# AGU

volume 21 nº 03- Brasília-DF, jul./set. 2022

http://seer.agu.gov.br

Revista da AGU	Brasília	v. 21	nº 03	p. 1-268	jul./set. 2022
----------------	----------	-------	-------	----------	----------------

### Revista da AGU

### Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 – Térreo -CEP 70610-460 – Brasília/DF – Brasil. e-mail: eagu.avaliaeditorial@agu.go.br © Advocacia-Geral da União - AGU – 2018

### ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Bruno Bianco Leal

#### ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO

Adler Anaximandro de Cruz e Alves

### DIREÇÃO GERAL DA AGU

Adler Anaximandro de Cruz e Alves Secretário-Geral de Consultoria Vinícius Torquetti Domingos Rocha Procurador-Geral da União Arthur Cerqueira Valério Consultor-Geral da União Miguel Cabrera Kauam Procurador-Geral Federal Izabel Vinchon Nogueira de Andrade Secretária-Geral de Contencioso Edimar Fernandes de Oliveira Corregedor-Geral da Advocacia da União Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União Danilo Barbosa de Sant'Anna Francis Christian Alves Scherer Bicca Ouvidor da Advocacia-Geral da União

### ESCOLA DA AGU

Danilo Barbosa de Sant'Anna Diretor Andrea Maria Nogueira Cajueiro Zanon Coordenadora-Geral de Ensino

Stella Arruda Mota Coordenadora de Pós-Graduação

ABNT(adaptação)/Diagramação: Walbert Kuhne Capa: Walbert Kuhne

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da AGU/ Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. – Brasília : EAGU, 2002.

цеан. – Бгаѕина v. ; 23 cm.

Quadrimestral: n.1, 2002-n.14, 2007. Trimestral: n.15, 2008-.

Primeiro número editado como edição especial de lançamento.

Primeiro título da publicação: Revista da AGU: Centro de Estudos Victor Nunes

Leal Advocacia-Geral da União (2002-n.6, abr.2005). Altera o título para: Revista da AGU : Escola da Advocacia-Geral da União (n.7, ago. 2005-2007). Continuada com o título: Revista da AGU (2008-).

A partir de 2015 houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os anos subsequentes.

ISSN -L 1981-2035 (versão impressa)

ISSN 2525-328x (versão online)

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 341.05 CDU 342(05)

### EDITOR-CHEFE

### DANILO BARBOSA DE SANT'ANNA

Diretor da Escola da AGU, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogado da União.

#### VICE-EDITOR

### HENRIQUE AUGUSTO FIGUEIREDO FULGÊNCIO

Responsável pela Coordenação dos Cursos de Pós-Graduação e Grupos de Pesquisa na Escola da Advocacia-Geral da União.

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado da União

### **EDITOR-ASSISTENTE**

Allan Tayares

### INDEXAÇÃO EM:

DIADORIM - Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras.

RVBI - Rede Virtual de Bibliotecas.

LATINDEX - Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.

ACADEMIA.EDU - ferramenta (rede social Acadêmica) de colaboração destinada a acadêmicos e pesquisadores de qualquer área de conhecimento.

GOOGLE ACADÊMICO - Permite a pesquisa de assuntos de diversas disciplinas em diversas fontes, num só site.

PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES

OASISBR - Acesso gratuito à produção científica de autores vinculados a universidades e institutos de pesquisa brasileiros.

### CONSELHO EDITORIAL

### INTERNACIONAIS

### CARLA AMADO GOMES (UNIVERSIDADE DE LISBOA, PORTUGAL)

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi Vice-Presidente do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito de Lisboa entre 2006 e 2014. Lecciona cursos de mestrado e Pós-graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em ações de formação no Centro de Estudos Judiciários.

### JOSÉ ALEXANDRE GUIMARÃES DE SOUSA PINHEIRO (UNIVERSIDADE DE LISBOA, PORTUGAL)

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Ciência Jurídico-Política pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

### NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA (UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, ESPANHA)

Professor Títular de Direito Processual da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca. Desenvolve pesquisas nas Universidades de Kansas (USA), Turim (Itália) e Coimbra (Portugal).

### PEDRO T. NEVADO-BATALLA MORENO (UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, ESPANHA)

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca.

### NACIONAIS

### REGIÃO NORTE

# EDSON DAMAS DA SILVEIRA (UEA/UFRR/PR)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito Ambiental (UEA) e em Desenvolvimento Regional da Amazônia (UFRR). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrado e Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontificia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Roraima.

### JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO (CESUPA)

Professor do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA e da Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO. Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Procurador do Estado do Pará.

### REGIÃO NORDESTE

# MONICA TERESA COSTA SOUSA (UFMA)

Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça e em Cultura e Sociedade (UFMA). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Produtividade em Pesquisa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Maranhão (FAPEMA). Avaliadora do MEC/INEP.

### MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA (UNIFOR/CE)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNIFOR). Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Frankfurt. Mestrado em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Doutorado em Direito (Rechtswissenschaft) pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Procurador do Município de Fortaleza.

# LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA (UFPE)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFPE). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Procurador do Estado de Pernambuco.

# ARTUR STAMFORD DA SILVA (UFPE)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito e de Direitos Humanos (UFPE). Pós-Doutorado pela Universidad Adolfo Ibàñez (UAI/Chile). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

### HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO (UFBA)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Pós-Doutorado pela Pace University Law School, New York, onde é professor visitante e integra a diretoria do Brazilian-American Institute for Law and Environment (BAILE). Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Promotor de Justica do Estado da Bahia.

# FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR (UFBA)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Livre-Docência pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado. Foi Procurador da República.

### REGIÃO CENTRO-OESTE

# JEFFERSON CARÚS GUEDES (UNICEUB/DF)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UniCEUB). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

### ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY (AGU/UNICEUB/DF)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UniCEUB). Livre-docência pela Universidade de São Paulo - USP. Pós-doutorado em Direito Comparado na Universidade de Boston-EUA, em Direito Constitucional pela Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUC-RS e em Literatura no Departamento de Teoria Literária da Universidade de Brasília-UnB. Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontificia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro da Advocacia-Geral da União.

### MARCELO DA COSTA PINTO NEVES (UNB/DF)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnB). Livre-Docência pela Faculdade de Direito da Universidade de Fribourg (Suíça). Pós-Doutorado na Faculdade de Ciência Jurídica da Universidade de Frankfurt e no Departamento de Direito da London School of Economics and Political Science. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutor em Direito pela Universidade de Bremen. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

### REGIÃO SUDESTE

### JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA (UERJ)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UERJ). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Master of Laws pela Harvard Law School e Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procurador do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

# ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (UERJ)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito (UERJ/UCAM). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

### MARIA PAULA DALLARI BUCCI (USP)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito do Estado (USP). Mestre e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Foi Procuradora-Geral do CADE. Procuradora da Universidade de São Paulo.

# DIOGO ROSENTHAL COUTINHO (USP)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito Econômico (USP). Master in Science (MSc) em Regulação pela London School of Economics and Political Science (LSE, Londres) e Doutor em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) e do IGLP (Institute of Global Law and Policy).

### TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM (PUC/SP)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Livre-Docência pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogada.

## THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE (UFMG)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFMG). Pós-Doutorado na Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

### REGIÃO SUL

### LÊNIO STRECK (UNISINOS/SC)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNISINOS/UNESA). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

### MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO (AGU/PUC/RS)

Pós-Doutorado junto ao Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik (Munique, Alemanha) e à Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Membro da Advocacia-Geral da União.

### REGINA LINDEN RUARO (PUC/RS)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-Doutorado no Centro de Estudios Universitarios San Pablo (CEU/Espanha). Doutora em Direito na Universidad Complutense de Madrid (UCM). Membro aposentada pela Advocacia-Geral da União.

### **PARECERISTAS**

### ANA ELIZABETH LAPA WANDERLEY CAVALCANTI - CAVALCANTI E CAVALCANTI ADVOGADOS

Doutorado e mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São. Advogada no Escritório Cavalcanti e Cavalcanti Advogados. Professora da graduação, Pós-graduação e Mestrado do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unida - FMU

### ANDRE RUFINO DO VALE - ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU

Doutor em Direito pela Universidad de Alicante (Espanha) e pela Universidade de Brasília. Mestrado em Direito pela Universidade de Brasília, Mestrado em Argumentação Jurídica pela Universidade de Alicante e especializações em Direitos Fundamentais pela Universidade Carlos III de Madrid e Argumentação Jurídica pela Universidade de Alicante. Procurador Federal.

### CELSO HIROSHI IOCOHAMA UNIVERSIDADE PARANAENSE

Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, doutorado em Educação pela Universidade de São Paulo, mestrado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina e especialização em Docência do Ensino Superior pela Universidade Paranaense. Professor titular de Direito Processual Civil Universidade da Paranaense. Campus Sede. Docente no Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade.

### DIOGO PALAU FLORES DOS SANTOS – ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU

Doutorado em Direito Constitucional (Função Social do Direito - Direito Processual Civil) pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP, mestrado em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Foi professor Substituto da Universidade de Brasília - UnB, Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito. Professor do Centro Universitário IESB e da Escola Superior da AGU e Advogado da União.

### FELIPE WAQUIL FERRARO - CENTRO UNIVERSITÁRIO FADERGS

Doutor e mestre pela Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS. Especialista em Direito Empresarial e em Direito Processual Civil, ambos pela Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor nos cursos de graduação no Centro Universitário FADERGS. Advogado.

### FLAVIA PEREIRA HILL - CARTÓRIO DO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS DO RIO DE JANEIRO

Doutora, Mestre e bacharel em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ e pesquisadora visitante na Università degli Studi di Torino (Itália). Professora Associada de Direito Processual Civil da Graduação, Pós-graduação Lato sensu, Mestrado e Doutorado em Direito Processual da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Professora do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade Estácio de Sá. Oficial Titular de Serventia Extrajudicial no Estado do Rio de Janeiro. Oficial titular do Cartório do Registro Civil de Pessoas Naturais

# FLÁVIO COUTO BERNARDES - BERNARDES ADVOGADOS ASSOCIADOS.

Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Eleitoral pela PUC Virtual, Professor do curso de graduação em Direito Financeiro e do programa de pós-graduação em de Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Professor do curso de graduação em Direito Financeiro e Tributário da Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador do município de Belo Horizonte. Advogado.

### GABRIELLE JACOBI KÖLLING -UNIVERSIDADE MUNICIPAL DE SÃO CAETANO DO SUL

Doutora e mestre em Direito Público. Especialista em Direito Sanitário. Professora do Mestrado Profissional em Direito do CERS -Complexo Educacional Renato Saraiva.

### JOÃO ADOLFO RIBEIRO BANDEIRA -UNIVERSIDADE FEDERAL DO CARIRI - UFCA

Doutor e mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba — UFPB. Doutor em Filosofia. Professor Adjunto da Universidade Federal do Cariri - UFCA.

# JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO NETO - UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ, FACULDADE ESTÁCIO DE CURITIBA.

Pós-doutorado em Direito Político e Econômico pela Universidade MACKENZIE/SP. Doutor e Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR, com estágio de doutoramento na Universidad Carlos III de Madrid - UC3M/ Espanha. Especialista em Direito Contemporâneo com ênfase em Direito Público, pela Universidade Candido Mendes do Rio de Janeiro - UCAM/RJ. Advogado.

### LEANDRO SARAI – BANCO CENTRAL, PROCURADORIA REGIONAL DO BANCO CENTRAL EM SÃO PAULO

Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procurador do Banco Central.

### LEONARDO CORDEIRO SOUSA -PROMOTORIA DE JUSTIÇA CRIMINAL DE PRIMAVERA DO LESTE

Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Assessor Jurídico na 2ª Promotoria de Justiça Criminal de Primavera do Leste.

### LUIS CLÁUDIO MARTINS DE ARAUJO – ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - AGU

Estudos em Pós-Doutorado (Academic Visitor) pela Faculty of Law da University of Oxford (Oxford). Estudos em Pós-Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Especialista em International Environmental Law pelo United Nations Institute for Training and Research (UNITAR), Pós-graduação Processo Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Titular V da graduação do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Professor

do Programa de Pós-graduação stricto sensu (PPGD) da Universidade Cândido Mendes (UCAM). Advogado da União.

# MARCIA CRISTINA XAVIER DE SOUZA - UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho. Professora associada da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

# MAURÍCIO DA CUNHA SAVINO FILÓ - UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC. Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC).

### PRISCILA LEAL SEIFERT VIANA -ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU

Doutora em Ciências Jurídicas e Sociológicas pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, mestre em Ciência da Informação pelo Programa de Pós-Graduação em Comunicação da Universidade Federal Fluminense. Advogada da União. Procuradora Seccional da União em Niterói.

### ROBERTO DE ARAGÃO RIBEIRO RODRIGUES - ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - AGU

Doutor e mestre com Pós-doutorado em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Especialista em Direito do Estado. Advogado da União.

### SONILDE KUGEL LAZZARIN -LAZZARIN ADVOGADOS ASSOCIADOS

Doutora, mestre e especialista em Direito pela Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pelo Human Rights Centre - Ius Gentium Conimbrigae - Coimbra, Portugal. Professora de Direito do Trabalho e Direito Previdenciário na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e na Pontificia Universidade Católica

do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada no escritório Lazzarin Advogados Associados.

# VANESSA DE CASTRO ROSA - UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MINAS GERAIS - UEMG

Doutora em Direito pelo Mackenzie-SP. Mestra em Direitos Humanos Fundamentais. Especialização em Direito Ambiental pela UGF/CAD. Especialização em Direito Processual Civil pela UNISUL/LFG. Especialização em Direito Processual Penal pela UCDB/CPC. Especialista em Agroecologia no Cerrado pela UEMG-Frutal. Professora efetiva de Direito Agrário e Direito Ambiental na UEMG (Universidade do Estado de Minas Gerais).

### **AUTORES**

### ANA KARENINA SILVA RAMALHO ANDRADE

Doutoranda e mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Advogada da União. Diretora do Departamento de Servidores Civis e de Militares da Procuradoria-Geral da União da AGU. Professora na Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB).

#### DIEGO PEREIRA

Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília/UNB. Pós-graduação em Direito Público pela Unyahna. Mestre em Direitos Humanos e Cidadania pela UnB. É Procurador Federal (AGU) e Professor em nível de graduação.

### EDUARDO NUNES DE SOUZA

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ.

### FERNANDA BRAGANÇA

Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ/FND. Professora convidada de cursos de pós-graduação lato sensu. Coordenadora de Estudos e Pesquisa da Comissão de Mediação e Métodos Consensuais da OAB | RJ. Advogada.

### FERNANDA SURIANI

Doutora em Direito Processual Civil pela USP. Mestre em Direito pela Universidade de Edimburgo. Procuradora Federal.

### GISELE LUIZA SOARES MOURA

Mestranda em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro.

### ISABELA BONFÁ DE JESUS

Doutora e Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP. Vice-Coordenadora da Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado/Doutorado) do Núcleo de Direito Constitucional e Processual Tributário da PUC/SP. Professora em Direito Tributário e Processo Tributário da Graduação e do Mestrado da PUC/SP. Ex-Juíza do Tribunal de Impostos e Taxas do

Estado de São Paulo. Membro da Comissão de Direito Tributário da OAB/SP. Advogada e Economista

### JOÃO PAULO SANTOS BORBA

Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília - UNB. Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica junto ao Ministério das Comunicações.

### JULIANA LOSS

Doutora em Direito pela Université Paris I Panthéon Sorbonne e pela Universidad Carlos III de Madrid. Mestre em Direito Público pela Universidade Carlos III de Madrid (2011). Especialista em Mediação pela Universidade Carlos III de Madrid (2010) e em Direito Público pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES (2008). Professora e Coordenadora Técnica de Mediação da FGV. Presidente da Comissão de Mediação e Métodos Consensuais da OAB | RJ. Mediadora. Coordenadora executiva do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da FGV.

### LETICIA BARTELEGA DOMINGUETI

Mestra em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Advogada do CREAS (Centro de Referência Especializado de Assistência Social) de Varginha/MG. Professora de Direito do Consumidor do Curso Preparatório para OAB da Escola Mineira de Direito. Sócia fundadora do escritório: "Bartelega Domingueti - Advocacia e Consultoria".

### LURDES VARREGOSO MESQUITA

Doutora em Direito. Professora Auxiliar do Departamento de Direito da Universidade Portucalense. Professora Adjunta da ESTG do Instituto Politécnico do Porto. Investigadora do IJP – Instituto Jurídico Portucalense.

### MARIA HELENA MARTINS ROCHA PEDROSA

Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB e doutoranda no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 13ª Região (ESMAT/13). Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Advogada da União lotada no Departamento de Controle Concentrado da Secretaria-Geral de Contencioso.

### RAFAEL ALEM DE MELLO FERREIRA

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas: FDSM e Coordenador e professor do Curso de Direito da PUC-MG.

### REBECA PEIXOTO LEÃO ALMEIDA GONZÁLEZ

Mestranda no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB). Advogada da União. Coordenadora adjunta, responsável pelo núcleo estratégico, da Coordenação Regional de Militares da 4ª Região.

#### RENATA BRAGA

Pós doutora pelo IFCS/UFRJ (2019). Pós doutora pelo Instituto de Medicina Social da UERJ (2009). Professora adjunta do curso de Direito da UFF (PUVR/ICHS). Coordenadora do GEMESC (UFF/VR).

### RODRIGO DA GUIA SILVA

Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

### SIMONE DUFLOTH

Doutora em Ciências da Informação pela Universidade Federal de Minas Gerais.

### VICTOR HUGO SIQUEIRA DE ASSIS

Mestrado em Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Ciências Criminais pela Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Defensor Público do Estado do Maranhão. Professor da Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Maranhão.

### VICTÓRIA MILARÉ TOLEDO SANTOS

Mestranda em Direito Constitucional e Processual Tributário e Bacharel pela Pontificia UniversidadeCatólica de São Paulo (PUC/SP). Advogada.

# **SUMÁRIO**

APRESENTAÇÃO15
EDITORIAL 19
DOSSIÊ – Meios Adequados de Solução de Conflitos Envolvendo Entes Públicos
Breves Considerações Sobre a Arbitragem Tributária no Sistema Português – Âmbito e Tramitação do Processo Some Considerations on Tax Arbitration in the Portuguese System – Procedure and Scope of the Proceedings Lurdes Varregoso Mesquita (Autora convidada)
O Sistema de Precedentes e a Litigiosidade da Fazenda Pública The System of Precedents and the Litigiousness of the State Ana Karenina Silva Ramalho Andrade Maria Helena Martins Rocha Pedrosa Rebeca Peixoto Leão Almeida González
Litigância Climática: Como Solucionar Conflitos Por Meio da Justiça Climática?  Climáte Litigation: How to Solve Conflicts Through Climate Justice?  Diego Pereira
Agências Reguladoras e Resolução Consensual de Conflitos Regulatory Agencies and Alternative Dispute Resolution Fernanda Bragança Juliana Loss Renata Braga
Odr Previdenciária Odr in Social Security Affairs Fernanda Suriani 107
Acesso à Justiça: Atuação Cooperativa em um Cenário de Múltiplas Portas Access to Justice: Cooperative Performance in a Multidoor Scenario Gisele Luiza Soares Moura Simone Dufloth
Análise da Implementação da Arbitragem Tributária no Brasil Analysis of the Implementation of Tax Arbitration in Brazil Isabela Bonfá de Jesus

Victória Milaré Toledo Santos155
A Utilização dos Poderes Coercitivos do Juízo Estatal Para o Cumprimento Forçado da Decisão Arbitral  The Use of the Coercitive Powers of the State Court for the Enforcement of the Arbitral Decision  João Paulo Santos Borba
ARTIGOS
Considerações Sobre a Autonomia Funcional da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro Considerations on the Functional Autonomy of Civil Liability in Brazilian Law Eduardo Nunes de Souza Rodrigo da Guia Silva
O Código Civil Como Ferramenta Hábil a Fim de Garantir o Pagamento de Pensão Alimentícia - Aplicação da Teoria da Justiça Descrita Por John Rawls The Civil Code as a Skill Tool to Ensure Food Pension Payment - Application of the Theory of Justice Described by John Rawls Leticia Bartelega Domingueti Rafael Alem de Mello Ferreira
Crimes Contra a Humanidade e Ditadura Militar: STF, CorteIDH e o Fetiche Pelo "Direito de Errar por Último"  Crimes Against Humanity and Military Dictatorship: STF, I/A Court H.  R. and the Fetish for the "Right To Be The Last One To Err"  Victor Hugo Siqueira de Assis

### **APRESENTAÇÃO**

Dossiê Especial "Meios adequados de solução de conflitos envolvendo entes públicos"

A partir da ideia de Multi-Door Courthouse, desenvolvida por Frank Sander na década de 1970, passou-se a desenvolver a acepção de Sistema de Justiça Multiportas, a qual promoveu a ressignificação do direito de acesso à justiça, alargando o conceito de jurisdição, que passou a abarcar os meios consensuais de resolução de controvérsias, bem como meios heterocompositivos privados.

Tal mudança de paradigma tem como marco no ordenamento brasileiro a Resolução n.º 125/2010 do CNJ, cujas diretrizes adquiriram considerável impulso com o advento do atual Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), da Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015) e da Lei de Reforma da Arbitragem (Lei n.º 13.129/2015). Nos dois últimos diplomas normativos, o legislador contemplou, de modo expresso, a possibilidade de que os entes públicos resolvam suas controvérsias e litígios por meios autocompositivos ou pela via da arbitragem.

O presente Dossiê Especial da Revista da AGU tem por objeto justamente a análise desse cenário, que naturalmente repercute na postura da Fazenda Pública diante de conflitos atuais ou iminentes. O Dossiê reúne trabalhos de Professores Doutores, Pesquisadores e Membros da Instituição acerca de meios alternativos de solução de controvérsias, notadamente a arbitragem, mediação e Online Dispute Resolution - ODR.

Acerca do instituto da arbitragem, Lurdes Varregoso Mesquita, Professora da Universidade Portucalense, traz valiosa explanação do modelo português, com foco na arbitragem tributária, seu âmbito de aplicação, procedimento e trâmite recursal para o Tribunal de Justiça da União Europeia, incluída a análise de Acórdão daquela Corte.

As Advogadas da União Ana Karenina Silva Ramalho Andrade, Maria Helena Martins Rocha Pedrosa e Rebeca Peixoto Leão Almeida González abordam o tema da consensualidade e da desistência no prosseguimento de disputas judiciais à luz de outra grande diretriz do Código de Processo Civil de 2015, qual seja, a do fortalecimento da jurisprudência e dos precedentes judiciais obrigatórios, agora dotados de verdadeira força normativa. Indiscutivelmente, tema que ocupa lugar de destaque no gerenciamento do grave problema da litigiosidade excessiva que envolve a Fazenda Pública em todas as suas esferas.

Tomando por base o respeito e a promoção dos direitos humanos, o Procurador Federal e Professor Diego Pereira sustenta a existência de um "direito dos desastres", bem como de uma "justiça climática", para concluir que a Advocacia Pública precisa assumir o protagonismo na resolução dos conflitos gerados a partir de desastres naturais provocados pelas mudanças climáticas. Destaca que tal papel somente será exercido de forma satisfatória se as instituições que representam os entes públicos judicial e extrajudicialmente incorporarem de modo pleno a observância à principiologia constitucional aplicável à proteção do meio ambiente, mediante a institucionalização da prática da resolução de conflitos por meio da justiça climática.

As plataformas informatizadas destinadas à resolução de litígios previstas na Resolução n.º 358 de 2020 do CNJ foram o objeto de investigação no artigo das pesquisadoras Fernanda Bragança, Juliana Loss e Renata Braga. O estudo adota como recorte teórico o manejo das ODRs, perquirindo sobre seu modelo mais adequado enquanto instrumento de gerenciamento de conflitos pelas agências reguladoras brasileiras, notadamente nas contendas que envolvem usuários e o prestador de serviço público.

Fernanda Suriani também trata do promissor mecanismo da ODR (Online Dispute Resolution), à luz da Resolução n.º 358 de 2020 do Conselho Nacional de Justiça, que prevê a implantação de sistemas informatizados para resolução de conflitos por meio de conciliação ou mediação. A autora aborda a possibilidade de transplante desse meio de resolução de litígios, concebido inicialmente apenas para o e-commerce, para a resolução de conflitos previdenciários. Considerando-se que, de acordo com o Relatório Justiça em Números do CNJ de 2021, dos cinco assuntos demandados com maior incidência em toda a Justiça Federal, todos são temas previdenciários, revela-se indiscutível a relevância do tema.

A análise da imbricação entre a nova concepção mais ampla de acesso à justiça e o modelo multiportas é objeto do artigo de Gisele Luiza Soares Moura e Simone Dufloth. As autoras destacam que uma atuação cada vez mais concertada e cooperativa dos diversos entes

públicos viabilizará e tornará mais efetiva a expansão do uso de métodos extrajudiciais de solução de controvérsias.

O tema da arbitragem tributária é tratado por Isabela Bonfá de Jesus e Victória Milaré Toledo Santos, que investigam as perspectivas de sua implementação no Brasil, a partir da análise crítica dos Projetos de Lei atualmente em trâmite no Congresso Nacional.

Ainda na temática da arbitragem, João Paulo Santos Borba enfrenta a questão do emprego dos poderes coercitivos, notoriamente reservados à jurisdição estatal, às hipóteses em que se faça necessária a intervenção do Poder Judiciário para o cumprimento de decisões arbitrais.

Trata-se, portanto, de obra densa que analisa de modo amplo e profundo o complexo processo de transição de postura dos entes públicos e de suas procuradorias diante dos litígios que lhes dizem respeito e que agora podem ser solucionados não mais exclusivamente perante o Poder Judiciário, mas de múltiplas formas.

As inúmeras vertentes dos meios adequados de solução de conflitos envolvendo entes públicos são abordadas sem que sejam evitadas suas questões mais intrincadas e polêmicas. Nem mesmo as projeções quanto à forma de emprego dos mecanismos atuais num futuro próximo e o direito em expectativa escaparam das considerações dos qualificados autores.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho Professor Titular de Direito Processual Civil na UERJ, Estácio e Ibmec/RJ. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues Professor Titular de Direito Processual Civil no Ibmec/RJ Pós doutor, Doutor e Mestre em Direito Processual pela UERJ Advogado da União

### **EDITORIAL**

Prezado leitor,

O presente número da Revista da AGU, referente ao 3º trimestre do ano de 2022, traz importante novidade relacionada à política editorial do periódico: a apresentação do seu primeiro dossiê temático.

Com o objetivo de aprofundar o debate acadêmico sobre assunto de especial relevância para a Advocacia Pública, a Escola da AGU convidou os ilustres professores Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues e Humberto Dalla Bernardina de Pinho para coordenar dossiê a respeito dos meios adequados de solução de conflitos envolvendo entes públicos. A iniciativa despertou o interesse de diversos juristas com reconhecida expertise no tema, ensejando o recebimento, pela equipe editorial da Revista, de 60 (sessenta) submissões especificamente direcionadas ao dossiê. Após atravessarem o processo de "avaliação cega por pares", conduzido em conformidade com as normas editoriais adotadas pelo periódico, os coordenadores selecionaram 7 (sete) trabalhos para compor o dossiê juntamente com o artigo internacional que o inaugura, escrito a convite dos coordenadores pela eminente jurista portuguesa Lurdes Varregoso Mesquita, professora da Universidade Portucalense Infante D. Henrique.

Além dos artigos que integram o dossiê especial, cuja apresentação é realizada pelos respectivos coordenadores, este número da Revista da AGU é composto por 3 (três) artigos recebidos pelo sistema de submissão contínua.

No primeiro deles, Eduardo Souza e Rodrigo Silva abordam as dificuldades hermenêuticas oriundas da atribuição de novas funções ao instituto da reparação civil, conferindo destaque a problemas de implementação das funções punitiva e preventiva, bem como à inadequação da confusão entre reparação e restituição.

Adotando, como marco teórico, a Teoria da Justiça formulada por John Rawls, Leticia Domingueti e Rafael Mello Ferreira avaliam a efetividade do Código Civil para assegurar o recebimento, pelas pessoas necessitadas, de pensão alimentícia em valor adequado, a fim de garantir sua sobrevivência.

Por fim, Victor Hugo de Assis resgata a controversa questão acerca da validade da Lei nº 6.683/1979 (Lei de Anistia) em busca de

solução adequada para o aparente conflito entre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 e o julgamento prolatado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso conhecido como "Guerrilha do Araguaia".

A Escola da AGU agradece a todos os envolvidos no processo editorial do periódico, especialmente aos professores Roberto Rodrigues e Humberto Pinho, por sua fundamental colaboração para o dossiê temático, e convida o leitor a apreciar os trabalhos científicos ora publicados, propondo a leitura da Revista da AGU eletrônica, disponível em: http://seer.agu.gov.br.

Boa leitura!

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio Responsável pela Coordenação dos Cursos de Pós-graduação da Escola da AGU RECEBIDO EM: 30/05/2022 APROVADO EM: 31/05/2022

DOSSIÊ

### BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO SISTEMA PORTUGUÊS – ÂMBITO E TRAMITAÇÃO DO PROCESSO

SOME CONSIDERATIONS ON TAX ARBITRATION IN THE PORTUGUESE SYSTEM – PROCEDURE AND SCOPE OF THE PROCEEDINGS

Lurdes Varregoso Mesquita

Doutora em Direito. Professora Auxiliar do Departamento de Direito da Universidade Portucalense. Professora Adjunta da ESTG do Instituto Politécnico do Porto. Investigadora do IJP – Instituto Jurídico Portucalense.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Arbitragem administrativa e tributária – enquadramento e contexto da criação do Centro de Arbitragem Administrativa. 3. Arbitragem tributária no ordenamento português – âmbito de aplicação. 4. Procedimento e processo arbitral tributário. 5. Recurso e Reenvio Prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia – Acórdão do TJUE de 12 de junho de 2014 (Proc. n.º C-377/13). 6. Algumas considerações conclusivas. 7. Referências bibliográficas.

RESUMO: Os meios de resolução extrajudicial de conflitos têm já um espaço consolidado no ordenamento jurídico português onde a administração da justiça é composta por um sistema multifacetado, com mecanismos de resolução de litígios auto e heterocompositivos. Em matéria tributária, a tutela dos contribuintes é feita pela via judicial, através dos tribunais administrativos e fiscais, mas também, em alternativa, através da arbitragem tributária, cuja competência é, em todo o caso, limitada em razão da matéria e em razão do valor. Como é evidente, estes mecanismos são fundamentais na construção de um sistema de justiça que se mostre completo, adequado, célere, eficaz e eficiente. Por isso, a arbitragem tributária, cujo âmbito e processo serão objeto de análise, é um mecanismo recomendado para melhorar e sustentar a arquitectura judicial e a moderna administração da justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Resolução alternativa de litígios. Tribunais Arbitrais. Arbitragem Tributária. Procedimento Arbitral. Processo Arbitral.

ABSTRACT: The alternative dispute resolution has already been consolidated in the Portuguese legal system, where the Administration of Justice is composed of a multifaceted system, with self and heterocompositive dispute resolution mechanisms. In tax matters, taxpayers are protected by judicial means, through the administrative and tax courts, but also, alternatively, through tax arbitration, which is limited in terms of subject matter and value. There is no doubt that these means are fundamental in the construction of a justice system that is complete, adequate, swift, effective and efficient. Therefore, tax arbitration, whose scope and process will be subject of analysis, is a recommended mechanism to improve and sustain the architecture of the judiciary and the modern administration of justice.

**KEYWORDS:** Alternative Dispute Resolution. Arbitration Courts. Tax Arbitration. Arbitration Procedure. Arbitration Proceedings.

### 1. INTRODUÇÃO

Os meios de resolução extrajudicial de conflitos ou *Alternative Dispute Resolution*<sup>1</sup> têm-se afirmado no seio do sistema de justiça português, onde a sua eficácia e eficiência vem sendo reconhecida, num exercício de promoção do acesso à justiça. Há mais de vinte anos que os sucessivos governos corroboram a sua aposta nos meios de resolução extrajudicial de conflitos<sup>2</sup>. E nesse sentido, têm sido adotadas medidas de descongestionamento dos tribunais, mas sobretudo de descomprometimento do direito de acesso ao direito como mero direito de acesso aos tribunais, o que revela um novo paradigma da administração da justiça. Os cidadãos já encontram ao seu dispor um conjunto de meios de resolução de conflitos de natureza hétero e auto-compositiva, adjudicatórios e consensuais, que formam um sistema plural e capaz de dar a resposta mais adequada e eficaz para um determinado litígio, sempre com respeito pela autonomia da vontade das partes. Como diz Giannini (2014, p. 3),

"la preocupación principal del Estado no es la de asegurar que el ciudadano tenga un mecanismo de "escape" o "fuga" a un processo lento y oneroso, sino la de garantizar la tutela judicial efectiva, para que, sabiendo que tiene en el servicio jurisdiccional una forma adecuada de remediar sus conflictos, el interesado pueda además contar con instrumentos de autocomposición eficientes, a los que acuda voluntariamente (y no huyendo de un sistema de Justicia que no lo satisface)".

Neste contexto, dispõe a Constituição da República Portuguesa (CRP), no seu art. 202.º, n.º 4, que os instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos são uma via constitucionalmente admissível. Por outro lado, de acordo com o art. 209.º da CRP, além dos tribunais – judicias e administrativos e fiscais – há outras categorias de tribunais, a saber: o Tribunal Constitucional e o Tribunal de Contas. São ainda admitidos os Tribunais Arbitrais e os Julgados de Paz. Existem, assim, meios não judiciais de resolução de litígios, de carácter facultativo, para

Abreviadamente designados RAL ou ADR.

