdadera) se adecua además en su contenido a las determinaciones existentes en niveles superiores del ordenamiento, con independencia de que estas determinaciones sean reglas o principios, valorativas o neutras, justas o injustas, eficaces o ineficaces.” (**SERRANO, José Luis.** *Validez y Vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Editorial Trotta. 1999. p. 51).

Tal vez no sea exacto decir que el juicio de vigencia es de hecho cuando parte de su análisis está referido a aspectos como la competencia y el procedimiento, temas que exigen más bien un examen o juicio de derecho. Sin embargo, en cualquier caso la propuesta de separar e identificar los requisitos para un análisis de vigencia y validez constituyen un aporte garantista a la teoría del derecho de considerable significado.

11. “En el Derecho moderno primigenio la norma de reconocimiento consistía simplemente en el principio de legalidad, acorde con la fórmula hobbesiana **auctoritas facit legem**. La validez equivalía a la existencia de las normas y la existencia implicaba a su vez validez, en el sentido kelseniano pero también de Hart o Bobbio. Por el contrario, en el paradigma constitucional las leyes están subordinadas no sólo a normas formales sobre su producción sino también a normas sustanciales, esto es, a los derechos fundamentales establecidos en la constitución. Por eso, las condiciones de validez de las normas son también sustanciales,

Con respecto a la función que corresponde a los jueces, Ferrajoli considera que la diferencia entre validez y vigencia configura una situación especial para la actuación de aquéllos. Dada la amplitud con que se manifiesta la vigencia, ésta permite la existencia de normas tendencialmente garantistas en una realidad que se presenta contradictoria, esto es, tendencialmente antigarantista. La situación descrita conduce al juez y al jurista a asumir una función concreta pero de singular trascendencia y responsabilidad: **criticar** el derecho eficaz pero inválido desde instrumentos contenidos en el derecho válido pero ineficaz. Con esta tesis, el garantismo asume dos reglas que van a ser determinantes para estructurar su propia teoría del derecho: que ninguna norma justa es, por tal razón, jurídica; y que ninguna norma jurídica es, por tal razón, justa. Al colocarse a distancia del naturalismo y del positivismo clásicos, aparece en su dimensión propia la esencia del así llamado **iuspositivismo crítico**.

- 2) Desde una perspectiva extrajurídica, ligada a lo expresado en el párrafo anterior, el garantismo se preocupa por ratificar la diferencia entre Derecho y Moral, o lo que es más preciso, entre validez y justicia. Esta separación, que sin perjuicio de ser esencialmente sustancial es también metodológica, crea las condiciones para que se pueda producir un enjuiciamiento externo o ético-político de las instituciones jurídicas. El garantismo considera que es precisamente la posibilidad de este enjuiciamiento lo que permite evitar la justificación jurídica de las dictaduras (representadas en el siglo XX por el nazismo, fascismo y el estalinismo) que precisamente se caracterizaron por identificar el Derecho con la Moral. En tal sentido, el garantismo considera que ni el Estado y tampoco el Derecho son en sí éticamente valiosos, en tanto sólo son construcciones artificiales y, en cuanto tales, necesitadas de una justificación externa, es decir, no son autopoyéticas¹².

con el resultado de que mientras el respeto del procedimiento formal es suficiente para asegurar su existencia o vigencia, la validez de las mismas exige coherencia con los principios constitucionales. (Entrevista a Luigi Ferrajoli. Op. Cit. pp. 187 y 188).

12. Es inevitable encontrar un antecedente marxiano –específicamente de Pashukanis– en esta concepción del Estado y del Derecho, aún cuando queda claro que la postulación de la superficialidad del Estado no tiene la propuesta extintiva de éste, que es, como se sabe, el *leit motiv* de la teoría marxista clásica sobre el Estado. Sobre éste Pashukanis afirma que: *‘El Estado de derecho es un espejismo, pero un espejismo que es muy conveniente para la burguesía, porque hace las veces de una ideología religiosa moderna y oculta: la dominación de la burguesía a los ojos de las masas. La ideología del Estado de derecho conviene aun más que la ideología religiosa porque no refleja completamente la realidad objetiva, a pesar de que se apoya sobre ella. La autoridad, como “voluntad general”, como “autoridad de derecho”, se realiza en la sociedad burguesa en la medida en que ésta se estructura como mercado.’* (PASHUKANIS, Eugeni B. *Teoría General del Derecho y del Marxismo*. Barcelona: Editorial Labor S.A. 1976. p. 124) Según Virgilio Zapatero, la posición de Pashukanis sobre el Derecho es la siguiente: *‘No es derecho lo que se necesita. Es absurdo pensar que el derecho pueda acelerar el proceso hacia el socialismo ya que aquél, por definición, no es sino una cristalización en fórmulas estables de ciertas relaciones. Por ello, Pashukanis*

Es la teoría de la validez, descrita anteriormente, la que permite establecer la diferencia trascendente que existe entre un Estado de Derecho y un Estado Constitucional de Derecho. Así, una norma tiene **validez formal** si está vigente y carece de vicios respecto de su creación (órgano competente y procedimiento establecido). Sin embargo, se realiza un análisis de **validez material** cuando se investiga si la norma evaluada no contradice –con su contenido– a una norma jerárquicamente superior. Dado que este plano, el de la validez material, sólo puede ser percibido desde la Constitución, resulta evidente que cuando se reconoce en un ordenamiento jurídico la necesidad de esta evaluación, es porque se le ha agregado un nivel más a éste. Se trata, como resulta evidente, del nivel constitucional.

- 3) Finalmente, y ya en la perspectiva de una –como ya se anotó– teoría de filosofía política, al considerarse desde el garantismo que el Estado es una construcción artificial y que más bien son naturales los individuos y sus derechos, aquél asume una variante del contractualismo¹³ como doctrina filosófica, en tanto estima indispensable que el Estado sea entendido –esen-

dirá que, en lugar de derecho, lo que se precisa es política audaz, atrevida, que se desenvuelva, durante el periodo de transición, en el marco –como mal menor– de una legislación con el máximo de flexibilidad. Esta primacía que otorga a la política sobre el derecho sólo es explicable en una situación revolucionaria como la que vivía la Rusia bolchevique y, como indica Cerroni, se basa en la convicción de que “la fase de transición de una sociedad sin Estado y sin derecho iba a ser, a pesar de todo, breve...”. En este contexto adquieren plena significación las palabras que pronunció Pashukanis: “La aspiración a crear sistemas jurídicos cerrados, definitivos, sin contradicciones internas, es propia de los juristas burgueses. Tal aspiración no tiene sentido entre nosotros. En nuestro caso pedimos que nuestra legislación posea el máximo de elasticidad. (...) Rechazamos un derecho que dirija y que absorba a la política. Para nosotros es la política la que ocupa un primer lugar ante el derecho”. Y por todo ello seguirá afirmando que exaltar el derecho soviético es, en el fondo, una tendencia pseudo revolucionaria y esencialmente conservadora.’ (Op. Cit. p. 18).

13. *‘En un sentido muy amplio el contractualismo comprende todas aquellas teorías políticas que ven el origen de la sociedad y el fundamento del poder político (el cual será progresivamente llamado potestas, imperium, gobierno, soberanía, estado) en un contrato, es decir, en un acuerdo tácito o expreso entre varios individuos, acuerdo que significaría el fin de un estado de naturaleza y el inicio del estado social y político. En sentido más reducido, en cambio, con contractualismo se entiende una escuela que floreció en Europa entre el inicio del siglo XVII y el fin del siglo XVIII, la cual tiene sus máximos representantes en J. Althusius (1557-1638), T. Hobbes (1588-1679), B. Spinoza (1632-1677), S. Pufendorf (1632-1694), J. Locke (1632-1704), J.J. Rousseau (1712-1778), I. Kant (1724-1804). Por escuela se entiende aquí no una orientación política común sino el uso común de una misma sintaxis o de una misma estructura conceptual para racionalizar la fuerza y fundar el poder sobre el consenso.’*

(...)

‘El contractualismo que parecía haber salido de escena, ha ocupado recientemente un lugar central en el ámbito de la filosofía política: partiendo del pacto social, o sea de las reglas del juego que deben establecerse antes de empezar el juego, se quiere volver a encontrar un fundamento en la obligación política y en el respeto de la ley. Sin embargo, los principales exponentes de esta corriente llegan a conclusiones políticas distintas: John Rawls busca una maximización de la igualdad, James Buchanan readecuar los principios liberal-democráticos para el estado del bienestar, Robert Nozick representar de manera radical la libertad individual, defender a la anarquía.’ (Voz a cargo de Nicola Matteucci. En: ‘Diccionario de Política’, dirigido por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino. México D.F.: siglo veintiuno editores. 2002. Tomo I, pp. 351 y 364)

cialmente- como instrumento para la tutela de los derechos fundamentales. Y de las variantes contractualistas contemporáneas, parecería que la posición de Ferrajoli se acerca más a la de Robert Nozick, quien si bien propone un ‘estado mínimo’, considera que la principal función de éste debe ser proteger a los individuos contra toda eventual violación de sus derechos, para lo cual es indispensable contar con nuevos límites constitucionales.

En tal sentido, el Derecho se convierte en un sistema o en una red de garantías destinadas a limitar y vincular al poder político con el fin de proteger los bienes y los derechos de los individuos. Por otro lado, al positivizar el Estado los derechos de los individuos, éste asume (por autodeterminación) que su función principal es el respeto de aquéllos. Con lo cual, la actividad política pasa a soportar, permanentemente, un *test* de aprobación: la actuación de sus líderes u órganos será legítima, siempre que se dirija a la protección de los bienes y derechos del individuo, específicamente los referidos a su libertad. Si se aprecia con cuidado, con tal propuesta la política pasa a convertirse en el centro de actuación del Derecho. Este planteamiento conduce al garantismo a la siguiente conclusión: la existencia de un Estado sólo es justificable en tanto proteja al individuo y a sus derechos; de hecho, éste debe ser el objetivo prioritario que debe procurar ser alcanzado por las organizaciones políticas que pretendan ejercer el poder.

Por otro lado, con respecto a la democracia, el garantismo tiene su propia versión sobre lo que ella significa o debería significar en la práctica. Empieza considerando indispensable distinguir la democracia formal de la sustancial, entendida la primera como aquella que se sustenta en el principio de la mayoría, esto es, concebida para dar respuesta a las preguntas clásicas de la teoría política: quién y cómo se manda. De lo expuesto hasta aquí se deduce, por oposición, que la segunda es la preferida por Ferrajoli en atención al hecho de que la democracia sustancial se manifiesta en un sistema político que, con preferencia, asegure las condiciones de validez que permitan concretar la eficacia de los derechos fundamentales, más allá del derecho de las mayorías.

Un agregado importante para comprender la preferencia está dado por el hecho que la democracia sustancial es dinámica. Esto se explica en un continuo histórico: aquellos derechos que deben ser privilegiados (los fundamentales) están en constante aumento. Con tal concepción, el garantismo se aleja de una visión naturalista o inmanentista de la justicia, en tanto ésta pasa a ser concebida en una dimensión histórica y ético-valorativa¹⁴.

14. *‘El aire que se respira no fue nunca en el pasado un bien jurídico o un derecho, porque no había estado nunca amenazado [...] Si en la época liberal sólo se consideraron vitales los derechos de la vida y a la libertad y en este siglo también el derecho a la vivienda, al trabajo, a la enseñanza y similares, hoy el catálogo de*

GARANTISMO Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Lo descrito es, a grandes rasgos, el garantismo, sus principios, sus fundamentos y sus fines. Ahora bien, dada la importancia inusitada que el nombre (ya que, como se demostrará, no parece se trate de la teoría unitaria arriba desarrollada) ha tomado en algunos aspectos de los estudios procesales contemporáneos, analicemos cuál es la concepción de la jurisdicción y, sobre todo, de la función del juez acogida en esta teoría.

En opinión de Perfecto Andrés Ibáñez, un ferrajolista reputado, la garantía de eficacia de los derechos fundamentales respecto de la actuación del Estado, ya anunciada por De Ruggiero, adquiere para Ferrajoli una considerable importancia. Recuérdese que el renacimiento del garantismo, durante el mismo siglo XX, ocurrió en los setenta como una manera de poner freno a una legislación antiterrorista que, desde el punto más alto del ejercicio del poder, producía una sistemática violación de los derechos fundamentales de los imputados, lo que, adicionalmente, estaba conduciendo al estado democrático al límite de su existencia¹⁵.

Siendo una teoría crítica del derecho desde la Constitución, y atendiendo a la consideración de que el ‘deber ser’ del Derecho está en la Constitución a diferencia del ‘ser’ del Derecho, el cual está ubicado en la legislación ordinaria, el garantismo considera que constituye una función fundamental del juez –opinión confirmada por Ferrajoli– trascender su tradicional tarea de aplicador mecánico de la ley y, con una nueva investidura, convertirse en el personaje más idóneo para identificar los incumplimientos producidos por los contenidos legales y postular su eliminación (un método sería el control difuso) o, si fuera el caso, encontrar el significado pertinente y coherente a fin de obtener que la ley ordinaria sea consecuente con el modelo de Estado de Derecho recogido en la Constitución (un método sería el uso de técnicas interpretativas)¹⁶. En síntesis –anota Perfecto

bienes fundamentales se ha ampliado, al haber crecido el número de amenazas a las condiciones naturales de vida. (FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. pp. 865-866).

15 ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Garantismo: Una teoría crítica de la Jurisdicción*. En: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madrid: Editorial Trotta. 2005. pp. 59-75.

16. “*En efecto, la juridificación de una ética que se erige en criterio de validez reclama del juez una actitud crítica hacia la ley: crítica de la ley vigente o eficaz pero inválida (por ejemplo, porque contradice un principio de justicia material consagrado por la Constitución); y crítica del derecho inefectivo pero válido (por ejemplo, porque el legislador no ha puesto en marcha las medidas necesarias para la realización efectiva de los derechos sociales). Corresponde al juez, en suma, denunciar las irreductibles antinomias entre ley y Constitución, promoviendo su anulación, y denunciar las lagunas, promoviendo su integración.*” (GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. Op. Cit. pp. 39 y 40).

Andrés Ibáñez- el garantismo convierte al juez en un intérprete crítico, desde la Constitución, de la legalidad aplicable al caso concreto.

Aquí vuelve a ser importante el significado de los conceptos vigencia y validez. La vigencia le asegura al juez la aplicación, es obvio, de leyes vigentes; pero el concepto de validez le otorga variantes (opciones) a su función, en tanto ya no está obligado a aplicar leyes inválidas, aunque estén vigentes. Puesto en tal situación, el juez puede aplicar la norma pero interpretándola restrictivamente o, si ello no se pudiera, hacer evidente su antinomia respecto del modelo y no aplicarla, promoviendo así su anulación¹⁷. En una hipótesis distinta, si se tratara de una norma válida pero inefectiva para el caso concreto, el juez está apto para construir soluciones imaginativas que, desde la Constitución, cubran las lagunas de la ley (la referencia en este caso sería a las distintas técnicas de integración como la analogía y el uso de los principios generales del derecho, entre otras).

Por otro lado y aún cuando pueda parecer una digresión, no deja de resultar contradictorio a lo expresado anteriormente sobre la importancia de la función del juez, la tesis, también ferrajoliana, de que la discrecionalidad del juez debe reducirse al mínimo¹⁸. Esta afirmación tiene como presupuesto el hecho de que una adecuada política legislativa, debe tener como objetivo la obtención de un lenguaje normativo específico y riguroso, liberado de subjetividades y más bien preñado de precisas referencias fácticas. Éste es el llamado Principio de Estricta

17. 'Cuando las leyes vigentes son sospechosas de invalidez, no existe ni siquiera para los jueces –incluso aun menos para los jueces– una obligación jurídica de aplicarlas [...] Ni siquiera es relevante que [la ley] no haya sido nunca sospechosa de invalidez, ni que haya sido declarada válida en ocasiones anteriores: la invalidez, en efecto, no está sujeta a prescripción, sino que puede ser alegada y declarada en cualquier momento [...]. Es bien cierto que la invalidez de una ley debe ser reconocida y declarada por una autoridad [...] en nuestro ordenamiento el Tribunal Constitucional. Esto equivale a una presunción de validez que, por obvias razones de certeza [...] asiste a cada ley vigente, permitiendo que sea aplicada válidamente; pero esta presunción es sólo relativa y basta, para superarla, la valoración crítica del juez mismo que, en vez de aplicarla, objeta su invalidez'. (FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 873).

18. "Ahora bien, es evidente que, tanto en un caso como en otro, se está confiriendo al juez un gran poder dispositivo (el poder de censura de las leyes) que contradice la lógica garantista de estricta sumisión a la ley; se transmuta el **principio de legalidad**, tal y como ha sido tradicionalmente entendido por el positivismo europeo (vinculación del juez al derecho pero sobre todo a la ley), en **principio de constitucionalidad** (vinculación del juez a los derechos y a la justicia consagrados en la Constitución y sólo ulteriormente a la ley). Pero en la perspectiva garantista ello es consecuencia aporética de la positivización del deber ser de las normas, o sea de la constitucionalización de los derechos; aunque, desde luego, es también consecuencia de una mala legislación, pues una legislación adecuada (precisa y unívoca, sin antinomias ni lagunas) estrecha los márgenes de discrecionalidad judicial y evita el ejercicio de un poder de disposición por parte del juez." (GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. Op. Cit. p. 40).

Legalidad, por cierto de gran incidencia en sede penal, aunque Ferrajoli, al ampliar los ámbitos de aplicación de su teoría, no distingue su empleo¹⁹.

Esta es la razón por la que Guastini afirma que, de alguna manera, la tesis de Ferrajoli se emparenta con la sostenida por Montesquieu en torno a la calidad de nulo del Poder Judicial²⁰. Al punto tal que suele afirmarse que, desde la perspectiva de aspirar a una norma tan puntual y detallista, la función judicial –si tal empresa fuera exitosa– acabaría reducida a una interpretación cognoscitivista. Lo

19. *“Cuanto más se desarrolla el sistema de límites y vínculos a los poderes públicos más aumenta el papel de la jurisdicción como órgano de control de la elaboración del Derecho.*

Por un lado, el juez, en un sentido amplio que comprende la jurisdicción constitucional, tiene a su cargo el control de la legalidad producida por los poderes públicos. Por otro, en una teoría garantista, la jurisdicción aparece potentemente limitada. La fuente de legitimación de la jurisdicción no es democrática al modo de los poderes políticos o la tarea ejecutiva, por lo que su legitimidad viene dada por su sujeción a la ley. Y en una acepción más amplia de la palabra, por la verdad de sus decisiones. Ningún acto jurídico, a excepción de la sentencia, exige estar fundado sobre una motivación verdadera para ser válido. Las leyes, los negocios jurídicos, son actos que se caracterizan por la discrecionalidad o la autonomía de sus autores, y evidentemente no requieren de una motivación verdadera para tener validez. Por el contrario, las sentencias son actos cuya validez reposan sobre la prueba de los hechos que se discuten, sobre la fundamentación o verdad de su cualificación jurídica.

En esto radica la diferencia entre la legitimación de los jueces y la de los órganos políticos. Una sentencia es fundada, no sólo válida sino también justa, si su motivación es verdadera. A propósito de ello, el sentido de la célebre frase ‘siempre habrá jueces en Berlín’, es que siempre debe existir un juez en condiciones de absolver cuando todos piden la condena y de condenar cuando todos piden la absolución. En otras palabras, el consenso de la mayoría no hace verdadero lo que es falso ni falso lo que es verdadero; no transforma en verdadera una sentencia basada en pruebas falsas o en falta de pruebas, ni falsifica una sentencia que condene debidamente.

Esta especificidad de la jurisdicción, como digo, hace de ella un poder cuya legitimación difiere de la de los poderes políticos. Pero una vez más, esta posibilidad de fundar una sentencia sobre la verdad de la motivación de la decisión, depende de la existencia de garantías y de la observancia del principio de estricta legalidad. Por ejemplo, las hipótesis de actos castigados por el derecho penal deben ser taxativamente previstas, estrictamente dotadas de connotación empírica, de extensión determinada.

Cuando las leyes formulan delitos genéricos, como los delitos por ‘asociación subversiva’, ‘vilipendio’ y otras especies indeterminadas, las hipótesis acusatorias no resultan falseables ni verificables. En estos casos, existe un poder discrecional impropio por parte de los jueces. Todo el sistema de garantías penales está dirigido a minimizar el poder del juez, transformándolo en una actividad potencialmente cognitiva.

Naturalmente esto es imposible ya que el sistema de garantías puede reducir el espacio de discrecionalidad judicial pero no eliminarlo. Siempre hay un elemento de discrecionalidad, tanto en la valoración de las pruebas, que sólo permite justificar una afirmación de tipo probabilístico, como en la interpretación de la ley, igualmente opinable. Sin embargo, pese a que el principio de estricta legalidad constituye un modelo regulativo, lo importante es que la existencia de garantías eleva el grado de limitaciones al juez y facilita la decidibilidad de la verdad.” (Entrevista a Luigi Ferrajoli. Op. Cit. pp. 189 y 190).

20. ‘(...) tácitamente hace suya la tesis ilustrada (de Montesquieu y de Beccaria) según la cual el poder jurisdiccional sólo puede funcionar como garantía o barrera frente al poder ejecutivo a condición de ser un poder “en cierto modo nulo”’. (GUASTINI, Riccardo. ‘I fondamenti teorici e filosofici del garantismo. En: ‘Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli’. Con la coordinación de Letizia Gianformaggio. Torino: Giappichelli. 1993. p. 53). La cita y traducción corresponden a GASCÓN ABELLÁN, Marina. ‘La Teoría General del Garantismo’. En: ‘Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli’. Op. Cit. p.27 y 28.

expresado, en cualquier caso, más que detectar una contradicción tiene los rasgos de un cargo que debe ser levantado. Marina Gascón considera que, atendiendo a que el garantismo ha incorporado una reflexión política y moral desde fuera del Derecho, podría resultar exagerada la crítica de calificar como ingenua la teoría interpretativa propuesta por Ferrajoli, aunque admite que la calificación de cognoscitivista sí tiene sentido²¹.

Esta es la ‘teoría crítica de la jurisdicción’ surgida del pensamiento garantista. En síntesis: la función del juez es esencial ya que siendo el encargado de la solución de conflictos y del control de conductas antisociales -de manera definitiva en ambos casos-, debe conformar su actuación al modelo de Estado Constitucional de Derecho, el cual exige -como ya se expresó- una conformidad de la norma aplicada al caso concreto con la vigencia (formal y material) de la Constitución, esto es, con los fines filosóficos, políticos y morales acogidos en su contenido.

EL GARANTISMO A FINES DEL SIGLO XX

Ahora, ¿cuáles son los resultados obtenidos por esta teoría desde su propuesta y difusión? Dicho de otra manera, ¿cuál es, a la fecha, el estado de la situación de la propuesta garantista? Gian Carlo Caselli y Livio Pepino, en una obra²² reciente, afirman que son cuatro los problemas que aparecen comúnmente cuando se hace referencia a las cuestiones contra las que debe lidiar el garantismo: el abuso de la medida cautelar de detención provisional, la abrogación de hecho del principio de no culpabilidad, el exceso de poder del órgano acusador y la debilidad de la defensa.

Como se advierte, el desarrollo del garantismo sigue anclado, fundamentalmente, en sede penal y, como apreciaremos luego, sin resultados concretos que demuestren su afianzamiento en las sociedades contemporáneas. Lamentablemente todavía hay un largo camino por recorrer. Así, los autores citados demuestran cómo el empleo de la medida cautelar de detención se ha duplicado desde la misma época en que los vientos del garantismo se empezaron a difundir²³.

21. *‘En realidad no puede decirse que Ferrajoli sostenga una teoría de la interpretación tan ingenua, entre otras cosas porque un cierto grado de hetero-integración moral y política del derecho resulta siempre inevitable. Pero en la medida en que sobrevalora las posibilidades del lenguaje normativo o, si se quiere, minusvalora su tendencial vaguedad o indeterminación, su tesis interpretativa podría calificarse sin grave esfuerzo de cognoscitivista.’* (GASCÓN ABELLÁN, Marina. Op. Cit. p. 28).

22. CASELLI, Gian Carlo y PEPINO, Livio. *‘A un cittadino che non crede nella giustizia’*. Bari: Editori Laterza. 2005.

23. *‘Negli ultimi dieci anni del secolo appena concluso –già lo abbiamo ricordato– i detenuti, nel nostro Paese, sono raddoppiati, passando dai 25.804 del 31 dicembre 1990 ai 52.870 della corrispondente data del 1999, e, con i primi anni del nuovo millennio, le presenze annue si sono atestate stabilmente sulle 55.000 unità (55.275 il 31 dicembre 2001 e, rispettivamente, 55.670 e 54.237 alla stessa data del 2002 e del 2003) per*

A los autores les preocupa que la ocurrencia masiva de investigaciones por corrupción política y actos ilícitos contra la cosa pública –incidentes respecto de los cuales no es difícil establecer una relación de colaboración estrecha (complicidad) con la delincuencia organizada, fenómeno descrito respecto de Italia pero presente en otros países-, haya provocado una actuación muy ‘particular’ de sectores de la clase política. Ésta, por medio de leyes, ha iniciado una desgastante y sistemática lucha contra la judicatura y contra el proceso como instrumento para cautelar la cosa pública. El propósito perseguido por la clase política con esta contrarreforma no es otro que legitimar la actuación de los jueces con leyes aparentemente protectoras del imputado (garantistas). Es decir, no tienen otro objetivo que asegurar la permanencia del sistema corrupto²⁴. Por lo demás, se trata de un problema que según Ferrajoli afecta la esencia del Estado de Derecho en tanto no puede concebirse un sistema democrático en donde el juez está limitado mientras otras expresiones del poder, como el político o el económico, se ejercen como si fueran absolutos²⁵.

Sobre la vigencia de la presunción de no culpabilidad, opinan Caselli y Pepino que hemos vuelto a la edad de la barbarie. Siendo los autores jueces con más de treinta años de ejercicio, narran una experiencia que demuestra el acabado cinismo

raggiungere infine, il 31 maggio 2005, le 59.012 unità, superando la media europea di un recluso ogni mille abitanti. (CASELLI, Gian Carlo y PEPINO, Livio. Op. Cit. p. 86).