Veja-se, por exemplo, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 175/2001 (Diário da República, 1.ª série, n.º 299, de 28 de dezembro de 2001) e a Resolução do Conselho de Ministros n.º 172/2007. Nesta, o legislador afirmou que "é inadiável começar já e com a ousadia da antecipação a progredir para a construção de um sistema em que a administração da justiça haverá de ser caracterizada por maior acessibilidade, proximidade, celeridade, economia, multiplicidade, diversidade, proporcionalidade, informalidade, oportunidade, visibilidade, comunicabilidade, inteligibilidade, equidade, participação, legitimidade, responsabilidade e reparação efectiva" (Diário da República, 1.ª série, n.º 213, de 6 de novembro de 2007).

resolver os conflitos entre os cidadãos ou entre os cidadãos e as empresas, ou mesmo entre os cidadãos e o Estado, a saber: os julgados de paz³, a mediação⁴ (privada e em sistemas públicos⁵) e a arbitragem⁶ (institucionalizada⁻ e ad hoc).

No que respeita à arbitragem institucionalizada, ou seja, aos tribunais arbitrais com carácter permanente, destacamos, na presente análise, o Centro de Arbitragem Administrativa<sup>8</sup>, criado pelo Despacho n.º 5097/2009, de 27 de janeiro, do Secretário de Estado da Justiça e alterado pelo Despacho n.º 5880/2018, de 1 de junho, que exerce competência

- 3 São tribunais estaduais não judiciais cujas competências são limitadas em razão do valor e da matéria, criados através da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, alterada pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho; são inspirados no modelo multiportas, onde se conjuga um tribunal com competência especializada e limitada a certo valor (atualmente €15.000,00) com o sistema de mediação civil e comercial, de natureza endo-processual. Os julgados de paz estão vocacionados para permitir a participação cívica dos interessados e para estimular a justa composição dos litígios por acordo das partes e pautam-se por princípios processuais próprios, que os autonomizam e aproximam dos RAL, quais sejam os princípios da simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e absoluta economia processual (art. 2.º da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho).
- 4 A mediação é regulada na Lei n.º 29/2013, de 19 de abril. Entende-se por mediação, a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos (art. 2.º, al. a), da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril). Pode ser usada de modo autonomizado ou em complementaridade com os Julgados de Paz ou nos Centros de Arbitragem.
- O regime dos sistemas públicos de mediação está previsto na Lei da Mediação portuguesa mas, de facto, o seu regime é definido por remissão para os atos constitutivos ou regulatórios de cada sistema. Estão regulados e em funcionamento: i) o sistema público de mediação familiar, criado pelo Despacho n.º 18 778/2007, de 13 de julho, atualmente regulado pelo Despacho Normativo n.º 13/2018, de 9 de novembro, em articulação com o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro (art. 24.º e art. 39.º), e com o Código Civil, na matéria do divórcio e separação judicial de pessoas e bens; ii) o sistema de mediação laboral, criado através de Protocolo, celebrado em 5 de maio de 2006, entre associações patronais e sindicais; iii) a mediação penal de adultos, criada pela Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, a qual funciona ainda em termos experimentais. O sistema português comporta também a mediação administrativa, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de outubro, que aditou o 87.º-C ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro), sobre a «tentativa de conciliação e mediação». Aí se prevê que, quando a causa couber no âmbito dos poderes de disposição das partes, pode ter lugar, em qualquer estado do processo, tentativa de conciliação ou mediação, desde que as partes conjuntamente o requeiram ou o juiz a considere oportuna; porém, as partes não podem ser convocadas exclusivamente para esse fim mais do que uma vez. Sucede que o n.º 5 do citado art. 87.º-C prevê que a mediação se processa nos termos que venham a ser definidos em diploma próprio, ainda não aprovado, o que torna inexistente esta modalidade de mediação.
- 6 Disciplinada pela Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.
- 7 Em Portugal, a arbitragem institucionalizada foi regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de setembro. A criação de centros de arbitragem institucionalizada carece de reconhecimento pelo Ministério da Justiça.
- 8 De ora em diante, CAAD.

em matéria administrativa e fiscal<sup>9</sup>. Assim, partindo de uma revisão literária e legislativa, este texto apresenta as competências do CAAD, para se centrar no modelo português de arbitragem tributária, fazendo o seu enquadramento, definindo o âmbito material e mostrando os traços essenciais do processo arbitral nele aplicável, à luz do regime vigente.

# 2. ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA E TRIBUTÁRIA – ENQUADRAMENTO E CONTEXTO DA CRIAÇÃO DO CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA

O Código de Processo nos Tribunais Administrativos<sup>10</sup> consagra, no art. 187.º, a possibilidade de criação de centros de arbitragem institucionalizada em matéria administrativa, aos quais podem ser atribuídas funções de conciliação, mediação ou consulta no âmbito de procedimentos de impugnação administrativa, designadamente no âmbito das relações jurídicas de emprego público; dos sistemas públicos de proteção social; do urbanismo [alíneas c), d) e e) do n.º 1 do citado art. 187.º]. Por sua vez, à luz do art. 180.°, do CPTA, os litígios suscetíveis de arbitragem são: a) as questões respeitantes a contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respetiva execução; b) as questões respeitantes a responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso, ou indemnizações devidas nos termos da lei, no âmbito das relações jurídicas administrativas; c) as questões respeitantes à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário; d) as questões respeitantes a relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional.

Neste enquadramento e tendo ainda em conta a Lei n.º 31/86, de 29 de agosto, do Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de dezembro, foi autorizada, em 2009, através do Despacho n.º 5097/2009, de 27 de janeiro, a criação de um centro de arbitragem em matéria administrativa, que adotou a forma de uma associação sem fins lucrativos e foi denominado CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa, com âmbito nacional e caráter especializado. Inicialmente, teve como fim a promoção da resolução de litígios emergentes de contratos e de relações jurídicas de emprego público; posteriormente, em 2018, através do Despacho n.º 5880/2018, de 1 de junho, o CAAD foi autorizado a exercer a composição de litígios emergentes de quaisquer

<sup>9</sup> A informação sobre o CAAD está disponível em https://www.caad.org.pt/.

<sup>10</sup> Aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro. Doravante CPTA.

matérias para as quais, ao abrigo dos citados artigos 180.º e 187.º, do CPTA, fosse possível a constituição de tribunal arbitral.

Em matéria de arbitragem administrativa, existem entidades prévinculadas, como é o caso dos Ministérios da Justiça<sup>11</sup>, da Cultura<sup>12</sup>, da Educação<sup>13</sup> e de várias instituições do ensino superior. Nestes casos, basta que o cidadão manifeste a intenção de resolver o litígio através da arbitragem que o mesmo seguirá esse caminho, porquanto as entidades públicas já pré declararam a sua vontade concordante. Sem prejuízo, o CAAD é também competente para julgar litígios com entidades que não se encontrem prévinculadas, devendo, para o efeito, ser celebrado o respetivo compromisso arbitral. Neste sentido, o art. 182.º do CPTA prevê o direito à outorga de compromisso arbitral, ou seja, "[o]interessado que pretenda recorrer à arbitragem no âmbito dos litígios previstos no artigo 180.º pode exigir da Administração a celebração de compromisso arbitral, nos casos e termos previstos na lei". Para desencadear esse pedido, seguem-se os procedimentos previstos no art. 9.º do Regulamento de Arbitragem Administrativa do CAAD<sup>14</sup>.

À data da criação do CAAD, o legislador expressou as suas motivações e a esse propósito reiterou a vontade e a aceitação do Estado na resolução dos litígios através do recurso aos meios alternativos de resolução de litígios. Uma opção que justificou pelas vantagens inerentes à mediação, conciliação e arbitragem, designadamente, eficácia, celeridade, economia e flexibilidade. Posteriormente, em 2011, nesta minha linha, decidiu aprovar o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária<sup>15</sup>, através do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro<sup>16</sup>, o qual introduziu a arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos em matéria fiscal. Tendo ficado expressamente previsto, no art. 4.º, n.º 2 do RJAT, que todos os tribunais arbitrais tributários iriam funcionar no âmbito do CAAD, o qual passou a incluir a arbitragem administrativa e a arbitragem tributária.

<sup>11</sup> Através da Portaria n.º 1120/ 2009, de 30 de setembro, estão vinculados os serviços centrais, as pessoas coletivas públicas e entidades que funcionam no âmbito do Ministério da Justiça.

<sup>12</sup> A Portaria n.º 1149/ 2010, de 04 de novembro, vinculou os vários serviços e organismos do Ministério da Cultura.

<sup>13</sup> Pela Portaria n.º 219/2014, de 21 de outubro, encontram-se vinculados os vários serviços do Ministério da Educação.

<sup>14</sup> Disponível em https://www.caad.org.pt/files/documentos/regulamentos/CAAD\_AA-Regulamento\_ Arbitragem\_Administrativa.pdf [consultado a 27.03.2022].

<sup>15</sup> Doravante, abreviadamente designado RJAT.

<sup>16</sup> Já alterado pelos diplomas seguintes: Lei n.º 7/2021, de 26 de fevereiro; Lei n.º 119/2019, de 18 de setembro; Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro; Lei n.º 24/2019, de 13 de março; Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro; Lei n.º 20/2012, de 14 de maio; Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro.

A introdução do instituto arbitral em matéria tributária foi possível — apesar dos aparentes constrangimentos jurídico-constitucionais em matéria fiscal — na medida em que foi assumida uma leitura harmonizante e não excessivamente literalista do princípio da reserva da função jurisdicional (art. 202.º da CRP) e do princípio da indisponibilidade do crédito tributário, como concluem Freitas Rocha e Tiago Serrão (2019, p. 433). Nas palavras de Rui Morais (2018, p. 382,

"[a] admissibilidade da arbitragem como forma alternativa de resolução dos litígios deve pois ser encarada como uma decisão conjuntural, que na impede (porquanto perfeitamente enquadrável no âmbito de decisão do legislador ordinário), mas também nada impõe, e que, no tempo presente, temos mais que justificada pela reconhecida incapacidade do Estado para, por si só, garantir a realização, em tempo útil, da justiça no domínio tributário".

# 3. ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO ORDENAMENTO PORTUGUÊS – ÂMBITO DE APLICAÇÃO

A arbitragem tributária foi introduzida no ordenamento jurídico português de forma muito inovadora e visou o uso de formas alternativas de resolução de conflitos em matéria fiscal, com três objetivos principais, que o próprio legislador assumiu na sua exposição de motivos: i) por um lado, reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos; ii) por outro lado, imprimir uma maior celeridade na resolução de litígios que opõem a administração tributária ao sujeito passivo; e, iii) reduzir a pendência de processos nos tribunais administrativos e fiscais.

Foram cometidos aos tribunais arbitrais, nos termos do n.º 1 do art. 2.º do RJAT, as matérias seguintes: i) a declaração de ilegalidade de atos de liquidação de tributos, de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamento por conta; ii) a declaração de ilegalidade de atos de fixação da matéria tributável quando não dê origem à liquidação de qualquer tributo, de atos de determinação da matéria coletável e de atos de fixação de valores patrimoniais. Em qualquer caso, os tribunais arbitrais estão sujeitos à estrita legalidade e decidem de acordo com o direito constituído, sendo vedado o recurso à equidade (art. 2.º, n.º 2, do RJAT).

Nestas matérias, os tribunais arbitrais fiscais são um mecanismo alternativo aos Tribunais Administrativos e Fiscais, ao dispor do contribuinte que detém o direito potestativo de acionar a arbitragem

tributária, se for essa a sua vontade. Porquanto, vários serviços e organismos do Ministério das Finanças e da Administração Pública encontram-se pré-vinculados ao CAAD, ou seja, antecipadamente e por via legal manifestam a sua aceitação à resolução daqueles litígios por via da arbitragem. Aliás, o RJAT, no seu art. 4.º, n.º 1, consagrou a cláusula de jurisdição obrigatória que impõe a jurisdição dos tribunais arbitrais tributários à administração tributária. Neste sentido, através da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março, a Direcção-Geral dos Impostos (DGCI) e a Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo (DGAIEC) estão pré-vinculadas, tornando a adesão à arbitragem tributária uma verdadeira alternativa para o contribuinte, a quem cabe decidir, unilateralmente, qual o meio que pretende usar na resolução de um litígio com estas entidades. Nos termos do art. 2.º da referida Portaria, esta vinculação tem por objecto a apreciação das pretensões relativas a impostos que caibam nas matérias acima indicadas, ficando porém excluídas as pretensões relativas: a) à declaração de ilegalidade de actos de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamento por conta que não tenham sido precedidos de recurso à via administrativa nos termos dos artigos 131.º a 133.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário; b) a actos de determinação da matéria colectável e actos de determinação da matéria tributável, ambos por métodos indirectos, incluindo a decisão do procedimento de revisão; c) a direitos aduaneiros sobre a importação e demais impostos indirectos que incidam sobre mercadorias sujeitas a direitos de importação; d) à classificação pautal, origem e valor aduaneiro das mercadorias e a contingentes pautais, ou cuja resolução dependa de análise laboratorial ou de diligências a efectuar por outro Estado membro no âmbito da cooperação administrativa em matéria aduaneira; e) à declaração de ilegalidade da liquidação de tributos com base na disposição antiabuso referida no n.º 1 do artigo 63.º do CPPT, que não tenham sido precedidos de recurso à via administrativa nos termos do n.º 11 do mesmo artigo. A vinculação do tribunal arbitral tributário é limitada quanto à matéria, mas também quanto ao valor. Conforme dispõe o art. 3.º da supracitada Portaria, a pré-vinculação abrange apenas litígios de valor não superior a 10.000.000.00 euros<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Acrescem, por uma questão de segurança e fiabilidade, condições atribuídas em razão do valor relativas à formação do tribunal arbitral e às qualificações dos juízes árbitros que podem compor o tribunal. Assim, nos litígios de valor igual ou superior a 500.000,00 euros exige-se que o árbitro presidente tenha exercido funções públicas de magistratura nos tribunais tributários ou que possua o grau de mestre em Direito Fiscal, e nos litígios de valor igual ou superior a 1.000.000,00 euros, o árbitro presidente deve ter exercido funções públicas de magistratura nos tribunais tributários ou possuir o grau de doutor em Direito Fiscal (cfr. art. 3.º, n.º 2, da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março).

### 4. PROCEDIMENTO E PROCESSO ARBITRAL TRIBUTÁRIO

O processo que corre termos no tribunal arbitral tributário é totalmente desmaterializado, quer na fase da constituição de tribunal arbitral (fase do procedimento) quer na fase da tramitação do processo (fase processual). Baseia-se em formulários disponibilizados online, em comunicações feitas por via electrónica, através de adesão do sujeito passivo ou do seu representante legal ao sistema de notificações electrónicas via CTT (correios de Portugal) e na prática dos actos processuais na plataforma que suporta e gere o processo. Esta plataforma designase sistema electrónico de gestão processual (SGP) e está acessível aos requerentes através de códigos de acesso específicos que são fornecidos após a constituição do tribunal arbitral.

A fase do procedimento arbitral é a fase que antecede e visa a constituição do tribunal arbitral, nos termos dos arts. 10.º a 12.º do RJAT. Inicia-se com o pedido de constituição do tribunal arbitral, enviado pelo contribuinte, por via electrónica, para o CAAD. Recebido esse pedido, o CAAD informa a administração tributária que, por sua vez, tem a possibilidade de dar razão ao contribuinte e, nessa conformidade, revogar, alterar ou substituir o acto tributário. Se for esse o caso, a própria administração tributária notifica o sujeito passivo dessa decisão, assim como o CAAD, e, consequentemente, o procedimento arbitral é arquivado. Caso contrário, segue-se a designação dos árbitros, que encerra esta fase do procedimento arbitral.

Quanto à composição dos tribunais arbitrais e à designação dos árbitros, é aplicado o disposto nos arts. 5.º e 6.º do RJAT. Assim, os tribunais arbitrais podem ser de árbitro singular ou colectivo, composto por três árbitros. Será colectivo sempre que o sujeito passivo opte por designar um dos árbitros, independentemente do valor da causa, e, ainda, nas causas em cujo pedido de pronúncia ultrapasse duas vezes o valor da alçada do Tribunal Central Administrativo¹8. Quando o valor do pedido de pronúncia não ultrapasse os 60.000,00 euros e o sujeito passivo opte por não designar árbitro, os tribunais arbitrais podem funcionar com árbitro singular. Relativamente à designação dos árbitros, se se tratar de tribunal singular, o árbitro é designado pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa, de entre a lista dos árbitros que compõem o

<sup>18</sup> Actualmente, esse valor é de 60.000,00 euros, porquanto, nos termos do art. 6.º, n.º 2, da Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro (Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais) a alçada dos tribunais centrais administrativos é igual à estabelecida para os tribunais da Relação, que por sua vez, à luz do art. 44.º da Lei da Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei 62/2013, de 26 de agosto, é de 30.000,00 euros.

Centro de Arbitragem Administrativa; nos tribunais colectivos, cada uma das partes designa um dos árbitros, sendo o terceiro árbitro, que exerce as funções de árbitro-presidente, indicado pelos juízes designados aos árbitros designados ou, na falta de acordo, pelo Conselho Deontológico do CAAD, de entre a sua lista de árbitros. Também poderá ser o próprio Conselho Deontológico a designar o colectivo, também de entre a lista dos árbitros que compõem o CAAD.

Constituído o tribunal arbitral e notificada às partes a sua constituição, inicia-se a fase do processo arbitral que deve ter a duração máxima de 6 meses, ou seja, a decisão arbitral deve ser emitida e notificada às partes no prazo de seis meses a contar da data do início do processo arbitral (art. 21.º do RJAT). Sem prejuízo, dispõe o n.º 2 do referido art. 21.º, que o tribunal arbitral pode determinar a prorrogação do referido prazo por sucessivos períodos de dois meses, com o limite de seis meses, comunicando às partes essa prorrogação e os motivos que a fundamentam. Nesta fase, a administração tributária é chamada a exercer o contraditório, podendo apresentar resposta, no prazo de 30 dias, e, ainda, requerer a produção de prova adicional (art. 17.º do RJAT). Segue-se, após a apresentação da resposta, a primeira reunião do tribunal arbitral com as partes (art. 18.º do RJAT). Nesta reunião, o tribunal arbitral define a tramitação processual a adoptar em função das circunstâncias do caso e da complexidade do processo; ouve as partes quanto a eventuais excepções que seja necessário apreciar e decidir antes de conhecer do pedido; e, convida as partes a corrigir as suas peças processuais, quando necessário. É ainda comunicada às partes uma data para as alegações orais, se forem necessárias, bem como a data para a decisão arbitral, que é tomada por deliberação da maioria (arts. 21.º a 24.º do RJAT).

O processo arbitral sustenta-se nos princípios processuais previstos no art. 16.º do RJAT. Estes princípios não se distanciam dos princípios gerais de processo e asseguram as garantias fundamentais, como sejam o contraditório, a igualdade das partes, a oralidade e a imediação, assim como a livre apreciação dos factos e a livre determinação das diligências de produção de prova necessárias, a cooperação e a boa-fé processual e a publicidade. Por outro lado, denotam alguma flexibilidade e agilização na condução do processo pelos árbitros, na medida em que se consagra, na alínea c) do referido art. 16.º, a "autonomia do tribunal arbitral na condução do processo e na determinação das regras a observar com vista à obtenção, em prazo razoável, de uma pronúncia de mérito sobre as pretensões formuladas". Ou seja, opta-se por um processo sem formalidades

especiais, com vista à celeridade processual. Como ensina Lopes de Sousa (2013, p. 186),

"[e]sta autonomia do tribunal arbitral na condução do processo e na determinação das regras a observar reconduz-se a que, apesar de o artigo 29.º do RJAT indicar legislação subsidiariamente aplicável, a sua aplicação no processo arbitral dependerá sempre de decisão do tribunal arbitral, não sendo automaticamente aplicáveis no processo arbitral as normas que seriam aplicáveis a processos idênticos nos tribunais tributários, devendo ter-se especial atenção à compatibilidade de regimes previstos na legislação subsidiária com a celeridade que se pretende obter nos processos arbitrais".

Registe-se, por fim, que o princípio da publicidade assegura a divulgação e publicação das decisões arbitrais<sup>19</sup>. Num sinal de renovação e ao contrário do que sucede nos tribunais fiscais de primeira instância, as decisões dos tribunais arbitrais são publicitadas, no website do CAAD, num sinal de transparência e de contributo no acesso ao direito fiscal, devolvendo à jurisprudência um papel relevante no que respeita às fontes de direito (Taborda da Gama, 2014, p. 13).

Proferida a decisão arbitral, esta tem força de caso julgado, assim como força executiva, vinculando a autoridade tributária, nos mesmos termos de uma decisão do tribunal fiscal de primeira instância. Consequentemente, caso a decisão seja favorável ao contribuinte, terá que ser restabelecida a sua situação, colocando-o na situação em que estaria caso o acto impugnado não tivesse sido praticado (art. 24.º do RJAT). Aliás, aquilo que os tribunais arbitrais fazem é um controlo de legalidade, avaliando a conformidade dos actos tributários com a lei, através da aplicação da estrita legalidade, sem que se façam juízos de mérito, conveniência ou oportunidade (Freitas da Rocha e Tiago Serrão, 2019, p. 436).

### 5. RECURSO E REENVIO PREJUDICIAL PARA O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA - ACÓRDÃO DO TJUE DE 12 DE JUNHO DE 2014 (PROC. N.º C-377/13)

Em matéria de recurso das decisões dos tribunais arbitrais tributários, a regra geral é a da irrecorribilidade da decisão. Esta regra não impediu, porém, a consagração da possibilidade de recurso para o

<sup>19</sup> Disponíveis em https://caad.org.pt/tributario/decisoes/.

Tribunal Constitucional nos casos em que haja sido recusada a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou em que seja aplicada norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada (art. 25.°, n.° 1, RJTA). É ainda admitido recurso para o Supremo Tribunal Administrativo sempre que a decisão arbitral esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com outra decisão arbitral ou com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo. Nestes casos trata-se de recurso para uniformização de jurisprudência, sendo aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto no art. 152.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (art. 25.°, n.° 2 e 3, RJTA).

Há ainda a possibilidade, nos termos do n.º 1 do art. 27.º do RJTA, de o Tribunal Central Administrativo anular a decisão arbitral caso o tribunal arbitral não tenha especificado os fundamentos de facto e de direito que justifiquem a decisão, ou se houver oposição dos fundamentos com a decisão ou, ainda, se a decisão arbitral incorrer em pronúncia indevida ou na omissão de pronúncia ou na violação dos princípios do contraditório e da igualdade das partes. Todos estes fundamentos, previstos no art. 28.º do RJTA, podem sustentar a impugnação de decisão arbitral e constituem uma forma de sindicar a legalidade do funcionamento do próprio tribunal arbitral.

Por fim, a lei ainda admite que a decisão seja susceptível de reenvio prejudicial, em cumprimento do § 3 do artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), nos casos em que o tribunal arbitral seja a última instância de decisão de litígios tributários.

Concretamente sobre esta questão, houve algumas dúvidas sobre se os tribunais arbitrais podiam ser considerados «órgão de jurisdição nacional», conforme definido pela jurisprudência do TJUE, para que deles emanasse um pedido de reenvio prejudicial para o tribunal europeu. Ou seja, se, para efeitos do artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o tribunal arbitral tributário deve ser considerado um órgão jurisdicional de um Estado-Membro. Entretanto, quando o CAAD apresentou um pedido de decisão prejudicial, no processo Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta, SA contra Autoridade Tributária e Aduaneira, o Tribunal de Justiça apreciou, como questão prévia, a sua competência, tendo-se declarado competente para responder à questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio, porquanto concluiu que o organismo de reenvio apresentava todos os elementos necessários para ser qualificado de órgão jurisdicional de um Estado-Membro para efeitos do artigo 267.º TFUE.

A este propósito, argumentou, no ponto 23 do Acórdão do TJUE de 12 de junho de 2014 (Proc. n.º C-377/13)<sup>20</sup>, que

"segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, para apreciar se o organismo de reenvio tem a natureza de «órgão jurisdicional» para efeitos do artigo 267.º TFUE, questão que é unicamente do âmbito do direito da União, o Tribunal de Justiça tem em conta um conjunto de elementos, como a origem legal do organismo, a sua permanência, o caráter vinculativo da sua jurisdição, a natureza contraditória do processo, a aplicação, pelo organismo, das regras de direito, bem como a sua independência (acórdão Belov, C-394/11, EU:C:2013:48, n.º 38 e jurisprudência referida). Além disso, os órgãos jurisdicionais nacionais só podem recorrer ao Tribunal de Justiça se perante eles se encontrar pendente um litígio e se forem chamados a pronunciar-se no âmbito de um processo que deva conduzir a uma decisão de caráter jurisdicional (v., designadamente, acórdãos Syfait e o., C-53/03, EU:C:2005:333, n.º 29, e Belov, EU:C:2013:48, n.º 39)".

A decisão fundou-se ainda nos argumentos que aqui se expõem, sucintamente: os tribunais arbitrais em matéria tributária têm origem legal e constam da lista dos órgãos jurisdicionais nacionais, no artigo 209.º da CRP, constituindo um meio alternativo de resolução jurisdicional de conflitos em matéria tributária, ao qual se atribui competência geral em matéria tributária, para apreciar a legalidade da liquidação de qualquer imposto; os tribunais arbitrais em matéria tributária satisfazem a exigência de permanência, na medida em que, no seu todo, o Tribunal Arbitral Tributário apresenta caráter permanente, enquanto elemento do sistema; no que respeita ao caráter vinculativo do órgão jurisdicional, o TJUE concluiu, nos pontos 27, 28 e 29 do citado Acórdão C-377/13, que,

este elemento não está presente no âmbito da arbitragem convencional, uma vez que não há nenhuma obrigação, nem de direito nem de facto, de as partes contratantes confiarem os seus diferendos à arbitragem e que as autoridades públicas do Estado-Membro em causa não participam na escolha da via da arbitragem nem são chamadas a intervir oficiosamente no decorrer do processo perante o árbitro (acórdão Denuit e Cordenier, C-125/04, EU:C:2005:69, n.º13 e jurisprudência referida, e despacho Merck Canada, C-555/13, EU:C:2014:92, n.º 17); porém, em contrapartida, o Tribunal de Justiça já reconheceu a admissibilidade de questões prejudiciais que lhe tinham sido submetidas por um tribunal

<sup>20</sup> Disponível em https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=153582&doclang=PT .

arbitral de origem legal, cujas decisões eram vinculativas para as partes e cuja competência não dependia do acordo destas (despacho Merck Canada, EU:C:2014:92, n.º 18 e jurisprudência referida).

Porém, acrescentou que o tribunal arbitral tributário distingue-se de um órgão jurisdicional arbitral em sentido estrito, na medida em que a sua competência resulta diretamente RJTA, não estando por isso sujeita à expressão prévia da vontade das partes de submeterem o seu diferendo à arbitragem (v., por analogia, acórdão Danfoss, 109/88, EU:C:1989:383, n.º 7). Assim sendo, se o contribuinte recorrente submete o seu diferendo à arbitragem fiscal, a jurisdição do Tribunal Arbitral Tributário tem, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, do RJAT, caráter vinculativo para a autoridade tributária e aduancira.

Por outro lado, o processo tem natureza contraditória e os tribunais arbitrais em matéria tributária «decidem de acordo com o direito constituído, sendo vedado o recurso à equidade». Sobre a independência dos tribunais arbitrais em matéria tributária, a mesma resulta do facto de ser o Conselho Deontológico do CAAD a designar o árbitro, de entre os árbitros que figuram na lista. Ao que acresce os árbitros estarem sujeitos aos princípios da imparcialidade e da independência. Por fim, conforme resulta do artigo 1. do RJAT, os tribunais arbitrais em matéria tributária pronunciam-se no âmbito de um processo que conduz a uma decisão de caráter jurisdicional (TJUE, Proc. n.º C-377/13, 2014, pontos 29-33).

### 6. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Os meios de resolução alternativa de litígios são uma peça fundamental na construção de um sistema de justiça num Estado de Direito que deve proporcionar aos cidadãos o efectivo exercício do direito de acesso à justiça, enquanto direito fundamental. Só assim haverá um sistema de justiça completo, adequado, célere, eficaz e eficiente, assente numa consolidada e adequada arquitectura judicial. A introdução da arbitragem tributária no sistema português veio contribuir para esse modelo eclético, capaz de proporcionar aos cidadãos um conjunto diversificado de respostas na resolução de litígios. Como afirma Marques da Silva (2014, p. 8) "[ā] arbitragem voluntária vai ganhando território na sociedade portuguesa, lenta mas decisivamente. Lenta porque somos geralmente desconfiados, avessos às mudanças, mas decisivamente pela maior prontidão das decisões".

A avaliação tem sido amplamente positiva, em especial pela celeridade, ainda que moderada, pela qualidade das decisões proferidas

e pela acessibilidade às decisões arbitrais — que permite conformar a realidade à interpretação jurisprudência em certas matérias. Também a especialização dos árbitros é uma mais-valia e contribui para o elevado nível de qualidade das decisões. Porém, ainda são apontadas algumas fragilidades, desde logo alguma suspeição — que mesmo sendo infundada traz um sinal negativo — sobre alguma ligação dos árbitros nomeados a interesses profissionais económicos; e, além disso, tratar-se de um mecanismo que não está, efectivamente, ao alcance de todos, atendendo aos valores dos custos envolvidos (Freitas da Rocha e Tiago Serrão, 2019, p. 440-441).

Acresce, ainda, como alerta Almeida Calhau (2015, p. 190), embora os tribunais arbitrais tributários tenham sido introduzidos como forma de descongestionar os tribunais administrativos e fiscais, estes continuam com alguns problemas de eficiência, pelo que

"[i]mpõe-se, por isso, a adopção de outras medidas, tais como o reforço do número de funcionários judiciais, a criação de uma bolsa de juízes, o reforço dos quadros de magistrados, a implementação de um corpo de assessores e de um gabinete de apoio aos juízes, a implementação de um quadro de inspectores judiciais e a melhoria do sistema informático (SITAF), que tenham um impacto mais positivo no sistema de justiça e na própria economia".

Apesar de tudo, é indiscutível o passo inovador e arrojado que o legislador português empreendeu com a criação do regime jurídico dos tribunais arbitrais tributários, que funcionam de forma ágil e descomplicada, como um suporte já consolidado das garantias dos contribuintes e cujo trabalho e lastro jurisprudencial se faz sentir e, não poucas vezes, permite que a própria administração tributária altere a sua actuação, conformandose com a orientação jurisprudencial formada.

### REFERÊNCIAS

CALHAU, A. F. de A. Arbitragem Tributária. *Julgar*, n.º 26. 2015, p. 181-190.

GAMA, J. T. da. As virtudes escondidas da arbitragem fiscal. *Arbitragem Tributária*, n.º 1, p. 13, 2014.

GIANNINI, L. J. Experiencia argentina en la mediación obligatoria. *La Ley*, Ano LXXVIII, n.º 25, p. 3, 2014.

MORAIS, R. D. Manual de Procedimento e Processo Tributário. Almedida, 2012.

Regulamento de Arbitragem Administrativa do CAAD Disponível em https://www.caad.org.pt/files/documentos/regulamentos/CAAD\_AA-Regulamento\_Arbitragem\_Administrativa.pdf [consultado a 27.03.2022].

ROCHA, J. F. da; SERRÃO, T. Arbitragem tributária e arbitragem administrativa: breve ponto de situação. In: GOMES, C.A.; ROCHA, J. F. da; SERRÃO, T. (Coord.). Comentários à Legislação Processual Tributária. Editora da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2019, p. 423-443.

SILVA, G. M. da. O músculo moral só se nota a posteriori, quando falta! *Arbitragem Tributária*, n.º 1, p. 8-9, 2014.

SOUSA, J. L. de. Comentário ao Regime Jurídico da Arbitragem Tributária. In: VILLA-LOBOS, N. e VIEIRA, M. B. (Coord.). *Guia da Arbitragem Tributária*. Almedina, 2013, p. 95-240.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, Acórdão de 12 de junho de 2014 (Proc. n.º C-377/13) https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=153582&doclang=PT [consultado a 27.03.2022].

RECEBIDO EM: 13/03/2022 Aprovado em: 24/05/2022

DOSSIÊ

# O SISTEMA DE PRECEDENTES E A LITIGIOSIDADE DA FAZENDA PÚBLICA

## THE SYSTEM OF PRECEDENTS AND THE LITIGIOUSNESS OF THE STATE

Ana Karenina Silva Ramalho Andrade

Doutoranda e mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Advogada da União. Diretora do Departamento de Servidores Civis e de Militares da Procuradoria-Geral da União da AGU. Professora na Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB).

Maria Helena Martins Rocha Pedrosa

Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB e doutoranda no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 13ª Região (ESMAT/13). Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Advogada da União lotada no Departamento de Controle Concentrado da Secretaria-Geral de Contencioso.

Rebeca Peixoto Leão Almeida González
Mestranda no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília
(FD/UnB). Advogada da União. Coordenadora adjunta, responsável pelo núcleo
estratégico, da Coordenação Regional de Militares da 4ª Região.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A replicabilidade como justificativa para a observância dos precedentes e fator de redução de litígios. 2. O sistema de precedentes inaugurado pelo Código de Processo Civil e o papel da advocacia pública na formação do precedente. 3. A redução de litígio na AGU a partir do novo sistema de precedentes brasileiro. 4. Conclusão.