24. *‘Superfluo dire che queste strategie di contestazione del processo in sé, per condizionarne lo svolgimento e l’esito (in altri termini, la difesa dal processo in luogo della difesa nel processo) nulla hanno a che vedere con un sistema di stretta legalità. Anzi, questo neogantismo strumentale, diretto a depotenziare la magistratura (che si vorrebbe disarmata di fronte al potere economico e politico), e il parallelo garantismo selettivo (che gradua le regole in base allo status sociale dell’imputato) costituiscono la negazione del garantismo classico, secondo il quale le garanzie o sono veicolo di uguaglianza o si degradano a strumento di sopraffazione e privilegio.’* (Op. Cit. p. 90).
25. *“El garantismo, en mi opinión, es un paradigma de carácter general, en el sentido que procura un sistema de límites y vínculos no sólo respecto del poder judicial sino de todos los demás poderes. Es claro que la corrupción política equivale a la violación de la ley por parte de los poderes públicos. En este sentido, supone una ruptura del paradigma del Estado de Derecho, que exige la sujeción de los poderes a la ley, como también del sistema democrático, ya que la corrupción significa un doble Estado y, como fenómeno estructural, comporta la lesión de todos los principios democráticos: la publicidad, la transparencia, la responsabilidad, la visibilidad del poder. Por lo tanto, la corrupción, la ilegalidad del poder en general, violan el principio mismo del Estado de Derecho y de la democracia. Sin embargo, incluso en Italia, hay quienes quieren ver el garantismo como la imposición de límites sólo para el juez, mientras existen poderes económicos y políticos que se pretenden absolutos. Esta idea es tributaria de la democracia liberal, y refleja una concepción verdaderamente neo absolutista: la democracia consistiría en el poder ilimitado de la mayoría y la libertad, en el poder ilimitado del mercado. El Estado de Derecho consiste, por el contrario, en la sumisión de estos poderes a la ley. Y la jurisdicción es el instrumento de control de la ilegalidad del poder. Por lo tanto, el garantismo, al ser una teoría general, no puede entenderse como la limitación exclusiva de la jurisdicción, como si los poderes políticos y económicos no estuvieran sujetos a límites que representen una garantía para los ciudadanos.”* (Entrevista a Luigi Ferrajoli. Op. Cit. pp. 190 y 191).

de los órganos estatales en la materia, a propósito de un pedido de no mostrar públicamente a menores esposados²⁶.

Sobre los otros dos problemas –el exceso de poder del órgano acusador y la debilidad de la defensa- los autores concuerdan en que tales cuestiones están absolutamente fuera del ámbito de la jurisdicción, sea en las funciones que debe cumplir la abogacía sea en la necesidad de distinguir la formación y función de los jueces y fiscales, sin que, en ningún caso, tal situación sea correspondiente con una propuesta pendiente de ser concretada desde el garantismo.

Entonces, en el ámbito de los procesos penales el garantismo sigue siendo una asignatura pendiente. Y la razón para que tal situación se mantenga así no es misteriosa: mientras la filosofía humanista que lo sustenta no reciba el reconocimiento y la importancia que el poder político y económico le concede a algunos mitos del Post-capitalismo, como por ejemplo el determinismo de las leyes del mercado, el sistema penal seguirá siendo –en Italia y en otros países- el lugar en donde se practica la desigualdad más brutal que –insólitamente desde el Derecho- pueda ser imaginada. En efecto, quien delinque y es parte o cómplice del poder político o económico, descubrirá que el sistema está hecho para perfeccionar su coartada dándole un plus a su actuación: el *accertamento*. Esto es, la consagración que le otorga el tribunal premiándolo con un certificado inmutable que acredita –*erga omnes*- que su conducta ha sido ‘honorable’. Si, en cambio, el imputado está excluido del círculo del poder, sufrirá los estragos de una máquina moledora de carne y espíritu que, tarde o temprano, lo arrojará lejos y despedazado.

EL GARANTISMO EN EL PROCESO CIVIL

En el proceso civil, por su lado, parece estarse librando en las últimas décadas una lucha por consolidar una propuesta garantista. Sin embargo, la afirmación en condicional sobre lo que pueda estar ocurriendo en la disciplina procesal civil se debe a que resulta necesario se precisen por lo menos dos cuestiones previas.

La primera de ellas consiste en establecer como presupuesto de cualquier análisis sobre la materia la identificación del ámbito histórico y geográfico dentro del cual los postulados garantistas se están discutiendo, proponiendo o descartando.

26. ‘È accaduto a uno di noi, una decina di anni fa, di avere ricevuto dal ministero della Giustizia, all’esito di uno *scontro* teso ad ottenere che gli imputati minorenni fossero accompagnati in aula (come legge vuole) senza manette, una compiaciuta comunicazione in cui si attestava che, dall’indagine appositamente svolta, era risultato che ciò già accadeva nel 60% dei casi (ovvero, detto in altri termini, che la legge veniva consapevolmente violata nel 40% dei casi)...’. (Op. Cit. p. 91).

La segunda, por su lado, está referida al contenido intrínseco de la discusión que se propone, específicamente, con los postulados desde donde se parte para desarrollar la polémica. Y aquí, como se desarrollará a continuación, se produce la desilusión más patética: los polemistas parecen estar dispuestos a discutir sobre las bondades o defectos de asumir la teoría garantista y, al final del día, sólo aparecen alegatos menores respecto del uso de tal o cual técnica procesal. Estamos ante un auténtico ‘parto de los montes’.

Siendo el garantismo una propuesta teórica integral, como ya se advirtió, requiere ser comprendida desde distintos ángulos. Uno de ellos es, por ejemplo, la filosofía política, en tanto no sólo se trata de una concepción teórica sino también una tesis que debe ser entendida desde las consecuencias prácticas que tal posición va a determinar. Nos interesa insistir en lo esencial que significa no incurrir en el error de dogmatizar el análisis, esto es, de asumir una visión universal y homogénea de lo que viene aconteciendo o debe acontecer en los distintos sistemas o familias jurídicas.

Una visión como la descrita se vuelve sincrónica, es decir, temporiza realidades en las cuales hay una diversidad de experiencias históricas que exigen evitar generalizaciones y planteamientos abstractos. Afirmamos que aquello que el garantismo puede proponer o significar para la experiencia italiana, por ejemplo, no puede, en ninguna circunstancia, servir como plantilla para la discusión sobre lo que ésta teoría representa o debe representar en sede sudamericana. Como es evidente, no se trata de una distinción axiológica, simple y llanamente son desarrollos históricos diferentes que informan la necesidad de apreciar una aventura intelectual y su praxis, reconociendo la influencia del ambiente particular en el cual se desarrolla.

A propósito de la segunda cuestión previa, como hemos apreciado, el garantismo comporta una teoría del derecho, una concepción constitucionalista del Estado y, finalmente, una doctrina dentro de la filosofía política. Sin embargo, la nota curiosa reside en que los planteamientos propuestos en sede de proceso civil carecen de la fundamentación filosófica, política y jurídica que tiene el garantismo. Es decir, los garantistas en sede civil parecen comportarse como el gentilhomme de Moliere, quien hablaba en verso sin saberlo.

Se trata, en un intento de dar explicación a un fenómeno tan curioso (casi un ser sin cabeza), de un garantismo pragmático, en el sentido de que sus propuestas son muy concretas y procedimentales. Tomemos un ejemplo: se propone una reducción de los poderes del juez, sea en el ámbito de su facultad probatoria, impulsora o saneadora del proceso.

Ahora bien, ¿cómo se relaciona esta propuesta con el garantismo? Desde una perspectiva metajurídica, por ejemplo, ¿por qué es política o moralmente errado que un juez tenga tales poderes? ¿Será para que las partes, que concurren al proceso en condiciones idénticas (económicas, sociales, raciales, sexuales), no soporten la ‘desigualdad’ que produciría una posición activa del juez? Una versión así de la realidad, arte de ilusionismo supremo, ¿puede tener fundamento filosófico, político, jurídico o siquiera práctico?

Desde una posición estática y neutra, ¿podrá el juez asegurar la vigencia de los valores recogidos en la Constitución tal como lo propone Ferrajoli?; ¿qué debe hacer un juez, recogido y pacato, cuando el poder -en cualquiera de sus manifestaciones- con base en una ley vigente pero inválida (viciada en su contenido), le exija sanción para un ciudadano? La respuesta técnico-garantista sería que el juez se limite a cumplir la ley para que el sistema no afecte la ‘esencial’ seguridad jurídica. Por eso la cita de Emerson puesta al inicio refleja parte de la situación actual del garantismo. Así y todo, conviene dejar constancia que Ferrajoli –que ha sido juez y miembro de Magistratura Democrática²⁷- está más allá de esta singular muestra de envejecimiento prematuro y feroz de su pensamiento en sede procesal civil.

A continuación vamos a concretar la posición de algunos procesalistas que han asumido la concepción garantista con el fin de conocer, en la medida de lo posible, cuánta afinidad (o distancia) existe entre la idea matriz y aquello que se ha dado en llamar garantismo procesal civil.

27. *‘Il giudice isolato nella torre d’avorio della sua coscienza, al di sopra delle parti e al di fuori del mondo, non esiste oggi e non è mai esistito in passato: è solo un’invenzione di comodo dell’ideologia borghese. È per questo che è solo collocandosi dalla parte di chi non ha potere, di chi non può esercitare pressioni se non ideali e morali, che può costituirsi un reale antidoto alle innumerevoli pressioni del potere, quali che siano le forme in cui queste si esprimono: dai condizionamenti, sotterranei e multiforme, esercitati sul giudice dalla sua estrazione e collocazione sociale al suo quotidiano contatto con le autorità, dai vincoli gerarchici e burocratici che ancora circondano la sua funzione all’indottrinamento ideologico cui lo sottopone costantemente il suo ambiente professionale e culturale. E mentre dalla parte del potere si è “naturalmente”, per istintiva vocazione o per oggettiva collocazione istituzionale, dall’altra parte, la parte di chi subisce il potere, si può essere solo “voluntariamente”, per consapevole scelta e per volontaria dislocazione’.* (FERRAJOLI, Luigi. *Magistratura Democratica e l’esercizio alternativo della funzione giudiziaria*. En: *L’uso alternativo del diritto* a cura di Pietro Barcellona. Bari: Editori Laterza. 1973. Vol. I. p. 121).

Una jurista que piensa y escribe el párrafo citado, ¿puede ser el más citado por quienes creen que el juez está sometido a la voluntad de las partes que concurren al proceso ‘en igualdad de condiciones’, según la vieja tesis Iluminística de fines del siglo XVIII?

DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS (1980-2011.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
01	Antônio Carlos Araújo de Oliveira	Da Contribuição da Previdência Social no Direito Brasileiro	Washington Luiz da Trindade	22/08/1980
02	Antônio Ezequiel da Silva	Penhorabilidade dos Bens da Empresa Pública	Orlando Gomes	22/08/1980
03	Edvaldo Pereira de Brito	O Desenvolvimento Econômico e os Sistemas Tributários e Fiscal	Orlando Gomes	22/08/1980
04	Elsior Moreira Alves	O Direito Econômico no Estado Novo – 1937-1945	Nelson Sousa Sampaio	22/08/1980
05	Geraldo Sobral Ferreira	Diretor, Sociedade Anônima – Relação Jurídica	Orlando Gomes	22/08/1980
06	Hermano Augusto Palmeira Machado	A Propriedade Agrária	Orlando Gomes	22/08/1980
07	João Oliveira Maia	Avaliação Crítica do Fato Gerador	José Joaquim Calmon de Passos	22/08/1980
08	Jonhson Barbosa Nogueira	A Interpretação Econômica do Direito Tributário	Sylvio Santos Faria	22/08/1980
09	José Castro Meira	Consequências Cíveis do Ilícito Penal	Adhemar Raymundo da Silva	22/08/1980
10	Paulo Roberto Bastos Furtado	Juízo Arbitral	José Joaquim Calmon de Passos	22/08/1980
11	Pedro Manso Cabral	A Lei do Divórcio e o Novo Regime Legal de Bens no Brasil	Orlando Gomes	22/08/1980
12	Rogério Ataíde Caldas Pinto	Empresa – Aspectos Econômicos e Jurídicos	José Martins Catharino	22/08/1980
13	Ruy Santos Tourinho	Natureza Jurídica do Protesto Cambial	João de Mattos Antunes Varela	22/08/1980
14	Arx da Costa Tourinho	As Normas Constitucionais da Ordem Econômica e Seus Efeitos Jurídicos	Nelson de Souza Sampaio	22/10/1980
15	Maria Elisabeth Tude Junqueira Ayres	Jurisdição Trabalhista	José Joaquim Calmon de Passos	28/08/1981
16	Francisco Wildo Lacerda Dantas	Usufruto da Empresa	Hermano Machado	30/11/1984
17	José Carlos Murtinho Nobre Gomes	O Contrato de Know-how e a Transferência de Tecnologia.	Pedro Manso Cabral	30/11/1984
18	Silvia Campos França Conhin	Aspectos Jurídicos dos Grupos de Sociedade	Orlando Gomes	30/11/1984
19	Luiz Augusto de Carvalho Viana de Castro	O Direito Tributário, o Estado de Direito e o Desenvolvimento Nacional	Sylvio Santos Faria	29/03/1985
20	Sérgio Sanches Ferreira	O Contrato Factoring – uma Solução para as Pequenas e Médias Empresas do Brasil	Geraldo Sobral Ferreira	20/12/1985
21	Rita de Cássia Simões Moreira Santos	O Bem Jurídico Imagem e sua Utilização	Washington Luiz da Trindade	28/05/1988
22	Marcus Vinícius Americano da Costa	Grupo Empresário no Direito do Trabalho	Luiz de Pinho Pedreira da Silva	05/08/1988
23	Ninaldo Aleluia Costa	Justiça Agrária para o Brasil	Orlando Gomes	05/08/1988
24	Olindo Herculano de Menezes	Retificação de Área	Hermano Machado	27/10/1989

*. Da dissertação nº 1 à 25 não houve banca examinadora, apenas um parecer.

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
25	Wilson Alves de Souza	Terras Devolutas como Outro Tipo de Propriedade	Pedro Manso Cabral	22/12/1989
26	Adroaldo Leão	A Responsabilidade Civil dos Administradores de Empresa	Orlando Gomes, Pedro Manso Cabral, Geraldo Sobral Ferreira	18/10/1991
27	Edmundo Cordeiro de Almeida	Direito e Desenvolvimento	Hermano Machado, Sylvio Santos Faria, Nelson de Souza Sampaio	18/10/1991
28	Nilza Rocha de Figueiredo	O Contrato de Aprendizagem	Hermano Machado, Washington Trindade, Luiz de Pinho P. Silva	18/10/1991
29	Douracy Soares	O Módulo Rural e a Propriedade Familiar	Washington Luiz da Trindade, Angelina Nobre Rolim, Hermano Machado	27/12/1991
30	Jorge Luiz da Silva Machado	Considerações Jurídicas e Seus Fundamentos Sócio-Econômico em Torno da Problemática do Usu do Solo Urbano.	Geraldo Sobral, Washington Trindade, Hermano Machado	27/12/1991
31	Maria da Conceição Ferreira do A. Duarte	Alguns Aspectos Fiscais do Direito Contábil	Antonio Maron Agle, Pedro Manso Cabral, Edvaldo Pereira de Brito	27/12/1991
32	Mirian de Almeida Souza	A Política Legislativa do Consumidor a Luz do Direito Comparado	Luiz de Pinho P. da Silva, Pedro Manso Cabral, Josaph Ramos Marinho	27/12/1991
33	Sérgio Alexandre Meneses Habib	A Dogmática Penal e As Novas Formas de Criminalidade Geradas Pelo Desenvolvimento Econômico-Técnico-Científico.	José Candido de Carvalho Filho, George Frago Modesto, Adhemar Raymundo da Silva	27/12/1991
34	Ana Francisca Pinto de Souza	O Cartão de Crédito e a Proteção Contratual	Geraldo Sobral, José Abreu, Hermano Machado	14/02/1992
35	Gilberto Gomes da Silva	Sucessão de Empresa a Posição do Empregado e a Questão da Responsabilidade	Helio Brito, Washington Trindade, Geraldo Sobral Ferreira	21/10/1992
36	Pedro Henrique Lino de Souza	A Formação da Norma Econômica e os Grupos de Pressão	Edvaldo Brito, Helio Brito, Hermano Machado	17/12/1992
37	Perpétua Maria Vieira Figueiredo	As Atividades Rurais e suas Implicações Tributárias	Sylvio Farias, Washington Trindade, Hermano Machado	17/12/1992
38	José Antônio Pereira Portela	Uma Visão Interdisciplinar da Usucapião	Pedro Manso Cabral, Washington Luiz da Trindade, Hermano Machado	23/11/1994
39	Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro	Natureza Jurídica do Aviso Prévio	Luiz de Pinho P. da Silva, Pedro Manso Cabral, Octavio Benno Magano	23/11/1994
40	Rubem Dário Peregrino Cunha	A Proteção Administrativa do Consumidor	Alice Gonzalez Borges, Pedro Manso Cabral, Hermano Machado	23/11/1994
41	Saulo José Casali Bahia	Sistema de Responsabilidade Civil do Estado por Ato Administrativo	José Joaquim Calmon de Passos Pedro Manso Cabral, Geraldo Sobral Ferreira	23/11/1994
42	Paulo Vasconcelos Jacobina	A Publicidade no Direito do Consumidor	Washington Luiz da Trindade, Pedro Manso Cabral, José Joaquim Calmon de Passos	10/05/1995
43	Cícero Virgulino da Silva Filho	Proteção Possessória a Importância das Objeções de Mérito como Direito de Defesa Nas Audiências Preliminares da Justificação	Pedro Manso Cabral, José Joaquim Calmon de Passos, Washington Luiz da Trindade	30/08/1995

Dissertações defendidas (1980-2011.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
44	Deraldo Dias de Moraes Neto	Contrato de Franchising	Hermano Machado, Geraldo Sobral, Pedro Manso Cabral	01/09/1995
45	Jussara Maria Salgado Lobo	Perfil Jurídico da Propriedade Produtiva	Sylvio Farias, Jose Abreu, Hermano Machado	09/10/1995
46	Heron José de Santana	Responsabilidade Civil por Dano Moral ao Consumidor	Washington Trindade, Antonio Herman V. Benjamim Pedro Manso Cabral	01/07/1996
47	João Augusto de O. Pinto	A Respons. Civil do Est.-Fornecedor de Serviços Ante o Usuário-Consumidor	Antonio Carlos A. Oliveira, Luiz de Pinho P. da Silva, Edvaldo Brito	22/07/1996
48	Nilza Maria Costa dos Reis	Direito à Propria Imagem	Pedro Manso Cabral, José Abreu, Hermano Machado	05/09/1996
49	João Vargas Leal Júnior	O Contrato Bancário Frente Às Normas de Proteção ao Consumidor e Às Normas de Direito Econômico	Pedro Manso Cabral, Pedro Sampaio, Geraldo Sobral	14/05/1997
50	Nágila Maria Sales Brito	O Concubinato e Seus Efeitos Econômicos	Pedro Sampaio, Washington Trindade, Pedro Manso Cabral	03/06/1997
51	Adão de Assunção Duarte	A Expropriação em Razão do Plantio de Psicotrópicos	Washington Trindade, George Modesto, Edvaldo Pereira de Brito	16/06/1997
52	Paulo Roberto Lyrio Pimenta	A Norma Constitucional Programática	Washington Trindade, Edvaldo Brito, Antonio Carlos A. de Oliveira	07/07/1997
53	José Diniz de Moraes	A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988	Luiz de P. Pedreira, Pedro Manso Cabral, Hermano Machado	17/07/1997
54	Pedro Braga Filho	Desconsideração Desfavorável e Benéfica da Personalidade Jurídica	Nilza Reis, Pedro R. Bastos Furtado, Hermano Machado	26/03/1998
55	Carlos Alberto Araçonga Dória	Icms – o Princípio da Não-Cumulatividade.	Hermano Machado, Saulo Casali Bahia, Sylvio Santos Farias	07/04/1998
56	Andremara dos Santos	Juiz: Senhor da Constituição? (o Retorno do Direito Pretoriano)	George Modesto, Odete Medauar, Edvaldo Pereira de Brito	12/06/1998
57	Durval Araújo Portela Filho	Comentários à Lei Nº 9.457, de 05.05.97, Que Altera a Lei de Sociedade por Ações, com Ênfase para o Direito de Recurso de Acionistas dos Dissidentes	Sylvio Farias, Jose Ronald F. de Lacerda, Geraldo Sobral Ferreira	24/07/1998
58	Kadja Maria Ribeiro Parente	O Direito das Ações Preferenciais Oriundas de Incentivos Fiscais na Sociedade Anônima	Geraldo Sobras Ferreira, Sylvio Farias, Jose Ronald F. de Lacerda	24/07/1998
59	Jairo Lins de Albuquerque Sento Sé	O Trabalho Escravo na Zona Rural do Brasil na Atualidade	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Odete Medauar,	27/07/1998
60	Sérgio Novais Dias	Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de uma Chance	Edvaldo Pereira de Brito, Geraldo Sobral, Odete Medauar,	27/07/1998

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
61	Ana Lúcia Berbert de Castro Fontes	Concessão de Serviço Público: a Revivescência de Um Instituto	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Odete Medauar	23/11/1998
62	Roberto Cavalcanti Sampaio	Franchising: Reflexos Jurídicos Nas Relações das Partes	Nilza Reis, Washington Luiz da Trindade, Maria Magnolia L. Guerra	26/04/1999
63	Adhemar Bento Gomes Filho	Liberalização das Telecomunicações – o Direito Econômico na Transição para uma Nova Regulação de Mercado	Hermano Machado, Maria Auxiliadora Minahim, Odete Medauar	20/05/1999
64	Dirley da Cunha Júnior	A Defesa do Meio Ambiente na Ordem Econômica	Maria Auxiliadora Minahim, Paulo Bessa Antunes, Wilson Alves de Souza	24/09/1999
65	Vera Maria Veigand	A Concessão de Direito Real de Uso	Hermano Machado, Johnson B. Nogueira, Nelson S. Junior	06/10/1999
66	Ricardo Cesar Mandarino Barreto	Idéias Sobre a Reforma Tributária	Hermano Machado, Denise Lucena Cavalcanti, Carlos Ayres Brito	23/11/1999
67	Antonio Augusto Brandão de Aras	A Causa e os Contratos	Washington Luiz da Trindade, Pedro Manso Cabral, Roberto Rosas	12/05/2000
68	Angélica de Mello Ferreira	A Flexibilização como Mecanismo Regulamentador do Direito do Trabalho	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Antonio Carlos A.Oliveira	19/05/2000
69	José Gomes Brito	A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas por Crimes Praticados Contra o Meio Ambiente	Maria Auxiliadora Minahim Alessandra R. M. Prado, Paulo Queiroz	09/06/2000
70	Mario Jorge Philocreon de Castro Lima	Investigação Sobre a Natureza da Tributação da Propriedade Industrial no Brasil	Sylvio Santos Faria, Willis Santiago, Carlos Alberto Araponga Dória	13/06/2000
71	Celso Luiz Braga de Castro	Desvios de Conduta da Administração Pública	Hermano Machado, Germana de Oliveira Moraes, Menelick de Carvalho Netto	17/08/2000
72	Cláudio Alberto Gusmão Cunha	O Atual Regime Jurídico das Terras Indígenas	Washington Luiz da Trindade Pedro Manso Cabral, Saulo Casali Bahia	19/12/2000
73	Sebastião Borges de Albuquerque Mello	Sistema Jurídico, Códigos e Microsistemas – Crítica da Legislação Penal Especial	Maria Auxiliadora Minahim, Dirceu de Mello, Willis Santiago Guerra Filho	20/12/2000
74	Monica Neves Aguiar da Silva Castro	Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em Colisão com Outros Direitos	Washington Luiz da Trindade George F. Modesto, Maria Auxiliadora Minahim	01/02/2001
75	Yuri Carneiro Coelho	A Importância do Bem Jurídico-Penal no Estado Democrático de Direito: Fundamentos para a Determinação de Seu Conteúdo Material	Maria Auxiliadora Minahim, George F. Modesto, Luiz Regis Prado	24/10/2001
76	Robério Nunes dos Anjos Filho	A Prestação dos Serviços Não-Exclusivos na Reforma Administrativa	Maria Auxiliadora Minahim, Saulo Casali Bahia, Menelick de Carvalho Neto	30/11/2001
77	Bruno Espiñeira Lemos	A Emenda Constitucional Nº 30/2000: Vicissitudes do Instituto Precatório.	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Paulo Queiroz	05/12/2001

Dissertações defendidas (1980-2011.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
78	Marco Aurélio de Castro Júnior	O Direito da Informação e a Responsabilidade Civil de Hacker.	Saulo Casali Bahia, Geisa de Assis Rodrigues, Rodolfo Pamplona	06/12/2001
79	Claudio Cairo Gonçalves	O Contrato Administrativo em Face da Atual Concepção de Estado.	Edvaldo Pereira de Brito, Saulo Casali Bahia, Cicero Virgulino da S. Filho	17/12/2001
80	Francisco Bertino Bezerra de Carvalho	Poder Judiciário e Jurisdição no Mecosul: Conflitos Entre Normas Internacionais e Internas.	Edvaldo Pereira de Brito, Saulo Casali Bahia, Juliette Marie Robichez	18/12/2001
81	Cleonice de Souza Lima Santos	Do Usufruto: Origem, Elementos Essenciais, Instrumentalidade e Aplicação no Direito Atual	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona	17/01/2002
82	Fredie Souza Didier Júnior	Admissibilidade do Recurso de Terceiro no Processo Civil Brasileiro	Geisa de Assis Rodrigues, Flávio Cheim Jorge, Jose Joaquim Calmon de Passos	28/01/2002
83	Milton Moreira de Oliveira	Medidas Coercitivas Patrimoniais, Efetividade e Celeridade da Tutela Trabalhista	Johnson Meira Santos, Washington Luiz da Trindade, Rodolfo Mário Pamplona Filho	08/04/2002
84	Selma Reiche Bacelar	Organismos Genericamente Modificados: Alimentos Transgênicos	Washington Trindade, Maria Auxiliadora Minahim, Juliette Robichez	22/04/2002
85	Cinzia Barreto de Carvalho	O Instituto da Conciliação em Matéria Trabalhista na Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, na Perspectiva de Um Mercado.	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Mário Pamplona Filho	31/07/2002
86	Daniela Ferreira Marques	Tutela Jurídica da Livre Concorrência	Maria Auxiliadora Minahim, Washington Luiz da Trindade, Juliette Robichez	08/08/2002
87	Jayme Baleeiro Neto	As Organizações Sociais e o Controle dos Tribunais de Contas	Edivaldo Boaventura	23/08/2002
88	José Barroso Filho	Dano Ambiental: Sanção	Maria Auxiliadora Minahim, Paulo R. L. Pimenta, Júlio César de S. Rocha	03/10/2002
89	Arthur de Oliveira Maia da Silva	Direitos Fundamentais, Planejamento e Discricionariedade: Proposta para o Enfrentamento Jurídico das Escolhas Trágicas	Edvaldo Pedreira de Brito, Saulo Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto	21/10/2002
90	Luiz Cláudio Magalhães Madeira	Cooperativa de Trabalho e a Possibilidade de Vínculo Empregatício	Washington Trindade, Cicero Virgulino da S. Filho, Johnson Meira	25/10/2002
91	Luciano Dorea Martinez Carreiro	Limites Constitucionais ao Exercício da Autonomia Coletiva Sindical.	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona Filho	22/11/2002
92	Ronald Olivar Amorim e Souza	Grève & Lockout: Aspectos Jurídicos e Econômicos	Luiz de Pinho Pedreira, Johnson Meira, Rodolfo Pamplona Filho	12/12/2002
93	Maria Paula Nogueira D'Ávila	Sindicalismo no Brasil no Contexto da Globalização: uma Proposta de Atuação Sindical Global	Washington Trindade, Juliette M. M. Robiche, Johnson Meira	13/12/2002
94	César Faria Júnior	O Término do Processo Administrativo Fiscal como Condição da Ação Penal Nos Crime Contra a Ordem Tributária.	Maria Auxiliadora Minahim, Edvaldo Brito, Dirceu de Mello	16/12/2002
95	João Carlos Macêdo Monteiro	Natureza Jurídica das Relações Entre o Investidor e As Administradoras de Fundos de Investimento Financeiro	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Edvaldo Pereira de Brito, Saulo José Casali Bahia	30/01/2003