**RESUMO:** O objetivo geral deste trabalho é investigar o impacto do sistema de precedentes na atuação do Poder Público em juízo sob a perspectiva da redução da litigiosidade. Inicialmente, analisa-se, a partir de levantamento bibliográfico, como a estabilidade do ordenamento jurídico e a replicabilidade dos precedentes contribuem para a redução de litígios por meio da confiabilidade no direito. Considera-se que, ante as previsões do Código de Processo Civil (CPC), a Fazenda Pública, ao compor a relação processual, como parte ou como terceira interessada, garante aos advogados públicos posição de destaque no escopo de conferir, por meio do contraditório, a racionalidade das decisões que darão ensejo à formação do precedente obrigatório. Na sequência, volta-se ao estudo das conformações realizadas no âmbito da Advocacia-Geral da União (AGU) para adaptar-se ao novo sistema de precedentes. Mediante análise comparativa entre atividades de redução de litígio realizadas pelos órgãos de execução da Procuradoria-Geral da União em 2019 e 2020, o trabalho filtrou dados referentes aos dispositivos da Portaria nº 487/2016 que correspondem aos precedentes previstos no artigo 927 do CPC. Verificouse um aumento das atividades de abstenção fundamentadas nos referidos dispositivos no ano de 2020, bem como uma elevada participação das atividades das Procuradorias Regionais da União no reconhecimento da força normativa dos precedentes, especialmente aqueles estabelecidos em recursos repetitivos. Indica-se que a positivação do microssistema de precedentes vinculantes impactou a atuação do Poder Público em juízo, ofertando a possibilidade de uma atuação mais racional da força de trabalho dos advogados públicos a partir da estabilidade necessária para conformação com as teses fixadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Precedentes. Fazenda Pública. Advocacia Pública. Redução de litígios. Advocacia-Geral da União.

**ABSTRACT:** This paper aims to investigate the impact of the precedent system on the State's actions in court from the perspective of litigation reduction. Initially, analyses how the stability of the legal system and the replicability of precedents contribute to the reduction of litigation through reliability in the law Due to the rules of the Civil Procedure Code (CPC), the State, by composing the procedural relationship, as a part or as interested third party, guarantees to the public lawyers a prominent position to contribute, through the adversarial process, with the rationality of the decisions that will give rise to the formation of binding precedents. Some conformations took place in the Brazilian Attorney General's Office (AGU) to adapt to the new precedent system. Through a comparative analysis between the activities to reduce litigation carried out by the Solicitor General's Office in 2019 and 2020, the work filtered data relative to the dispositions of the Ordinance no 487/2016 that correspond to the precedents listed in the CPC. We identified an increase on the number of abstention activities founded on these rules in 2020, as well as an elevated participation of the Solicitor Regional's Offices in the recognition of the normative force of precedents, especially those fixed in repetitive appeals. The establishment of the precedents micro-system has impacted the performance of the State in court, offering the possibility of a more rational performance of the public lawyers' work force based on the stability that is necessary to conform to the established theses.

**KEYWORDS:** Precedents. State. State's Attorneys. Litigation Reduction. Advocacia-Geral da União.

# INTRODUÇÃO

O relatório Justiça em Números de 2020 do Conselho da Nacional de Justiça (BRASIL, 2020) informa a existência de cerca de 77.000.000 (setenta sete milhões) de processos em tramitação¹. Não é novidade que esse número astronômico impacta a prestação jurisdicional e o efetivo acesso ao

<sup>1</sup> De acordo com o Relatório Justiça em Números de 2020, "O Poder Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação, que aguardavam alguma solução definitiva. Desses, 14,2 milhões, ou seja, 18,5%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, e esperavam alguma situação jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2019 existiam 62,9 milhões ações judiciais". (BRASIL, 2020, p. 5).

Judiciário, devido ao aumento significativo na taxa de congestionamento judicial.

Além disso, considerando que dentre os maiores litigantes está a Fazenda Pública (BRASIL, 2020b) e que o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 16 da Organização das Nações Unidas, a ser implementado até 2030, busca proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis (ONU, 2022), é natural que todos os holofotes se voltem para a atuação do Poder Público em juízo, com a implementação do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Essa especial atenção decorre tanto dos tipos de litígios que envolvem a Fazenda Pública quanto dos estudos que apontam a falta de uniformidade das decisões, especialmente aquelas relacionadas à litigância de massa, como causadora da judicialização predatória e como grande obstáculo à efetiva redução da litigiosidade.

Diante da instauração do novo marco legal inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), este artigo visa contribuir com a análise de impactos e interpretações acerca do sistema de precedentes, em especial no que diz respeito à sua repercussão na estabilidade e na harmonização da jurisprudência nos tribunais e os seus reflexos na atuação do Poder Público em juízo. Assim, busca-se investigar se o sistema de precedentes é capaz de influir na redução de litigiosidade da Fazenda Pública, especialmente a partir da análise comparativa de dados de atividades de abstenção de advogados públicos motivadas pela existência de precedentes.

O trabalho está dividido em quatro seções. Na primeira, a partir de pesquisa bibliográfica, analisa-se um particular aspecto justificador da observância dos precedentes, que é a sua característica de replicabilidade, refletindo-se como tal aspecto se relaciona intrinsecamente à redução de litígios. No segundo item, o artigo se volta para o sistema de precedentes inaugurado pelo Código de Processo Civil e, de modo específico, para o papel da advocacia pública na formação do precedente. Em um terceiro ponto, mediante levantamento documental, são discutidas as conformações realizadas no âmbito da Advocacia-Geral da União para adaptar-se ao novo sistema de precedentes, e, na sequência, uma análise comparativa de dados quantitativos sobre a redução da litigiosidade no âmbito da Procuradoria-Geral da União a partir da aplicação da Portaria nº 487/2016, que estabelece os procedimentos a serem observados pelos Advogados

da União para reconhecimento da procedência do pedido, abstenção de contestação e de recurso e desistência de recurso já interposto. Para tanto, serão comparados os números de atividades de redução de litígios realizadas no ano de 2019 com as realizadas no ano de 2020 pelos órgãos de execução da Procuradoria-Geral da União, por meio de dados extraídos do Painel de Redução de Litígios da Procuradoria Geral da União, que compila as atividades de abstenção de atuação lançadas no sistema *sapiens* (responsável pela gestão interna dos processos), referentes aos dispositivos da Portaria nº 487/2016, em sua redação atual, que correspondem aos precedentes previstos no art. 927 do Código de Processo Civil. No último item, são apresentadas as considerações finais a respeito do tema tratado ao longo do trabalho.

### 1. A REPLICABILIDADE COMO JUSTIFICATIVA PARA A OBSERVÂNCIA DOS PRECEDENTES E FATOR DE REDUÇÃO DE LITÍGIOS

Embora não exista uma definição legal ou doutrinária uníssona acerca dos precedentes, as variações de intensidade e extensão dos conceitos relacionam-se à ideia sintetizada por Lamond (2016): "o precedente envolve uma decisão anterior sendo seguida em um caso posterior porque ambos os casos são o mesmo". Essa afirmação desafia uma série de questionamentos sobre a natureza da decisão anterior, o que significa segui-la e como considerar que dois casos tratam do mesmo assunto. As respostas a essas perguntas moldam as diversas definições do instituto, com o necessário reconhecimento de que a sua aplicação dependerá de cada cultura jurídica.

No Brasil, o debate sobre a existência de um sistema de precedentes é extenso e, em razão das múltiplas possibilidades de embasamento teórico para defender as presenças e ausências que lhe são características, tende a protrair-se no tempo. Isso é assim porque, nas palavras de Lamond (2016), "a operação precisa do *stare decisis* varia de um sistema legal para outro". Dessa forma, é necessário reconhecer que as nuances das normas e práticas sobre precedentes no direito brasileiro observam as especificidades de nosso sistema jurídico.

Assim é que Mello e Barroso (2016) afirmam que, no Brasil, os precedentes têm três tipos de eficácia: persuasiva, normativa e intermediária. Para os autores, "o cabimento de reclamação é essencial, em nosso sistema, para a efetividade do respeito ao precedente", razão por que a eficácia normativa forte seria reservada aos precedentes cujo descumprimento desafia a reclamação (MELLO; BARROSO, 2016, p. 20). Essa tipologia é

um exemplo das particulares lentes através das quais o instituto é aplicado e estudado no direito brasileiro.

A despeito da dificuldade conceitual, há um relativo consenso a respeito da ascensão dos precedentes no direito brasileiro (MELLO; BARROSO, 2016), notadamente em razão do reconhecimento legal do papel das decisões judiciais como fonte do direito, o que, se já se inferia de diplomas legislativos anteriores, foi consagrado definitivamente pelo Código de Processo Civil de 2015.

Antes, porém, de estudar a positivação desse instituto, é válida uma digressão sobre o seu papel na redução da litigiosidade, que é o tema central do presente trabalho. Essa discussão está no cerne das justificações para a observância dos precedentes.

De fato, como observam Barboza e Pugliese (2018, p. 409), a redução do número de processos não decorre automaticamente das previsões legais que conferem caráter vinculante a determinadas decisões, mas "depende, antes de mais nada, da compreensão do próprio funcionamento da teoria dos precedentes e dos princípios nos quais ela está fundada".

Sobre o assunto, Lamond (2016), enumera as respostas comumente oferecidas às questões sobre por que seguir decisões de cortes como constituintes do direito. Essas justificativas orbitam em torno de quatro valores. O primeiro deles é a consistência, que, relacionada a argumentos de justiça formal, também é enunciada como forma de respeito à igualdade. O segundo é a proteção de expectativas. Em terceiro lugar, há a replicabilidade, a significar que as decisões são mais previsíveis do que seriam se fossem refeitas a cada vez. Por fim, figura a necessidade de produzir normas jurídicas, conferindo-se às cortes poder para melhorar e suplementar a lei. Este último argumento, para o autor, se não coincidir com a igualdade ou a replicabilidade, advoga a favor do poder de *overruling*, mas não é um argumento a favor do *stare decisis* em si.

Destacam-se a consistência e a replicabilidade como justificativas fortes para considerar os precedentes como fontes do direito (LAMOND, 2016). Especificamente em relação à replicabilidade, Lamond ressalta a possibilidade de calcular-se a probabilidade de um determinado resultado, considerando o sistema jurídico no geral. Essa circunstância, para o autor, permite "que os indivíduos façam planos que sejam consistentes com o direito e evitem transgredi-lo e, consequentemente, permite que eles sejam guiados pelo direito" (LAMOND, 2016).

Em sentido semelhante, ao enunciar argumentos consequencialistas a favor do respeito aos precedentes, Duxbury (2008, p. 159) refere-se, dentre outros, à certeza e previsibilidade do direito. Embora esses valores não sejam plenamente garantidos pelo *stare decisis*, o referido autor expõe que esse argumento considera a certeza gerada pelo precedente como um fator que permite aos jurisdicionados administrarem melhor suas expectativas. A previsibilidade, além dessa organização dos assuntos individuais, contém um benefício público, pois a consistência na tomada de decisões permite que os indivíduos se sintam mais confiantes quando estiverem lidando com o sistema jurídico (DUXBURY, 2008, p. 162).

A estabilidade e a previsibilidade do comportamento das cortes sobre determinada questão jurídica influenciam diretamente a forma de litigância, especialmente para partes que são demandadas com frequência. Como afirmam Che e Yi (1993, p. 400), em estudo sobre o papel dos precedentes na litigância repetitiva, "para um jogador repetitivo, portanto, ir a julgamento significa não apenas enfrentar uma determinada decisão judicial, mas também fixar um precedente bom ou ruim para os casos futuros".

Sabe-se que, diante de determinadas situações, sobretudo quando houver margem para reversão de entendimentos estabelecidos que reputem injustos ou que não correspondam a uma nova realidade fática ou normativa, permanece aberta aos litigantes a possibilidade de pleitear o *overruling* ou o *distinguishing*. De fato, a força da doutrina do precedente não está no compromisso irrestrito em seguir decisões anteriores, mas no efeito de, ao mesmo tempo, criar uma restrição e abrir uma margem de discricionariedade judicial, uma espécie de presunção de que os precedentes devem ser seguidos, mas não a imposição de que erros passados sejam repetidos (DUXBURY, 2008, p. 183).

Assim, apesar de os litigantes não estarem obrigados a aceitar, como pacíficas, todas as teses firmadas em decisões judiciais, é possível reconhecer que, estabelecido um precedente e desde que o sistema respeite a sua força normativa, os litigantes organizarão suas estratégias de acordo com a expectativa legítima de que o entendimento fixado seja observado.

Dessa forma, se os litigantes acreditarem que a autoridade dos precedentes será respeitada, é natural que, quanto aos assuntos estabelecidos, haja menos instaurações de conflitos judiciais ou resistência às pretensões deduzidas em juízo. Nesse sentido, Barboza e Pugliese, baseando-se na teoria de Richard Posner, asseveram o seguinte:

O litígio só prossegue se as partes acreditarem que têm chance de receber uma decisão favorável. Assim, a incerteza é uma condição necessária para que se dê continuidade ao processo judicial. Se a incerteza é grande, haverá um alto número de litígios, inclusive no âmbito recursal. No entanto, se as decisões judiciais passam a ser respeitadas como precedentes, a incerteza é reduzida e, por consequência, o número de litígios se torna menor. (BARBOZA; PUGLIESE, 2018, p. 433).

Esse, como se afirmou anteriormente, é um ponto de chegada que depende de uma mudança não apenas legislativa, mas de mentalidade sobre os precedentes, a qual se refletirá, inclusive, nos mecanismos institucionais estabelecidos para navegar o sistema de justiça. Nesse sentido, comparando o âmbito de surgimento e aplicação dos precedentes no direito inglês e no direito brasileiro, Becho (2017) reconhece que "um dos desafios do novo CPC será fazer com que juízes, advogados e grandes litigantes, notadamente a administração pública, mudem suas culturas jurídicas" (BECHO, 2017, p. 527).

Dessa forma, se afirmar a vinculação dos precedentes pela via legislativa, como argumentamos a seguir, foi um marco significativo, o efetivo impacto da fixação de entendimentos judiciais estáveis na redução dos litígios depende da internalização das justificativas e características do sistema de precedentes pelos diversos atores processuais e, de forma especial, pelos grandes litigantes.

# 2. O SISTEMA DE PRECEDENTES INAUGURADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NA FORMAÇÃO DO PRECEDENTE

Há muito o Poder Judiciário brasileiro enfrenta uma sobrecarga excessiva de processos, o que gera crise de desempenho e perda de credibilidade institucional (WATANABE, 2019). Com o objetivo de enfrentar tais problemas e de racionalizar a atividade jurisdicional, foi promulgado o CPC/15, que trouxe uma série de mecanismos que visam contribuir com a redução dos expressivos números de litígios judiciais.

A previsão normativa do precedente vinculante e da obrigatoriedade de sua observância pelos tribunais e juízes singulares pode ser considerada como uma das mais relevantes medidas de racionalidade da atividade judicial adotadas para o enfrentamento da crise de assoberbamento e de

morosidade do Poder Judiciário brasileiro, bem como para combater a existência de decisões judiciais díspares.

A estabilidade é uma preocupação manifesta do legislador brasileiro, como esclarece a Exposição de Motivos do Anteprojeto de Reforma Código de Processo Civil, na qual consta que "a segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito" (BRASIL, 2010, p. 25). A positivação pelo CPC/15, em seu artigo 489, do dever de fundamentação na utilização de um precedente, não se considerando suficiente a sua mera reprodução, revela a preocupação do legislador em se manter a coerência sistêmica e em conferir segurança jurídica aos jurisdicionados.

A adoção do precedente obrigatório além de ser considerada como instrumento de política de redução de litigiosidade, justifica-se por uma razão de justiça: "se você deve tratar igualmente casos iguais e diferentemente casos distintos, então novos casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem (*prima facie*, pelo menos), ser decididos de maneira igual ou análoga aos casos passados" (MACCORMICK, 2008, p. 191).

O CPC/15 prevê ainda, expressamente, balizas para a utilização de precedentes pelos magistrados em seu artigo 489, § 1º, incisos V e VI, que preceitua que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que invoque precedente ou súmula, mas não identifique os fundamentos relevantes ou deixe de seguir súmula, jurisprudência ou precedente, sem realizar distinção ou superação.

Em que pese o reconhecido esforço legislativo em garantir estabilidade nas decisões judiciais e, assim, conferir previsibilidade às relações jurídicas, Streck (2016, p. 169) afirma que não é suficiente falar em segurança jurídica e proteção de confiança, se as decisões não obedecerem à coerência e à integridade. A confiabilidade inerente ao sistema de precedente só existirá em caso de respeito pelos próprios órgãos judiciais da força vinculante dos precedentes e se houver a manutenção da coerência e da integridade do ordenamento jurídico.

Portanto, destaca-se no novo Código de Processo Civil a previsão contida no artigo 926, que afirma a necessidade de formação de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente. A disposição, conforme Mitidiero (2018, p.78), estabelece o dever de as Cortes Supremas outorgarem unidade ao direito com o objetivo de garantir a segurança da ordem jurídica e a sua

capacidade de prover a liberdade e igualdade de todos perante o direito, sendo instrumentos para tanto os precedentes previstos no artigo 927².

Marinoni (2019, p. 103) elenca ainda como uma das justificativas da existência de um sistema de precedentes a clareza, contrapondo-se à indeterminabilidade dos textos legais. O precedente que não observar tal atributo não estará apto a produzir a estabilização e a segurança jurídicas almejadas, uma vez que não impedirá que novas demandas jurídicas sejam instauradas a fim de delimitar o seu conteúdo.

Caberá, portanto, àqueles que postulam perante o sistema de justiça, inclusive ao advogado público, a relevante missão de submeter ao Poder Judiciário os elementos e os fundamentos que entendem ser necessários para a correta conformação da decisão judicial, para que o precedente se revista dos atributos de precisão e clareza quanto ao seu alcance e, ainda, que garanta a integridade e a coerência do ordenamento jurídico.

A opção legislativa pela adoção de um sistema de precedentes vinculantes inaugura um cenário que, além de reduzir a instauração de novos conflitos, permite aos grandes litigantes buscarem a estabilidade e a uniformidade na solução de seus litígios judicializados. É nesse contexto que se mostra relevante a atuação da Advocacia Pública, enquanto representante das maiores entidades litigantes, na consolidação dessa nova cultura judicial, por meio da atuação junto ao Poder Judiciário para a formação do precedente vinculante a fim de uniformizar a solução de seus conflitos e, posteriormente, na busca da correta aplicação do precedente.

Ao analisar as decisões elencadas no artigo 927 do CPC, às quais se confere obrigatória observância pelos magistrados, revela-se o papel ímpar

<sup>&</sup>quot;Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 10 Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 10, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 20 A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. §30 Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 40 A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. §50 Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores."

que a Advocacia Pública possui na formação dessas decisões, em especial as oriundas de controle concentrado de constitucionalidade e de incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. A Fazenda Pública, ao compor a relação processual, como parte ou como terceira interessada, garante aos advogados públicos posição de destaque no escopo de conferir, por meio do contraditório, a racionalidade das decisões que darão ensejo à formação do precedente.

O precedente deve ser concebido pela Administração Pública como importante mecanismo apto a gerar racionalização em sua atuação e economia aos cofres públicos e que, portanto, está em total consonância com os princípios constitucionais que regem sua atividade, em especial o da impessoalidade e da eficiência. É a partir dessa concepção que o precedente tem se mostrado como eficiente fator de redução da litigiosidade, em especial no âmbito da Advocacia-Geral da União (AGU), conforme será abordado a seguir.

# 3. A REDUÇÃO DE LITÍGIO NA AGU A PARTIR DO NOVO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO

A implementação do microssistema de casos repetitivos e do microssistema de precedentes vinculantes influencia na atuação da AGU em juízo, especialmente, por dois motivos: tipos de demandas em que o Poder Público é parte e a margem de liberdade de atuação em juízo em decorrência da indisponibilidade do interesse público.

A primeira questão é de fácil constatação. Grande parte dos processos em que o Poder Público figura no polo passivo e ativo são demandas repetitivas, ou seja, um ato do Poder Público tem a possiblidade de lesionar a um direito individual ou coletivo e atingir um grande número de pessoas de forma semelhante, ensejando o ajuizamento de centenas ou milhares de demandas com o mesmo objeto.

O segundo ponto é a margem de liberdade que o advogado público possui para a conformação da atuação. Nesse contexto, é imperioso analisar

<sup>3</sup> É preciso ter em mente que as decisões elencadas pelo artigo 927 do CPC não se confundem com o conceito de precedente tradicionalmente trabalhado pela doutrina. Mitidieiro (2018, p. 103) classifica o dispositivo como incompleto, meramente exemplificativo, uma vez que faz referência a acórdão de julgamentos, quando deveria ter feito alusão às razões necessárias e suficientes para a solução da questão. Inobstante as críticas feitas ao dispositivo, a relevância das decisões ali elencadas decorre da opção feita pelo legislador de imprimir-lhes eficácia vinculante.

a seara da indisponibilidade do interesse público,<sup>4</sup> o que faz constatar que a abstenção de recorrer ou contestar e o reconhecimento jurídico do pedido precisaria de autorização sumular fundamentada, muitas vezes, na estabilidade jurisprudencial.<sup>5</sup>

Ocorre que o tamanho da instabilidade das decisões proferidas pelo Judiciário brasileiro incentivava uma postura do Poder Público como litigante contumaz, uma vez que a AGU não conseguia obter a previsibilidade e a coerência da jurisprudência, o que levava os advogados públicos ao esgotamento de toda as instâncias possíveis.

Neste diapasão, é clarividente que a conformação por parte do Poder Público em juízo está ligada à existência de manutenção de uma jurisprudência estável, integra e coerente.

Então, constata-se que o tipo de demanda e a instabilidade da jurisprudência são fatores que colocam o Poder Público na liderança da lista dos maiores demandantes no STJ, de acordo com o já mencionado boletim estatístico de novembro de 2020.

Reforça tal constatação a informação de que dos 1.076 temas afetados no STJ, 613 (seiscentos e treze repetitivos) — ou seja, mais de 60% (sessenta porcento) — são provenientes da Primeira Seção — órgão competente para julgar demandas de direito público (BRASIL, 2020c).

A partir de tal dado, é nítida a importância participação do Poder Público na construção e conformação dos microssistemas citados, uma vez que ele é um dos principais atingidos pelo maleficio das demandas de massa, seja pelo volume de processos, seja pela possibilidade da quebra da isonomia e da segurança jurídica.

Com base nisso, é possível investigar o impacto da implementação do sistema de precedentes na autuação da Fazenda Pública em juízo, adotando-se como recorte a atuação da AGU.

<sup>4</sup> Sobre o interesse público: "O interesse público, então, numa só toada, é satisfeito com a imediata entrega da justa pretensão do indivíduo, mas também com a economia de recursos públicos gerada pela não utilização inócua do aparato das Advocacias-Gerais, Defensorias Públicas, Ministérios Públicos e Poder Judiciário, pelos deságios próprios das transações e a pela fuga das condenações a multas, juros moratórios e honorários advocatícios." (RAMALHO ANDRADE; ANDRADE, 2018, p. 42).

O primeiro ato normativo que disciplina a conformação na atuação dos Advogados da União em juízo é o Ato Regimental AGU n. 01 de 2/07/2008 que estabelece, no seu artigo 2º, que as súmulas administrativas representam a consolidação da jurisprudência iterativa dos tribunais.

Como já amplamente abordado, a jurisprudência difusa é um dos principais fatores da litigância serial, principalmente naquelas demandas em que o Poder Público é parte, visto que a conformação com a lide, de forma antecipada, é autorizada apenas nos casos da jurisprudência estável, capaz de fundamentar as súmulas administrativas. Em outras palavras, o advogado público tem o dever funcional de exaurir todas as instâncias judiciais.

Com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, o cenário de jurisprudência difusa mudou, e a AGU precisou adaptar a sua atuação contenciosa ao novo marco processual, ou seja, à instituição dos microssistemas dos precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir de então, foi editada a Portaria nº 487, de 27 de julho de 2016 que instituiu a 3ª Geração do Programa de Redução de Litígio.<sup>6</sup> Essa geração é dirigida principalmente aos Advogados da União que atuam no primeiro grau de jurisdição de todo o país, os quais, além de se abster de recorrer e de desistir de recurso já interposto, podem reconhecer a procedência do pedido da parte adversa na fase inicial do processo, ou seja, a partir da fase de contestação.

A citada portaria representou uma quebra de paradigma na AGU, pois elenca várias hipóteses autorizativas e incentivadores da redução de litígio, para além das súmulas administrativas. Porém, por uma questão metodológica e pelo objetivo do artigo, a investigação do impacto do sistema de precedentes na atuação da AGU se restringiu a redução de litigiosidade decorrente de precedentes qualificados.

Para tanto, foram comparadas as atividades de redução de litígios realizadas no ano de 2019 com as realizadas no ano de 2020 pelos órgãos de execução da Procuradoria-Geral da União.

A base de dados utilizada é o Painel de Redução de Litígios da Procuradoria Geral da União, que compila as atividades lançadas no sistema *sapiens* (responsável pela gestão interna dos processos), com o fundamento normativo respectivo.

<sup>6</sup> O Programa de Redução de Litígio da AGU tinha implementado a 1ª Geração do Programa, desenvolvida a partir de julho 2012 que foi direcionada, principalmente, à atuação perante o STJ e a 2ª Geração do Programa, no primeiro semestre de 2014, com foco na atuação dos Advogados da União perante os Tribunais Regionais Federais (TRFs). Porém, a grande concentração dos casos se resumia a questões processuais, ou seja, juízo de admissibilidade recursal.

As atividades disponíveis no painel iniciam-se em abril de 2019, sendo a data final dos dados colhidos o dia 06/12/2020. Foram filtrados os dados referentes aos dispositivos da Portaria nº 487/2016, em sua redação atual, que correspondem aos precedentes previstos no art. 927 do Código de Processo Civil<sup>7</sup>.

A presente pesquisa segmentou os dados em seis grupos, levando em consideração as autorizações para abstenção de atuação e reconhecimento da procedência do pedido que se relacionam à existência de: a) súmula vinculante (art. 2°, inciso II); b) acórdão proferido em controle concentrado de constitucionalidade (art. 2°, III); c) acórdão em recurso extraordinário, especial ou de revista repetitivo (art. 2°, IV e 3°, I e VI); d) acórdão em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas no STF, STJ ou TST (art. 2°, V e 3°, II e VII); e) acórdão proferido em sede de incidente de assunção de competência no STF, STJ ou TST (art. 2°, VI e 3°, III e VIII) e f) acórdãos transitados em julgado proferidos pelo Pleno do TST e do TSE.

Do total de 12.396 atividades analisadas, 11.290 se fundamentaram na existência de acórdãos transitados em julgado em sede de recursos repetitivos (RE, REsp e recurso de revista); 627, julgados em IRDR; 236, em súmula vinculante; 157, em IAC; 59 em julgamentos de controle concentrado e 27 em julgados do Plenário do TST e TSE.

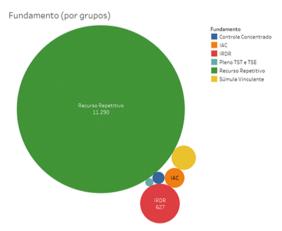
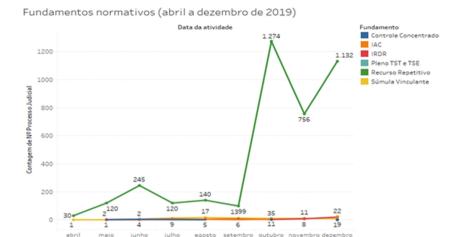


Gráfico 1: Fundamentos das atividades de abstenção (por grupos).

Não foram incluídos os dados referentes às decisões do Plenário do STF e STJ, pois os incisos da Portaria nº 487/2016 que as disciplinam também se referem à aplicação de súmulas em geral ou a julgamentos de seções, que não constituem precedentes nos termos do art. 927 do CPC. Assim, por uma opção metodológica, não foram considerados os incisos da referida portaria que tratam sobre o assunto (arts. 2°, VII e 3°, IV).

Pode-se verificar, ainda, a evolução na utilização dos fundamentos normativos para as atividades de abstenção ao longo do período analisado, mês a mês.



ladas por contagem de № Processo Judicial. Os dados estão filtrados em

Gráfico 2: Evolução dos fundamentos normativos utilizados nas abstenções (2019).

Data da atividade, que vai de 24/04/2019 a 31/12/2019.

A tendência de contagem de Nº Processo Judicial para Data da atividade mês. A cor mostra detalhes sobre

damento. As marcas são rotul

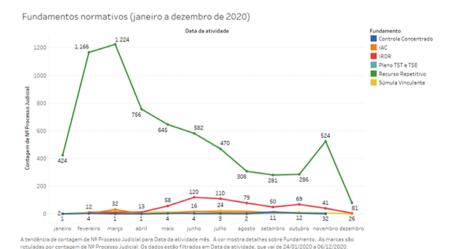


Gráfico 3: Evolução dos fundamentos normativos utilizados nas abstenções (2020).

O valor especialmente baixo observado em relação ao mês de dezembro de 2020 está relacionado ao fato de que os dados tiveram como termo final o dia 06/12/2020.

Note-se, também, que, mesmo considerando que os dados referentes a 2019 não englobam a mesma quantidade de meses que os referentes a 2020, é possível perceber o aumento das atividades de abstenção<sup>8</sup> fundamentadas nesses dispositivos da Portaria nº 487/2020 entre um e outro ano. Confirase:

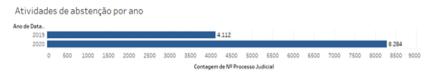


Gráfico 4: Contagem de atividades de abstenção por ano.

É interessante, também, constatar que o reconhecimento da força normativa dos precedentes ocorreu massivamente nas Procuradorias Regionais da União, o que também descongestiona o fluxo de processos nos Tribunais Superiores. Veja-se, nesse sentido, a seguinte tabela<sup>9</sup>:

	Fundamento					
Unidade (grupo)	Controle Concentrado	IAC	IRDR	Pleno TST e TSE	Recurso Repetitivo	Súmula Vinculante
PRU	36	127	558	11	9.395	74
PU/PSU	20	3	49	8	979	101
PGU	3	22	12		579	1
EQUAD/GRAP		5	8	8	337	60

### Fundamento das atividades por origem

Tabela 1: Fundamento das atividades de abstenção por origem.

<sup>8</sup> As atividades consideradas estão assim catalogadas no sistema sapiens: "ciência de acórdão desfavorável (abstenção de atuação), aposição de"; "ciência de decisão desfavorável (abstenção de atuação), aposição de"; "ciência de sentença desfavorável (abstenção de atuação), aposição de"; "recurso, petição de abstenção de"; "contestação, petição de abstenção de"; "procedência do pedido, petição de reconhecimento da"; "recurso interposto, petição de desistência de".

<sup>9</sup> As unidades indicadas referem-se aos órgãos e equipes vinculados à Procuradoria Geral da União (PGU), quais sejam, Procuradorias Regionais da União (PRUs), Procuradorias da União (PUs) e Procuradorias Seccionais da União (PSUs), Equipes de Alto Desempenho (EQUADs) e Grupo de Recuperação de Ativos e defesa da Probidade (GRAP).

Revela-se, assim, a importância do fortalecimento dos precedentes, destacando-se, especialmente, o julgamento dos recursos repetitivos, para a redução da litigiosidade da Fazenda Pública.

De fato, a conformação do Advogado da União na atuação judicial, com fundamento em precedente vinculante cresceu entre 2019 e 2020, o que já demonstra impactos positivos na redução de litigiosidade. Uma dessas possíveis correlações é a posição da União no ranking dos maiores demandantes do STJ.



Gráfico 5: Relatório Estatístico. Maiores demandantes STJ. (Fonte: STJ, 2017).

Em 2017, um ano após a vigência do Código de Processo Civil, a União estava na terceira posição, com um acervo de 72.064 processos. Entretanto, o boletim estatístico de novembro de 2020, informa que a União caiu para quarta posição, com o acervo de 64.032 processos, o que denota uma queda de posição e do acervo. Outra informação importante que se extrai do referido boletim é a real possibilidade de mais uma queda de posição, uma vez que enquanto o estoque de processos da União diminuiu, o do Banco do Brasil, que está na quinta posição, aumentou de 51.967 em 2017 para 62.308 processos em 2020.



Gráfico 6: Relatório Estatístico. Maiores demandantes STJ (Fonte: STJ, 2020).

Os dados apresentados, analisados em sua provável correlação com os relatórios estatísticos do STJ, indicam que os precedentes vinculantes do art. 927 do Código de Processo Civil têm impacto significativo na abstenção dos Advogados da União em diversos níveis de atuação. Essa característica está intrinsecamente relacionada à internalização, na AGU, de mecanismos relacionados ao respeito aos precedentes, o que contribui para a redução da litigiosidade por parte da União.

#### **CONCLUSÃO**

A estabilidade do ordenamento jurídico e a replicabilidade das decisões judiciais são fundamentos relevantes para a observância dos precedentes, os quais, na medida em que permitem a gerência das expectativas dos sujeitos processuais, em especial os litigantes em massa, contribuem para a redução de litígios.

O Código de Processo Civil de 2015 positivou uma série de decisões judiciais e enunciados considerados como precedentes vinculantes. A Advocacia Pública, como responsável pela defesa em juízo de grandes litigantes, busca implementar mecanismos para adaptar-se à nova sistemática.

Especificamente no âmbito da AGU, foram editados atos normativos que ampliam as possibilidades de abstenção de atuação ou desistência de recursos por parte dos Advogados da União, o que representa o esforço institucional na internalização da cultura de respeito ao precedente.

Os dados levantados no presente estudo revelam que, entre 2019 e 2020, houve um incremento na quantidade de atividades de abstenção por parte dos Advogados da União, a maioria das quais se fundamenta em acórdãos proferidos em recursos repetitivos pelo STJ, STF e TST.

Esses dados podem ser correlacionados aos relatórios estatísticos do STJ, os quais demonstram que, entre 2017 e 2020, a União perdeu posições no ranking dos maiores litigantes.

A análise realizada neste trabalho indica que a positivação do *stare decisis* brasileiro - o microssistema de precedentes vinculantes previsto no art. 927 - impactou a atuação do Poder Público em juízo, ofertando a possibilidade de uma atuação mais racional da força de trabalho dos advogados públicos a partir da estabilidade necessária para conformação com as teses fixadas.