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
96	Maria José Ramos Coelho Lins de A. Sento-Sé	A Imunidade Tributária do Livro Eletrônico	Saulo Casali Bahia, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Manoel Jorge e Silva Neto	31/01/2003
97	Denise L. Fontes Alberto Leopoldo	A Atuação do Ministério Público na Jurisdição Penal e a Instrumentalidade Garantista	Maria Auxiliadora Minahim, Cláudio R. Brandão, Carlos Ayres de Brito	28/04/2003
98	Cecília Teixeira de Souza Oliveira	A Expressão da Extrafiscalização na Cofins	Saulo Casali Bahia, Paulo Roberto L. Pimenta, Ubirajara Coelho Neto	12/05/2003
99	Auristela Oliveira Reis	Os Direitos Humanos, o Direito Penal e o Direito Internacional	Saulo Casali Bahia, Maria Auxiliadora Minahim, André de Carvalho Ramos	16/05/2003
100	Ana Paula de Almeida Lima Leal	A Inversão do Ônus da Prova, à Luz da Ponderação de Interesses	Edvaldo Pedreira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Manoel Jorge e Silva Neto	21/05/2003
101	Pompeu de Sousa Brasil	Blocos Econômicos: Aparelhamento Jurídico e Perspectiva no Âmbito do Mercosul	Saulo Casali Bahia, Edvaldo Pereira Brito, Ubirajara Coelho Neto	26/05/2003
102	Anna Guiomar Nascimento Macêdo Costa	A Validade Jurídica dos Contratos Eletrônicos	Saulo Casali Bahia, Washington Trindade, Rodolfo M. Pamplona Filho	28/05/2003
103	Itamar Jezler Campello	Uma Análise do Teorema de Coase Aplicado Às Transações dos Efeitos Jurídicos em Casos de Reparação de Danos	Pedro Soares Sampaio, Luiz de Pinho Pedreira, Mário Rodrigues Barbosa	02/06/2003
104	Pedro Lino de Carvalho Júnior	A Lesão Consumerista no Direito Brasileiro	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Monica Aguiar Silva, Roxana Borges	16/12/2003
105	Ricardo Maurício Freire Soares	Hermenêutica, Linguagem e Princípios: Repensando a Interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor	Edvaldo Pereira de Brito, Saulo Casali Bahia, Juliette Marie Robichez	16/12/2003
106	Andréa Paula Matos Rodrigues de Miranda	A Boa-Fé Objetiva Nas Relações de Consumo	Saulo Casali Bahia, Edivaldo Boaventura, Rodolfo Pamplona Filho	18/12/2003
107	Reinaldo de Souza Couto Filho	A Impenhorabilidade do Bem de Família em Relação Às Dívidas Condominiais	George Fragoso Modesto, Washington Luiz da Trindade, Mário Rodrigues Barbosa	18/12/2003
108	Maria Elisa da Silva Villas-Bôas	Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: Aspectos Polêmicos da Disciplina Jurídico-Penal do Final de Vida.	Maria Auxiliadora Minahim, Vicente de Paula Barreto, Maria Theresa M. Pacheco	17/03/2004
109	Antonio Lima Farias	A Reforma Tributária em Face do Sistema Tributário Nacional no Estado Democrático de Direito.	Edvaldo Pereira de Brito, Paulo Lyrio Pimenta, Helena T. Torres	26/04/2004
110	Rafael Carrera Freitas	O Poder Normativo das Agencias Reguladoras: Um Mecanismo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.	Maria Auxiliadora Minahim, Edvaldo de Pereira Brito, Dirley Victor da Cunha Júnior	10/05/2004
111	Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann	Novas Perspectivas e Limites do Direito ao Nome: Identidade e Tecnologia	Monica Aguiar Neves, Edvaldo Brito, Camilo Coloni	24/05/2004
112	Eduardo Sodré	O Processo Cognitivo Nos Juizados Especiais Cíveis	Jonhson Meira, Geisa de Assis Rodrigues, Rodolfo Pamplona	11/06/2004

Dissertações defendidas (1980-2011.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
113	João Marinho da Costa	A Propriedade e As Propriedades: Pesquisa da Aplicação da Tese de Salvatore Pugliatti – a Propriedade Sobre Bens Móveis e a Propriedade Sobre Bens Imóveis por Natureza (Propriedade do Solo)	Mario Rodrigues Barbosa, Hermano Machado, Jiliette Robiches	30/06/2004
114	Sidney Pessoa Madruga	Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira.	Edivaldo Boaventura, Manoel Jorge e Silva Neto, Kebengele Munanga	09/12/2004
115	Camila Lemos Azi	O Princípio da Equivalência Material das Prestações no Novo Código Civil	Mario Rodrigues Barbosa, Roxana Cardoso Borges, Rodolfo Pamplona Filho	16/12/2004
116	Antonio Oswaldo Scarpa	A Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais Pelo Poder Judiciário	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Manoel Jorge e Silva Neto, Marco Aurélio Greco	06/05/2005
117	Gamil Foppel El Hireche	Análise Criminológica das Organizações Criminosas: da Inexistência à Impossibilidade de Conceituação e suas Repercussões no Ordenamento Jurídico Pátrio.	Maria Auxiliadora Minahim, Cláudio R. Brandão, Juarez Cirino dos Santos	09/05/2005
118	Cláudio Mascarenhas Brandão	A Responsabilidade Objetiva do Empregador Decorrente do Acidente de Trabalho Nas Atividades de Risco Acentuado	Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona, Jonhson Meira Santos	10/05/2005
119	Pedro Alexandre de Araújo	Experimentação Médica em Seres Humanos: Aspectos Éticos-Jurídicos	Mônica Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra R. Mascarenhas	12/05/2005
120	Maria da Graça B. de Athayde de A Varela	Direito e Moradia: Dimensão Objetiva e Subjetiva	Edvaldo Brito, Luiz Alberto David Araújo, Dirley Cunha Júnior	31/05/2005
121	Leonardo Vieira Santos	Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar e a Questão da Culpa no Direito Brasileiro	Monica Neves Aguiar, Rosângela Lunardelli Cavallazi, Rodolfo Pamplona	03/06/2005
122	Rosemília Dias da Silveira Tannus	Consentimento Informado: Paradigma Axiológico para Prática de Biomédicas.	Maria Auxiliadora Minahim, Rosangela Lunardelli Cavallazi, Mônica Aguiar	03/06/2005
123	Alvaro Emanuel de Oliveira Simões	No Processo do Jus Postulandi das Partes Trabalho e sua Influência na Efetividade do Acesso à Justiça	Luiz de Pinho P. da Silva, Rodolfo Pamplona, Jonhson Meira	06/06/2005
124	Geisy Fiedra Rios P. de Almeida	Obrigação de Não Concorrência: Diretrizes para Aplicação no Âmbito Civil e Antitruste	Saulo Casali Bahia, Pedro Sampaio, João Grandino Rodas	25/07/2005
125	Leonardo Tochetto Pauperio	A Cidadania Mínima: Relação Jurídico-Constitucional da Extinção da Fome e do Alívio Voluntário da Dor	Maria Auxiliadora Minahim, George Fragozo Modesto, Lenio Luiz Streck	08/09/2005
126	Julio Cezar Lemos Travessa	O Reconhecimento Antecipado da Prescrição Penal Retroativa	Saulo Casali Bahia, Alessandra Rapassi, Paulo Queiroz	11/01/2006
127	Lizea Magnavita Maia	O Lado Oculto da Compreensão Jurídica: Um Estudo Sobre os Pressupostos Teóricos da Hermenêutica Filosófica e sua Influência na Interpretação dos Direitos Sociais.	Saulo Casali Bahia, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, José Antonio Saja	26/01/2006
128	Nilson Roberto da Silva Gimenes	O Direito de Objeção de Consciência Às Transfusões de Sangue	Saulo Casali Bahia, Monica Aguiar Silva, Camilo Colani	03/02/2006

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
129	Clodoaldo Silva da Anunciação	Associações de Consumidores: uma Análise Crítica	Washington Luiz da Trindade, Johnson Meira Santos, Cicero Virgulino da Silva Filho	06/02/2006
130	Jaime Barreiros Neto	A Importância da Fidelidade Partidária para a Consolidação da Democracia Brasileira	Saulo Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto, José Joaquim Calmon de Passos	17/02/2006
131	Maurício Souza Sampaio	Representação Política e Institutos de Participação Direta	Saulo Casali Bahia, José Joaquim Calmon de Passos, Paulo Roberto Lyrio Pimenta	17/02/2006
132	Pedro Leonardo Summers Caymmi	As Concepções de Segurança Jurídica e suas Implicações na Delimitação da Tipicidade da Norma Tributária	Edvaldo Brito, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Raimundo Juliano R. Feitosa	13/03/2006
133	Perpetua Leal Ivo Valadão	Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica de Direito Público – Proteção ao Direito Subjetivo do Meio Ambiente, Ecologicamente Equilibrado.	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra R. M. Prado, Solange Telles	12/05/2006
134	Sara de Almeida Borges	Relação Jurídico Constitucional dos Valores Antropológicos e dos Valores Ecológicos na CF\88.	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra R. M. Prado Solange Telles	12/05/2006
135	Pedro Pessoa Lepikson	A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor	Fredie Didier, Roxana Cardoso Borges, Luiz Edson Fachin	17/05/2006
136	Ivana Carla C. de Macedo Senna	O Dever de Informar na Relação Médico-Paciente – Reflexões Acerca da Humanização das Práticas Médica, Num Contexto Brasileiro à Luz da Bioética	Monica Neves Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Maria de Fátima Freire de Sá	25/05/2006
137	Belmiro Vivaldo Santana Fernandes	O Dano Moral por Discriminação a Pessoas em Decorrencia de Orientação Sexual.	Monica Neves Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Maria de Fatima Freire de Sa	25/05/2006
138	Erica Vericia de Oliveira Canuto	A Mutabilidade do Regime de Bens no Casamento	Monica Aguiar Neves, Rodolfo Mario Pamplona Filho, Camilo Coloni	30/05/2006
139	Maurício Dantas Góes e Góes	O Conselho Nacional de Justiça: a Função Jurisdicional e Seu Deficit de Legitimidade na Constituição Brasileira	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Saulo Casali Bahia, Jose Joaquim Calmon de Passos	21/06/2006
140	Carlos Martheo C. Guanaes Gomes	As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado Brasileiro	Saulo Casali Bahia, Rodolfo Pamplona Filho, Júlio Rocha	30/06/2006
141	Ludmyla Franca	Entre o Nilismo e a Utopia: a Busca Pela Dignidade da Política em Um Diálogo com As Idéias de Hannah Arendt	Saulo Casali Bahia, José Joaquim Calmon de Passos, Rodolfo Mário Pamplona Filho	05/07/2006
142	Rodrigo Moraes	Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral	Edivaldo Boaventura, José Joaquim Calmon de Passos, Rodolfo Pamplona Filho	06/07/2006
143	Antonio Adonias Aguiar Bastos	Natureza Jurídica da Decisão Lastreada no Art.273,& 6º, do Cpc: Antecipação dos Efeitos da Tutela Jurídica Ou Resolução Parcial do Mérito ?	Rodolfo Pamplona Filho, José Joaquim Calmon de Passos, Edilton Meireles de Oliveira	19/07/2006
144	Jose Amando Júnior	Efeito Reflexo Cosntitucional: Estudo de Caso Sobre a Racionalidade e o Sistema Jurídico na Pós-Modernidade	Saulo Casali Bahia, Paulo Pimenta, Germano Schwartz	21/09/2006
145	Murilo Carvalho Sampaio Oliveira	Repensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade	Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona Filho, Aldacy Rachid Coutinho	06/10/2006