#### REFERÊRENCIAS

BARBOZA, Estefânia de Queiroz; PUGLIESE, William. O stare decisis como técnica de redução da litigiosidade dos entes públicos no Brasil. In: KOZICKI, Katia et al (coord.); BARBOZA et al (org.). Direito Comparado: Diálogos de Direito Constitucional e Administrativo entre Brasil e Itália. Curitiba: Instituto Memória, 2018.

BECHO, Renato Lopes. A aplicação dos precedentes judiciais como caminho para a redução dos processos tributários. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 71, p. 499-530, jul./dez. 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Comissão de juristas responsáveis pelo anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil.* Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <a href="https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296">https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296</a>. Acesso em 06 dez. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020*: ano-base 2019. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Boletim Estatístico Novembro 2020*. Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2020b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pesquisa de Temas Repetitivos. Disponível em: <a href="https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\_repetitivos/">https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\_repetitivos/</a> pesquisa.jsp>. Acesso em 07 de dezembro de 2020. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2020c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\_repetitivos/?pesquisarPlurais=on&pesquisarSinoni mos=on Acesso em 04 dez. 2020.

CHE, Yeon-Koo; YI, Jong Goo. The Role of Precedents in Repeated Litigation. Journal of Law, Economics, & Organization, v. 9, n. 2, p. 399-424, out. 1993.

DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent.* Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

LAMOND, Grant. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Spring 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.).

Disponível em: <a href="https://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/">https://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/</a>. Acesso em 12 mar. 2022.

MACCORMICK, D.Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes.* 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomas Reuters, 2019.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, n. 3, p. 09-52, jul./set. 2016.

MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Editora RT, 2013.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomas Reuters, 2018.

ONU. Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 16. Disponível em: < https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em 12 mar. 2022.

RAMALHO ANDRADE, Ana Karenina Silva; ANDRADE, Cássio Cavalcante. A participação da Fazenda Pública na audiência do artigo 334 do NCPC. In: Mediação e arbitragem na administração pública. PINHO, Humberto Dalla Bernardinha; e RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (orgs.). Curitiba: CRV, 2018.

STRECK, Luiz Lenio. O que é isto – a exigência de coerência e integridade novo código de processo civil? In: Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil. Coerência e integridade. STRECK, Luiz Lenio, ALVIM, Eduardo Arruda, SALOMÃO, George (coords.). São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

WATANABE, Kazuo. Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

RECEBIDO EM: 14/03/2022 APROVADO EM: 25/05/2022

DOSSIÊ

# LITIGÂNCIA CLIMÁTICA: COMO SOLUCIONAR CONFLITOS POR MEIO DA JUSTIÇA CLIMÁTICA?

CLIMATE LITIGATION: HOW TO SOLVE CONFLICTS
THROUGH CLIMATE JUSTICE?

Diego Pereira

Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília/UNB. Pósgraduação em Direito Público pela Unyahna. Mestre em Direitos Humanos e Cidadania pela UnB. Procurador Federal (AGU) e Professor em nível de graduação.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A Era do Antropoceno: das mudanças climática aos desastres ambientais. 2. Violações de direitos humanos e questões ambientais. 3. Justiça climática: histórico, conceito e contexto. 4. A atuação da advocacia pública em litígios ambientais e climáticos; 5. Justiça climática como ferramenta na solução de conflitos; Conclusão. Referências.

RESUMO: O cenário de mudanças climáticas que surge como consequência da era do Antropoceno, marcada pelo desequilíbrio da ação antrópica no meio ambiente, é um dos maiores desafios da humanidade. Desastres e eventos extremos estão ocorrendo com cada vez mais frequência e intensidade, e deixam marcas indeléveis na esfera da violação de direitos humanos. O Estado Brasileiro tem obrigação constitucional de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado e promover a equidade social, e também assumiu compromissos internacionais no sentido de prevenir, mitigar e reparar os danos causados por mudanças climáticas. Uma estratégia que tem sido acionada internacionalmente para fazer cumprir essas obrigações é a litigância climática, um fenômeno crescente no Brasil. Considerando a função constitucional da Advocacia Pública de representação judicial e extrajudicial do Estado, quando ele ocupar o polo passivo da demanda, caberá à instituição se manifestar. Assim, esse artigo propõe uma análise do papel que a instituição pode desenvolver na resolução desses conflitos. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica sobre a temática que envolve mudanças climáticas, direito dos desastres, direitos humanos e justiça climática, bem como a análise de instrumentos normativos nacionais e internacionais. Como conclusão, o artigo propõe que a Advocacia Pública assuma sua cota de responsabilidade na resolução desses conflitos a partir da principiologia da justiça climática, de modo a considerar não só o interesse do ente federado representado, mas também a exercer o dever estatal de proteção ambiental e de redução dos riscos e das vulnerabilidades das pessoas envolvidas, respeitando e promovendo os direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Mudança Climática. Desastres. Direitos Humanos. Resolução de Conflitos. Justiça Climática. Advocacia Pública. Litigância Climática.

ABSTRACT: One of the greatest challenges for humanity is the climate change scenario that emerges as a consequence of the Anthropocene era, marked by the imbalance of anthropic action on the environment. Disasters and extreme climate events are happening more frequently and with greater intensity, leaving indelible marks in the sphere of human rights violations. The State of Brazil has the constitutional obligation to protect the environment ecologically balanced and to promote social equality, and has also made international commitments to prevent, mitigate, and repair the damage caused by climate change. One strategy that has been internationally employed to enforce these obligations is Climate Litigation, a growing trend in Brazil. The constitutional role of State Attorneys' Offices is to represent the State

Diego Pereira 59

judicially and extrajudicially, therefore, it must act when the State is the defendant in a lawsuit. This paper proposes an analysis of the role the institution can assume in resolving these conflicts. For this purpose, we conducted a literature review on the themes of climate change, disaster law, human rights, and climate justice, as well as an analysis of national and international regulations. In conclusion, the article proposes that State Attorneys' Offices assume its share of responsibility in the resolution of these conflicts based on the principles of climate justice, considering not only the interests of the federated entity they represent, but also the duty of the State to protect the environment and reduce the risks and vulnerabilities of the people involved, respecting and promoting human rights.

**KEYWORDS:** Climate Change. Disasters. Human Rights. Conflict Resolution. Climatic Justice. State Attorney's Office. Climate Litigation.

### INTRODUÇÃO

Não há mais como negar que se vive em um cenário de emergência climática global. As consequências da intervenção antrópica desequilibrada no meio ambiente já se apresentam com gravidade, e a situação tende a piorar se não forem tomadas providências concretas, imediatas e efetivas.

A Constituição Federal, as normativas internacionais e a própria legislação local obrigam o Estado Brasileiro a proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito humano fundamental; e determinam ampla e variada atuação para prevenir, mitigar e reparar os danos provenientes das mudanças climáticas.

Para fazer cumprir as obrigações declaradas, cada vez mais a litigância climática tem se estabelecido no Brasil e no mundo. Por vezes, o Estado ocupa o polo passivo dessas demandas. De acordo a Constituição Federal, cabe à Advocacia Pública representar a União (Art. 131) e os Estados e o Distrito Federal (Art. 132) judicial e extrajudicialmente, bem como realizar atividades de consultoria e assessoramento do Poder Executivo.

Constatada a relevância da atuação da instituição nos litígios ambientais, o objetivo deste artigo é explorar como a Advocacia Pública pode compatibilizar a defesa do interesse do ente representado com o cumprimento dos deveres constitucionais do Estado Brasileiro nesses casos, propondo a concepção de justiça climática como meio para resolução de conflitos, sem implicar mais violações de direitos humanos.

Então, inicialmente, será apresentado o conceito de Antropoceno, no intuito de compreender o marco temporal da revolução industrial como fundante de um processo de desequilíbrio crescente da intervenção humana na natureza que se intensificou, se atualizou e segue em curso, culminando nas mudanças climáticas e nos desastres ambientais.

Na sequência, serão analisadas as graves violações de direitos humanos como consequências das mudanças climáticas e dos desastres, a partir do conceito de vulnerabilidade e de risco. Por fim, apresenta-se o centro do debate proposto, com o conceito, histórico e compreensão do papel da justiça climática na atualidade, e como ela pode compor a atuação da Advocacia Pública para resolução de conflitos climáticos no Brasil.

Se há um conflito, a busca pela sua resolução passa necessariamente pela ideia de equidade. Assim, é que se colocam perguntas: Como solucionar conflitos em casos que envolvem a justiça climática? Como o poder público, que tem o dever legal de preservação ambiental, já que há interesse público no caso, pode resolver estas demandas com seus órgãos de representação judicial e extrajudicial?

Essas e tantas outras questões serão exploradas aqui em uma tentativa de também levantar tantos outros questionamentos. Afinal, são das interrogações que se sustentam o fazer científico, uma vez que possibilitam a continuidade do círculo responsivo que encerra as dúvidas temporárias nas relações humanas e dessas com a natureza.

# 1. A ERA DO ANTROPOCENO: DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS AOS DESASTRES AMBIENTAIS

Mudanças climáticas são transformações, a longo prazo, na temperatura e no clima. Não se tratando de fenômeno dos dias de hoje, são tão antigas quanto o próprio planeta (GATA SÁNCHEZ, 2021). Algumas alterações ocorrem naturalmente, mas vêm se intensificado a partir da ação antrópica desde a Revolução Industrial.

Segundo a Agência Espacial Americana (NASA): "Observações diretas feitas sobre e acima da superfície da Terra mostram que o clima do planeta está mudando significativamente e as atividades humanas são o principal motor dessas mudanças." (NASA, 2021, grifo nosso)1

<sup>1</sup> No original: "Direct observations made on and above Earth's surface show the planet's climate is significantly changing. Human activities are the primary driver of those changes." Disponível em https://climate.nasa.gov/evidence/. Acesso em 16 de fevereiro de 2022.

Diego Pereira 61

A agência esclarece, ainda, que houve um aumento considerável da concentração de gases de efeito estufa na atmosfera, o que, em grande parte, se deu pela ação humana, em especial pela queima de combustíveis fósseis. Suas pesquisas apontam que, sem a intervenção humana, o aquecimento global que se presencia não aconteceria — os movimentos naturais teriam levado o planeta a um período de resfriamento (NASA, 2021).

Então, a primeira premissa estabelecida é que mudanças climáticas não são exclusivamente ocasionadas pela intervenção humana, já que ocorriam e seguem ocorrendo a partir de variáveis da própria natureza. No entanto, as atividades humanas predatórias têm acelerado e modificado esse processo em desfavor de todo o planeta, notadamente a partir da alteração do padrão de consumo na terra, registrado pela era da descoberta das indústrias e da queima de combustíveis fósseis.

Esse fenômeno, não causado pela natureza, se mostra acelerado, instável e desequilibrado, e marca o período geológico atual, denominado Antropoceno. Letícia Maria Lima (2021) esclarece o conceito:

O antropoceno seria a Época Geológica na qual as emissões desses gases em decorrência da atividade antrópica teriam causado alterações nos processos atmosféricos, geológicos, biosféricos, hidrológicos do planeta, dentre outros. O termo combina a raiz do grego "antropo", que significa "humano", com "ceno", que significa "época". (LIMA, 2021, p.8-9).

É importante notar o marco temporal que inaugurou essa mudança. Dionísio Gatta Sánchez (2021, p. 20–21) aponta que o processo se acelerou com a Revolução Industrial, no século XVIII, em especial quanto à criação e utilização maciça de máquinas a vapor. Passados três séculos, novas tecnologias foram desenvolvidas e a sua utilização se expandiu para quase todo o planeta, de modo que a emissão de gases do efeito estufa aumentou exponencialmente.

Assim, um dos maiores desafios enfrentados pela humanidade atualmente tem sido tentar reverter, frear ou mitigar esse quadro já catastrófico de causas e consequências deixadas pelas mudanças climáticas. Os danos trazidos pelo aumento de temperatura na terra incluem inundações, secas, ondas de calor, chuvas em excesso, enchentes, derretimento de geleiras, aumento do nível do mar, entre outros fenômenos que já ocorrem e atingem, principalmente, as parcelas mais vulneráveis da população.

Paradoxalmente, aquele que destrói é o mesmo que consegue demonstrar, cientificamente, a causa da destruição. A própria ciência que desenvolveu as tecnologias poluidoras também tem o poder de encontrar algumas chaves de saída aos problemas advindos do Antropoceno. Apesar disso, os movimentos sociais denunciam que, mesmo com a constatação científica da destruição ambiental atual e futura e de suas consequências, interesses econômicos e geopolíticos prevalecem sobre a proteção das pessoas e do planeta. Empresas e organizações seguem reproduzindo práticas prejudiciais, como a queima de combustíveis fósseis mesmo com o desenvolvimento de alternativas energéticas pela ciência (CONECTAS, 2021).

É a Revolução Industrial que possibilitou consolidar o sistema capitalista, baseado justamente na relação de exploração da natureza (tendo a máquina a vapor como locomotiva de uma nova forma de fazer). Criticar o sistema capitalista, lido de outra forma, corresponde à própria ideia de justiça ecológica e climática, que entende que não deve haver desenvolvimento com relação desequilibrada de destruição aos bens naturais, transformados em recursos naturais.

A relação humano-natureza é própria da sobrevivência, e é indelevelmente marcada pela presença do fator econômico, que transforma os bens naturais em recursos naturais, com a promessa de diminuição de desigualdade. A tecnologia permitiu a plantação, colheita e distribuição de alimento gastando menos tempo e para mais gente, mas ainda assim a humanidade joga comida fora enquanto pessoas passam fome. É uma sociedade que se mostra acelerada, de risco e fadada ao insucesso no pacto civilizatório atual.

Apesar do "progresso" (em sentido científico) de tantos outros aspectos da vida, o problema da desigualdade não se resolveu. Essa é uma tarefa incumbida à política e à ética. Trata-se agora do campo do justo, da equidade, como ferramenta que possibilita a diminuição de desigualdades e a correção de injustiças. O conceito de justiça mais adequado passa a ser aquele que reconhece as vulnerabilidades (existentes e criadas em nome do "progresso") e busca maneiras de reduzir os danos na era do Antropoceno, sempre que a natureza responder.

Nesse mesmo sentido, é preciso olhar com cautela o discurso do pacto intergeracional, que desafía as atuais gerações a preservar o planeta para as que virão, para que não se torne um deslocamento retórico da gravidade do problema: afinal, a catástrofe é do momento presente. Se nada for feito, não há futuro possível, pois a destruição já está em curso, é grave e insustentável.

Diego Pereira 63

Assim, a aceitação da realidade, das mudanças climáticas e dos perigos que elas representam para a humanidade se tornam uma imposição do exercício de consciência de cidadania (JORDY, 2019), que deixa de ser local e passa a ser global. Segundo o Sexto Relatório de Avaliação do *Intergovernmental Panel on Climate Change*, - IPCC (Painel Internacional sobre Mudanças Climáticas), ligado à Organização das Nações Unidas (ONU), divulgado em 2021, as consequências das mudanças climáticas já são sentidas ao redor do mundo:

Os sinais das mudanças climáticas são inequívocos em escala global e são cada vez mais aparentes em menores escalas espaciais. As altas latitudes do norte mostram o maior aumento de temperatura com efeitos claros no mar, gelo e geleiras. O aquecimento nas regiões tropicais também é aparente porque as mudanças naturais de ano para ano variações de temperatura são pequenas. Mudanças de longo prazo em outras variáveis, como chuva e alguns extremos climáticos e climáticos também se tornaram aparentes em muitas regiões. (UNITED NATIONS, 2021; tradução nossa)

Somente no início do ano de 2022, os Estados da Bahia², Minas Gerais³, Rio de Janeiro⁴ e São Paulo⁵ enfrentaram graves consequências de enchentes, inundações, deslizamento de terras em área de encostas e fortes enxurradas, com registro de centenas de mortes que poderiam ser evitadas. Com isso, se evidencia as consequências das mudanças climáticas já estão ocorrendo aqui e agora, violando direitos humanos básicos como a vida, a moradia e a alimentação.

<sup>2</sup> BAHIA TEM MAIS DE 26 MIL DESABRIGADOS, 61,5 mil desalojados e duas pessoas estão desaparecidas por causa da chuva. G1 BA (online). 08 de janeiro de 2022. Disponível em: https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2022/01/08/bahia-tem-mais-de-26-mil-desabrigados-615-mil-desalojados-e-duas-pessoas-estao-desaparecidas-por-causa-da-chuva.ghtml. Acesso em. 13 fev. 2022.

<sup>3</sup> EM MINAS GERAIS, 145 municípios decretam situação de emergência devido às enchentes. GHZ (Online). 10 jan. 2022. Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2022/01/em-minas-gerais-145-municipios-decretam-situacao-de-emergencia-devido-as-enchentes-cky9b0s12007s015p3pcjf62s.html. Acesso em 17 de fevereiro de 2022.

<sup>4</sup> SATRIANO, Nicolás. Com 178 mortos, tragédia em Petrópolis é a maior já registrada na história do município. G1 Rio (Online). 20 fev. 2022. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2022/02/20/tragedia-em-petropolis-maior-registrada-na-historia-o-municipio.ghtml. Acesso em 16 de fevereiro de 2022.

<sup>5</sup> CHUVAS DEIXAM 19 MORTOS, fazem rios transbordarem e alagam cidades no estado de São Paulo. G1 SP (online). São Paulo, 30 jan. 2022. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/01/30/ chuvas-provocam-deslizamentos-de-terra-e-alagamentos-na-grande-sp-tres-pessoas-morrem-em-embudas-artes-e-equipes-de-resgate-usam-bote-em-francisco-morato.ghtml. Acesso em: 17 de fevereiro de 2022.

#### 2. VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E QUESTÕES AMBIENTAIS

O recente Decreto no 10.593, de 24 de dezembro de 2020, define desastre como: "resultado de evento adverso decorrente de ação natural ou antrópica sobre cenário vulnerável que cause danos humanos, materiais ou ambientais e prejuízos econômicos e sociais". O conceito abrange as consequências das mudanças climáticas, mas vai além.

Em verdade, os desastres deixaram de ser apenas fenômenos naturais e passaram a ter origem intensificada ou até mesmo ocasionada pela ação antrópica. Se antes do Antropoceno havia enchentes, deslizamentos de terra, terremotos, queimadas, erupções vulcânicas por ação da natureza, com a ação humana, surgem novos e mais intensos eventos. Foi a atividade de mineração desregulada que originou o rompimento das barragens de Mariana, em 2015, e de Brumadinho, em 2019, sendo que esta última deixou mais de 270 mortos e ambos trouxeram prejuízos sociais e ambientais irreparáveis. O capitalismo mais uma vez mostra como se instala.

É importante notar que esses impactos estão relacionados à vulnerabilidade social. Seja qual for a causa do desastre, eles têm local, raça, gênero e posicionamento social de maior ocorrência. Nesse sentido, Iwana (2016) correlaciona, especificamente, as vulnerabilidades com os riscos/efeitos das mudanças climáticas:

O termo vulnerabilidade surge como um importante conceito teórico e analítico em relação aos riscos/perigos e ao contexto de mudanças climáticas. A vulnerabilidade possui diversos significados ou conceitos (ADGER, 2006; O'BRIEN et al., 2004; 2013), mas pode ter pelos menos duas diferentes interpretações com implicações no tratamento do problema e em sua solução. Uma primeira interpretação tem, geralmente, um enfoque em aspectos biofísicos para a análise da vulnerabilidade. Estudos nessa direção tendem a considerar que os mais vulneráveis são aqueles que vivem em ambientes físicos precários ou em ambientes que terão os efeitos físicos (das mudanças climáticas) mais dramáticos (LIVERMAN, 2001; TOMINAGA et al., 2009). Nesse caso, a capacidade de resposta (de um indivíduo ou grupo social) às mudanças climáticas determina ou influencia sua vulnerabilidade. Essa análise considera a vulnerabilidade como um resultado de análises de características do meio físico (outcome vulnerability – O'BRIEN et al., 2013). Por outro lado, há múltiplos fatores e processos ambientais, sociais, econômicos, políticos e culturais que influenciam a vulnerabilidade dos indivíduos e sua capacidade de Diego Pereira 65

resposta frente aos efeitos das mudanças climáticas (BLAIKIE et al., 1994; CUTTER, 1996; CUTTER et al., 2003; O'BRIEN et al., 2004; 2013: WISNER et al., 2004: ALEXANDER, 2011: ADGER et al., 2009: 2013). Buscar compreendê-los é um pré-requisito para sua redução (O'BRIEN et al., 2004; 2013). Nessa perspectiva, a vulnerabilidade é analisada contextualmente (contextual vulnerability - O'BRIEN et al., 2013) e determina ou influencia a capacidade de resposta as mudanças climáticas. Adger et al. (2009) citam quatro pressupostos que consideram limitantes para a capacidade de resposta e/ou adaptação as mudanças climáticas: (i) a questão ética – o que a sociedade considera "crítico" ou "aceitável" como medidas de adaptação depende de diferentes valores e prioridades, (ii) a falta de conhecimento ou incertezas sobre as mudanças climáticas, frequentemente citada como um dos motivos para a demora para a adaptação, (iii) a percepção de riscos, na ocasião em que a sociedade não acredita que o risco seja suficiente para uma ação imediata ou urgente e (iv) a desvalorização dos aspectos culturais nos momentos de crise, em relação às interpretações, escolhas e estratégias de ação para redução de riscos (EISER et al., 2012). (IWAMA, 2016).

A autora aponta, acertadamente, que a questão dos desastres deve se relacionar com o conceito de vulnerabilidade e com a análise de risco. A Agência da ONU para Redução de Riscos de Desastres (*United Nations Office for Disaster Risk Reduction* - UNDRR) define risco como a probabilidade de ocorrência de um evento e suas consequências negativas. A vulnerabilidade, por sua vez, é diretamente atrelada ao *quantum* de risco que um evento pode oferecer a pessoas e recursos.

As pessoas, vítimas desses eventos, doravante denominadas "atingidos", são então as mais vulneráveis em uma rede de emaranhado social. Há diversos tipos de vulnerabilidades: físicas, sociais, econômicas, políticas, culturais, entre outras. Os mais variados ramos das ciências, especialmente aqueles ligados às ciências naturais, mas também as sociais, como geografia, antropologia, biologia e sociologia, têm demostrado que há uma ligação direta entre pobreza, raça, localização geográfica e os impactos das tragédias decorrentes de eventos climáticos. Trata-se do que se pretende demostrar aqui: a relação entre a vulnerabilidade e as violações de direitos humanos.

A partir desse contexto, o termo vulnerabilidade surge no estudo dos desastres e das mudanças climáticas como fator necessário, que busca identificar violações de direitos humanos nas questões ambientais contemporâneas, especialmente as mudanças climáticas e os mais variados tipos de desastres. O estado de vulnerabilidade, então, está associado a pessoas, e não apenas a locais. Fatores como pobreza, desigualdades social, racial e de gênero estão diretamente associados ao *quantum* de risco que as pessoas inseridas nesses contextos estão sujeitas. Daí porque o conceito de vulnerabilidade é necessário para a compreensão das violações de direitos decorrentes de eventos ambientais. Nesse sentido, Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha (2014) ressalta:

O problema dos direitos humanos ganha importância sobretudo quando nós nos deparamos com circunstâncias históricas, reveladoras de uma profunda crise na própria humanidade, que se vê refletida em suas instituições políticas e, consequentemente, nas relações humanas (CUNHA, 2014, p. 126).

Se pessoas são vulneráveis e passam a ser atingidas por tais fenômenos, a violação de direitos se apresenta como uma categoria de estudo. No mesmo sentido é o texto de Diego Pereira:

Quando falamos em desastres ambientais e violações de direitos, de imediato, imaginamos dois cenários: o ambiente que antecede a ocorrência de um evento extremo e o cenário de consequências após a incidência da tragédia. No primeiro caso podemos trazer para o cerne do debate o que vem a ser justiça climática/justiça ambiental e a relação que indicará o local do evento extremo com as circunstâncias que o rodeiam, especialmente em relação às vitimas de uma tragédia. No segundo caso, aquele cenário de destruição que constatamos após ocorrer um desastre, permite-nos dizer que as violações de direitos são tantas em extensão e profundidade que vão de violações a direitos da pessoa como abalo psicológico e danos à saúde desembocando até à diminuição de fruição de direitos básicos como cultura e educação. (PEREIRA, 2022a)

Assim, os efeitos da crise climática e dos desastres, intensificados na Era do Antropoceno, estão diretamente relacionados com a atividade humana e a exploração do capital, em um nível de urgência tão grande que passam a ser denominados eventos extremos frutos da emergência climática.

A questão da violação de direitos humanos se apresenta como o elo de comunicação entre os desastres e as emergências climáticas e a ciência do direito, na busca da proposição de medidas para diminuição de vulnerabilidades ou promoção da equidade em cenários de tragédias Diego Pereira 67

marcadas pelos acontecimentos ambientais. Se o Direito é a morada do justo, a busca pela dignidade humana, é na justiça que se abriga ainda mais a diminuição de violações advindas do enfrentamento da era dos desastres. Sobre isso, discorrem José Geraldo de Sousa Junior e Antônio Escrivão Filho:

Os direitos humanos, assim, se erigem como um programa que dá conteúdo ao protagonista humanista, conquanto orienta projetos de vida e percursos emancipatórios que levam à formulação de projetos de sociedade, para instaurar espaços recriados pelas lutas sociais por dignidade. (SOUZA JÚNIOR, ESCRIVÃO FILHO, 2016).

As vulnerabilidades das vítimas de eventos ambientais extremos correspondem ao *quantum* de violação a que estão submetidas, de modo que a busca por justiça deve significar a redução desses riscos, que foram amplificados pelos efeitos da ação antrópica no clima. As desigualdades e injustiças que marcam as vítimas de desastres encontram nos direitos humanos uma possibilidade de diminuição de vulnerabilidades.

É nesse contexto que surge a ideia de justiça climática, que traz a discussão de direitos humanos para a questão ambiental. Para Mary Robinson, em sua obra denominada "Justiça Climática", as mudanças climáticas mantêm uma relação direita com os direitos humanos:

Como demonstra o mais recente relatório do IPCC, as provas dos efeitos da mudança climática são incontestáveis, e o dever moral de agir com urgência é indiscutível. A mudança climática não é apenas uma questão de ciência atmosférica ou conservação da vegetação; afeta também os direitos humanos. Ela compromete a plena fruição dos direitos humanos- direito à vida, à alimentação, à moradia e à saúde. Por isso precisamos, na questão climática, de processos decisórios centrados na pessoa, que respeitem direitos e sejam justos. (ROBINSON, 2021, p.27).

Assim, o aquecimento global e suas consequências, em vez de serem considerados somente como uma questão ambiental e climática, passam a ser questão ética e política, na medida em que a justiça climática traz para o debate ambiental a busca pela equidade e respeito aos direitos humanos. Sobre isso, Maria Letícia Lima ensina:

A compreensão das especificidades da Justiça Climática se justifica na medida em que os desafios e desigualdades, num contexto de crise climática, são complexos e demandam um olhar direcionado para novas tensões e vulnerabilidades socioambientais e reforçam a necessidade de uma abordagem não homogeneizante das causas e responsáveis pelo desequilíbrio do clima (LIMA, 2021, p.52).

Os direitos humanos e a busca pela equidade, ao usar esse filtro não homogêneo que marca a vida dos atingidos ao redor do mundo, compreendem suas vulnerabilidades, seus riscos, suas fragilidades e diferenças. Nos contextos das mudanças climáticas e dos eventos extremos, Mary Robinson ressalta:

(...) a luta contra a mudança climática é fundamentalmente sobre direitos humanos e garantia de justiça para as pessoas que sofrem com o seu impacto- países vulneráveis e comunidades que são as menos culpadas pelo problema. Eles também precisam estar aptos a compartilhar os fardos e os benefícios da mudança climática de maneira justa. Dou a isso o nome de justiça climática- colocar as pessoas no centro da solução. (ROBINSON, 2021, p.30 - 31).

É incontestável a existência de violações de direitos humanos em casos de desastres ambientais, especialmente aqueles advindos das mudanças climáticas. Para enfrentar essa questão, uma forma encontrada, ainda que na teoria, é a justiça climática, que pode se deslocar do campo da discussão teórico-acadêmica para o mundo da aplicabilidade de medidas concretas (políticas públicas), em busca de equidade.

### 3. JUSTIÇA CLIMÁTICA: HISTÓRICO, CONCEITO E CONTEXTO

Se há violações de direitos humanos e elas ocorrem com pessoas inseridas em um contexto de vulnerabilidades, a busca por justiça deve perpassar a modificação desse contexto. Carmem Castelo e Javier Romero (2021, p. 385) defendem que "a fundamentação da justiça climática é majoritariamente antropocêntrica. Talvez sendo a parte mais antropocêntrica da ecoética e da ecopolítica" (tradução nossa).

Vicente Capella (2021) determina que há quatro sentidos para o termo justiça climática: o social, o filosófico-moral, o político e o jurídico. O primeiro se refere a um movimento cidadão em busca de justiça em relação aos prejuízos advindos das mudanças do clima. O segundo sentido se refere à ideia de equidade enquanto sinônimo de justo, dentro de um valor moral. Já o sentido político é aquele consubstanciado na ideia de políticas públicas. O último sentido, por sua vez, se refere à regulação normativa das mudanças climáticas e suas consequências. O autor conclui dizendo que a justiça climática é um movimento plural que envolve ONGs

Diego Pereira 69

elitistas, a academia, movimentos sociais e outros atores sociais. Diogo Pereira reforça a concepção atrelada ao primeiro sentido:

> É o olhar sociológico à desigualdade que marca os riscos dos desastres. É a compreensão, pelo setor público e privado, de que a vulnerabilidade das vítimas de eventos ambientais danosos se relaciona com o contexto em que estão inseridas. É a busca da diminuição das desigualdades entre uns e outros nos impactos das mudanças no clima. (PEREIRA, 2022b).

Importante notar as semelhanças e diferenças entre justiça climática e justiça ambiental. O conceito de justiça climática surgiu a partir do movimento social da justiça ambiental, em um contexto de apontamento de desigualdades sociais e raciais nos Estados Unidos da década de 80 do século XX, na luta do movimento negro por direitos civis. A justiça ambiental surge quando os movimentos negros americanos se revoltam contra a instalação de fábricas poluentes apenas em bairros negros, o que demonstrava uma desproporção na distribuição de externalidades na década de 1980. Assim nasce o "Environmental Justice Movement".

Segundo Capella (2021) "o movimento por Justiça Ambiental contribuiu para ampliar a agenda dos direitos civis, para incluir a exigência do desfrute pleno de condições ambientais dignas para minorias raciais e socialmente desfavorecidas "(tradução nossa). Esse mesmo autor, tratando do histórico da justiça ambiental, informa que ela se consolidou com a publicação de um informe, nos Estados Unidos, que associava as condições raciais das comunidades e sua condição de vulnerabilidade social com a instalação de resíduos perigosos (CAPELLA, 2021).

Ressalte-se que não há registro de movimento semelhante que vinculava minoria racial com pobreza e poluição, nesse período, em outros locais do planeta, a exemplo do Brasil e da Europa. Nesta última, com o movimento verde, era mais presente a luta por informação ambiental, direito de participação e acesso à justiça ambiental.<sup>6</sup>

Com os estudos do Professor e ativista americano Robert Bullard, a ideia de racismo ambiental e justiça ambiental se consolidaram. Ele passou a ser considerado "o pai do termo "justiça ambiental", ao relacionar raça, pobreza e condições ambientais. Como se vê, não há diferença aparente

<sup>6</sup> A consolidação desses direitos na América Latina e no Caribe se deram somente em 2018, com o Acordo de Escazú, enquanto a Europa consolidou em 2001 pelo Convênio de Aarhus.

entre justiça ambiental e justiça climática. Como esta então surge como conceito autônomo? Para Letícia Maria Lima,

O movimento pela Justiça Climática surgiu imbuído do espírito da Justiça ambiental e pode ser considerado como um desdobramento daquela. Integra a questão da justiça aos direitos humanos, imprimindo um enfoque não limitado pela ciência das mudanças climáticas, mas associado a esta e integrando-a à realidade social especialmente dos mais afetados e vulneráveis. (LIMA, 2021, p.66).

Então, o que diferencia a justiça climática da justiça ambiental é que esta última traz para o debate a questão social de pessoas vulnerabilidades, incluindo o fator raça. Já a justiça climática, além de trazer o debate de direitos humanos, traz o foco da equidade para o desequilíbrio entre ricos e pobres, diferentes etnias e lugar social para o cerne dos impactos negativos das mudanças climáticas.

A autora também aponta que o termo "Justiça climática" apareceu pela primeira vez em 1999, no documento *Greengouse Gangster vs. Climate Justice*, em uma denúncia da indústria de petróleo como violadora de direitos humanos – foram referidas como gângsteres do efeito estufa. Entre a COP de Copenhague e a COP de Paris, ocorridas em 2009 e 2015 respectivamente, é que começou o debate mais intensificado sobre justiça climática (LIMA, 2021).

Antes de 1999, importante relatar que a Convenção da Rio-92 também foi importante no debate sobre clima, ao estabelecer a criação da Conferência das Partes (certidão de nascimento das futuras COP). Em 2005, o furação Katrina também chamou atenção em função do número de mortos, quase a totalidade de pessoas negras, e a devastação da cidade de Nova Orleans e boa parte do sudeste dos Estado Unidos e do Golfo do México. Foi um evento climático extremo, com consequências irreparáveis. Em 2007, o político e ambientalista Al Gore dividiu o prêmio Nobel da Paz com o IPCC, Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas., principal comitê científico sobre mudança do clima.

Há, ainda, a influência do constitucionalismo latino-americano, "Proclamando uma relação de dependência e reverência com a Mãe Terra (Pachamama), este movimento se propõe como meta reverter a exploração secular do que vinha sido objeto tanto os povos indígenas como as terras que habitam." (CAPELLA, 2021, p.47-48, tradução nossa). Ressalte-se que a Constituição do Equador é de 2008 e a Boliviana de 2009<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Também é de 2009 a Lei sobre política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC) do Brasil.

Diego Pereira 71

O autor também aponta o ano de 2015 como importante para a consolidação da ideia de mudança climática, porque nele foi aprovado o Acordo de Paris $^{\rm s}$ , a Agenda 2030 $^{\rm s}$ , e o Papa Francisco publicou a encíclica ambiental denominada  $Laudato~Si^{\rm r0}$ . Também sobre esse mesmo ano, Lima (2021, p. 72) esclarece que foi na COP 21, em 2015, a partir do Acordo de Paris, que a justiça climática foi reconhecida internacionalmente pela primeira vez. (LIMA, 2021, p.72).

Capella aponta que "a justiça climática exige uma justa distribuição das cargas derivadas da mudança climática. Trata-se de repartir as cargas associadas tanto na mitigação dos efeitos das mudanças como a adaptação a esses efeitos" (2021, p.8, tradução nossa). Ou seja, não há como resolver a questão sem um esforço global, coletivo, de modo que os acordos internacionais assumem grande importância. Todos precisam agir para mudar essa realidade, já que todos estão sujeitos às graves consequências da inércia. Se um país emitir menos gases de efeito estufa do que outro, ainda assim sofrerá as consequências do aquecimento global. Considerando o conceito de vulnerabilidade, por vezes, aqueles que menos destroem são os que mais sofrem com as mudanças climáticas.

Assim, o autor Rodolfo Godínez Rosales defende que "a justiça climática busca, entre outros objetivos, incorporar uma dimensão ética e de direitos humanos às decisões que os governos adotam para combater a mudança climática" (ROSALES, 2021, p.91). Portanto, é essa ideia de direitos humanos pensada nos dias de hoje, como uma necessidade de um fazer estatal, que conclama a ideia de responsabilidade do estado na esfera ambiental a partir da perspectiva da justiça climática.

# 4. A ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA EM LITÍGIOS AMBIENTAIS E CLIMÁTICOS

A ideia de litigância climática, embora tenha se mostrado tema novo, encontra abrigo dentro do Direito Ambiental, em comunicação com o direito dos processos. Esta novidade ocorre justamente porque não há uma doutrina sólida referente ao Direito das Mudanças Climáticas no Brasil. Gabriel Wedy, ao tratar de litígios climáticos, adverte:

<sup>8</sup> Está no preâmbulo a referência ao termo justiça climática.

<sup>9</sup> Ressalte-se que a Agenda2030 não se refere especificamente ao termo justiça climática, mas depreende-se seu sentido em diversos objetivos e metas.

<sup>10</sup> Aprovada antes da Agenda 2030 e da COP21, também não se refere expressamente ao termo justiça climática.

O sistema processual brasileiro, recepcionado e posteriormente construído sob a égide da Constituição Federal de 1988, possui vasto arcabouço instrumental para a tutela jurisdicional do clima e dos seres humanos e não humanos afetados pelo aquecimento global. *Grifa-se o problema da falta de um Código de Processo Civil Coletivo, que tem sido superada, em parte, pela construção jurisprudencial em matéria ambiental.* (WEDY, 2019, p.17, grifo nosso).

O autor faz um panorama de direito comparado, em que descreve as sólidas jurisprudências americana e alemã na temática, que ainda é incipiente no Brasil. Sobre isso, veja-se o que escreve o ministro do STF Luiz Edson Fachin,

Embora, do ponto de vista quantitativo, não sejam numerosas as causas com temática socioambiental recebidas pela Suprema Corte Brasileira (281 em 2014; 266 em 2015; 293 em 2016; 434 em 2017; e 595 em 2018), essas causas têm expressivo impacto qualitativo, vide os casos mencionados, que demandaram grande esforço do Tribunal na realização de audiências públicas e sessões de julgamento prolongadas. Conflitos socioambientais tendem a figurar com, cada vez maior frequência, na pauta do STF, tendo em vista os cenários que se desenham: apagão energético, racionamento de água, populações indígenas afetadas, conflitos relacionados ao acesso a recursos hídricos, deslocamento populacional e conflitos fundiários, demandando planejamento e estratégias para minorar os danos da emergência climática (FACHIN, 2020, p.630, grifo nosso).

Para Delton de Carvalho e Kelly de Souza Barbosa "o aquecimento global e as mudanças climáticas decorrentes da interferência antropogênica são pautas universais que clamam uma discussão séria, urgente e eficaz, entre o Poder Público, as organizações internacionais, o setor científico e empresarial e a sociedade." Ainda para esses autores nacionais:

A litigância climática visa impulsionar ações de controle e diminuição da emissão antropogênica de gases de efeito estufa, e demais medidas de contenção às mudanças climáticas. Pela via jurisdicional30, os atores públicos e privados (nacionais e internacionais) que emitem (ou permitem) significativamente esses gases poluentes seriam responsabilizados e/ou constrangidos a adotarem comportamentos mais ativos para o alcance do compromisso global de redução do efeito estufa. (DE CARVALHO, 2019).

Aqui neste artigo, optou-se por uma releitura ampliativa do tradicional Direito Ambiental, que protege o interesse geral, regula a proteção da natureza, conservando-a. Nesse sentido, mais do que regular condutas humanas em relação ao meio ambiente, reprimindo-as, prevenindo e obrigando a reparar danos, o Direito Ambiental que consegue hospedar a ideia de litigância climática é apontado por Dionísio Sánchez:

O Direito Ambiental juridifica a Natureza para fazê-la partícipe da regulação, integrando-a ao conteúdo das normas, e, em particular, para convertê-la em objeto de proteção jurídica; implicando esta jurisdificação a necessidade de identificar e valorar quais atividades humanas devem ser objeto de regulação, quais impactos ambientais dessas atividades são significativos, quais tipos ou classe de meio, recursos ou bens naturais suportam esses impactos, e quais objetivos concretos se pretende alcançar com a regulação das atividades apontadas no marco geral de proteção da natureza. (GATTA SÁNCHEZ, 2021, p.23, tradução nossa).

A ideia de finitude dos recursos naturais levou a movimentos de críticas à exploração desenfreada da natureza por volta dos anos 60 e 70. Firmou-se o pensamento de que os recursos naturais são a base, mas também o limite do crescimento econômico. É aí que surgiu uma nova perspectiva para o direito ambiental, agora com um necessário caráter eminentemente público (GATTA SÁNCHEZ, 2021). Foi então que a consciência da escassez e da necessidade do uso racional levou ao conceito de desenvolvimento sustentável.

No entanto, não há como falar em desenvolvimento econômico e sustentável sem a presença da Administração Pública. Ainda que algumas empresas adotem políticas de governança e firmem compromissos, sem a fiscalização, fomento e regulamentação estatal, o mercado vai seguir operando em uma lógica extrativista e predatória, buscando o lucro independentemente das consequências. Se o Estado intervém na economia, inclusive atuando como agente privado em alguns casos, afora o dever geral de proteção do bem comum, nasce uma nova imposição à res publica:

(...) as legislações desta época começaram a atribuir globalmente a função de corrigir e fazer diminuir a degradação ambiental aos Poderes Públicos e, em particular, as Administrações Públicas, devido aos interesses gerais implicados. Já não será suficiente, como no passado, a mera presença de uma Administração reduzida que garanta as

corretas relações de vizinhança e proteja à saúde pública. (GATTA SÁNCHEZ, 2021, p.27)

A partir dessa concepção, o poder público assume uma posição de proatividade, que garante, por meio de suas ações, a preservação ambiental. Assim, as Fazendas Públicas passam a ser demandadas também judicialmente. Segundo Fredie Didier Jr. (2017, p. 45), "a relação que se estabelece entre o direito material e o processo é circular". Para ele, o processo está à disposição do direito material, por meio da abordagem metodológica do chamado instrumentalismo.

A Advocacia Pública, com assento constitucional nos artigos 131 e 132 da Constituição Federal, tem o dever de representar judicial e extrajudicialmente as fazendas públicas. O Direito Ambiental, grafado com iniciais maiúsculas, assim o é também como uma referência à ideia de Administração Pública, que é responsável pelas questões ambientais de interesse geral, portanto regulará as atividades ambientais. Aqui já se justifica a atuação do seu corpo jurídico, suas advocacias públicas.

Por isso, em caso de litígio climático (aqueles que envolve questões climáticas), as advocacias de estado possuem um papel de relevância. Robert Pollin e Noam Chomsky, no livro "Crise Climática e o *Green New Deal* Global", alertam:

Na maioria dos países de média e baixa renda, os movimentos climáticos ainda são de proporção modesta. Mas há boas chances de que isso mude em breve, pois o ativismo está crescendo, assim como as coalizões entre ambientalistas, grupos trabalhistas e alguns setores empresariais que observamos hoje nos Estados Unidos e na Europa Ocidental. (CHOMSKY; POLLIN, 2020, p.195)

Nas grandes economias do norte global, a onda verde tem se elevado inclusive nos tribunais. Esse ativismo que Robert Pollin se refere tem ultrapassado fronteiras, embora se concentre mais na Europa e Estados Unidos. Essa concentração pode ter diversas explicações, uma delas pode ser a importância que é dada, nesses países, à questão climática na esfera pública. Inclusive na mídia, o tema assume grande relevância. Como exemplo, veja-se a recente notícia veiculada no jornal espanhol El país:

Os litígios relacionados às mudanças climáticas dobraram em apenas três anos. Especificamente, eles passaram de 884 em 2017 para 1.550 casos em 2020, de acordo com um estudo elaborado pelo Programa das

Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e o Centro Sabin para a Lei de Mudanças Climáticas, da Universidade de Columbia (EUA). O relatório destaca esse aumento considerável em um tipo de ação judicial que busca forçar governos e empresas a implementar planos mais ambiciosos para reduzir as emissões de gases de efeito estufa e se adaptar às mudanças climáticas. (PLANELLES, 2021, tradução nossa).

Já no Brasil, onde o movimento da litigância climática ainda está se iniciando, a Fazenda Pública tem ocupado especialmente o polo demandado dessas ações, exigindo dos advogados públicos o dever de defender seus entes representados. Ocorre que sua atuação não pode descuidar do dever de proteção ambiental, que também é tarefa do Estado brasileiro, conforme moldurou o art. 225 da Constituição Federal.

Segundo o Guia de Litigância Climática elaborado pela organização Conectas Direitos Humanos (2021, p.18-19), litígios climáticos são "ações judiciais que requerem do Poder Judiciário ou de instâncias administrativas decisões que expressamente abordem questões, fatos ou normas jurídicas relacionadas, em sua essência, às causas ou aos impactos das mudanças climáticas".

A melhor tese é aquela que defende o posicionamento das advocacias públicas, representantes legais da figura do estado como aquela que tem esse duplo dever: proteger o bem público e o interesse público nas suas duas vertentes, o Estado enquanto pessoa jurídica de direito público e as tarefas que também são de sua responsabilidade, a exemplo da proteção do meio ambiente. Assim, é importância que essas instituições atuem como procuradoras do Estado, e não como advocacia de governos (sujeitas aos desvios de finalidades da coisa pública e a imposição do viés de pessoalidade na condução de uma gestão).

A título de exemplo, não podem (devem) as Advocacias Públicas raciocinarem apenas sobre políticas governais, a qualquer custo, sem uma avaliação da política de Estado por detrás. Quando a Procuradoria de Estado perceber que, no caso concreto, houve uma violação à norma que defende a proteção ambiental pelo público, deve buscar formas de minorar o dano sofrido.

Nos litígios climáticos, o posicionamento das advogadas e dos advogados públicos devem estar nessa linha de raciocínio: uma política pública é escolha de governo, mas não se sobrepõe à política de Estado constitucionalmente estabelecida, de defesa e proteção do meio ambiente.

Disso tudo, surge a conclusão de que não há polos definidos nos conflitos climáticos. A prevenção e a reparação dos danos ambientais são de interesse do Estado. Quando este se coloca como violador desses direitos, tem o dever de corrigir seus atos. Assim, a Advocacia Pública pode se ancorar em dados científicos e jurídicos, desde que não prejudique a defesa do meio ambiente e não contrarie as normas de defesa do próprio ente representado. No entanto, verificado o prejuízo ambiental no caso concreto, deve-se pensar na redução de danos àquela violação.

Esse tipo de raciocínio pode permitir, por exemplo, a propositura de acordos que convergem na diminuição de vulnerabilidades, por meio do principiologia e da prática da justiça climática.

Sempre que houver litígios climáticos, o prisma interpretativo a ser utilizado pelo Estado será o da justiça climática, já que, ao proteger o meio ambiente, focaliza a pretensão resistida de um processo na melhoria de vida das pessoas ali envolvidas, diminuído, consequentemente, desigualdades e vulnerabilidades, almejando justiça.

Se as partes de um processo litigam, é porque, em regra, buscam pela via judicial ou extrajudicial a concretização do justo. Nos casos de litígios climáticos, a equidade almejada perpassa pelo debate e concretude da justiça climática. Portanto, o posicionamento das advocacias de estado deve ser aquele que defende os entes representados, mas não deixa de pensar na defesa do meio ambiente e da concretização da ideia que está por detrás do conceito de justiça climática (redutora de vulnerabilidades).

### 5. JUSTIÇA CLIMÁTICA COMO FERRAMENTA NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

No âmbito da discussão da justiça climática, destaca-se uma questão: aqueles que menos causam impactos são os que mais sofrem com as consequências das mudanças climáticas.

A proposta defendida nesse artigo é colocar a advocacia pública no centro da decisão que envolve a questão dos litígios e a Administração Pública, por meio da ferramenta da justiça climática. Para Karin Kelbert Turra e Matheus De Abreu Acerbi (2014):

A existência de conflitos é inerente à convivência humana, uma vez que os homens são considerados, por natureza, seres sociais. Nesse contexto, o conflito existe quando há uma incompatibilidade de interesses,

valores e/ou ideologias vinculadas à condição humana (TURRA; ACERBI, 2014, p. 255)

Esse argumento se sustenta ao se ter em conta que, como representantes judiciais e extrajudiciais do estado, as procuradorias dos entes fazem valer o papel do Estado, dando-lhe suporte jurídico. Esse papel, na seara ambiental, se mostra sob duas vertentes: a primeira ocorre por meio da tradicional função do direito administrativo, que faz do estado o gestor da polícia ambiental, reprimindo a conduta violadora de terceiros, evitando a destruição do meio ambiente. Já a segunda vertente se dá quando o Estado impõe o dever de conservar e reparar os recursos naturais.

Então, cabe ao Estado brasileiro o dever de proteção ambiental por meio de diversas ações, o que significa dizer que a inação estatal constitui falta grave. Se o estado protege e fiscaliza o meio ambiente, ele também pode (deve) ser demandado judicial e extrajudicialmente por ação e omissão, o que faz chamar à atuação as advocacias de estado.

A função da advocacia pública não é de defesa irrestrita do estado como uma pessoa jurídica qualquer. Os interesses do Estado estão consignados na Constituição Federal, e sua principiologia deve nortear a atuação da instituição. Argumentos levianos que levem o advogado público a defender posição contrária ao que está declarado na Constituição não devem prosperar. Seja pela concepção de que políticas públicas são escolhas governamentais que a instituição deve defender a qualquer custo, seja pela argumentação leviana sobre separação de poderes que lhe retira qualquer possibilidade de analisar a constitucionalidade dos atos, esse posicionamento enfraquece e esvazia a função da advocacia pública, e desconsidera a complexidade dos conflitos ambientais.

O argumento prevalente deve ser aquele que melhor protege o meio ambiente, sem descuidar do dever estatal na diminuição de desigualdade ou redução de vulnerabilidades, sem prejudicar a própria autarquia ou ente da administração defendidos. O que se espera da advocacia de estado não é a oposição, mas o posicionamento de negociador, mediador, conciliador, que objetiva a melhor defesa ambiental a partir da principiologia da justiça climática. Assim, a proteção ambiental ocorrerá sem o desprezo à percepção de violação a direitos das pessoas humanas ali presentes.

No presente artigo não se objetiva apontar por qual meio específico a advocacia pública deve mediar um conflito, o que deve ser observado no caso concreto. O que se defende é o conteúdo necessário para essa resolução de conflitos, que no caso é o uso da justiça climática como via de acesso à concretização de defesa do meio ambiente e do interesse público em geral, sem desprezar as desigualdades que circundam pessoas.

Ademais, a defesa de que o estado, representado pelas procuradorias públicas, assuma papel de protagonismo nessas questões não desconsidera a importância do Poder Judiciário e de outros atores do sistema de justiça como o Ministério Público e a Defensoria Pública. Ao contrário, a busca pelo cumprimento das determinações constitucionais deve permear os atos de todas as instituições

O Judiciário tem como decidir conflitos climáticos de maneira correta e justa, contudo, ao Estado brasileiro, na figura do Poder Executivo, representado pelas advogadas e advogados públicos cabe também a atuação extrajudicial para solução de conflitos por meio da justiça climática. Isso porque devem utilizar a justiça climática como política de estado e almejar os objetivos de proteção ambiental e redução de vulnerabilidades, a fim de alcançar uma sociedade mais justa e solidária.

Ao falar em justiça climática, implicitamente já se traz a questão dos direitos humanos.

Portanto, em conflitos ambientais, a solução pela via da justiça climática perpassa a necessidade de garantir a menor violação possível aos direitos da pessoa humana, que se referem tanto a direitos subjetivos dos indivíduos, como o direito à moradia, trabalho e vida, como também os direitos subjetivos amplificados, como o meio ambiente sem poluição e com esgotamento sanitário.

A título de exemplo, imagine-se que um determinado ente federado pretenda remover pessoas em situação de vulnerabilidade em uma região de risco, uma encosta que, em caso de fortes chuvas, pode desabar, colocando em risco a vida de centenas de pessoas. Trata-se de uma política pública que envolve a questão ambiental e de direitos humanos (direito fundamental à moradia digna).

A construção dessa política pública, seja derivada do legislativo ou do Executivo, deve ser adequada à questão financeira do estado (sem desprezar a escassez dos recursos públicos e eleição de prioridade sob o filtro dos direitos fundamentais), mas também deve cuidar da dignidade de pessoas alvo daquela política e suas vulnerabilidades.

Para Lavínia Cavalcanti Cunha e Fábio Silva Rosa (2014., p. 168), "Ao intervir, o Estado deverá seguir diretrizes, contidas na própria CF/88, relacionadas à dignidade da pessoa humana, criadas para impor limites às ações estatais e proteger o cidadão".

A remoção dessas pessoas passa a ser um conflito, ainda que não haja pretensão resistida no judiciário, porque as pessoas que moram ali serão removidas contra sua vontade e a partir de condições determinadas pelo próprio Estado A Advocacia estatal que analise essa política pública sob aspectos legais, deve fazê-lo agora sob o manto da justiça climática, buscando ao máximo considerar as vulnerabilidades raciais, de gênero, de idade, entre outros fatores.

Ainda nesse exemplo, destinar um valor irrisório a título de indenização para os moradores daquele lugar não resolve os problemas da moradia inadequada, da proteção ambiental e da desigualdade social presenciada. Ao utilizar a ferramenta da justiça climática, deve-se pensar, por exemplo, em futuras moradias, que abriguem essas pessoas de forma sustentável, sem colocá-las na vala comum da desigualdade.

Alguns questionamentos poderiam ser feitos em busca de respostas a serem aplicadas no caso concreto: o valor da indenização é justo? Essas pessoas vão morar de aluguel ou obter casa própria? O valor da indenização é suficiente para adquirir uma moradia adequada? Novas áreas de riscos serão ocupadas por essas pessoas? A localização das novas moradias atende a padrões de sustentabilidade? Há sistema de esgoto? É distante do local de trabalho delas? Há escolas nas proximidades?

O argumento simplório de que tais perguntas são complexas demais e que geram muito custo para o Estado não pode interditar o debate, desde que se pense na política pública a longo prazo. O país precisa iniciar um plano a longo prazo de adaptação a mudanças climáticas, o que significa a defesa de uma política de estado em oposição às políticas temporárias de governos, que vêm ocorrendo apenas em cenários de pós-violação. Veja-se, inclusive, que a ausência de ação preventiva de longo prazo e o foco na intervenção pós violação por vezes acabam por causar mais gastos aos cofres públicos.

O que se vê é que a justiça climática é mais do que meio, é o próprio conteúdo transversal de todas as políticas estatais que envolvem questões climáticas no país, afinal, consubstanciam princípios constitucionais na prática. O protagonismo da Advocacia Pública também perpassa

sua atividade de consultoria e a assessoria, que devem ser norteadas na principiologia da justiça climática, orientando ações preventivas.

Assim, resolver conflitos sob o aspecto da justiça climática deve ser a regra na forma de trabalhar dos procuradores e procuradoras do estado, direcionando o dever estatal de proteger o meio ambiente e tornar o país uma sociedade mais justa e solidária, com a promoção da igualdade, considerando em cada caso as questões raciais, de gênero, de condição socioeconômicas envolvidas.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo apresentou o conceito de Antropoceno, como era geológica que demarca a presença humana na Terra de uma forma oposta à natureza, não como parte dela, em uma relação integrada e sustentável. A ação antrópica em desrespeito ao meio ambiente já trouxe sérias consequências e as pesquisas apontam, especificamente no que se refere ao aquecimento global, que o futuro será ainda pior.

O poder público, que deixou de assumir a função única de política estatal na seara do meio ambiente, passou, a partir dos últimos cinquenta anos do século passado, a ter responsabilidades na preservação ambiental também, tamanha a expansão da destruição ambiental constatada. Mais recentemente, o apelo à figura do estado quando do trato da questão ambiental se refere ainda ao respeito aos direitos humanos, atentando-se às vulnerabilidades dos que não têm direitos em uma sociedade desigual.

É a partir daí que se torna possível compreender os litígios climáticos como oportunidades de concretização da justiça social. Se o Estado é responsável, pode ser demandado judicial e extrajudicialmente para o cumprimento de suas obrigações, o que atrai a função da advocacia pública. Assim, o artigo demonstrou como a instituição pode assumir protagonismo na defesa do meio ambiente ao posicionar-se nos casos de litígios climáticos, para além da defesa irrestrita do ente estatal como se fosse uma pessoa jurídica qualquer, sem observância da principiologia constitucional a que se submete. Para isso, deve ocorrer, no âmbito das advocacias públicas, a institucionalização da prática da resolução de conflitos por meio da justiça climática, de modo que não seja mais um argumento retórico na solução de lides, mas a própria concretude da garantia de direitos.

Ou seja, em síntese, o que se defendeu nesse artigo foi a possibilidade de a Advocacia Pública assumir protagonismo na resolução de conflitos

ambientais advindos das mudanças climáticas de modo a trazer os menores prejuízos possíveis ao meio ambiente e a preservar a dignidade das pessoas, em especial aquelas em situação de vulnerabilidade, a partir da prática da justiça climática.

Assim, as advogadas e os advogados públicos, em sua atuação, devem se perguntar: na defesa do ente representado nesse conflito, ocorre a melhor defesa ambiental e a concomitante proteção das pessoas vulneráveis envolvidas? Se a resposta for positiva, se constitui a aplicação da justiça climática na resolução de conflitos advindos das mudanças climáticas. Se a resposta for negativa, deve a advocacia pública se subsidiar do conhecimento científico interdisciplinar para alcançar o meio de aplicar a justiça climática na defesa daquela demanda posta. O que pode ser feito para melhor atender a todos esses interesses, que também são interesses do Estado?

A temática não se encerra por aqui. A litigância climática é um movimento crescente no Brasil e as consequências das mudanças climáticas têm sido presenciadas com profunda gravidade, a exemplo das fortes chuvas na Bahia, Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro, desastres ocorridos no interregno de poucos dias no início do ano de 2022, que já ocasionaram danos irreparáveis. O aquecimento global é uma realidade cientificamente constatada e o Estado brasileiro precisa prevenir, mitigar e reparar os danos às pessoas e ao meio ambiente que podem advir das mudanças climáticas.

Ou seja, a tendência é de que conflitos ambientais que demandem a atuação da Advocacia Pública se multipliquem. Neste artigo, defendeu-se que a melhor forma de os resolver é por meio da justiça climática, mas definida essa premissa, ainda sobram perguntas a serem respondidas. Somente na prática, nos casos concretos, complexos e com suas particularidades, que as advogadas e advogados públicos vão encontrar os caminhos e os obstáculos que podem gerar novas agendas de pesquisa, novas propostas de solução. Assim se torna possível integrar cada vez mais a prática jurídica institucional e a produção acadêmica na área do Direito, com a finalidade comum de melhor promover a justiça.

#### REFERÊNCIAS

BAHIA TEM MAIS DE 26 MIL DESABRIGADOS, 61,5 mil desalojados e duas pessoas estão desaparecidas por causa da chuva. G1 BA (online). 08 de janeiro de 2022. Disponível em: https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2022/01/08/bahia-tem-mais-de-26-mil-desabrigados-615-mil-

desalojados-e-duas-pessoas-estao-desaparecidas-por-causa-da-chuva.ghtml. Acesso em. 13 fev. 2022.

BORRÁS, Susana; VILLAVENCIO, Paola (Orgs). Justicia Climática: visiones constructivas desde el reconocimento de la desigualdad. Valencia: Editora Tirant lo blanch, 2021.

BRASIL. Decreto nº 10.593, de 24 de dezembro de 2020. Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil e do Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil e sobre o Plano Nacional de Proteção e Defesa Civil e o Sistema Nacional de Informações sobre Desastres.

BRASIL. Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009. *Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima* - PNMC e dá outras providências.

CAPELLA, Vicente Bellver. Origen, evolución, caracteres y dimensiones de la justicia climática. In: BORRÁS, Susana; VILLAVENCIO, Paola (Orgs). Justicia Climática: visiones constructivas desde el reconocimento de la desigualdad. Valencia: Editora Tirant lo blanch, 2021, p. 33-81.

CASTELO, Carmen Velayos; ROMERO, Javier. *Justicia climática para toda la comunidad biótica*. In: BORRÁS, Susana; VILLAVENCIO, Paola (Orgs). Justicia Climática: visiones constructivas desde el reconocimento de la desigualdad. Valencia: Editora Tirant lo blanch, 2021, p. 331-354.

CHAI, Cássius Guimaraes, BUSSINGER, Elda Coelho. SANTOS, Ricardo Goreti (Orgs.). *Mediação e Direitos Humanos. São Luís*: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA), 2014.

CHOMSKY, Noam; POLLIN, Robert. Crise climática e o Green New Deal global: a economia política para salvar o planeta. Rio de Janeiro: Roça Nova, 2020.

CHUVAS DEIXAM 19 MORTOS, fazem rios transbordarem e alagam cidades no estado de São Paulo. G1 SP (online). São Paulo, 30 jan. 2022. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/01/30/chuvas-provocam-deslizamentos-de-terra-e-alagamentos-na-grande-sp-tres-pessoas-morrem-em-embu-das-artes-e-equipes-de-resgate-usam-bote-em-francisco-morato.ghtml. Acesso em: 17 de fevereiro de 2022.

COLUMBIA UNIVERSITY. SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW. *Climate Change Litigation Databases*. Disponível em: http://

climatecasechart.com/climate-change-litigation. Acesso em 16 de fevereiro de 2022.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *Guia de Litigância Climática*. São Paulo: Conectas Direitos Humanos, 2019. Disponível em: https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2019/11/guia-litigancia-climatica-1.pdf. Acesso em 05 fev. 2022.

CUNHA, Lavínia Cavalcanti Lima; ROSA, Fábio Silva Calheiros da. *A negociação como método adequado para a solução de conflitos derivados de manifestações sociais.* In: CHAI, Cássius Guimaraes, BUSSINGER, Elda Coelho. SANTOS, Ricardo Goreti (Orgs.). Mediação e Direitos Humanos. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA), 2014, p. 168-191.

CUNHA, Ricarlos Machado Vitoriano. Fundamentos da mediação em direitos humanos. In: CHAI, Cássius Guimaraes, BUSSINGER, Elda Coelho. SANTOS, Ricardo Goreti (Orgs.). Mediação e Direitos Humanos. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA), 2014, p. 125-138.

DE CARVALHO, Délton Winter; DE SOUZA BARBOSA, Kelly. Litigância climática como estratégia jurisdicional ao aquecimento global antropogênico e mudanças climáticas. *Revista de Direito Internacional*, 2019, vol. 16, no 2.

DIDIER JÚNIOR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19 ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

EM MINAS GERAIS, 145 municípios decretam situação de emergência devido às enchentes. GHZ (Online). 10 jan. 2022. Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2022/01/em-minas-gerais-145-municipios-decretam-situacao-de-emergencia-devido-as-enchentes-cky9b0s12007s015p3pcjf62s.html. Acesso em 17 de fevereiro de 2022.

ESCRIVÃO FILHO, Antônio; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. *Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos.* Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. Agenda 2030, emergência climática e o papel das instituições públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 3, 2020.

GATA SÁNCHEZ, Dionísio Fernández de. Sistema Jurídico-Administrativo de Protección del Medio Ambiente. Salamanca: Ratio Legis, 2021.

GIMÉNEZ, Teresa Vicente. *Justicia ecológica em la era del antropoceno*. Madrid: Editorial Trotta, 2016.

IWAMA, Yu Allan; BATISTELLA, Mateus; FERREIRA, Lúcia da Costa; ALVES, Diógenes; da Costa; FERREIRA, Leila. Risco, vulnerabilidade e adaptação às mudanças climáticas: uma abordagem interdisciplinar Ambiente & Sociedade, vol. XIX, núm. 2, abril-junio, 2016, pp. 95-118.

KLINK, Federico Aguilera. El fin de la tragédia de los comunes. In: GORDILLO, José Luis (Org.). La Protección de los bienes comunes de la humanidad: un desafío para la política y el derecho del siglo XXI. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

LIMA, Letícia Maria Rêgo Teixeira. Mulheres e (in)justiça climática no antropoceno: uma abordagem interseccional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

NASA – National Aeronautic and Space Administration. *Global climate change*: Vital signs of the planet. Disponível em https://climate.nasa.gov/. Acesso em 16 de fevereiro de 2022.

PEREIRA, Diego. *Justiça Climática do Egito à Bahia*. Folha de São Paulo (online). 12 jan 2022b. Disponível em https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2022/01/justica-climatica-do-egito-a-bahia.shtml Acesso em 17 de fevereiro de 2022.

PEREIRA, Diego. Orçamento e desastres ambientais no Brasil. JOTA Info (online), 12 jan 2022a. Disponível em https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/desastres-ambientais-orcamento-brasil-12012022 Acesso 13 de fevereiro de 2022.

PLANELLES, Manuel. Los litigios climáticos se disparan y ponen en el punto de mira a empresas y Gobiernos. El país (online). 26 jan. 2021. Disponível em: https://elpais.com/clima-y-medio-ambiente/2021-01-26/los-litigios-climaticos-se-disparan-y-ponen-en-el-punto-de-mira-a-empresas-y-gobiernos.html. Acesso em 21 de fevereiro de 2022.

ROBINSON, Mary (Org). Justiça Climática: esperança, resiliência e a luta por um futuro sustentável.1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

ROSALEZ, Rodolfo Godínez. La justicia climática: una visión ética y de desarrollo humano sostenible. In:BORRÁS, Susana; VILLAVENCIO, Paola (Orgs). *Justicia Climática: visiones constructivas desde el reconocimento de la desigualdad. Valencia*: Editora Tirant lo blanch, 2021, p. 87-103.

SATRIANO, Nicolás. Com 178 mortos, tragédia em Petrópolis é a maior já registrada na história do município. G1 Rio (Online). 20 fev. 2022. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2022/02/20/tragedia-empetropolis-maior-registrada-na-historia-o-municipio.ghtml. Acesso em 16 de fevereiro de 2022.

TURRA, Kari Karin Kelbert; ACERBI, Matheus De Abreu. O processo de efetivação dos direitos humanos e a prática da mediação. In: CHAI, Cássius Guimaraes, BUSSINGER, Elda Coelho. SANTOS, Ricardo Goreti (Orgs.). Mediação e Direitos Humanos. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA), 2014, p. 253-264.

UNITED NATIONS. International Panel for Climate Change. Six Assessment Report. Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Working Group I Contribution. Cambridge: United Nations, 2021. Disponível em: https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/faqs/IPCC\_AR6\_WGI\_FAQs.pdf. Acesso em 17 de fevereiro de 2022.

WEDY, Gabriel de *Jesus Tedesco*. Litígios Climáticos: de acordo com o Direito Brasileiro, Norte Americano e Alemão. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

ZUMBIZARRETA, Juan Hernández, GONZÁLEZ, Erika; RAMIRO, Pedro. Crisis ecológica, lex mercatoria y uso alternativo del derecho. In: BORRÁS, Susana; VILLAVENCIO, Paola (Orgs). *Justicia Climática: visiones constructivas desde el reconocimento de la desigualdad. Valencia*: Editora Tirant lo blanch, 2021, p. 493-514.

RECEBIDO EM: 21/12/2021 APROVADO EM: 25/05/2022

DOSSIÊ

# AGÊNCIAS REGULADORAS E RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

## REGULATORY AGENCIES AND ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

Fernanda Bragança

Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ/FND. Professora convidada de cursos de pós-graduação lato sensu. Coordenadora de Estudos e Pesquisa da Comissão de Mediação e Métodos Consensuais da OAB/RJ. Advogada.

Juliana Loss

Doutora em Direito pela Université Paris I Panthéon Sorbonne e pela Universidad Carlos III de Madrid. Mestre em Direito Público pela Universidade Carlos III de Madrid (2011). Especialista em Mediação pela Universidade Carlos III de Madrid (2010) e em Direito Público pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES (2008). Professora e Coordenadora Técnica de Mediação da FGV. Presidente da Comissão de Mediação e Métodos Consensuais da OAB/RJ.

Mediadora. Coordenadora executiva do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da FGV.