Dissertações defendidas (1980-2011.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
146	Soraya Santos Lopes	Dimensão Coletiva da Moradia: uma Proposta Dogmática Visando a Efetividade de suas Políticas Públicas.	Edvaldo Brito, Marília Muricy, Maria Lígia C. Mathias	13/11/2006
147	Livia Maria e Sant'ana	Ações Afirmativas: Aplicação Às Políticas de Saúde para a População Negra	Edvaldo Brito, Heron José de Santana, Maria Lígia C. Mathias	13/11/2006
148	Joseane Suzart Lopes da Silva	Aumentos Abusivos das Mensalidades dos Planos de Saúde: Transgressão à Boa Fé e à Função Social do Contrato	Monica Neves Aguiar, Edvaldo Brito, Maria Lígia C. Mathias	14/11/2006
149	Antonio Carlos Paula de Oliveira	O Exercício Abusivo do Direito à Intimidade Pelo Empregado no Caso de Revista Pessoal	Jonhson Meira, Rodolfo Pamplona Filho, Nelson Manrich	16/11/2006
150	Wagner Mota Alves de Souza	A Teoria dos Atos Próprios: Esboço de uma Teoria do Comportamento Contraditório Aplicada ao Direito.	Washington Luiz Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Nelson Mannrich	16/11/2006
151	Rafael Menezes Trindade Barretto	Amicus Curiae e Democratização do Debate Constitucional.	Saulo Casali, Willis Santiago Guerra Filho, Gustavo Binenbojm,	26/01/2007
152	Rodrigo Bastos de Freitas	Direito dos Índios e Constituição: os Princípios da Autonomia e da Tutela-Proteção – História e Perspectivas	Saulo Casali, Heron José de Santana, Alexandre Tavessoni	09/02/2007
153	André Luiz Batista Neves	A Interpretação Conforme à Constituição e Seus Limites	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Saulo José Casali Bahia, Daniel Sarmento	09/02/2007
154	Tarsis Barreto Oliveira	O Patenteamento de Seres Vivos e As Repercussões Jurídicas na Biotecnologia	Maria Auxiliadora Minahim, Washington Trindade, Rosângela Lunardelli	15/03/2007
155	Marialva de Castro Calabrich Schluking	A Proteção do Mínimo Existencial no Plano Tributário e Algumas Considerações Sobre o Imposto de Renda da Pessoa Física	Edvaldo Brito, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Betina Treiger Grupenmacher	19/03/2007
156	Iran Furtado de Souza Filho	O Contrato de Leasing e a Responsabilidade Subsidiária com Benefício de Ordem do Arrendante Pelos Danos Causados a Terceiros Pelo Arrendatário.	Washington Trindade, Edivaldo Boaventura, Alirio Fernando B. de Souza	26/03/2007
157	Roberto Levy Bastos Manatta	O Capital Social da Companhia: Instância da Complexidade	Edivaldo Boaventura, Washington Trindade, José Joaquim Calmon de Passos	27/03/2007
158	Renato Amoedo Nadier Rodrigues	Direitos dos Acionistas Minoritários	Alirio Fernando B. de Souza, Washington Trindade, Edivaldo Boaventura	02/04/2007
159	Robson Sant'Ana dos Santos	A Figura dos Administradores e sua Responsabilidade Face ao Artigo 135 do Código Tributário Nacional	Edvaldo Brito, Marciano Seabra Godoi, Dirley Cunha	23/04/2007
160	Cristiane de Araújo Góes Magalhães	Federalismo e Tributação: Certidões e Cadastros	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Marciano Seabra Godoi, Dirley da Cunha Junior	23/04/2007
161	Lauricio Alves Carvalho Pedrosa	A Responsabilidade Civil por Risco de Dano ao Meio Ambiente.	Roxana Borges, Washington Luis da Trindade, José Rubens Morato Leite	04/05/2007
162	Flavia da Fonseca Marimpietri	Pressupostos da Revisão dos Contratos de Consumo	Rodolfo M. Veiga Pamplona, Washington Luiz da Trindade, Maria Lígia Coelho Mathias	18/05/2007

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
163	Ana Beatriz Lisboa Pereira	Direito Fundamental a Execução da Decisão Judicial	Fredie Didier Júnior, Luis Guilherme Marinoni, Rodolfo M. Veiga Pamplona	25/05/2007
164	Kamila Assis de Abreu	Proteção Jurídica do Acesso à Biodiversidade Brasileira	Roxana Cardoso B. Borges, Heron José de Santana, Marcelo Dias Varella	04/06/2007
165	Alessandro Ribeiro Couto	As Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e o Postulado da Proporcionalidade	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, André Ramos Tavares, Dirley Cunha	06/06/2007
166	Fabio Periandro de A. Hirsch	Ofensa Reflexa à Constituição: Críticas e Propostas de Solução para a Jurisprudência Autodefesa do Supremo Tribunal Federal.	Dirley da Cunha Júnior, Fredie Didier Jr, André Ramos Tavares	06/06/2007
167	Michelle Crisitine Assis Couto	Existe um Direito de Ter Filho?	Mônica Neves Aguiar da Silva, Teresa Rodrigues Vieira, Maria Auxiliadora Minahim	08/06/2007
168	Alassana Valdez	Aplicabilidade das Normas de Tratados Internacionais no Direito Comercial: Caso da Ohada no Ordenamento Jurídico Guineense.	Saulo José Casali Bahia, Washington Luiz da Trindade, Ney de Barros Bello Filho	06/07/2007
169	Sílvia Lorena Villas Boas Souza	Os Créditos de Carbono no Âmbito do Protocolo de Quioto.	Saulo José Casali Bahia, Washington Luiz da Trindade, Ney de Barros Bello Filho	06/07/2007
170	Deivid Carvalho Lorenzo	Pesquisas Genéticas Comélulas – Tronco Embrionárias e a Personalidade Jurídica do Embrião Humano	Mônica Neves Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Leocir Pessini	27/09/2007
171	Emmanuela Vilar Lins	As Dimensões da Vulnerabilidade Humana: como Condição, como Característica, como Princípio Bioético-Jurídico.	Mônica Neves Aguiar, Leocir Pessini, Maria Auxiliadora Minahim	27/09/2007
172	Patrícia da Costa Santana	A Ponderação na Colisão Entre os Princípios da Proteção das Manifestações Culturais Religiosas de Matriz Africana e o da Proteção aos Animais	Saulo José Casali Bahia, Andreas Joachim Krell, Heron José de Santana	28/09/2007
173	Renata Figueiredo Brandão	Vedação ao Tributo com Efeito de Confisco	Saulo José Casali Bahia Washington Luiz da Trindade, Ney de Barros Bello Filho	01/10/2007
174	João Alves de Almeida Neto	Consórcio de Empregadores no Ordenamento Brasileiro: Aplicabilidade e Disciplina de Direito Material no Âmbito Urbano	Rodolfo Mário V. Pamplona Filho, Nelson Mannrich, Washington Trindade	11/10/2007
175	Leandro Lopes Paraense	Redefinição da Propriedade como Direito Fundamental: da Propriedade Digna à Dignidade Proprietária	Washington Trindde, Nelson Mannrich, Rodolfo M. V. Pamplona Filho	11/10/2007
176	Paula Sarno Braga	Aplicação do Devido Processo Legal às Relações Jurídicas Particulares	Fredie Didier Jr., Ana Paula M. da Costa e Silva, Roxana Cardoso B. Borges	22/10/2007
177	Cristiano Miranda de Santana	Anencefalia e o Direito à Vida: Reflexões Sobre a ADPF Nº. 54	Edvaldo Pereira de Brito, Fabiola Santos Albuquerque, Maria Auxiliadora Minahim	10/12/2007
178	Juvenal José Duarte Neto	Súmula Vinculante como Instrumento de Efetividade do Princípio à Igualdade e o Controle Difuso de Constitucionalidade	Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Junior, Edvaldo Brito	20/12/2007

Dissertações defendidas (1980-2011.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
179	César Cintra Fonseca	Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Repensando a Dogmática Tradicional, na Sociedade de Riscos, para Garantia da Proteção Penal do Meio Ambiente	Alessandra Rapassi, Cláudio Alberto G. Guimarães, Maria Auxiliadora Minahim	21/12/2007
180	Sheila Maria da Graça Coitinho das Neves	Penas Restritivas de Direito – Alternativa de Punição Justa: uma Análise dos Fins das Penas Restritivas de Direitos à Luz da Teoria Dialética Unificadora da Claus Roxin	Maria Auxiliadora Minahim, Cláudio Alberto G. Guimarães, Alessandra Rapassi	22/12/2007
181	Kaline Ferreira Davi	A Dimensão Política da Administração Pública sob a Ótica de um Direito Administrativo Constitucionalizado	Celso Luiz Braga de Castro, Francisco de Q. B. Cavalcanti, Edvaldo Pereira de Brito	03/03/2008
182	Sérgio Neeser Nogueira Reis	Limitações Jurídicas os Pesquisas em Células-Tronco Embrionárias	Monica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Teresa Rodrigues Vieira	17/03/2008
183	Carlos Frederico Guerra Andrade	Direito à Intimidade Genética na Relação de Emprego	Monica Neves Aguiar da Silva, Edilton Meileres, Teresa Rodrigues Vieira	17/03/2008
184	Atila Djawara Moreira Ferreira	Normas Constitucionais Programáticas na Ordem Jurídica Guineense	Saulo José Casali Bahia, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Edivaldo Machado Boaventura	25/03/2008
185	Jailson de Souza Correa	Dano Moral Decorrente da Ofensa à Liberdade Religiosa dos Adeptos das Religiões de Matriz Africana	Saulo José Casali Bahia, Heron José de Santana, Hédio Silva Junior	28/03/2008
186	Ilzver de Matos Oliveira	O Discurso do Judiciário sobre as Ações Afirmativas para a População Negra na Bahia	Celso Luiz Braga de Castro, Heron José de Santana, Eunice Aparecida J. Prudente	28/03/2008
187	Irena Carneiro Martins	A Importância da Limitação da Responsabilidade de Sócios e Delimitação da Responsabilidade de Administradores para as Relações Econômicas no Ordenamento Brasileiro	Roxana Cardoso B. Borges, Washington Luiz da Trindade, Marcia Carla Pereira Ribeiro	31/03/2008
188	Geder Luiz Rocha Gomes	A Substituição da Pena Privativa de Liberdade: Legitimidade e Adequação das Alternativas Penais	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi M. Prado, Cesar Roberto Bitencourt	31/03/2008
189	Salomão Resedá	A Aplicação do <i>Punitive Damage</i> nas Ações de Indenização Por Danos Morais no Ordenamento Jurídico Brasileiro	Rodolfo M. V. Pamplona Filho, Jonhson Meira Santos, Edivaldo Machado Boaventura	31/03/2008
190	João Glicério de Oliveira Filho	Fundamentos Jurídicos da Função Social da Empresa	Rodolfo M. V. Pamplona Filho, Jonhson Meira Santos, Edivaldo Machado Boaventura	31/03/2008
191	Bianca da Silva Alves	O Bem Jurídico-Penal Tutelado Pelo Crime de Utilização Ilegal de Células-Tronco Embrionárias Humanas (Art. 24 da Lei de Biossegurança)	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi M. Prado, Cesar Roberto Bitencourt	31/03/2008
192	Priscila da Mata Cavalcante	O Sistema Internacional de Cooperação para o Desenvolvimento	Saulo José Casali Bahia, Washington Luiz da Trindade, André de Carvalho Ramos	03/04/2008
193	Eugênio de Souza Kuschewsky	Responsabilidade Civil e Células-Tronco	Roxana Cardoso B. Borges, Washington Luiz da Trindade, Eroulths Cortiano Junior	04/04/2008
194	Luciano Lima Figueiredo	A Função Social das Patentes de Medicamentos	Rodolfo M. V. Pamplona Filho, Jonhson Meira Santos, Edivaldo Boaventura	04/04/2008
195	Cláudio dos Passos Souza	Processo Administrativo Tributário: Possibilidade de Questionamento Judicial das Decisões Contrárias ao Estado	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Celso Luiz Braga de Castro, Roberto Ferraz	14/04/2008

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
196	Erica Rusch	Ação Civil Pública de Responsabilidade por Danos Ambientais	Fredie Didier Junior, Roxana Cardoso B. Borges, Marcelo Abelha Rodrigues	15/04/2008
197	Miguel Calmon Teixeira Branco	Constitucionalismo Dirigente Brasileiro e a Pós-Modernidade: Resistência e Proteção do Estado Social enquanto Dimensão do Estado Democrático de Direito	Dirley da Cunha Júnior, Manoel Jorge e Silva Neto, André Ramos Tavares	17/04/2008
198	Adriane Mônica Oliveria Souza	Auditorias Operacionais: Controle Substancial da Gestão Pública pelas Tribunais de Contas	Celso Luiz Braga de Castro, Heron José de Santana, André Ramos Tavares	17/04/2008
199	Valdir Ferreira de Oliveira Júnior	O Estado Constitucional Solidarista	Manoel Jorge e Silva Neto, Heron José de Santana, José C. Monteiro de Brito Filho	24/04/2008
200	Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho	Jurisdição no Estado do Bem Estar e do Desenvolvimento	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Marcelo Campos Galuppo	05/05/2008
201	Manoel Carlos de Almeida Neto	O Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais: à Luz da Jurisprudência do STJ	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Marcelo Campos Galuppo	05/05/2008
202	Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar	Efeito Vinculante e Concretização do Direito	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, George Sarmento Lins Júnior	23/08/2008
203	Michelline Soares Bittencourt Trindade Luz	O Perfil das Ações Filiatórias à Luz da Era Dna	Roxana Cardoso B. Borges, Erouths Cortiano Júnior, Mônica Neves Aguiar	11/10/2008
204	Juliana Pinheiro Damasceno e Santos	Fundamentos Criminológicos e Repercussões Dogmáticas da Proteção Jurídica da Ordem Econômica nas Bases do Direito Penal Liberal: Uma Análise à Luz dos Crimes de Colarinho-Branco	Alessandra M. Rapassi, Washginton Luiz da Trindade, Cláudio Roberto C. Bezerra Brandão	14/11/2008
205	Flora Augusta Varela Aranha	Justiça Consensual e Meio Ambiente: Uma Análise à Luz do Termo de Ajustamento de Conduta	Heron J. de Santana Gordilho, Maria Elisabete P. dos Santos, Manoel Jorge e Silva Neto	27/11/2008
206	Alexandre Gentil Corte-Real de Araújo	O Fortalecimento dos Poderes Locais na República Democrática de Timor Leste (Uma Nova Interpretação da Constituição da Rdtl/2002)	Saulo José Casali Bahia, Edivaldo Boaventura, Maria Auxiliadora Minahim	12/12/2008
207	Laura Vasconcelos Neves da Silva	As relações de trabalho rural nas usinas de cana-de-açúcar	Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona Filho, Sergio Torres Teixeira	09/01/2009
208	Ana Carolina Fernandes Mascarenhas	Autonomia Privada e Autocomposição Extrajudicial de conflitos	Rodolfo Pamplona Filho, Fredie Didier Jr, Daniel Francisco Mitidiero	30/01/2009
209	Daniel Nicory do Prado	Autos da Barca do Inferno: o discurso narrativo dos participantes da prisão em flagrante	Nelson Cerqueira, Maria Auxiliadora Minahim, Marcelo Campos Galuppo	06/03/2009
210	Roseli Rego Santos	O atual Regime Brasileiro de recuperação e falência como efetivação da função social da empresa	Washginton Luiz da Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Márcia Carla Pereira Ribeiro	16/03/2009
211	Elayne Leal de Oliveira	O direito Penal ambiental e a prestação de serviço à comunidade como instrumento de implementação do direito de acesso à água	Heron J. de Santana Gordilho, Alessandra Rapassi Prado, Andreas Krell	27/03/2009