Renata Braga

Pós doutora pelo IFCS/UFRJ (2019). Pós doutora pelo Instituto de Medicina Social da UERJ (2009). Professora adjunta do curso de Direito da UFF (PUVR/ICHS).

Coordenadora do GEMESC (UFF/VR).

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Agências reguladoras e gerenciamento de conflitos. 2. Modelos de solução digital de conflitos nas agências reguladoras. 3. A resolução n. 358 de 2020 do CNJ e impactos para os entes regulatórios. Conclusão. Referências

RESUMO: Este artigo tem o objetivo de fazer um levantamento dos modelos de plataformas de solução de conflitos utilizados pelas agências reguladoras (AR) federais e analisar o tema à luz da Resolução n. 358 de 2020 do CNJ, que prevê a implantação do sistema informatizado para a resolução de conflitos por meio da conciliação e mediação (SIREC) pelos tribunais brasileiros. O estudo identificou dois modelos de *online dispute resolution* (ODR): a constituição de uma plataforma própria, customizada para o setor, como é o caso da ANS e a celebração de termos de cooperação com o consumidor.gov.br. Em que pese essa última opção ser a preferida por grande parte das AR, ela não parece adequada aos requisitos da Resolução n. 358. A metodologia de estudo se baseou em uma revisão bibliográfica e em uma análise dos dados abertos dos relatórios de AR federais, do consumidor.gov.br e do CNJ.

**PALAVRAS-CHAVES:** Plataformas de solução de conflitos. Métodos adequados de solução de disputas. Justiça Digital. Agências Reguladoras. Tecnologia.

**ABSTRACT:** The objective of this article is to survey the models of conflict resolution platforms used by federal regulatory agencies (AR) and analyze the issue in the light of Resolution n. 358 of 2020 of the CNJ, which provides for the implementation of the computerized system for the resolution of conflicts through conciliation and mediation (SIREC) by the Brazilian courts. The study identified two ODR models: the constitution of its own platform, customized for the sector, as is the case of ANS, and the signing of terms of cooperation with consumidor.gov. br. Although this last option is preferred by most RA, it does not seem

adequate to the requirements of Resolution n. 358. The study methodology was based on a literature review and an analysis of open data from federal AR reports, from consumidor.gov.br and from the CNJ.

**KEYWORDS:** Online dispute resolution. Alternative dispute resolution. Digital justice. Regulatory agencies. Technology.

### INTRODUÇÃO

A solução dos conflitos por meio de plataformas, também conhecida como ODR tem crescido no Brasil com a proposta de facilitar a interação entre as partes e diminuir a judicialização em alguns setores.

Algumas agências reguladoras (AR) brasileiras incorporaram a resolução de disputas setoriais por plataformas e dois formatos de ODR têm sido mais utilizados, os quais são o objeto de estudo desse trabalho: o desenvolvimento de uma plataforma própria, como é o caso da Agência Nacional de Saúde Complementar (ANS) ou a celebração de um termo de cooperação com o consumidor.gov.br, como a maior parte das AR preferiu até então.

A utilização de ODR nesses segmentos alcança além da solução de conflitos e proporciona o aprimoramento da gestão das atividades das agências, na medida em que elas usufruem de um melhor acesso a esses dados e conseguem monitorar de forma mais eficiente o seu segmento. A expectativa é que cada vez mais setores utilizem a ODR para a solução das suas disputas.

A publicação da Resolução n. 358 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) colocou novas luzes sobre o tema, na medida em que determinou que os tribunais disponibilizem um sistema informatizado para a resolução de conflitos por meio da conciliação e mediação (SIREC). Esses sistemas devem estar pautados em premissas como a integração, independência dos órgãos judiciários, proteção de dados, segurança da informação e adaptabilidade à Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro (PDPJ-Br).

Esse artigo tem a proposta de aprofundar sobre os dois modelos de solução digital de conflitos mais utilizados pelas agências reguladoras federais brasileiras e analisar os impactos da Resolução n. 358 do CNJ sobre esses modelos. A metodologia de pesquisa consiste em uma revisão bibliográfica sobre o assunto e em uma análise dos dados abertos dos relatórios de AR federais, do consumidor.gov.br e do CNJ.

### 1. AGÊNCIAS REGULADORAS E GERENCIAMENTO DE CONFLITOS

As AR são autarquias submetidas a um regime jurídico especial que fortalece essas entidades com grande autonomia normativa, administrativa e financeira. A atividade regulatória compreende três atividades: administrativa (por exemplo, com o exercício do poder de polícia); normativa (prerrogativa de editar atos normativos) e judicante (atribuição de resolver os conflitos entre os agentes regulados) (OLIVEIRA, 2021, p. 90).

O tipo de conflito mais frequente em setores regulados é aquele entre o usuário e o prestador de serviço público (SANTOS, DANTAS, ANDRADE, 2009). Nesse sentido, Albert Reis (1984, p. 26) destaca os meios adequados de solução de conflitos como a abordagem mais apropriada para lidar com o cotidiano dessas demandas.

A utilização de meios consensuais para a resolução de conflitos visa o fomento de uma cultura de diálogo no setor, sem perder de vista a necessidade de fiscalização, o exame das reclamações e a preservação das garantias contratuais.

O perfil da empresa tem uma influência determinante para o alcance de um acordo na gestão consensual dos conflitos. Assim, o engajamento e o comprometimento da organização na verificação das situações relatadas pelos usuários e na correção das falhas identificadas são fundamentais para que a questão seja resolvida ainda na esfera extrajudicial (AYRES, 1992).

Nesse sentido, a AR desempenha um papel importante na diminuição da judicialização de demandas do seu setor. Um modelo de regulação que privilegie técnicas autocompositivas pode efetivamente contribuir para uma melhora da prestação do serviço, de modo a torná-lo mais adequado às necessidades dos cidadãos (HANCHER; MORAN, 1998).

Mesmo aquelas empresas que não estejam tão imbuídas de uma postura colaborativa nas suas práticas no mercado podem se sentir motivadas a participar de tentativas de autocomposição em razão de critérios de racionalidade econômica (AYRES, 1992). A possibilidade de poupar custos ao evitar a judicialização e ainda o receio de uma eventual penalidade administrativa são elementos que impulsionam uma conduta cooperativa dessas entidades com seus consumidores (REISS, 1984, p. 25).

É preciso destacar que a atividade regulatória não tem por essência a penalização dos agentes de mercado, mas a satisfação e o bom andamento

das relações entre todos os players atuantes no segmento. Dessa forma, alguns autores afirmam que uma atuação das agências com caráter mais pedagógico e educativo propicia resultados mais positivos para o setor, o que funcionaria como uma espécie de regulação por indução (JUNQUEIRA, 2011, p. 114).

Nessa trilha, é importante que as AR divulguem, periodicamente, seus índices de desempenho em composição de conflitos do setor. Deste modo, é possível incentivar que as pessoas se sintam cada vez mais atraídas por resolver as reclamações de forma consensual com as empresas reguladas do setor (JUNQUEIRA, 2011, p. 115).

As AR também podem utilizar essas informações para conferirem selos de melhores práticas àquelas empresas que tiverem o menor número de reclamações e/ou o maior percentual de acordos firmados com seus usuários. Assim, por meio de uma política de incentivo à boa conduta e à postura consensual, as AR fomentam de maneira ativa o cumprimento das normas do setor, a diminuição dos processos administrativos e judiciais.

Dessa forma, a tendência é que cheguem à instância superior das AR aqueles casos que efetivamente demandam uma análise mais aprofundada e detalhada e que não tiveram possibilidade de acordo entre as partes.

As plataformas de solução de conflitos otimizam essa compilação de resultados, pois possibilitam que tanto as agências quanto as empresas tenham acesso a dados sistematizados e acompanhem, diretamente, a quantidade de ocorrências, as organizações com maior quantidade de reclamações, os tipos de problemas relatados, o tempo de resposta, o local referente ao relato, o número de casos resolvidos, o percentual de acordos celebrados, dentre outras informações relevantes.

A oferta desses procedimentos em âmbito virtual favorece bastante as interações em razão das vantagens proporcionadas pelas tecnologias de informação e comunicação (TIC) associadas à ausência de custos (inclusive com deslocamentos), rapidez, maior simplicidade e à otimização do tempo das partes (EBERT, 2017, p. 13-15).

A resolução de conflitos por ODR contribui para a consolidação de uma justiça digital multiportas em que o cidadão tem múltiplas alternativas de acesso à tutela dos seus direitos pela via eletrônica. No Brasil, esse movimento de constituição de uma justiça que engloba diversos canais de acesso teve seu impulso determinante com a Resolução n. 125 de 2010 do

CNJ, que instituiu a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos com o objetivo de promover a pacificação social por meio dos métodos consensuais, em especial, a mediação e a conciliação.

Nessa nova proposta, o acesso à justiça é ampliado para além ao Judiciário, que deixa de ter a primazia na solução dos conflitos (DIDIER JR; ZANETI JR, 2016, p. 36-37). Assim, a propositura de uma ação judicial passa para uma posição de retaguarda, antecedida por outras abordagens que permitem a autocomposição entre as partes (COSTA E SILVA, 2009, p. 19-21) com as facilidades proporcionadas pelo meio eletrônico.

Cabe enfatizar que o CNJ tem incentivado a construção de uma justiça digital multiportas no Brasil. Isso fica evidente quando consideradas as metas das últimas gestões do Conselho como também algumas normativas recentes, por exemplo, a Resolução n. 345, de 2020, que prevê a criação de juízos 100% digitais e a Resolução n. 385, de 2021, a qual dispõe sobre a criação dos Núcleos de Justiça 4.0.

### 2. MODELOS DE SOLUÇÃO DIGITAL DE CONFLITOS NAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Em razão da autonomia com que são dotadas para gerirem o respectivo setor regulado, as AR podem escolher o modelo de solução de conflitos a ser aplicado. Um levantamento realizado nos *sites* institucionais das agências revelou a utilização de dois modelos: a constituição de uma plataforma que só receba os conflitos relacionados ao setor regulado; ou o estabelecimento de uma parceria com o consumidor.gov.br.

O caso da ANS abrange o estudo de um sistema próprio de solução de conflitos. A Resolução Normativa no. 226 de 2010 da ANS criou um procedimento de solução pré-processual de conflitos denominado de Notificação de Intermediação Preliminar (NIP) para dirimir as disputas entre os beneficiários e as operadoras de planos de saúde privados.

A reclamação precisa ser relacionada ao consumidor individualmente considerado. Assim, demandas coletivas e difusas não podem ser tratadas por meio da NIP. Todas as fases do procedimento¹ – intermediação preliminar, classificação da demanda e classificação residual de demandas pelos fiscais - transcorrem em ambiente eletrônico, conforme o art. 9° da referida Resolução.

<sup>1</sup> Atualmente regulado pela Resolução n. 388, de 25 de novembro de 2015.

Uma vez submetida a reclamação, a operadora do plano de saúde será notificada para adotar as medidas necessárias. A empresa deverá apresentar uma resposta e anexar os documentos que comprovem, inequivocamente, a solução do problema ou a não procedência da demanda do beneficiário em 5 dias úteis ou 10 dias úteis, conforme a natureza assistencial ou não assistencial da NIP, como prevê o art. 10.

- Art. 10. Recebida a demanda de reclamação pela ANS, a operadora será notificada para que adote as medidas necessárias para a solução da demanda junto ao beneficiário nos seguintes prazos:
- I até 5 (cinco) dias úteis na NIP assistencial; e
- II até 10 (dez) dias úteis na NIP não assistencial.
- § 1º A operadora se considera notificada na data da disponibilização da notificação no espaço próprio do endereço eletrônico da ANS na Internet (www.ans.gov.br).
- § 2º O prazo para adoção das medidas necessárias para a solução da demanda começará a ser contado a partir do primeiro dia útil seguinte à data da notificação.
- § 3º A demanda de reclamação que envolver mais de um assunto deverá observar, quanto ao prazo, o disposto no inciso I deste artigo, com relação à eventual cobertura assistencial, e o disposto no inciso II deste artigo com relação aos demais assuntos.
- Art. 11. A resposta da operadora deverá ser anexada no endereço eletrônico da ANS na Internet (www.ans.gov.br) em até 10 (dez) úteis da notificação, acompanhada de todos os documentos necessários para a análise da demanda, incluindo a comprovação de contato com o beneficiário ou seu interlocutor. (Alterado pela RN nº 4444, de 01/04/2019)
- § 1° A documentação anexada pela operadora deverá demonstrar de forma inequívoca:
- I a solução da demanda, comprovando, no prazo previsto no caput, por qualquer meio hábil, que o beneficiário foi cientificado da resolução do conflito, no prazo de 5 (cinco) dias úteis na NIP assistencial e no prazo de 10 (dez) dias úteis na NIP não assistencial, informando qual meio de contato utilizado, a data e o seu respectivo teor; ou

II - a não procedência da demanda.

§ 2° O não atendimento ao caput e ao parágrafo primeiro deste artigo implicará na classificação da demanda como não resolvida na forma do inciso III do art. 14.

Nos 10 dias subsequentes, a demanda será considerada resolvida caso o consumidor informe que o conflito foi solucionado pela operadora; ou não informe a ANS que a demanda ainda carece de uma solução. Caso o problema prossiga, segue a abertura de um processo administrativo sancionador, nos moldes dos arts. 12 e 21.

Art. 12. Findo o prazo previsto no art. 10, salvo nas hipóteses do art. 13, a demanda de reclamação será considerada resolvida, caso o beneficiário, dentro dos 10 (dez) dias subsequentes:

I - informe que o conflito foi solucionado pela operadora; ou

II - não efetue contato de retorno junto à ANS noticiando que sua demanda ainda carece de solução.

§ 1º A presunção de resolução de que trata o inciso II deste artigo não impede o beneficiário de, a qualquer tempo, retornar o contato com a ANS relatando que a demanda não foi solucionada, quando esta será reaberta e encaminhada para classificação. (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

 $\S~2^{\circ}$  Ainda que o beneficiário não efetue o retorno conforme o caput ou o  $\S~1^{\circ}$  deste artigo, a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas nos incisos II a VII do art. 13 importará na classificação da demanda. (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 3º Quando do registro da demanda de reclamação, o beneficiário será informado da necessidade de retornar o contato com a ANS no prazo de 10 (dez) dias após o término do prazo para manifestação da operadora, devendo ser comunicado com clareza do teor do caput e do § 1º deste artigo.

§ 4º Finalizado o prazo para resposta da operadora, o beneficiário será novamente informado da necessidade de entrar em contato com a ANS no prazo que resta para completar aquele disposto no §3º, a fim de comunicar se sua demanda foi ou não solucionada, e que a sua

omissão acarretará a presunção de resolução de que trata o inciso II deste artigo.

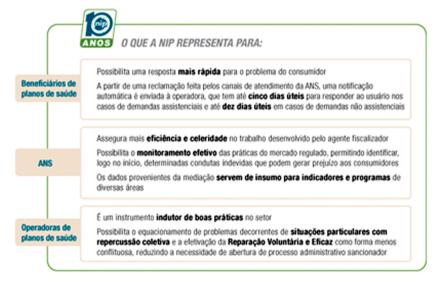
Art. 21. Ultrapassada a fase pré-processual, prevista no Capítulo III, será instaurado o processo administrativo para apuração de infração a dispositivos legais ou infra legais disciplinadores do mercado de saúde suplementar e aplicação de sanção, através da lavratura de:

I - Auto de Infração; ou

#### II - Representação

Os benefícios da NIP impactam na rotina da ANS, uma vez que diminui a quantidade de processos administrativos. Com isso, a agência também ganha mais fôlego para se dedicar efetivamente à fiscalização e à análise das situações de maior gravidade (SALINAS; GUERRA, 2020, p. 9-10). Em relação aos beneficiários, os problemas são resolvidos rapidamente e sem os custos envolvidos em uma judicialização. As principais vantagens do procedimento podem ser visualizadas na figura 1 a seguir.

Figura 1. Principais vantagens da NIP descritas pela ANS



Fonte: ANS

A ANS se refere à NIP como uma mediação de conflitos (ANS, 2020), mas a rigor cabe destacar que o procedimento tem suas particularidades e o resultado não é fruto, essencialmente, de um acordo construído a partir de uma facilitação do diálogo entre as partes.

De todo modo, este procedimento colabora com a desjudicialização, uma vez que impulsiona as empresas a cumprirem as normas do setor, sob pena de instauração de um processo administrativo sancionador. Em 2020, a NIP atingiu o maior patamar da série histórica, com 91,6% de resolutividade em um universo de 150.756 reclamações (ANS, 2021), como mostra a figura 2 a seguir.

O impacto desse sistema é significativo, tendo em vista que o setor da saúde suplementar abrange uma coletividade expressiva. Segundo dados da ANS relativos ao 2º trimestre de 2021, 48.413.620 pessoas são beneficiárias de planos de saúde no Brasil. Esse mercado possui 702 operadoras ativas como beneficiários e movimentou mais de 116 trilhões de reais no acumulado do último ano (ANS, 2021).

Figura 2. Índice de resolutividade de reclamações via NIP (2013 a 2020)



Fonte: ANS

A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) seguiu uma linha diversa e foi a primeira AR a utilizar o consumidor.gov.br para o tratamento dos seus conflitos. Antes do estabelecimento da cooperação técnica com a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) em 2017, a ANAC recebia as reclamações através dos seus canais de atendimento eletrônico e entrava em contato com a empresa aérea. Posteriormente, a agência

verificava a ocorrência de infração às normas da aviação civil e, conforme o caso, aplicava uma sanção.

A partir da entrada em vigor do convênio, a ANAC passou a direcionar todas as reclamações dirigidas aos seus diversos canais ao consumidor.gov.br. Na prática, isso representou uma espécie de delegação da gestão dos conflitos a essa plataforma. Nesse sistema, o consumidor entra em contato diretamente com as empresas (desde que estejam previamente cadastradas no site) e ambos tentam uma solução consensual para o problema ocorrido por meio de uma negociação assíncrona.

A assinatura do termo de cooperação entre a ANAC e o consumidor. gov.br estimulou que as companhias aéreas aderissem à plataforma. Desde abril de 2019, em razão do art. 39 da Resolução ANAC no 400, todas as empresas aéreas que operam no Brasil serviços de transporte aéreo regular de passageiros, doméstico e internacional, devem estar cadastradas na plataforma e responder às reclamações registradas no consumidor.gov.br no prazo estipulado, sob pena de sofrerem as penalidades administrativas aplicadas pela agência.

O procedimento corresponde a uma negociação direta entre as partes e tem uma duração prevista de 30 dias, mas a maior parte dos casos é encerrada bem antes disso. As empresas aéreas têm 10 dias para oferecer uma resposta e têm autonomia para fazer as suas propostas e até recusar a negociação com o consumidor.

A ANAC verifica o tempo de resposta das companhias aéreas, o índice de satisfação dos clientes, além de identificar as empresas mais engajadas em realizar acordos com seus usuários.

Até 18 de março de 2020, o prazo de resposta das reclamações no consumidor.gov.br era de 10 dias. Contudo, a partir de 19 de março deste ano, este tempo foi excepcionalmente ampliado para 15 dias por conta da crise sanitária. O boletim de monitoramento do consumidor.gov.br para o transporte aéreo do primeiro trimestre de 2021 revelou um crescimento do número de reclamações registradas em razão dos transtornos de mobilidade provocados pela pandemia. Nesse sentido, esses números devem ser analisados à luz das situações que impactaram as operações do setor aéreo nesse período.

As principais causas apontadas como responsáveis por esse aumento das reclamações são as restrições à circulação, bloqueios à entrada de estrangeiros e drástica redução da disponibilidade de voos (Consumidor. gov.br boletim, 2021). Essas circunstâncias provocaram necessidades de mudanças na passagem aérea e afetaram de forma significativa os planos de viagem, em especial, para destinos internacionais.

Os dados do primeiro trimestre de 2021 apontaram um índice de solução médio de 79,4% demandas no segmento do transporte aéreo, sendo 81,3% para as empresas brasileiras e 65,7% para as companhias estrangeiras.

O boletim do consumidor.gov.br também compila informações relacionadas ao tempo médio de respostas, ao índice de satisfação com o atendimento e aos assuntos mais reclamados. Esses dados permitem que o consumidor tenha um indicativo do comportamento da companhia perante eventuais problemas no futuro e avalie, previamente, a conveniência da compra com determinada empresa.

Também seguiram o exemplo da ANAC e celebraram parceria com a SENACON, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)², a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ).

### 3. A RESOLUÇÃO N. 358 DE 2020 DO CNJ E IMPACTOS PARA OS ENTES REGULATÓRIOS

O CNJ estabeleceu um prazo de até 18 meses (a contar de dezembro de 2020) para que os tribunais do país disponibilizem o sistema informatizado para a resolução de conflitos por meio da conciliação e mediação (SIREC), com exceção da justiça trabalhista, eleitoral e militar, as quais possuem autonomia para deliberarem sobre os prazos, condições e necessidade de implementação da Resolução n. 358 nos seus respectivos âmbitos.

Os SIRECS devem conter requisitos mínimos como o cadastro de partes e representantes; a integração com o cadastro nacional de mediadores e conciliadores (CONCILIAJUD); o cadastro de casos extrajudiciais; o acoplamento modularizado com o sistema processual eletrônico do tribunal que o adotar ou o desenvolvimento em plataforma de interoperabilidade; a sincronização dos agendamentos e a geração de atas automatizadas.

<sup>2</sup> Não foram encontrados em pesquisa na internet outros boletins de monitoramento do consumidor.gov.br específicos dos demais setores regulados que firmaram termo de cooperação com a plataforma.

Como funcionalidades recomendáveis, o CNJ sugere a negociação com troca de mensagens síncronas e/ou assíncronas; a possibilidade de envio de propostas para aceite e assinatura; geração de relatórios para gestão detalhada dos requerimentos das partes e das empresas, bem como por classe e assunto das demandas, preferencialmente indexados aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 das Nações Unidas e APIs (*Application Programming Interface*) de integração e disponibilização de serviços modulares para os tribunais e para as empresas.

A titularidade tanto dos dados quanto dos relatórios pertence aos tribunais que poderão disponibilizar essas informações aos litigantes, inclusive de forma onerosa, desde que observadas as normas da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (BRAGANÇA, 2021).

O código fonte e as bases de dados da plataforma estarão permanentemente sujeitos a eventual auditoria pelo respectivo tribunal, pelo CNJ e por demais órgãos de controle externo, a fim de verificar a sua imparcialidade, independência e transparência. O objetivo desta determinação é justamente garantir que o sistema não tenha qualquer interferência de terceiros (LOSS, COELHO, 2021).

Essas disposições ainda interagem diretamente com a Resolução n. 335, de 2020 do CNJ, a qual cria a plataforma digital do Poder Judiciário brasileiro (PDPJ-Br). Essa normativa prevê no seu artigo 5° que fica proibida a contratação de qualquer novo sistema, módulo ou funcionalidade privados, mesmo de forma não onerosa, que cause dependência tecnológica do respectivo fornecedor e que não permita o compartilhamento gratuito da solução na PDPJ-Br (BRAGANÇA, 2021a, p. 299-300).

Nesse sentido, o intuito é que o investimento realizado por um tribunal em uma determinada tecnologia ou plataforma possa beneficiar e estar disponível a todos os demais, sem necessidade de novas contratações.

Um outro ponto fundamental consolidado nessas normativas mais recentes do CNJ que incentivam a digitalização da justiça é a integração entre os sistemas. No que concerne especificamente ao processo judicial eletrônico, a Resolução n. 335 confirma o PJe como o sistema prioritário para a tramitação. Esse aspecto coloca em evidência que a utilização de um sistema único pelas agências pode facilitar, inclusive, a integração com os tribunais e, se for o caso, a sequência da judicialização.

No Brasil, o modelo predominante é o consumidor.gov.br como plataforma exclusiva para o tratamento de conflitos em setores regulados, uma vez que todos os canais de atendimento eletrônico das AR que firmaram termo de cooperação técnica passaram a direcionar os problemas para esse sistema.

Em decorrência da sua natureza pública, o consumidor.gov.br não requer um investimento ou contrapartida financeira por parte das organizações aderentes e os consumidores têm acesso a um sistema que efetivamente proporciona uma negociação assíncrona com a concessionária ou distribuidora. Os procedimentos burocráticos nos sites das AR deram lugar a formulários simples e objetivos sobre a demanda.

O tempo de resposta da empresa é monitorado pela agência e, assim, o prazo máximo de 10 dias deve ser rigorosamente observado. A interação é direta e, dessa maneira, a organização tem efetivamente a oportunidade de averiguar e corrigir as falhas no serviço sem sofrer a imposição de sanções. O usuário, por sua vez, tem a chance de ter o seu problema resolvido em um intervalo de tempo bem mais rápido.

Não obstante esses benefícios, algumas ponderações precisam ser feitas. Em que pese a assinatura de termos de cooperação técnica com a SENACON ter sido um passo importante no incentivo à redução dos litígios entre usuários e prestadores de serviços em setores regulados, esse modelo não parece mais corresponder à política de consensualidade digital implementada pela Resolução n. 358 do CNJ.

O consumidor.gov.br é limitado a uma negociação assíncrona entre as partes. Por vezes, este método pode ser insuficiente ou inadequado para tratar o problema em questão e, assim, o ideal seria prever mais etapas ou pelo menos ofertar mais opções de métodos consensuais. A plataforma pública é genérica, ou seja, não customizada conforme as necessidades e os tipos de disputas específicas do setor.

No que concerne propriamente à criação de soluções tecnológicas pela a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário, o objetivo central da Resolução n. 358 do CNJ indica para a ampliação do uso da conciliação e da mediação em meio eletrônico, e o consumidor.gov.br proporciona estritamente uma negociação direta entre as partes, sem a participação de terceiros facilitadores na gestão do conflito.

As funcionalidades tecnológicas também apresentam limitação, sobretudo se consideradas algumas exigências da Resolução como a sincronização de agendas, elaboração de atas automatizadas ou a troca mensagens síncronas entre as partes via plataforma.

Outro aspecto relevante diz respeito ao controle dos dados. A sincronização de informações e a disponibilização de relatórios públicos no consumidor.gov ainda leva tempo. Com um sistema próprio, a AR também pode realizar uma melhor gestão das informações relacionadas ao tratamento extrajudicial de conflitos no respectivo setor. Consequentemente, os entes regulatórios podem ter uma noção mais apurada da sua atuação, o que ainda abre espaço a um melhor monitoramento da política de consensualidade em escala nacional e à geração de estatísticas mais apuradas que possibilitarão uma quantificação importante e, até então, pouco difundida e sistematizada, quanto à prevenção de litígios.

#### CONCLUSÃO

O objeto de estudo desse artigo são os modelos de plataformas de solução de conflitos utilizados pelas agências reguladoras brasileiras, notadamente na esfera federal, e a análise da repercussão da Resolução n. 358 do CNJ sobre esses sistemas. A proposta consistiu em analisar qual parece ser a melhor proposta diante das disposições e requisitos estabelecidos por essa normativa, tendo em vista a criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário.

A justiça brasileira passa por um movimento de consolidação de uma estrutura de tribunais multiportas, ou seja, que oferecem uma multiplicidade de canais de acesso e onde a litigância só ocorre em último caso, quando não for possível uma solução da disputa por métodos adequados, com destaque às abordagens consensuais.

A resolução digital de conflitos por meios consensuais foi incorporada pelas agências reguladoras com o intuito de resolver de forma mais ágil as contendas do setor, diminuir os processos administrativos e, consequentemente, reduzir a judicialização de demandas.

O levantamento realizado nos *sites* institucionais das agências federais identificou dois tipos de modelos de resolução digital de conflitos: a confecção de uma plataforma própria, como é o caso da ANS, ou o encaminhamento das reclamações ao consumidor.gov.br, tal qual aderiram a ANAC, ANEEL, ANATEL, dentre outras.

Em uma análise preliminar, o consumidor.gov.br pode se revelar uma alternativa interessante, sobretudo se considerado que é um sistema público, já disponível e utilizado por diversas empresas. As AR são dotadas de forte autonomia e, por isso, são aptas a escolher o modelo para realizar o gerenciamento dos conflitos no respectivo setor regulado, mas é preciso considerar a importância de ele estar alinhado à política de solução digital de disputas implementada pela Resolução n. 358 do CNJ.

Em uma primeira medida, o consumidor.gov.br é restrito a uma interface assíncrona entre as partes por meio de negociação sem a facilitação do diálogo por um terceiro imparcial. Nesse aspecto, portanto, a plataforma não contempla a realização de conciliação e mediação conforme previsto para os SIRECS.

Adicionalmente, a integralidade das funcionalidades tecnológicas referidas nos parágrafos 7° e 8° do artigo 1° da Resolução n. 358 do CNJ tampouco estão contempladas. A plataforma pública não dispõe, por exemplo, de integração com o cadastro nacional de mediadores e conciliadores (CONCILIAJUD); sincronização de agendas/agendamentos; geração de atas e termos de forma automatizada, dentre outros.

Cabe ressaltar que o desenho de uma plataforma específica para o setor regulado oferece flexibilidades importantes relacionadas à diversificação dos meios adequados de solução de conflitos pelos entes regulatórios e até mesmo à construção de um fluxo mais apropriado ao tratamento das demandas do segmento específico, com maior sofisticação dos recursos e das ferramentas de TIC e geração de dados mais detalhados que permitiriam um aperfeiçoamento mais dinâmico e efetivo da política judiciária nacional de incentivo à consensualidade.

#### REFERÊNCIAS

ANAC. Resolução no. 400 de 13 de dezembro de 2016. Dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo. Disponível em < https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo\_norma/RA2016-0400%20-%20 Compilado%20até%20RA2017-0434.pdf> acesso em 30 ago. 2021.

ANAC divulga números de reclamações do 1º tri contra empresas aéreas. ANAC, Notícias, 14 de agosto de 2020. Disponível em <a href="https://www.anac.gov.br/noticias/2020/anac-divulga-numeros-de-reclamacoes-do-10-tri-contra-empresas-aereas">https://www.anac.gov.br/noticias/2020/anac-divulga-numeros-de-reclamacoes-do-10-tri-contra-empresas-aereas</a> acesso em 13 ago. 2021.

ANATEL. Anatel assina termo de cooperação com CNJ e Senacon sobre resolução de controvérsias, 8 nov. 2019. Disponível em <a href="https://www.anatel.gov.br/institucional/o-que-e-rss/104-home-institucional/2437-anatel-assina-termo-de-cooperacao-com-cnj-e-senacon-sobre-resolucao-de-controversias">https://www.anatel.gov.br/institucional/o-que-e-rss/104-home-institucional/2437-anatel-assina-termo-de-cooperacao-com-cnj-e-senacon-sobre-resolucao-de-controversias</a> acesso em 20 ago. 2021.

ANEEL assina acordo com Ministério da Justiça para integrar Consumidor.gov.br, 26 nov. 2019. Disponível em <a href="https://www.aneel.gov.br/sala-de-imprensa-exibicao-2/-/asset\_publisher/zXQREz8EVIZ6/content/aneel-assina-acordo-com-ministerio-da-justica-para-integrar-consumidor-gov-br/656877?inheritRedirect=false> acesso em 20 ago. 2021.

ANS. Resolução normativa no. 226, de 5 de agosto de 2010. Institui o procedimento de Notificação de Investigação Preliminar - NIP e altera a redação do art. 11 da Resolução Normativa - RN nº 48, de 19 de setembro de 2003. Disponível em < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/ans/2010/res0226\_05\_08\_2010.html> acesso em 31 ago. 2021.

ANS celebra 10 anos da NIP, ferramenta para resolução de conflitos entre beneficiários e planos de saúde, 5 ago. 2020. Disponível em < http://www. ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/5739-ans-celebra-10-anos-da-nip-ferramenta-para-resolucao-de-conflitos-entre-beneficiarios-e-planos-de-saude> acesso em 31 ago. 2021.

ANS atinge maior índice de resolução de demandas de consumidores desde 2013. Em 2020, Agência solucionou 91,6% das queixas registradas em seus canais de atendimento, 16 jun. 2021. Disponível em: <a href="https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/beneficiario/ans-atinge-maior-indice-de-resolucao-de-demandas-de-consumidores-desde-2013">https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/beneficiario/ans-atinge-maior-indice-de-resolucao-de-demandas-de-consumidores-desde-2013</a>> acesso 16 jun. 2021.

ANTAQ e Senacon assinam acordo de cooperação técnica, 12 de março de 2020. Disponível em <a href="http://portal.antaq.gov.br/index.php/2020/03/12/">http://portal.antaq.gov.br/index.php/2020/03/12/</a> antaq-e-senacon-assinam-acordo-de-cooperacao-tecnica/> acesso em 17 ago. 2021.

AYRES, I; BRAITHWAITE, J. *Responsive Regulation*: Transcending the Deregulation Debate. Oxford: Oxford University Press, 1992.

Boletim de Monitoramento do consumidor.gov.br. Transporte aéreo. 1º Trimestre de 2021. Disponível em < https://www.gov.br/anac/pt-br/canais\_atendimento/consumidor/boletins/2021-01> acesso em 11 set. 2021.

BRAGANÇA, Fernanda. Justice Numérique et Protection des données: une étude comparative entre la France et le Brésil. International Journal of Digital and Data Law, v. 7, pp. 137-149, 2021.

BRAGANÇA, Fernanda. Justiça digital: *implicações sobre a proteção de dados pessoais, solução on-line de conflitos e desjudicialização*. Londrina: Editora Thoth, 2021a, 396p.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação – conciliação – resolução CNJ 125/2010.* 6a ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução Nº 125 de 29/11/2010.* Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156> acesso em 1 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução Nº 358 de 02/12/2020*. Regulamenta a criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário por meio da conciliação e mediação. Disponível em < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3604> acesso em 1 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução Nº 335 de 29/09/2020. Institui política pública para a governança e a gestão de processo judicial eletrônico. Integra os tribunais do país com a criação da Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ-Br. Mantém o sistema PJe como sistema de Processo Eletrônico prioritário do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3496> acesso em 1 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução Nº 325 de 29/06/2020. Dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 e dá outras providências. Disponível em < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3365> acesso em 11 set. 2021.

Consumidor.gov.br. Indicadores. *Segmento Transporte Aéreo*. Disponível em < https://consumidor.gov.br/pages/indicador/geral/abrir> acesso em 11 set. 2021.

Consumidor.gov.br boletim - 2020. Disponível em <a href="https://consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/">https://consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/</a> acesso em 1 ago. 2021.

Consumidor.gov.br recebe primeira adesão de agência reguladora. *Justiça e Segurança Pública*, 13 de dezembro de 2016. Disponível em < https://www.

justica.gov.br/news/consumidor-gov-br-recebe-primeira-adesao-de-agencia-reguladora> acesso em 13 ago. 2021.

COSTA E SILVA, Paula. *A nova face da justiça*. Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Lisboa: Coimbra editora, 2009.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada*: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

EBERT, Camille. La résolution extrajudiciaire des litiges en ligne. Éditions Universitaires Européennes, 2017.

HANCHER, L.; MORAN; M. Organizing Regulatory Space. In: BALDWIN, Robert et al. (org.). A Reader on Regulation. Oxford: Oxford University Press, 1998.

JUNQUEIRA, Kátia Valverde. Mediação – instrumento eficaz para a eficiência regulatória. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, p. 108-118, out.-dez. 2011.

KATSH, E.; RIFIKIN, J. *Online Dispute Resolution*: Resolving Conflicts in Cyberspace. San Francisco: Jossey-Bass, 2001.

KAUFMANN-KOHLER, G.; SCHULTZ, T. *Online dispute resolution*: challenges for contemporary justice. Hague: Kluwer Law International, 2004.

LIMA, G. V.; FEITOSA, Gustavo R. P. *Online Dispute Resolution (ODR)*: a solução de conflitos e novas tecnologias. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, RS, v. 3, n. 50, pp. 53-70, set./dez. 2016.

LOSS, Juliana; COELHO, José Leovigildo Coelho. *Política pública de solução digital de conflitos no Judiciário*: a expectativa da implantação da Resolução nº 358 do CNJ. Estadão, Política, 1 out. 2021. Disponível em: < https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/politica-publica-de-solucao-digital-de-conflitos-no-judiciario-a-expectativa-da-implantacao-da-resolucao-no-358-do-cnj/> acesso em: 22 ago. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, Método, 2021.

RABINOVICH-EINY, O. Going Public: *Diminishing Privacy in Dispute Resolution in the Internet Age.* Virginia Journal of Law and Technology Association, v. 7, pp. 1-55, 2002.

REISS, A. J. Selecting Strategies of Social Control over Organizational Life. In: HAWKINS, K.; THOMAS J. M. (eds.). Enforcing Regulation. Kluwer-Nijhoff Publishing, 1984. p. 23-35.

SALINAS, N.; GUERRA, S. Resolução eletrônica de conflitos em agências reguladoras. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020.

SANTOS, José Luiz Lins; DANTAS, Daniela carvalho Cambraia; ANDRADE, Cássio Tersandro de Castro. O papel das agências reguladoras como mediadoras de conflitos — a experiência da ARCE na área de energia elétrica. 2009 Disponível em: < http://www.workoutenergy.com.br/abar/cbr/Trab1104.pdf>. Acesso em 18 out. 2021.

TEITZ, L. Providing Legal Services for the Middle Class in Cyberspace: The Promise and Challenge of On-line Dispute Resolution. Fordham Law Review, v. 70, n. 3, pp. 985-1016, 2000.

Termo de adesão do fornecedor – consumidor.gov.br. Cláusula quarta – Das condições de uso. Disponível em < https://consumidor.gov.br/pages/principal/termo-adesao-compromisso> acesso em 30 ago. 2021.

RECEBIDO EM: 16/03/2022 Aprovado em: 25/05/2022

DOSSIÊ

### ODR PREVIDENCIÁRIA

### ODR IN SOCIAL SECURITY AFFAIRS

Fernanda Suriani Doutora em Direito Processual Civil pela USP. Mestre em Direito pela Universidade de Edimburgo. Procuradora Federal.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A importância da ODR para o sistema de Justiça. 2. A consensualidade e a Advocacia Pública. 3 Um possível modelo de ODR Previdenciária. Considerações Finais.

RESUMO: O presente artigo trata da possibilidade de se instituir uma plataforma de resolução online de conflitos previdenciários, ou seja, uma ODR Previdenciária. Para tanto, parte-se da revisão bibliográfica e do estudo de dados secundários utilizando-se de fontes empíricas e legislativas visando verificar as vantagens e os desafios da ODR previdenciária para o sistema de justiça. Na primeira parte do trabalho, aborda-se os avanços trazidos pelas ODRs como instrumento de ampliação de acesso à justiça. Em seguida, será tratado o contexto normativo e doutrinário que envolve a solução consensual de conflitos pela Advocacia Pública, bem como os avanços tecnológicos na gestão do contencioso pela Advocacia-Geral da União – AGU. Por fim, serão analisadas as características da litigiosidade previdenciária e os elementos necessários para a adequada instituição de uma ODR previdenciária que sirva como mais uma via de acesso à justiça.

**PALAVRAS-CHAVE:** ODR. Processo Civil. Acesso à Justiça. Transformação Digital. Solução Consensual de Controvérsia.

**ABSTRACT:** This paper aims to critically analyze the possibility of creating an online dispute resolution platform for social security conflicts. For this purpose, this study takes a mixed methodology approach based on doctrinal legal research and on secondary data analysis based on empirical and legislative sources to verify the advantages and challenges of a social security ODR. The first part of the essay shows how ODRs have been used as an instrument for expanding access to justice. Then, it will be presented the normative and doctrinal context that involves the consensual solution of conflicts by the Public Attorney's Office - AGU and the technological developments it has already achieved. Finally, the characteristics of social security litigation will be studied, and it will be critically analyzed the necessary elements for establishing an adequate social security ODR, as an extra path to justice.

**KEYWORDS:** ODR. Civil Procedural Law. Access to Justice. Digital Transformation. Alternative Dispute Resolution.

### INTRODUÇÃO

Os Meios Alternativos/Adequados de Solução de Controvérsias (*Alternative Dispute Resolution* – ADR) há muito já se estabeleceram como política pública relevante para o sistema de justiça. Reconhece-se que nem sempre o processo civil tradicional e a decisão judicial são mais adequados para solucionar todos os problemas jurídicos que afligem os cidadãos.

Em um mundo em constante transformação e com o uso cada vez mais amplo da tecnologia em todos os aspectos das relações sociais, os mecanismos de solução consensual de conflitos também restam impactados e surgem ferramentas e sistemas de solução *online* de disputas, são as chamadas *Online Dispute Resolution* - ODR.

No Brasil, as ações previdenciárias representam uma parcela significativa de todos os processos atualmente em trâmite nos tribunais, e a solução consensual de controvérsias pela Administração Pública já é uma política pública consolidada. Ademais, a Advocacia-Geral da União tem investido na modernização e automação de seus procedimentos. Esses dois fatores formam juntos o terreno fértil necessário para o desenvolvimento de uma ODR previdenciária, como será visto no presente artigo.

Primeiramente será tratada a relevância das ODRs na construção do sistema de justiça digital, e, em especial, para a ampliação do acesso à justiça. Em seguida, serão analisadas as características da consensualidade na Advocacia Pública. Por fim, será trazida uma proposta de ODR Previdenciária, por ser um dos temas mais proeminentes da litigiosidade brasileira.

# 1. A IMPORTÂNCIA DA ODR PARA O SISTEMA DE JUSTIÇA

As chamadas Online Dispute Resolution - ODR tiveram sua origem ainda na década de 90, com o surgimento e desenvolvimento da Internet comercial. As empresas de comércio eletrônico, como o eBay, sentiram a necessidade em gerar confiança em seus usuários. Eles precisavam saber que poderiam usar a plataforma para comprar e vender mercadorias e que caso houvesse algum problema, ele seria facilmente solucionado, diminuindo, assim, o risco dos negócios. A maior parte dos conflitos consumeristas são de pequeno valor, e representam um grande volume de reclamações, a maioria delas decorrentes de conflitos de massa, que não envolvem questões factuais ou jurídicas complexas. Desta forma, a oferta de um mecanismo online de solução de controvérsias para os usuários dessas plataformas

preencheu uma lacuna de acesso à justiça, uma vez que o custo, a demora e a complexidade da resolução de conflitos transnacionais e de baixo valor no sistema judiciário seria impraticável.

No início do desenvolvimento das soluções *online* de conflitos, as tecnologias da informação e comunicação eram utilizadas meramente como instrumento facilitador, transpondo para o meio digital o que se fazia analogicamente nos Meios Alternativos de Solução de Controvérsias – ADR, como a mediação e a arbitragem. Entretanto, com o desenvolvimento de sistemas computacionais com maior poder de processamento e o imenso volume de dados que passaram a ser intensamente produzidos diariamente, a tecnologia deixou de ser puramente instrumental e passou a ter um papel próprio nas plataformas de resolução *online* de controvérsias. A tecnologia se estabelece como uma "quarta parte" no contexto de solução de conflitos, além dos disputantes e do terceiro neutro.

Esse conceito de "quarta parte" foi estabelecido por Katsh e Rifkin, que consideram que a tecnologia insere um novo elemento, modificando os ambientes e os procedimentos empregados para dirimir controvérsias. Segundo os autores a "quarta parte", em regra, não substitui o terceiro neutro, mas pode alterar seu papel, no sentido de que novas habilidades, conhecimentos e estratégias podem ser necessários para que ele exerça sua função. Pode não ter a mesma influência do terceiro neutro, mas age como aliado, colaborador e parceiro. Ela pode assumir responsabilidades por várias comunicações com as partes, e a maneira pela qual terceiros e partes interagem entre si afetará muitas etapas do processo de resolução de disputas. (KATSH e RIFKIN, 2001, p. 94)

Os sistemas computacionais baseados em dados, tipicamente utilizados nas ODRs, são muito bons em detectar padrões para propor soluções. Os conflitos de massa, como os de consumo, em regra, possuem semelhanças fáticas e pouca complexidade jurídica, o que facilita a utilização desse tipo de sistema com bons resultados. Ao longo do tempo, novas ferramentas foram sendo desenvolvidas e se percebeu o valor que a coleta e análise de dados possuem para melhor prevenir e gerenciar conflitos (RULE e KATSH, 2012, p. 772). Assim, ocorre o redimensionamento do conflito e resta ampliado o escopo da ODR para além da mera resolução dos conflitos.

Outra transformação relevante está nas novas estruturas procedimentais passíveis de serem construídas com base na tecnologia. Nos sistemas completos de ODR, o procedimento é escalonado e modular. Eles possuem uma fase inicial de diagnóstico, na qual são coletadas as

informações básicas sobre o conflito, as partes e os interesses envolvidos. Neste momento, o sistema pode fornecer informações personalizadas ao usuário com base nas respostas dadas às perguntas interativas. Muitas vezes, a controvérsia não passa de uma falha de comunicação entre as partes, e não existe realmente uma questão de direito envolvida. Uma vez reconhecido que realmente existe um conflito, a segunda etapa do procedimento, normalmente envolve a negociação direta entre as partes. A intermediação da negociação é realizada por sistemas computacionais que modulam as informações em linguagem pré-estruturada, acalma eventuais ânimos exaltados e destaca possíveis soluções que atendam aos interesses das partes.

Essas duas primeiras etapas do procedimento são realizadas sem a intervenção de um terceiro humano, e no caso das ODRs privadas das plataformas de comércio eletrônico chegam a resolver cerca de 80% dos conflitos (KATSH e RABINOVICH-EINY, 2017, p. 34).

Caso a solução não seja alcançada, a terceira etapa é de mediação/conciliação realizada por um terceiro facilitador humano. Essa fase também é realizada de forma digital, e diversos recursos tecnológicos são utilizados para facilitar a comunicação, o *brainstorm* para a detecção dos interesses envolvidos e a construção de possíveis soluções. Por fim, se não for possível a solução consensual, passa-se a uma etapa decisória, que varia de acordo com a plataforma ou instituição (arbitragem, decisão administrativa, decisão judicial, juri etc).

Assim, as ODRs se tornaram verdadeiros sistemas de resolução de controvérsias (KATSH e RABINOVICH-EINY, 2017, p. 35), que utilizam tecnologias de informação e comunicação como "vetores para oferecer às partes ambientes e procedimentos ausentes em mecanismos convencionais de dirimir conflitos" (ARBIX, 2017, p. 58). Ademais, como afirmam Katsh e Rabinovich-Einy, o uso de algoritmos, o aumento da capacidade operacional, a redução de custos e a maior consistência associados a sistemas automatizados formam a base para uma nova realidade de ampliação de acesso à justiça. A prevenção das disputas deixa de ser periférica e passa a ter um papel cada vez mais relevante ao lado da resolução de disputas para a efetivação do acesso à justiça (KATSH e RABINOVICH-EINY, 2017, p. 45).

Com a ODR, ocorre um redimensionamento do conflito e da postura dos atores em relação a ele, que deixam de ser reativos e passam a se estruturar sistematicamente para gerenciá-los (AMSLER *et all*, 2020, p. 11).

O conflito deixa de ser um mero problema a ser resolvido, e passa a ser um dado relevante para gerar novos conhecimentos acerca de sua origem, do comportamento e interesses das partes envolvidas e dos gargalos procedimentais. Com a coleta e análise desses dados é possível intervir nos negócios ou políticas públicas a fim de prevenir novos conflitos ou melhor gerenciá-los quando forem inevitáveis.

Outra faceta importante das ODRs na ampliação do acesso à justiça é a possibilidade de promover a educação dos cidadãos acerca de seus direitos, deveres e dos benefícios legais existentes. De acordo com Susskind, as ODRs podem se tornar instrumentos relevantes na difusão das regras jurídicas que beneficiam os cidadãos independentemente da existência de um conflito. O autor sugere uma mudança no sistema de justiça que incorpore a introdução de técnicas que empodere profundamente a sociedade para conter as disputas, para evitar que novos conflitos surjam, e ainda para discernir os benefícios que as leis podem oferecer (SUSSKIND, 2019, p. 69).

Instituições e governos perceberam o potencial de uso das ODRs no setor público, e passaram a estabelecer plataformas públicas de resolução online de controvérsias, como o Consumidor.gov.br, no Brasil, e a plataforma Europeia de ODR, ambas para conflitos consumeristas. Também foram criados vários projetos de tribunais virtuais, cujo maior destaque é o Civil Resolution Tribunal – CRT do Canadá, para litígios de pequeno valor ou baixa complexidade específicos. No Brasil, ainda não existe um projeto de tribunal virtual planejado e executado de forma experimental. O que se observa é que estamos em uma fase de transição em que está ocorrendo a digitalização dos procedimentos e o uso de sistemas de automação e de inteligência artificial para a melhoria da gestão judiciária. O CNJ tem sido um fomentador dessa transformação digital, tendo publicado diversas Resoluções sobre o tema, com destaque para a instituição dos Juízos 100% digital (Resolução CNJ o n. 345/2020) e dos Sistemas Informatizados para a Resolução de Conflitos por meio da conciliação e mediação – SIREC (Resolução CNJ o n. 358/2020).

Portanto, o sistema de justiça digital, atualmente, conta com ODRs privadas, ODRs públicas e tribunais virtuais. São novas vias de acesso à justiça, com características únicas trazidas pela tecnologia que as tornam mais céleres, menos custosas, e capazes de gerar novos conhecimentos que fundamentem as tomadas de decisões a fim de evitar e melhor gerenciar os conflitos.

Para o seu êxito é necessário que esses mecanismos sejam adequados aos conflitos que pretendem resolver; que seu *design* seja centrado no usuário

do sistema mais do que em seus operadores; e que os riscos associados ao uso da tecnologia, como a exclusão digital, sejam pensados e monitorados.

#### 2. A CONSENSUALIDADE E A ADVOCACIA PÚBLICA

Em um contexto de um enorme volume de processos em trâmite nos tribunais brasileiros (mais de 75 milhões — Justiça em Números..., 2021, p. 102), os meios consensuais de solução de disputas se tornaram verdadeira política pública. Um marco normativo relevante foi a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que fomenta a ampliação do acesso à justiça por meio do tratamento adequado dos conflitos de interesse que ocorrem em larga escala na sociedade. A referida resolução trata do dever dos Tribunais em ofertar dentro do sistema de justiça os meios consensuais para solução de conflitos na tentativa de realizar uma mudança de paradigma jurídico, como propagado por Watanabe, passando da "cultura da sentença" para a "cultura da pacificação." (WATANABE, 2019, p. 65).

A justiça multiportas parte da premissa de que nem sempre a melhor solução para um conflito é a resposta judicial adjudicada e imposta às partes, devendo o Estado organizar serviços que se utilizem de outros mecanismos de solução de conflitos, em especial os consensuais, como a mediação e a conciliação. Como já afirmava Sander ainda nos primórdios do desenvolvimento da justiça multiportas, diversos fatores devem ser considerados nesse juízo de adequação, como a natureza do conflito, a relação entre as partes, o valor envolvido, o tempo necessário, entre outros (SANDER, 1994, p. 52).

Outros marcos legislativos relevantes na consolidação dessa política pública foram a instituição dos Juizados Especiais Federais (Lei 9.099/95), dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/02), a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/15) e o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), que fomentam aos meios consensuais, e deixam explícita a possibilidade da Administração Pública se utilizar desses meios.

Não se pode olvidar, contudo, que a Administração Pública deve atuar dentro dos limites impostos constitucionalmente (art. 37, CF), com obediência, ao princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Também é preciso observar a supremacia do interesse público e da motivação dos atos administrativos. Assim, a consensualidade administrativa se difere da consensualidade privada na solução de disputas. Contudo, como afirma Palma, é legítima a celebração de acordos pela Administração Pública tanto na esfera judicial quanto na esfera administrativa, e muitas vezes esses

acordos vão representar o efetivo interesse público que a Administração deve perseguir (PALMA, 2014, p. 165).

De fato, quando a lei oferece a consensualidade como possibilidade de solução de controvérsia à Administração Pública, ela passa a ser mais uma opção a ser considerada no exercício da discricionariedade administrativa. E, como visto, há diversos diplomas legislativos que inclusive fomentam a solução consensual. Ademais, a eficiência administrativa será exaltada quando a consensualidade for a via adequada ao caso, pois resolverá a questão de forma mais célere e econômica.

No âmbito da Advocacia-Geral da União — AGU, desde 2007 houve a criação da Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal — CCAF/AGU instituída por meio do Ato Regimental n. 05, de 27 de setembro de 2007. A CCAF foi estabelecida com o objetivo de promover a conciliação de interesses divergentes dos diversos órgãos da Administração Pública Federal, e desta forma evitar a judicialização de novas demandas, ou encerrar processos já judicializados reduzindo o tempo de solução desses conflitos. Ao longo do tempo seu escopo foi sendo alargado e atualmente também abrange conflitos entre a Administração Pública Federal e os diversos órgãos das Administrações Públicas Estaduais e Municipais, ou particulares, em determinadas matérias.

Ademais, a redução e prevenção de litígios constam no mapa estratégico da AGU 2020-2023 como resultados a serem obtidos. Portanto, a solução consensual de conflitos entre a Administração e particulares e o aprimoramento da atuação da AGU na evitação de novas demandas judiciais é uma política pública relevante da advocacia pública federal.

Diversos atos normativos foram expedidos para a consecução desse objetivo, com destaque para a Portaria PGF/AGU n. 498/2020 que dispõe sobre a celebração de acordos e transações judiciais no âmbito da Procuradoria-Geral Federal; e as Portarias 487/2016 e 488/2016 que estabelecem os procedimentos a serem adotados em caso de dispensa da propositura e desistência de ações, reconhecimento da procedência do pedido, abstenção de contestação, de impugnação ao cumprimento de sentença, de apresentação de embargos à execução e de recurso, desistência de recurso já interposto. Como se vê, a cultura da pacificação foi incorporada pela Advocacia Pública como forma de prestar um melhor serviço público a toda sociedade.

Uma vez consolidado esse entendimento, cumpre reportar os avanços tecnológicos ocorridos na última década na AGU. Em 2014 foi implementado o Sistema AGU de Inteligência Jurídica - SAPIENS (Portaria AGU nº 125/2014), que é a plataforma de trabalho de seus membros que consolida em um único lugar todas as informações processuais e administrativas sobre as ações judiciais sob sua responsabilidade. Esta plataforma já está integrada a diversos sistemas eletrônicos de justiça (Eproc, PJE, entre outros), e desta forma é possível visualizar os autos processuais em sua integralidade dentro do SAPIENS, bem como elaborar as petições e protocolá-las de forma centralizada. Ademais, os atos administrativos relativos aos processos judiciais também são registrados no SAPIENS, bem como é através dele que a comunicação com diversas autarquias é realizada, inclusive o INSS.

Com a consolidação dos dados dos processos judiciais em uma única plataforma, vários sistemas de automação foram desenvolvidos na Procuradoria-Geral Federal com o objetivo de tornar a atuação mais eficaz, e foi possível a criação de painéis de gestão para a análise dos dados e melhor compreensão do passivo judicial. A fim de melhor gerir as iniciativas de inovação tecnológica, capacitar seus membros e facilitar a troca de informações, foi instituída a Rede de Tecnologia e Inovação da Procuradoria-Geral Federal – PGF-TEC (Portaria nº 783, de 19 de dezembro de 2017), e, posteriormente o Laboratório de Desenvolvimento de Tecnologia e Inovação – PGF-TEC/Labs (Portaria Normativa 142/2020/PGF).

Portanto, existem condições muito favoráveis para o estabelecimento de mais uma via de acesso à justiça aos cidadãos, fora do Poder Judiciário com a criação uma plataforma para a solução *online* extrajudicial do conflito (evitando uma nova ação judicial), bem como para a solução antecipada de eventual demanda judicial já ajuizada.

Desta forma, a advocacia pública deixa de ser reativa e passa a ter uma atuação proativa na solução dos conflitos que surjam envolvendo os órgãos sob sua responsabilidade. Ademais, com os dados coletados, será possível ampliar sua função, que passará a ser de parceira do Administrador na elaboração de políticas públicas, ao invés de ser apenas resolvedora de problemas já consolidados.

#### 3. UM POSSÍVEL MODELO DE ODR PREVIDENCIÁRIA

O contencioso previdenciário representa um percentual elevado do total de processos do Poder Judiciário. De acordo com o Relatório Justiça

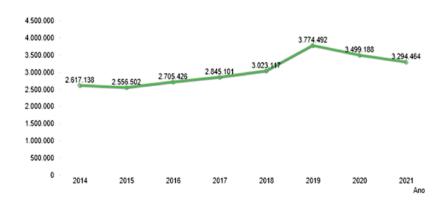
em Números de 2021 dos cinco maiores assuntos demandados em toda a Justiça Federal, todos são temas previdenciários.

Federa	1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO-Beneficios em Espéciel/Juxilio-Doença Previdenciário	541.738 (1,03%)
	2. DIREITO PREVIDENCIÁRIO-Benefícios em EspécielAposentadoria por Invalidez	361.138 (0,69%)
	3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO-Benefícios em EspécielAposentadoria por Idade (Art. 48/51)	340.863 (0,65%)
	4. DIREITO PREVIDENCIÁRIO-Beneficios em Espécie	315.271 (0,60%)
	5. DIREITO PREVIDENCIÁRIO-Benefícios em Espéciel Aposentadoria por Tempo de Contribuição (Art. 55/6)	274.943 (0,52%)

Fonte: Justiça em Números 2021, p. 273.

Ao se analisar os painéis do Conselho Nacional de Justiça por assunto, observa-se uma tendência de crescimento de ações previdenciárias até 2019, com o início de uma curva descendente a partir de 2020. Entretanto, observa-se uma curva ascendente em relação aos benefícios assistenciais neste período, que também são de responsabilidade do INSS. É difícil atribuir relação de causalidade a um só fator, mas é importante pontuar que a pesquisa realizada pelo INSPER junto ao CNJ, aponta que a intensidade e o perfil da judicialização da previdência estão relacionados às condições socioeconômicas locais, como nível de renda e desenvolvimento do mercado formal de trabalho. (A Judicialização..., 2020, p. 148). As interseccionalidades são relevantes na compreensão dessa dinâmica da litigiosidade previdenciária.

#### Novos processos previdenciários no tempo



Fonte: CNJ, Painéis Interativos..., 2021.

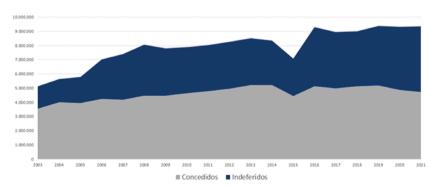
#### Novos processos assistenciais no tempo



Fonte: CNJ, Painéis Interativos..., 2021.

Quanto aos requerimentos administrativos de benefícios previdenciários e assistenciais, observa-se uma linha ascendente ao longo do tempo, sendo que a proporção de indeferimentos tem aumentado em relação aos deferimentos. Em 2003 os indeferimentos representavam 38% do total dos requerimentos e em 2020 eles passaram a 49%. Este cenário proporciona a possibilidade de aumento nas demandas judiciais.

#### Requerimentos administrativos no tempo



Fonte: elaborado pela autora com base nos dados do Boletim Estatístico da Previdência Social, Janeiro 2022.

Dos requerimentos administrativos indeferidos, uma parcela se torna ação judicial, e muitas delas acabam sendo resolvidas pela via consensual. Apenas em 2019 foram celebrados quase 200 mil acordos judiciais, colocando fim à demanda judicial previdenciária de forma autocompositiva (PGF em Números..., 2019).

Neste contexto é importante o desenvolvimento de políticas públicas que melhor gerenciem as controvérsias previdenciárias, em especial aquelas passíveis de solução consensual, de modo a antecipar a atuação da advocacia pública e evitar a judicialização do conflito.

Como visto anteriormente, nem todos as controvérsias são adequadas para o meio autocompositivo de solução de conflitos. Quanto ao objeto, portanto, devem ser trazidas para a solução na plataforma, apenas aqueles casos que se enquadrem nas exigências normativas, observando o princípio da legalidade que rege a Administração Pública.

Como citado anteriormente, a Portaria PGF/AGU n. 498/2020 regulamenta os casos e a forma pela qual os Procuradores Federais poderão celebrar acordos e transações judiciais. É necessário avaliar o contexto fático-probatório do caso, as orientações do Procurador-Geral Federal e do Advogado-Geral da União, se existentes, e o panorama jurisprudencial atualizado acerca da matéria.

Já a Portaria AGU 488/2016 estabelece os procedimentos e autorizações para a dispensa de atuação (abster-se de ajuizar ações, de contestar, de impugnar o cumprimento de sentença, de embargar a execução e de recorrer, a reconhecer a procedência do pedido e a desistir das ações ajuizadas e dos recursos já interpostos) quando o tema deduzido em juízo estiver de acordo com decisões judiciais formadas em precedentes qualificados ou em súmulas administrativas e pareceres aprovados pelo Advogado-Geral da União ou pelo Procurador-Geral Federal.

Ademais, como visto, a CCAF existe desde 2007 com a promoção de soluções consensuais em procedimento extrajudicial de conflitos que envolvam a União, suas Autarquias e Fundações. A Lei da Mediação (Lei n. 13.140/15) traz expressamente a possibilidade do uso de Câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito da Advocacia Pública para avaliar a possibilidade de compor amigavelmente conflitos entre particular e pessoa jurídica de direito público, sendo que o acordo reduzido a termo constitui título executivo extrajudicial (art. 32, I e § 3°). Também é possível a realização de transação por adesão nos casos em que haja autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores ou parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República (Art. 35, I e II). Esta última solução complementa as alternativas de abstenção de atuação trazida pela Portaria AGU 488/2016.

Quanto ao cumprimento do acordado, o INSS pode fazer pagamento administrativo quando a solução for extrajudicial, como diuturnamente o faz para o pagamento dos benefícios deferidos administrativamente. Quando se tratar de abreviação de processo já iniciado judicialmente e concluído na plataforma, o pagamento deverá se dar por meio de precatório ou RPV, de acordo com o entendimento já firmado pelo TCU no levantamento de auditoria sobre a Judicialização dos benefícios concedidos pelo INSS (TC 022.354/2017-4, Fiscalis 307/2017).

Portanto, já existe arcabouço normativo suficiente para o estabelecimento de uma ODR previdenciária.

Além do enquadramento temático, uma outra característica dos conflitos deve ser considerada para se verificar sua adequação à plataforma online de solução. Como visto, as primeiras etapas dos sistemas de ODR são automatizadas, e para que haja realmente inovação na atuação e não mera transposição de velhas práticas para o meio digital, essa questão é fundamental. Assim, os casos a serem resolvidos pela plataforma devem ser passíveis de avaliação automatizada. As demandas previdenciárias, semelhantemente às consumeristas, normalmente são de baixo valor e não envolvem questões factuais ou jurídicas complexas, e representam um grande volume. Elas são típicas demandas de massa, com padrões facilmente identificáveis por sistemas computacionais baseados em dados.

Neste ponto, é importante pontuar que o SAPIENS já interage com os sistemas do INSS por meio de API (*Application Programming Interface*) e fornece um dossiê previdenciário com diversos dados estruturados dos segurados em cada processo judicial existente. Ainda, diversos robôs de automação foram criados no âmbito da PGF para a captação de dados existentes em plataformas públicas do governo a fim de instruir os processos judiciais e facilitar o trabalho dos Procuradores. O cruzamento desses dados ainda é feito de forma manual.

Portanto, a plataforma de ODR Previdenciária poderia ser utilizada para a solução dos conflitos que possuam essas características, ou seja, sejam passíveis de análise fático-probatória automatizada e que tenham autorização normativa de solução consensual por causa do tema envolvido na controvérsia.

Quanto ao *design*, a plataforma deve ser desenhada com foco no usuário, despida das complexidades jurídicas inerentes ao processo judicial. Ademais, a interface deve ser de fácil navegação, com uso de mídias interativas e amigáveis, e deve fornecer ao segurado informações relevantes acerca de seus direitos e deveres e ajudá-lo a reunir os dados necessários para a solução do problema. Os dados imputados podem ser cruzados com os dados já existentes nos sistemas do INSS e nas plataformas governamentais de forma estruturada e o sistema pode avaliar a possibilidade de solução consensual.

Como se trata de uma plataforma pública de ODR, é importante que a fase inicial de diagnóstico traga informações relevantes aos segurados sobre seus direitos e deveres, bem como sobre todas as possibilidades de procedimentos adequados para a solução de sua controvérsia. A confiança é um dos pilares de uma ODR de sucesso, e diferentemente das plataformas privadas do comércio eletrônico, a melhoria dos negócios não é um objetivo a ser alcançado, e sim a melhor prestação do serviço público. Como afirma Lemos, "as partes têm o direito de serem amplamente esclarecidas e o princípio da decisão informada nos procedimentos com a Administração Pública tem a singularidade de agregar os princípios da confiança legítima, segurança jurídica e boa-fé." (LEMOS, 2019, p. 23)

Ainda, é importante destacar que uma das vantagens das ODRs é a organização das informações de modo em que a linguagem simples das partes seja corretamente formatada e traduzida em termos jurídicos. Assim, ainda que não seja um caso de solução consensual e a ação judicial seja inevitável, ao menos a instrução processual estará mais bem estabelecida, e será mais fácil e rápido identificar os pontos controvertidos para solução por meio de decisão judicial.

Quanto às partes envolvidas, para a utilização de uma plataforma de ODR, ainda deve ser levado em consideração o público-alvo, que no caso das ações previdenciárias normalmente envolvem pessoas idosas e de baixa renda, com dificuldade de acesso à internet ou que, ainda que possam acessá-la, não se sentem confortáveis em navegar digitalmente. Esse é um grande desafio a ser superado.

O caso da recuperação judicial da empresa de telecomunicações Grupo OI S/A traz um interessante paradigma na análise de possíveis desenhos de sistemas de ODR que são capazes de superar essa barreira de acesso. O caso envolvia um grande volume de recursos financeiros (cerca de R\$ 74 bilhões) e contava com mais de 65 mil credores, tornando as regras processuais inadequadas para a solução efetiva dos conflitos. Assim, foi desenvolvido um projeto pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

em parceria com a Fundação Getúlio Vargas (FGV) que criou uma etapa procedimental prévia de solução consensual por meio de uma plataforma digital desenhada e desenvolvida por uma equipe multidisciplinar e especializada que utilizou técnicas de inteligência artificial de aprendizado de máquina. (CURY, 2020, p. 83-104).

As partes e seus advogados imputam seus dados que são monitorados e estruturados. A partir da validação dos dados pessoais e documentais inseridos pelas partes o sistema preditivo da plataforma gera respostas automatizadas com parâmetros de negociação calculados de modo individualizado. O sistema também admite negociação direta com representantes da empresa ou por meio de facilitadores, todos com poderes de representação e preparados para alcançar uma solução efetiva em ambiente digital. Toda comunicação é registrada e as notificações aos advogados e credores são realizadas automaticamente e de forma digital, com a possibilidade de monitoramento por meio de indicadores de efetividade em painéis de *Business Intelligence*. Por meio dessa plataforma já foram celebrados mais de 46 mil acordos (CURY, 2020, p. 100-101).