Dissertações defendidas (1980-2011.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
212	Nestor Nerton Fernandes Távora	Princípio da adequação e resolução antecipada do mérito do processo penal	Fredie Didier Jr., Dirley da Cunha Júnior, Gustavo H. Ivahy Badaró	31/03/2009
213	Roberto Lima Figueiredo	A conformação principiológica do direito convivencial e seus reflexos patrimoniais	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Paulo Luiz Netto Lobo	03/04/2009
214	Urbano Félix Pugliese do Bomfim	Uma correção ao sentido do princípio da intervenção mínima no Direito Penal	Alessandra Rapassi, Maria Auxiliadora Minahim, Claudio Alberto Guimarães	08/04/2009
215	Thiago Batista Freitas	Análise ético-constitucional da utilização de embriões humanos em experimentos científicos	Mônica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Maria Lígia Coelho Mathias.	13/04/2009
216	Maurício de Melo Teixeira Branco	Acesso ao crédito trabalhista como direito fundamental e a Lei brasileira de Falências e Recuperação de empresas	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Sérgio Torres Teixeira	17/04/2009
217	Gustavo Cunha Prazeres	Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos	Celso Luiz Braga de Castro, Dirley da Cunha Júnior, Francisco de Queiroz B. Cavalcanti	20/04/2009
218	Tangre Paranhos Leite Oliveira	Tensão entre o público e o privado: função social da propriedade na Avenida Paralela	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Rosângela L. Cavallazzi	24/04/2009
219	Flávio Faça Daltro	Os motivos jurídico-econômicos da função social do contrato	Washington Luiz da Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Cristiana Menezes Castro	29/04/2009
220	Vinicius Cardona Franca	Aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas	Saulo Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto, George Sarmiento Lins Júnior	15/05/2009
221	Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo	O ato de decisão judicial: uma irracionalidade disfarçada	Nelson Cerqueira, Maria Auxiliadora Minahim, Jacinto N. de Miranda Coutinho	06/07/2009
222	Tercio Roberto Peixoto	A negociação coletiva e a extinção compulsória do contrato de trabalho	Edilton Meireles, Rodolfo Pamplona Filho, Sergio Torres Teixeira	21/08/2009
223	Matheus Ferreira Bezerra	A quebra da patente de medicamentos como instrumento de realização de direitos	Jonhson Meira Santos, Rodolfo Pamplona Filho, Maria Lígia Coelho Mathias	26/08/2009
224	Nadialice Francischini de Souza	O desmistificar da aplicação do princípio da vulnerabilidade	Washington Luiz da Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Edivaldo Machado Boaventura	28/08/2009
225	Vanessa Vieira Pessanha	O acesso à educação como requisito para efetivar o direito fundamental ao trabalho	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Edivaldo Machado Boaventura	02/09/2009
226	Bernardo Silva de Lima	A arbitralidade de dano ambiental e o seu ressarcimento	Ana Paula Mota Costa e Silva, Fredie Didier Júnior, Carlos Alberto Carmona	03/09/2009
227	Taciana Palmeira Andrade	Doação de órgãos <i>post mortem</i> : a viabilidade de adoção pelo sistema brasileiro da escolha pelo doador do destinatário dos seus órgãos	Monica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Valéria Silva Galdino Cardin	17/09/2009
228	Ana Maria Maciel Bittencout Passos	Direito à filiação e inseminação <i>post mortem</i> ; uma solução à luz do direito positivo brasileiro.	Monica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Valéria Silva Galdino Cardin	17/09/2009

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
229	Adilson Cunha Silva	As tecnociências e o redimensionamento da responsabilidade civil	Roxana Cardoso B. Borges, Washington Luiz da Trindade, Roberto Freitas Filho	01/10/2009
230	Agenor de Souza Santos Sampaio Neto	Considerações sobre a despersonalização da pessoa jurídica e o estado atual da questão do Código de Defesa do Consumidor	Washington Luiz da Trindade, Paulo César Santos Bezerra, Jorge Aliomir B.Dantas	01/10/2009
231	Osmir Antonio Globekner	A saúde entre o público e o privado: a questão da equidade no acesso social aos recursos sanitários escassos	Dirley da Cunha Júnior, Maria Auxiliadora Minahim, George Sarmento Lins Júnior	02/10/2009
232	Thaís Bandeira Oliveira	Lavagem de capitalis (dis)funções político-criminais no seu combate	Dirley da Cunha Júnior, Ricardo Maurício F. Soares, George Sarmento Lins Júnior	02/10/2009
233	Fábio de Oliveira Cordeiro	Controle jurisdicional de políticas públicas como meio de realização dos direitos sociais	Dirley da Cunha Júnior, Ricardo Maurício F. Soares, George Sarmento Lins Júnior	02/10/2009
234	Edval Borges da Silva Segundo	Conteúdo e aplicabilidade do princípio do juiz natural	Edilton Meireles, Fredie Didier Júnior, Leonardo José C. da Cunha	08/10/2009
235	Matheus Barreto Gomes	Precedentes judiciais legitimação pelo procedimento	Edilton Meireles, Fredie Didier Júnior, Leonardo José C. da Cunha	08/10/2009
236	Marcos de Aguiar Villas Boas	<i>In dubio pro contribuinte</i>	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Saulo José Casali Bahia, Eurico de Santi	09/10/2009
237	Fábio Roque da Silva Araújo	O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal	Alessandra Rapassi M. Prado, Maria Auxiliadora Minahim, Érika Mendes de Carvalho	28/10/2009
238	Fernanda Ravazzano Azevedo Lopes	O conceito não revelado e as funções não declaradas da ressociação: a resposta garantista à manipulação da linguagem	Alessandra Rapassi M. Prado, Maria Auxiliadora Minahim, Érika Mendes de Carvalho	28/10/2009
239	Claúdio Azevedo da Cruz Oliveira	Integração Sul-Americana (entre a efetivação dos direitos humanos e a construção de uma dinâmica comunitária)	Nelson Cerqueira, Saulo José Casali Bahia, André de Carvalho Ramos	14/11/2009
240	Ana Thereza Meireles Araújo	A delimitação dogmática do conceito de homem como sujeito de direito no regramento jurídico brasileiro	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Maria Lígia Coelho Mathias	24/11/2009
241	Tagore Trajano de Almeida Silva	Animais em juízo	Heron José de S. Gordilho, Mônica Neves Aguiar da Silva, Fábio Correa S. de Oliveira	30/11/2009
242	Carmem Lúcia Costa Brotas	Patentes de células-tronco: uma abordagem jurídica e bioética	Mônica Neves Aguiar da Silva, Rodolfo Pamplona Filho, Vicente de Paulo Barreto	08/02/2010
243	Victor Insali	A proteção dos direitos e liberdades fundamentais na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos	Saulo José Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto, Carlos Roberto Sanchez Milani	26/02/2010
244	Cláudia Albagli Nogueira	O papel do discurso jurídico no direito pós-positivista: breve análise de decisões do STF	Nelson Cerqueira, Ricardo Maurício F. Soares, Willis Santiago Guerra Filho	08/03/2010
245	Iuri Vasconcelos Barros de Brito	Responsabilidade civil do juiz por dano decorrente da atividade jurisdicional	Wilson Alves de Souza, Fredie Didier Júnior, Leonardo José C. da Cunha	24/03/2010

Dissertações defendidas (1980-2011.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
246	Anderson George de Lima Casé	Impossibilidade de dano moral às pessoas jurídicas	Roxana C. Brasileiro Borges, Washington Luiz da Trindade, Paulo Roberto Ribeiro Nalin	16/04/2010
247	Maurício Requião de Sant'ana	Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações	Roxana C. Brasileiro Borges, Fredie Didier Júnior, Paulo Roberto Ribeiro Nalin	16/04/2010
248	Sabrina Dourado França Andrade	Julgamento liminar de mérito nas demandas repetitivas	Wilson Alves de Souza, Fredie Didier Júnior, Leonardo José C. da Cunha	19/04/2010
249	Luciana Moura Araújo Cardoso Pontes	O direito do trabalho e sua função protetiva na contemporaneidade: da necessidade de (re)definição em face das novas relações de trabalho	Luiz de Pinho P. da Silva, Rodolfo Pamplona Filho, Flávia Moreira Guimarães Pessoa	19/04/2010
250	Elma Marília Vieira de Carvalho	Disciplina jurídica da cláusula de permanência nas relações trabalhistas	Luiz de Pinho P. da Silva, Rodolfo Pamplona Filho, Sérgio Torres Teixeira, Flávia M. Guimarães Pessoa	19/04/2010
251	Lise Nery Mota	Tutela específica dos direitos da personalidade	Fredie Didier Júnior, Mônica Neves Aguiar da Silva, Gisele Santos Fernandes Goes	23/04/2010
252	Rafael Santos de Oliveira	Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido	Fredie Didier Júnior, Rodolfo Pamplona Filho, Gisele Santos Fernandes Goes	23/04/2010
253	Valnei Mota Alves de Souza	Ação coletiva de desapropriação para fins de reforma agrária – instrumento concretizador dos direitos sociais do trabalhador rural	Dirley da Cunha Júnior, Washington Luiz da Trindade, George Sarmento Lins Junior	23/04/2010
254	Caê Matos Teixeira de Almeida	Direito a um serviço público judiciário adequado	Wilson Alves de Souza, Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Junior	23/04/2010
255	Pedro Germano dos Anjos	Controle jurisdicional do orçamento – planejamento orçamentário e diálogo constitucional no cumprimento dos direitos fundamentais a prestações fáticas	Saulo José Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto, George Sarmento Lins Junior	23/04/2010
256	Lucas Rego Silva Rodrigues	Participação e legitimidade do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano: contribuições à luz do princípio do discurso da teoria do direito de Habermas	Nelson Cerqueira, Paulo César Santos Bezerra, Raymundo Juliano Feitosa	24/04/2010
257	Vicente da Cunha Passos Júnior	A tutela jurídica contra o superendividamento como aplicação do princípio da dignidade humana nas relações de crédito	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Prof. Paulo Luiz Netto Lobo	30/04/2010
258	Clara Cardoso Machado	Direitos fundamentais sociais, políticas públicas e controle jurisdicional do orçamento	Manoel Jorge e Silva Neto, Dirley da Cunha Júnior, Sandra Regina Martini Vial	13/08/2010
259	Luana Paixão Dantas do Rosário	A legitimidade da função política do poder judiciário na democracia constitucional: uma concepção orientada à concretização dos direitos fundamentais	Dirley da Cunha Júnior, Ricardo M. Freire Soares, Walber de Moura Agra	23/09/2010
260	Vanessa Lima Bacilieri de Oliveira	Relativização da impenhorabilidade dos bens de família para a satisfação de créditos trabalhistas	Edilton Meireles, Paulo César Santos Bezerra, Sérgio Torres Teixeira	14/10/2010
261	Luiz Carlos de Assis Júnior	Responsabilidade civil decorrente da contaminação de pessoas por agentes tóxicos: indenizando pelo risco de patologia futura	Rodolfo Pamplona Filho, Roxana C. Brasileiro Borges, Giselda Maria F. N. Hionaka	18/11/2010

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
262	Daniela Carvalho Portugal	As Parcerias Público-Privadas no Sistema Prisional: as Perspectivas da Legalidade, Eficiência e Política Criminal	Saulo José Casali Bahia, Maria Auxiliadora Minahim, Petilda Serva Vazquez	22/01/2011
263	Lizianni de Cerqueira Monteiro	Princípios Constitucionais e Medida de Segurança Criminal	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi M. Prado, Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão	26/01/2011
264	Társis Silva de Cerqueira	O Julgamento dos Recursos Repetitivos nos Tribunais Superiores: Uma Nova Leitura do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição	Ricardo Maurício F. Soares, Fredie Didier Júnior, Margareth Vetus Zaganelli	11/02/2011
265	Marcos Sampaio de Souza	O Conteúdo Essencial dos Direitos Sociais no Constitucionalismo Brasileiro	Ricardo Maurício F. Soares, Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Jr.	18/02/2011
266	Danilo Gonçalves Gaspar	A Crise da Subordinação Jurídica Clássica Enquanto Elemento Definidor da Relação de Emprego e a Proposta da Subordinação Potencial	Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Rodolfo Pamplona Filho, Jorge Luiz Souto Maior	18/03/2011
267	Renato de Magalhães Dantas Neto	Negociação Coletiva de Trabalho Com o Estado: da Teoria À Prática	Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Rodolfo Pamplona Filho, Jorge Luiz Souto Maior	18/03/2011
268	Davi Castro Silva	A Teoria dos Direitos Fundamentais e o Bem Jurídico Penal. Análise da Vinculação da Teoria do Bem Jurídico Penal À Constituição Com Fundamento na Dogmática dos Direitos Fundamentais.	Sebastian Borges A. Mello, Rodolfo Pamplona Filho, Yuri Carneiro Coelho	25/03/2011
269	Dejair dos Anjos Santana Júnior	O Combate as Omissões Constitucionais À Luz dos Direitos Fundamentais e das Novas Tendências Hermenêuticas	Ricardo Mauricio F. Soares , Manoel Jorge e Silva Neto, Gustavo Justino de Oliveira	01/04/2011
270	Leonardo Dias da Silva Telles	A Boa-Fé Objetiva nos Contratos Benéficos.	Washington Luiz da Trindade, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Nelson Mannrich	01/04/2011
271	Lucas Andrade Pereira de Oliveira	O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição no Processo do Trabalho.	Wilson Alves de Souza, Edilton Meireles, Francisco Gerson Marques de Lima	08/04/2011
272	Karin Almeida Weh de Medeiros	Modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade e Repetição do Indébito Tributário	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Saulo José Casali Bahia, Regina Helena Costa	15/04/2011
273	Claudio Dias Lima Filho	Motivação e Processualização na Dispensa dos Empregados Estatais	Dirley da Cunha Junior, Rodolfo Pamplona Filho, George Sarmento Lins Júnior	15/04/2011
274	Ailton Schramm de Rocha	O Acesso a Medicamentos Por Intermédio de Decisões Judiciais	Dirley da Cunha Junior, Ricardo Mauricio F. Soares, George Sarmento Lins Júnior	15/04/2011
275	Andrea Carvalho de Brito	A Boa-Fé Objetiva Como Critério Delimitador do Abuso do Direito na Teoria Contratual Contemporânea	Washington Luiz da Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Paulo Luiz Netto Lobo	15/04/2011
276	Lorena Miranda Santos Barreiro	Fundamentos Constitucionais do Modelo Processual Cooperativo no Direito Brasileiro	Fredie Didier Júnior, Paula Mota da Costa e Silva, Daniel Francisco Mitidiero	03/05/2011
277	Felipe Ventin da Silva	A Tutela Preventiva dos Direitos de Personalidade e a Liberdade de Informação Jornalística	Roxana Cardoso B. Borges, Mônica Neves Aguiar da Silva, Renan Lotufo	05/05/2011

Dissertações defendidas (1980-2011.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
278	Eduardo Cabral Moraes Monteiro	A Elisão Tributária Como Direito Fundamental do Contribuinte.	Edvaldo Pereira de Brito, Heron José de Santana Gordilho, George Sarmento Lins Júnior,	05/05/2011
279	Cynthia de Araújo Lima Lopes	Ação Civil Pública e o Controle das Políticas Públicas Pelo Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito	Wilson Alves de Souza, Saulo José Casali Bahia, George Sarmento Lins Júnior	06/05/2011
280	Laura Scaldaferrri Pessoa	Pensar o Final e Honrar a Vida: Direito À Morte Digna	Mônica Neves Aguiar da Silva, Sebastian Borges A. Mello, Alice Corrente Zaranti Soares Lotufo	06/05/2011
281	Marcelo Pinto da Silva	O Princípio da Vulnerabilidade e o Direito À Intimidade Genética nas Relações de Consumo e de Emprego no Brasil.	Mônica Neves Aguiar da Silva, Heron José de Santana Gordilho, Renan Lotufo	06/05/2011
282	Maria Soledade Soares Cruzes	O Sincretismo do Processo Civil Brasileiro: Análise da Viabilidade de Um Processo Único Multifuncional Sob a Perspectiva do Direito Fundamental À Tutela Jurisdicional Efetiva	Wilson Alves de Souza, Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Júnior	06/05/2011
283	Fabiano Cavalcante Pimentel	Tutela Antecipada do Processo de Revisão Criminal	Wilson Alves de Souza, Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Júnior	06/05/2011
284	Gilson Alves de Santana Junior	A Restrição Ao Ambiente Argumentativo Processual no Direito Brasileiro: Uma Releitura do Princípio da Razoável Duração do Processo	Ricardo Mauricio F. Soares, Dirley da Cunha Júnior, Artur Stamford da Silva	06/05/2011
285	Jaylla Maruza Rodrigues de Souza e Silva	Reprodução Assistida Entre Mulheres Homossexuais	Heron José de Santana Gordilho, Mônica Neves Aguiar da Silva, Alice Corrente Zaranti Soares Lotufo	06/05/2011
286	Tiago Bockie de Almeida	O Controle Pleno do Ato Administrativo Disciplinar Pelo Poder Judiciário	Celso Luiz Braga de Castro, Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Júnior	06/05/2011
287	Tiago Leal Ayres	A Boa-Fé Objetiva Como Vetor de Indicação do Princípio da Moralidade Administrativa: Nova Perspectiva de Controle da Administração Pública	Celso Castro, Heron José de Santana Gordilho, Walber de Moura Agra	07/05/2011
288	Roberto Mizuki Dias dos Santos	A Segurança Pública Integrada Ao Mínimo Existencial no Direito Brasileiro Enquanto Medida Necessária Para Sua Efetivação Pelo Poder Judiciário	Celso Castro, Heron José de Santana Gordilho, Walber de Moura Agra	07/05/2011
289	Ciro de Lopes e Barbuda	Sistematização Principiológica do Direito Autoral: Repensando os Fundamentos da Ordem Jusautoralista Brasileira na Perspectiva de Um Direito Autoral-Constitucional	Roxana Cardoso B. Borges, Fredie Souza Didier Júnior, Luiz Gonzaga Silva Adolfo	09/05/2011
290	Marcelo Timbó Nilo	Fonograma e Direito de Propriedade. a Nova Tutela Jurídica de Bens Imateriais Transmissíveis Pela Internet.	Roxana Cardoso B. Borges, Fredie Souza Didier Júnior, Luiz Gonzaga Silva Adolfo	09/05/2011
291	Oswaldo Almeida Neto	A Presunção de Causalidade na Responsabilidade Civil	Roxana Cardoso B. Borges, Washington Luiz da Trindade, Lucas Abreu Barroso	10/05/2011
292	Tatiane Ribas Pinto	Limites Impostos Pela Bioética e Pelo Direito Brasileiro À Manipulação Genética na Reprodução Humana	Monica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Valéria Silva Galdino Cardin	13/05/2011

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
293	Ivana de Oliveira Fraga	O Conteúdo Jurídico do Conceito de Beneficência Escrita a Partir da Experiência Neo-Eugênica: do Limite Entre Técnicas Terapêuticas e Reprodutivas e Práticas Eugênicas da Espécie Humana.	Monica Neves Aguiar da Silva, Alexandre Sérgio da Rocha, Valéria Silva Galdino Cardin	13/05/2011
294	Guilherme Guimaraes Ludwig	A Aplicação do Princípio da Eficiência na Atividade Jurisdicional Como Decorrente do Novo Papel do Poder Judiciário	Celso Luiz Braga de Castro, Rodolfo Pamplona Filho, José Roberto Freire Pimenta	13/05/2011
295	Renata de Moura Miranda	Responsabilidade Civil Por Dano Moral Coletivo e Suas Implicações no Direito do Trabalho	Edilton Meireles, Rodolfo Pamplona Filho, Cláudio Luiz Bueno de Godoy	13/05/2011
296	Ícaro de Souza Duarte	O Reconhecimento do Direito de Informação na Negociação Coletiva Como Decorrente da Aplicação do Princípio da Boa-Fé Objetiva	Rodolfo Pamplona Filho, Edilton Meireles, Nelson Mannrich	13/05/2011
297	Reinaldo Santos de Moraes	A Teoria do "Menor Maduro" e Seu Exercício nas Questões Referentes À Vida e À Saúde: Uma Apreciação da Situação Brasileira	Mônica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Luiz Paulo Cotrin Guimarães	13/05/2011
298	Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda	Controle de Políticas Públicas na Justiça do Trabalho	Manoel Jorge e Silva Neto, Saulo José Casali Bahia, Marcelo Figueiredo Santos	13/05/2011
299	Alexandre Montanha de Castro Setúbal	Aspectos Interdisciplinares e Juríco-Trabalhistas do Direito Fundamental À Liberdade Religiosa	Manoel Jorge e Silva Neto, Saulo José Casali Bahia, Marcelo Figueiredo Santos	13/05/2011
300	Juliana Campos de Oliveira	Autonomia do Direito Ambiental: Necessidade da Sua Obrigatoriedade no Ensino Jurídico Brasileiro Ante a Sociedade de Risco	Heron José de Santana Gordilho, Maria Auxiliadora Minahim, André Alves Portella	13/05/2011
301	Charles Silva Barbosa	Dimensões do Mínimo Existencial: Atuação Jurisdicional e Proteção da Essência da República.	Manoel Jorge e Silva Neto, Saulo José Casali Bahia, Marcelo Figueiredo Santos	13/05/2011

TESES DE DOUTORADO DEFENDIDAS

Nº	DOCTORANDO	TESE	BANCA EXAMINADORA (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
01	Flávia Moreira Guimarães Pessoa	Efetividade dos Direitos Fundamentais e o Trabalhador Autônomo Economicamente Dependente: uma Proposta de Tratamento Jurídico	Rodolfo Mário Pamplona Filho, Saulo José Casali Bahia, Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Edivaldo Boaventura, Carlos Henrique Bezerra Leite	04/04/2008
02	Ricardo Maurício Freire Soares	O discurso Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Proposta de Concretização do Direito Justo no Pós-Positivismo Brasileiro	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Júnior, Fernando Dantas	23/08/2008
03	Johnson Barbosa Nogueira	Limitações Dogmáticas das Prestações Pecuniárias Devidas pelos Administrados em Razão de Serviços Públicos	Paulo Roberto L. Pimenta, Sacha Calmon N. Coelho, Souto Maior Borges, Washington Luiz da Trindade, Edvaldo Pereira de Brito	20/10/2008
04	Sebastian Borges de Albuquerque Mello	O Conceito Material de Culpabilidade – O Fundamento da Imposição da Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana	Maria Auxiliadora Minahim, Cláudio Roberto Brandão, Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho, Alessandra M. Prado	22/10/2008
05	Marco Aurélio de Castro Júnior	Cidadania Robótica Personalidade Jurídica do Robô	Rodolfo M. V. Pamplona Filho, Saulo Casali Bahia, Heron José de Santana Gordilho, Aires José Rover, Luiz A. Magalhães Pontes	24/4/2009
06	Deraldo Dias de Moraes Neto	A questão da efetividade das políticas Públicas (extrafiscalidade de tributos e, cobrança da água na preservação dos recursos, hídricos no Estado, Democrático de Direito	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Heron José de Santana Gordilho, Dirley da Cunha Júnior, João B. Leopoldino da Fonseca, Raimundo Juliano Feitosa	30/04/2009
07	Maria Elisa Villas-Bôas Pinheiro de Lemos	Alocação de recursos em saúde: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam	Maria Auxiliadora Minahim, Mônica Neves Aguiar da Silva, Rodolfo M. V. Pamplona Filho, George Sarmento Lins Júnior, Paulo Antonio Carvalho Fortes	18/12/2009
08	Yuri Carneiro Coelho	As teorias da conduta no Direito Penal: O conceito de conduta e sua importância para um Direito Penal de garantia	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi M. Prado, Nelson Cerqueira, Margarida de O. Cantarelli, Cláudio Roberto C. B. Brandão	03/05/2010
09	Francisco Bertino Bezerra de Carvalho	Jurisdição: Legitimação pela ação comunicativa com e para além de Habermas	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Mônica Neves Aguiar da Silva, Daniel Tourinho Peres, Alexandre Sérgio da Rocha	03/05/2010
10	César de Faria Júnior	O processo penal do inimigo, os direitos e garantias fundamentais e o princípio da proporcionalidade	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi M. Prado, Ricardo Maurício Freire Soares, Margarida de O. Cantarelli, Cláudio Alberto G. Guimarães	31/08/2010

Nº	DOUTORANDO	TESE	BANCA EXAMINADORA (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
11	Pedro Henrique Pedro- sa Nogueira	Negócios Jurídicos Processuais: Análise dos Provimentos Judiciais como Atos Negociais	Fredie Didier Júnior, Edilton Meireles, Ana Paula Mota da Costa e Silva, Marcos Bernardes de Mello, Daniel Francisco Mitidiero	04/05/2011

**REGRAS PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS
NA REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL
DA BAHIA – UFBA**

1. O trabalho encaminhado para publicação na Revista do Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA deverá ser inédito. Uma vez publicado, considera-se licenciado para a Revista PPGD, podendo tão somente ser publicado em outros lugares, após autorização prévia e expressa do Editor da Revista, citada a publicação original como fonte.
2. O trabalho pode ser enviado pelo correio eletrônico, para os endereços ppgd_ufba@yahoo.com.br ou fredie@terra.com.br (no “Assunto”, fazer referência à Revista), ou por via postal, em arquivo gravado em CD, obrigatoriamente acompanhado de via impressa para a Faculdade de Direito – UFBA, Rua da Paz, s/nº, Graça, Salvador/BA (CEP 40.150-140) em atenção ao Conselho Editorial da Revista PPGD/UFBA.
3. O trabalho deverá ter até 30 laudas. Como fonte, usar o Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm . O tamanho do papel deve ser A4.
4. O trabalho deverá ser precedido por uma folha na qual constarão: o título do trabalho, o nome e qualificação do autor (ou autores), endereço para correspondência, telefone, fax e e-mail, e autorização de publicação.
5. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2000 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT): sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição (a partir da segunda); ponto; local; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto.
6. Os trabalhos deverão ser precedidos por um breve Resumo (10 linhas no máximo), em português e em inglês, e de um Sumário.
7. Deverão ser destacadas as palavras-chave (em português e em inglês).

8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de itálico. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico.
9. Como contrapartida pela licença de publicação dos trabalhos na Revista, o colaborador receberá 01 (um) exemplar do periódico em cujo número seu trabalho tenha sido publicado, não sendo prestada remuneração autoral.
10. O trabalho para publicação será selecionado pelo Editor da Revista. Após essa primeira seleção, o trabalho será submetido a uma dupla avaliação cega, feita por avaliadores externos avulsos. Os trabalhos não aprovados serão devolvidos aos seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.
11. O trabalho apresentado pelos professores e alunos do PPGD-UFBA deve estar relacionado ao grupo de pesquisa de que fazem parte. A relação entre o trabalho e o respectivo grupo de pesquisa deve ser referida em nota de rodapé, logo no início do texto.
12. O trabalho deve estar inserido em uma das linhas de pesquisa do PPGD-UFBA: a) Constituição, Estado e direitos fundamentais; b) Teoria do Processo e tutela dos direitos; c) Limites do discurso jurídico; d) Fundamentos do direito privado; e) Aspectos jurídicos da Bioética; f) Relações de trabalho na contemporaneidade.