Segundo Cury, um dos fatores fundamentais para o sucesso dessa plataforma foi o envolvimento da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB:

(...) é preciso registrar o intenso trabalho de divulgação e esclarecimento realizado pelas entidades responsáveis, em conjunto com as representações locais e regionais da Ordem dos Advogados do Brasil, medida essencial à compreensão do modelo de solução e da usabilidade do sistema. A publicação constante de boletins multimídia e o contato interinstitucional permanente proporcionara as condições necessárias à compreensão da modelagem, de sua finalidade e dos procedimentos respectivos, assim como permitiram elucidar as principais dúvidas, o que evitou alterações cronológicas, dissensos interruptivos ou refazimento de atos. Nenhum incidente foi registrado. (CURY, 2020, p. 102)

Quanto ao objeto de análise deste artigo, é preciso pontuar que a maior parte dos processos previdenciários e assistenciais correm nos Juizados Especiais Federais (CNJ, Painéis Interativos... 2021), que desonera os cidadãos dos custos de um advogado, podendo exercer o *jus postulandi*. Entretanto, pesquisa mostra que 86,4% dos processos nos Juizados são acompanhados por advogado constituído pela parte autora, sendo majoritariamente advogados particulares (85,9%) (Acesso à Justiça Federal..., 2012, p. 101).

Assim, não apenas a advocacia pública deve buscar o seu protagonismo na solução consensual das controvérsias, mas também a advocacia privada e a Defensoria Pública podem estabelecer sua atuação de modo proativo no fortalecimento da cultura da pacificação e na superação de barreiras relacionadas à exclusão digital, como ocorreu no caso da recuperação judicial do Grupo OI/S.A.

Por fim, a coleta dos dados estruturados da plataforma, em um momento posterior, servirá como base para o desenvolvimento de ferramentas de gestão estratégica, a fim de identificar a origem dos conflitos que chegam na plataforma, e traçar planos de ação para enfrentá-los a fim de evitar que novos conflitos surjam. Desta forma, o advogado público passa a ser parceiro do Administrador no aperfeiçoamento das políticas públicas, e o acesso à justiça é ampliado de forma indireta.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os mecanismos *online* de solução de controvérsias têm se mostrado importante ferramenta de ampliação do acesso à justiça. Pelas características únicas da tecnologia, as ODRs são muito eficazes para o gerenciamento, a evitação e a resolução de conflitos. Com base nas experiências exitosas das ODRs privadas, as instituições públicas e os governos também passaram a desenvolver plataformas de resolução *online* de controvérsias.

O fomento à cultura da pacificação na solução dos conflitos é antigo no Brasil, e as bases normativas para a utilização da consensualidade na Advocacia Pública também tem sido construída ao longo dos anos. Da mesma forma, a AGU tem eivado esforços para modernizar e automatizar sua atuação, em especial, com a utilização do sistema SAPIENS, que centraliza em uma única plataforma todas as informações judiciais e administrativas dos processos judiciais sob sua responsabilidade. Desta forma, é possível utilizar ferramentas tecnológicas de automação para tornar o trabalho mais eficaz.

Assim, a junção da tecnologia já existente na AGU com o arcabouço normativo que permite e incentiva a solução consensual das controvérsias, parece formar o contexto ideal para a construção de uma ODR. Tendo em vista a existência de um grande volume de processos judiciais previdenciários, que são típicas demandas de massa, a escolha por esse tema chega a ser natural.

De fato, os conflitos previdenciários são em regra de pequeno valor, representam um grande volume de ações judiciais e não envolvem questões factuais ou jurídicas complexas. Portanto, são bastante adequados para a análise automatizada de padrões, típica dos sistemas de ODR. Oferecer um novo serviço aos segurados que resolvam seus problemas jurídicos de forma mais rápida e econômica é uma forma de ampliar o acesso à justiça com a atitude proativa que se espera da advocacia pública.

#### REFERÊNCIAS

AMSLER, Lisa; MARTINEZ, Janet; SMITH, Stephanie. *Dispute System Design*. Stanford University Press, 2020. [Kindle Edition]).

ARBIX, Daniel do Amaral. Resolução online de controvérsias. São Paulo: Intelecto, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números*: 2021. Brasília, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-emnumeros. Acesso em: 11 fevereiro 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Painéis Interativos: Justiça em números. Brasília, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-num https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc. htm?document=qvw\_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anon ymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 11 fevereiro 2022.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social - *Boletim Estatístico da Previdência Social*, Janeiro 2022, vol. 27, número 1, disponível em: https://www.gov.br/previdencia/pt-br/acesso-a-informacao/dados-abertos/previdencia-social-regime-geral-inss/dados-abertos-previdencia-social, acessado em 12/02/2022.

BRASIL. Justiça Federal, Conselho da Justiça Federal; Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais. Brasília: CJF, 2012, p. 101. [Série "Pesquisas do CEJ", n. 14]. Disponível em: http://jf.gov.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/pesquisas-do-cej/acesso-a-justica-federal-dez-anos-de-juizados-especiais. Acesso em: 22 out. 2020.P. 101

BRASIL. Procuradoria-Geral Federal – PGF *em Números*, painel disponível em https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/arquivos/PGFemnumeros2019pdf.pdf, acessado em 12/02/2022.

CURY, César. Um modelo transdisciplinar de solução de conflitos: direito e tecnologia no processo de recuperação judicial no leading case OI S/A. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (coord.). *Inteligência artificial e direito processual*: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 83-104.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA – INSPER. *A judicialização de benefícios previdenciários e assistenciais*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/Relatorio-Final-INSPER\_2020-10-09.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021.

KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. Digital Justice: Technology and the Internet of Disputes. Oxford: Oxford University Press, 2017.

\_\_\_\_\_; RIFKIN, Janet. *Online Dispute Resolution*: resolving conflicts in cyberspace, San Francisco: Jossey-bass, 2001.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na administração pública e seu controle judicial. In: GABBAY, Daniela e TAKAHASHI, Bruno (org.), *Justiça Federal*: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos, Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, pp. 143-188.

RULE, Colin; KATSH, Ethan. What We Know and Need to Know About Online Dispute Resolution. *South Carolina Law Review*, v. 67, p. 329–344, 2016.

SANDER, Frank E. A.; GOLDBERG, Stephen B. Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure. *Negotiation Journal*. HeinOnline, v. 10, n. 1, p. 49-68, jan.1994.

SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. OUP Oxford, 2019. [Kindle Edition].

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa*: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

RECEBIDO EM: 14/03/2022 APROVADO EM: 27/04/2022

DOSSIÊ

# ACESSO À JUSTIÇA: ATUAÇÃO COOPERATIVA EM UM CENÁRIO DE MÚLTIPLAS PORTAS

# ACCESS TO JUSTICE: COOPERATIVE PERFORMANCE IN A MULTIDOOR SCENARIO

Gisele Luiza Soares Moura Mestranda em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro.

Simone Dufloth

Doutora em Ciências da Informação pela Universidade Federal de Minas Gerais

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Contextualização: a crise do Poder Judiciário. 2. Acesso à justiça: sistema multiportas. 3. Sistema multiportas no Brasil: aspectos conceituais e normativos. 4. Direito administrativo concertado: consensualismo na Administração Pública. 5. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é analisar o acesso à justiça em um contexto mais amplo, sob a ótica do uso de métodos alternativos (adequados) de solução de conflitos, bem como a importância da atuação conjunta de diversos atores, como os entes públicos, na consolidação dos métodos autocompositivos, notadamente a conciliação e a mediação. Para melhor compreensão da questão em estudo, foi utilizado primordialmente o tratamento descritivo, mediante revisão da literatura e pesquisa documental. Ademais, para entender o contexto da autocomposição no Brasil, foram analisados os principais diplomas legais, os CEJUSCs existentes na Justiça estadual, bem como o ambiente de parcerias, em especial com entes públicos, no qual as atividades autocompositivas ocorrem. Na esfera da Administração Pública, foram retratadas as iniciativas já existentes de solução administrativa de conflitos. As perspectivas são como peças de um quebra-cabeças que, juntas, permitem a visualização do cenário de forma mais ampla, mas a partir das peculiaridades individualmente observadas. Sob diferentes ângulos, a atuação dos entes públicos viabiliza e torna mais concreta a ampliação do uso de métodos extrajudiciais de solução de controvérsias.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Sistema Multiportas. ADR (Solução Alternativa de Conflitos). Conciliação. Mediação. Direito Administrativo Concertado.

**ABSTRACT:** The aim of this article is to analyze access to justice in a broader context, that is, from the perspective of the use of alternative methods of conflict resolution, as well as the importance of joint action by various actors, such as public entities, in the consolidation of selfcomposing methods, notably to conciliation and mediation. The present study aims to approach the phenomenon through a clear language so that the citizen understands the presented, since it is a recent theme and of interest to society given the crisis of the Judiciary. To better understand the question under study, descriptive treatment was primarily used, through literature review and documentary research. In addition, to understand the context of self-composition in Brazil, the main legal diplomas, the CEJUSCs existing in the State Court, as well as the partnership environment, especially with public entities, in which selfcomposition activities take place, were analyzed. In the sphere of public administration, existing initiatives for administrative conflict resolution were focused. Perspectives are like pieces of a puzzle that together allow visualization of the scenario more broadly, but from the individually observed peculiarities. From different angles, the performance of public entities makes possible and more concrete the expansion of the use of extrajudicial methods of dispute resolution.

**KEYWORDS:** Access to Justice. Multidoor System. ADR (Alternative Dispute Resolution). Conciliation. Mediation. Public Law.

# INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa o acesso à justiça, o qual abrange tanto a ótica da Justiça estadual e das parcerias celebradas, sobretudo com entes públicos, quanto as iniciativas consensuais de resolução de conflitos na esfera administrativa.

Considerando que o conflito é inerente à vida em sociedade, é relevante pensar em outras formas de lidar com as desavenças, bem como sobre as vias possíveis para solucioná-las. Nesse sentido, existem métodos alternativos (adequados de solução de conflitos). Cumpre esclarecer que existem dois métodos para a solução de controvérsias, quais sejam o autocompositivo e o heterocompositivo.

A distinção entre tais modelos é fundada em como ocorre a decisão, se mediante consenso ou adjudicação. No método heterocompositivo, há intervenção de um terceiro imparcial que imporá a sua decisão às partes. É o que ocorre na Justiça tradicional e na arbitragem, nas quais o julgamento compete ao juiz e ao árbitro, respectivamente.

Por sua vez, nos métodos autocompositivos, os participantes são diretamente responsáveis pela solução do conflito, como na negociação, na mediação e na conciliação e, ainda que haja a colaboração de um terceiro, não lhe cabe decidir a questão suscitada. Nesse método, ao se proporcionar maior abertura para o diálogo, há valorização da cidadania e empoderamento dos cidadãos.

Para melhor compreensão do fenômeno em estudo, foi utilizado, primordialmente, o tratamento descritivo, mediante revisão da literatura e pesquisa documental, bem como a organização do texto **em cinco** seções.

A primeira seção almeja entender a crise do Poder Judiciário. A segunda expõe aspectos conceituais do acesso à justiça em um cenário de múltiplas portas. Na terceira seção, por sua vez, retratase o cenário do sistema multiportas no Brasil, com abordagem do contexto normativo. A quarta seção apresenta o direito administrativo concertado e o ambiente de consensualismo na Administração Pública.

Por fim, na quinta seção, são apresentadas algumas conclusões sobre o estudo realizado.

# 1. CONTEXTUALIZAÇÃO: A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário brasileiro experimenta um grau de litigiosidade significativo, pois, segundo dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), fechou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação – demandas que aguardavam alguma solução definitiva (BRASIL, 2020, p. 93). Ademais, "nos últimos oito anos (2011 – 2019), o volume processual cresceu em proporção às despesas" e, assim, as despesas totais do Judiciário contabilizaram R\$ 100,2 bilhões em 2019, o que indica um acréscimo de 2,6% em relação ao ano anterior. Significa dizer que em 2019 o custo pelo serviço jurisdicional representou, por habitante, o valor de R\$ 479,16 (R\$ 10,70 a mais do que 2018) e 1,5% do PIB nacional (BRASIL, 2020, p.74).

Sobre a duração dos processos, o "tempo médio do acervo [processos pendentes de decisão] do Poder Judiciário foi de 5 anos e 2 meses" em 2019 (BRASIL, 2020, p. 187). Para "receber uma sentença, o processo leva, desde a data de ingresso, quase o triplo de tempo na fase de execução (4 anos e 3 meses) comparada à fase de conhecimento (1 ano e 7 meses)" (BRASIL, 2020, p. 184), o que representa maiores dificuldades para se concretizar a sentença proferida (fase de execução) do que de se obter uma decisão (fase de conhecimento).

O excesso de demandas na Justiça, combinado com um sistema extremamente moroso, revela a pouca capacidade dos órgãos de dar vazão ao grande estoque processual existente. Essa capacidade pode ser mensurada a partir do número de novos casos em relação ao quantitativo finalizado no ano. Em 2019, tal índice foi de 68,5% e indica o grau de dificuldade dos Tribunais em lidar com o estoque de processos (BRASIL, 2020, p. 112).

De acordo com o estudo realizado pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), no âmbito do Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS), em novembro de 2010, sobre a percepção que o cidadão possui sobre o Judiciário, restou constatada que a avaliação é abaixo da média e envolve questões que ultrapassam a simples discussão sobre produtividade. É notório que "os entrevistados da pesquisa apresentam uma avaliação geral bastante crítica da justiça" e, de zero a dez, a média é de 4,55 (IPEA, 2010, p. 5).

Segundo Sadek (2014), a não sinalização da redução do número de novas demandas ajuizadas aliada ao quantitativo de ações em trâmite no país indicam um grau de litigiosidade sem precedentes nas democracias ocidentais (SADEK, 2014, p. 59-60). Tal cenário, combinado com o modelo tradicional de solução de conflitos, favorece a multiplicação de demandas e, consequentemente, o agigantamento do Judiciário. Isso contribui para que a efetividade da tutela jurisdicional seja reduzida, bem como para o não atendimento das demandas no tempo e modo esperados. Não é demais ressaltar que o volume processual não indica, por si só, a universalização do acesso à justiça, uma vez que há grandes litigantes e, por isso, a concentração de processos em algumas pessoas jurídicas.

A democratização do acesso à justiça representa mais do que apenas reduzir o volume de demandas em curso no Judiciário e garantir a razoável duração dos processos (celeridade). O pano de fundo em questão é o pleno exercício da cidadania e o aumento do acesso aos direitos pelos cidadãos, por meio da construção de soluções igualitárias, justas e efetivas (MOURA,2020, p.123).

Nesse sentido, segundo pesquisa da AMB, "O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil", realizada em 2015, o poder público municipal, estadual e federal foi responsável pela maior parte das ações iniciadas no 1º Grau de jurisdição em oito de 11 estados pesquisados. Restou apurado que a Fazenda, no polo ativo, representou 71% dos processos ajuizados no TJDFT, enquanto os municípios no TJRS corresponderam a 67%. De igual modo, no TJBA, o setor público (representado por três atores no polo ativo) foi responsável por 50% dos processos distribuídos no período de 2010 a 2013 (AMB, 2015, p. 18).

Em consonância, o Relatório Supremo em Ação, de 2018, constatou que a União e o INSS foram os dois maiores litigantes tanto no polo ativo quanto no passivo (BRASIL, 2018, p. 45). Verifica-se, portanto, a concentração de grande volume processual em alguns poucos litigantes, especialmente a Fazenda Pública (entidades da administração direta e indireta de direito público), o que demonstra a não pulverização dos processos na sociedade como um todo.

Avritzer, Marona e Gomes (2014) ao analisarem os dados da Justiça comum, em especial as ações de execução fiscal, relacionados ao valor da causa, na comarca de Belo Horizonte, em 2009, constataram que, quando o poder público é o autor do processo, o maior volume de demandas ajuizadas

é relacionado à execução de dívida ativa, com valor de até dez mil reais. O que indica que "o baixo valor dessas ações revela a falta de razoabilidade dessa jurisdicionalização da cobrança da dívida ativa, pois muitas vezes o processo custa mais para o Estado do que o crédito que irá receber ao final da ação" (AVRITZER; MARONA; GOMES, 2014, p. 187).

Assim, a contradição existente na "utilização de um recurso dispendioso que é o processo jurisdicional para resolução de conflitos de baixo valor econômico, ou seja, mesmo em termos utilitários, o demandismo do Estado não se mostra adequado ao alcance do bem comum." Constatando que o "baixo valor das ações em que o Estado se envolve pode ser um indicativo da necessidade de se utilizarem mecanismos não jurisdicionais para a resolução dos conflitos" (AVRITZER; MARONA; GOMES, 2014, p. 186).

Já ao analisarem as hipóteses em que Estado figura como réu e o autor é uma pessoa física, foi verificado que, na maioria dos casos, os valores permanecem baixos e são relacionados com "reajustes de remuneração, proventos e pensão" e "servidores inativos" (AVRITZER; MARONA; GOMES, 2014, p. 187). Desse modo, o Poder Público ocupa posição de destaque na multiplicação do quantitativo de processos no Judiciário, uma vez que, por intermédio dos sindicatos e associações de classe, diversos servidores que estão na mesma situação jurídica pleiteiam, perante a Justiça, os direitos que lhes foram negados na esfera administrativa.

Ao final, concluem os autores que, nos processos em tramitação nas Varas da Fazenda Pública e de Feitos Tributários, "grande parte diz respeito ao indivíduo, o qual estaria buscando a efetividade dos seus direitos, mais especificamente de seu direito a uma vida digna, a uma remuneração ou aposentadoria, como servidor público ativo ou inativo", ou seja, a possibilidade do "exercício dos demais direitos constitucionais, como o lazer, a educação, a moradia, a alimentação, a saúde etc." (AVRITZER; MARONA; GOMES, 2014, p. 187).

As demandas elencadas estão relacionadas a preceitos de cidadania, de forma que "a rígida separação e hierarquização entre o público e o privado são substituídas por uma relação menos vertical e menos arbitrária, centrada na supremacia dos direitos fundamentais do indivíduo, os quais devem ser objeto de proteção pelo próprio Estado" (AVRITZER; MARONA; GOMES, 2014, p. 189).

Como o modelo tradicional de solução de conflitos demonstra claros sinais de esgotamento; em razão do já mencionado excesso de processos

em trâmite na Justiça e do congestionamento existente, bem como da ausência de sinal de inflexão; avulta-se a necessidade de novas alternativas.

# 2. ACESSO À JUSTIÇA: SISTEMA MULTIPORTAS

Ensina Boaventura Santos (1999) que o acesso à justiça é um direito primordial, garantidor da concretização dos demais direitos e fundamental para a construção de um Estado Democrático. Nesse sentido, o "tema do acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica" (BOAVENTURA SANTOS, 1999, p.146). Assim, tal acesso está vinculado à ideia de garantia de acesso equitativo à justiça e alcance de resultados justos tanto na esfera individual quanto na esfera social (CAPPELLETTI e GARTH, 1998, p. 3).

Para Cappelletti e Garth (1988), a expressão acesso à justiça abrange uma "ruptura da crença tradicional na confiabilidade de nossas instituições jurídicas" embasada "no desejo de tornar efetivos — e não meramente simbólicos — os direitos do cidadão comum, o que exige reformas de mais amplo alcance e uma nova criatividade" (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 3). Nesse sentido, o acesso à justiça não se limita ao Poder Judiciário e à representação em juízo e, portanto, não está circunscrito a uma decisão adjudicada (MARONA, 2013, p. 352).

Por óbvio, se o cidadão optar pela via estatal para o deslinde de um conflito, deve ser a ele garantido acesso às portas de entrada e de saída, ou seja, condições de acessibilidade alinhadas à brevidade processual e ao banimento do tempo patológico, o que conduzirá a um ambiente mais favorável para a solução dos conflitos (SADEK, 2014, p. 57).

Para o contexto deste estudo, são especialmente relevantes a garantia de assistência judiciária de forma que o acesso à justiça seja efetivado para todos, independentemente de características socioeconômicas, e a promoção de soluções diversas do modelo adversarial oferecido pela Justiça tradicional. Assim, é importante ressaltar o pioneirismo de Cappelletti e Garth (1988) ao identificarem algumas barreiras de acesso à justiça que impedem o pleno exercício da cidadania, especialmente pelos indivíduos em situação de pobreza.

Os autores indicaram três propostas concretas para ultrapassar as dificuldades de acesso (três ondas renovatórias): a) primeira onda: assistência

judiciária para a população vulnerável (barreira econômica); b) segunda onda: visão social do direito, com a defesa dos direitos coletivos e difusos (barreira organizacional); c) terceira onda: efetividade dos direitos mediante a reforma e a simplificação dos procedimentos, bem como a ampliação da percepção do acesso à justiça com a adoção de soluções extrajudiciais (barreira processual).

Por sua vez, Economides (1999) defende a complexidade do acesso efetivo à justiça, uma vez que o acionamento do Judiciário abrange questões que ultrapassam discussões sobre o desconhecimento de direitos e condições socioeconômicos dos jurisdicionados. Segundo o autor, é importante ressaltar a existência de uma quarta onda, qual seja a barreira de caráter psicológico que abarca "o medo que as pessoas sentem em relação aos advogados e ao sistema judiciário" (ECONOMIDES, 1999, p. 66).

O que o autor propõe é um olhar focado na própria justiça, ou seja, na oferta e não no acesso à justiça. Diante da importância dos profissionais jurídicos para a acessibilidade à justiça e para a concretização dos direitos previstos na legislação, a formação acadêmica e a atuação profissional devem refletir o compromisso com a justiça e a responsabilidade social dos operadores do direito (MOURA, 2020, p. 108).

Nesse cenário, para além de mudanças de cunho normativo, são necessárias alterações de posturas de forma a contribuir para uma real transição entre uma justiça preponderantemente adversarial e beligerante para uma justiça consensual e pacificadora. Para tanto, é importante ressaltar os instrumentos diversos dos tradicionais.

Os métodos chamados alternativos ou adequados de resolução de conflitos compreendem as hipóteses nas quais a decisão não é proferida pelo juiz (modelo da Justiça tradicional), mas mediante a utilização de técnicas e métodos que abrangem a conciliação, a negociação, a mediação e a arbitragem para solucionar as demandas.

O acrônimo ADR (Alternative Dispute Resolution) surgiu nos Estados Unidos e, com o mesmo sentido, foram adotados outros termos, como Modes Alternatifs de Règlement des Conflits (MARC), na França, e Resoluciones Alternativas de Disputas (RAD), na América Latina. No Brasil, a literatura utiliza ADR (Solução Alternativa de Conflitos) e, em menor incidência, Meios Alternativos de Resolução de Conflitos (MASC), Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias (MESC) e Resolução Apropriada de Disputas (RAD).

O objetivo dos métodos de ADRs não é eliminar ou se opor ao Judiciário, mas complementá-lo, por isso o uso do termo alternativo é criticado por alguns doutrinadores que defendem, em contraposição, o uso da palavra adequado.

Considerando que o conflito é inerente à vida em sociedade e, por essa razão, sempre existirá, é relevante pensar em outras formas de lidar com as desavenças, bem como sobre as vias possíveis para solucioná-las. Conflitos envolvem um conjunto de questões e peculiaridades que devem ser avaliadas e, de acordo com tais características, identificadas a melhor forma de tratamento, as ferramentas apropriadas e a porta de acesso à justiça mais adequada (Menkel-Meadow, 1999, p. 23).

Nesse sentido, Calvo Soler (2014) destacou a importância de se mapear o conflito, ou seja, de realizar um levantamento sistemático de informações do contexto e dos interesses em questão, uma vez que o maior conhecimento representa para o facilitador maior possibilidade de avaliar as linhas de soluções. Todavia, o objetivo primordial do mapeamento do conflito é prover maior compreensão do fenômeno em sua complexidade (questões controvertidas, sentimentos, reais interesses, etc), mas também possibilita uma melhor atuação do facilitador e o direcionamento da questão para o método mais adequado de acesso à justiça.

De toda forma, os mecanismos de ADRs estão em consonância com as ondas renovatórias expostas, notadamente a terceira onda de Cappelletti e Garth (1988), por buscarem mais flexibilidade, criatividade e simplicidade para a solução de conflitos.

# 3. SISTEMA MULTIPORTAS NO BRASIL: ASPECTOS CONCEITUAIS E NORMATIVOS

No Brasil, a partir da Constituição da República de 1988 e da Resolução 125, de 29 de outubro de 2010, do CNJ, consagrou-se, em 2015, um microssistema normativo responsável pelo fomento dos métodos adequados de solução de conflitos (com destaque para o Código de Processo Civil—Lei 13.105, de 16 de março de 2015, e para a Lei de Mediação—Lei 13.140, de 26 de junho de 2015). Tais normativas repercutem na Justiça de modo geral, uma vez que contribuem para a entrega de uma tutela jurisdicional mais célere, independentemente dos valores financeiros e da complexidade das demandas.

Contudo, é importante ressaltar a atuação dos Juizados Especiais, criados antes da promulgação das normativas de 2015, bem como dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), criados posteriormente. Ambos são exemplos atrelados à terceira onda de Cappelletti e Garth (1988).

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais foram disciplinados pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, e são competentes para atuar em demandas cíveis cujo valor não ultrapasse 40 salários mínimos (artigo 3°) e em contravenções e crimes cuja pena máxima prevista na lei não seja superior a dois anos, acumulada ou não com multa (artigo 61).

Mais de 14 anos depois, por meio da Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009, foram regulamentados os Juizados Especiais da Fazenda Pública, com competência para atuação nas causas cíveis cujo valor não ultrapasse 60 salários mínimos e que sejam de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios (artigo 2°).

Os Juizados Especiais foram constituídos sob a perspectiva da gratuidade em primeiro grau de jurisdição, da informalidade, da oralidade, da não obrigatoriedade de advogado e da utilização de métodos conciliatórios para a solução de conflitos e alicerçados na ampliação do acesso à justiça. É inerente aos Juizados a tentativa de conciliação prévia que, além de promover a redução do tempo processual, gera participação direta das partes envolvidas no deslinde da lide.

A criação desses órgãos está em congruência com a efetivação de uma justiça mais acessível, o que contribui para mitigar a barreira psicológica porventura existente entre o jurisdicionado e o Judiciário. Ocorre que os Juizados Especiais possuem competência definida por lei e, conforme exposto anteriormente, não abarcam qualquer causa suscitada pela parte. Dessa forma, urge a necessidade de se pensar sobre as formas e ferramentas disponíveis para a solução de controvérsias, bem como sobre alternativas que ultrapassem as esferas de atuação dos Juizados Especiais e do próprio Poder Judiciário.

Para tanto, o CNJ desempenhou um papel fundamental de fomento e aperfeiçoamento dos métodos consensuais de solução de conflitos, com destaque para a conciliação e a mediação, por meio da criação de uma política pública, consagrada na Resolução 125, de 29 de outubro de 2010 (e alterações posteriores). Trata-se de uma política pública permanente de tratamento adequado de conflitos de interesses, Política Judiciária

Nacional, na qual o CNJ é o responsável pela regulamentação de âmbito geral e nacional, com a definição das diretrizes norteadoras.

A política contemplou múltiplos aspectos, como, por exemplo, o desenvolvimento de uma estrutura judiciária, com a criação de órgãos para viabilizar e uniformizar o uso dos métodos consensuais nos diversos Tribunais; a fixação de diretrizes para a capacitação (módulos teórico e prático) e treinamento contínuo dos facilitadores, com indicação de conteúdo programático mínimo, carga horária e exigência de estágio para certificação; o estímulo à consolidação de parcerias com instituições públicas e privadas para a formação dos facilitadores e para a realização de mediação e conciliação.

A Política Judiciária Nacional possui como meta a busca pelo engajamento tanto dos profissionais do direito quanto dos cidadãos na promoção de iniciativas consensuais, mediante a transição da cultura do litígio para a cultura da pacificação, por meio da interlocução com diversos atores como advogados (via OAB); estudantes (com inclusão de disciplinas na grade curricular); procuradores; defensores públicos; membros do Ministério Público e instituições diversas, como as agências reguladoras e os grandes litigantes públicos e privados. Concretamente, a política de conciliação foi iniciada pelo CNJ em 2006 com o Movimento pela Conciliação e a promoção das Semanas Nacionais pela Conciliação.

Na seara estadual, coube aos Tribunais a capacitação e o treinamento dos facilitadores, bem como a criação e a disponibilização da infraestrutura necessária para a implementação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) e das unidades de execução da política que são os CEJUSCs.

Ao NUPEMEC, compete o desenvolvimento e a implementação da política no Tribunal (planejar, aperfeiçoar e implementar as ações necessárias para tal mister); a instalação dos CEJUSCs e a regulamentação da remuneração dos facilitadores, se for o caso, uma vez que é admitido o trabalho voluntário, entre outros (artigo 7°, Resolução 125/2010, CNJ). Já a criação dos CEJUSCs é inspirada no Tribunal Multiportas (Multidoor Courthouse), criado nos Estados Unidos, na década de 70, para oferecer ao cidadão outros métodos de solução de conflitos além do modelo tradicional.

O CEJUSC é uma unidade do Poder Judiciário direcionada para a solução consensual de conflitos, o atendimento e a orientação do cidadão. O atendimento é realizado tanto para demandas processuais (ou incidentais)

quanto para pré-processuais (quando não existe processo judicial em tramitação), de forma que "cada unidade dos centros deverá obrigatoriamente abranger setor de solução de conflitos pré-processual, de solução de conflitos processual e de cidadania" (artigo 10, Resolução 125/2010, CNJ).

A Resolução 125/2010 do CNJ determinou a criação de CEJUSCs pelos Tribunais no prazo de quatro meses, para as comarcas de maior movimento forense, e de 12 meses, para as demais. Ou seja, em 2010, começaria o processo de criação dos Centros. Contudo, a Resolução 125 do CNJ foi alterada em 2020 e passou a remeter ao prazo de entrada em vigor do CPC, 16 de março de 2016 (artigo 165, CPC). Ademais, a primeira publicação do Justiça em Números do CNJ, que explora sobre a conciliação, é de 2015. Com isso, a implementação dos Centros foi realizada de forma gradual pelos Tribunais.

O CPC, de 2015, incorporou a visão trazida pela Resolução 125/2010 do CNJ e consolidou, na legislação pátria, uma mudança paradigmática mediante a inclusão da solução consensual de conflitos como núcleo central do processo civil. A alteração ideológica do sistema processual pode ser verificada na previsão de que o Estado, e não apenas os particulares, promoverão, sempre que possível, a solução de conflitos pela via autocompositiva (artigo 3°, § 2°, CPC), e até mesmo quando se compara quantas menções expressas foram feitas aos termos conciliação e mediação no CPC de 2015 e no anterior, de 1973. No CPC, de 2015, o termo conciliação aparece 37 vezes, enquanto, no anterior, constam originalmente três menções e, após alterações legislativas a partir de 1994, dez vezes; já o termo mediação aparece 38 vezes, todavia, no CPC anterior, não há menção ao termo.

Ademais, as modificações implementadas abrangeram um novo desenho estrutural e procedimental do Poder Judiciário, no qual a lógica da condução do processo pelo juiz foi alterada, pois, antes da solução adjudicada mediante sentença, devem ser oferecidos outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial a mediação e a conciliação (artigo 308 do CPC). Assim, após a distribuição do processo, o primeiro passo será a designação de audiência de conciliação ou de mediação e, apenas após a realização desta, na hipótese de não ser consolidado um acordo, terá início a contagem de prazo para apresentação de contestação (defesa da parte ré). Isso significa uma pausa na litigiosidade para buscar uma solução consensual, possibilitar uma melhor compreensão do conflito e a produção das peças processuais em sintonia com a realidade (adequação dos pedidos e defesas realizadas pelos advogados).

A conciliação e a mediação perpassam pelo uso de ferramentas específicas para a resolução de conflitos de forma consensual, em que a decisão não é imposta por um terceiro (juiz ou árbitro como ocorre na heterocomposição), o que diminui as chances de não cumprimento, com redução do tempo investido em relação a uma decisão proferida pelo juiz (processo de execução). Os métodos consensuais prezam pela informalidade, oralidade, flexibilidade, simplicidade e pela disseminação da comunicação como importante ferramenta para a solução de controvérsias pelos próprios envolvidos, que assumem o protagonismo da tomada de decisão.

Ademais, enquanto o processo judicial está adstrito às questões técnico-jurídicas, os métodos autocompositivos alcançam assuntos periféricos e sistêmicos, de modo a compreender o fenômeno de forma ampla e possibilitar o desenlace de um conflito, não apenas de uma demanda processual especifica. Isso repercute no Judiciário tanto na redução do ajuizamento de novas ações quanto na solução das demandas em curso.

À luz do artigo 165 do CPC, a conciliação é preferível nos casos em que não existe vínculo precedente entre os envolvidos, ou seja, quando o contato é pontual e as questões são objetivas e superficiais. A conciliação também é mais breve, o que significa um menor número de encontros para as tratativas, uma vez que as audiências são focadas na construção do acordo e tratam apenas de questões jurídicas (solução da desavença específica que foi suscitada). Ademais, o conciliador poderá realizar sugestões e propostas voltadas para solucionar a questão.

A mediação, por sua vez, é indicada para as hipóteses multidimensionais e complexas nas quais preexista vínculo entre os participantes (relações continuadas no tempo ou perenes). O método é focado na melhoria ou no reestabelecimento da comunicação, de forma a identificar os reais interesses dos envolvidos por meio do levantamento de elementos subjetivos que interferem na situação objetiva em questão. Por essa razão, são trabalhadas questões sociais e jurídicas para a pacificação do conflito, o que acarreta, muitas das vezes, a necessidade de mais de uma sessão (com possibilidade de sessões individuais e conjuntas para mapeamento das narrativas) e maior flexibilidade no número total de encontros.

O mediador não apresenta soluções, mas auxilia e viabiliza que os envolvidos compreendam o conflito e identifiquem, por si mesmos, as opções possíveis que gerem benefícios mútuos (colaborativa ou ganha-ganha). Por serem autores da decisão, fala-se em protagonismo e em empoderamento

dos envolvidos, que não terceirizam o papel de decidir, com observância para o caráter preventivo e pedagógico do método.

Por sua vez, a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) estabeleceu os princípios e os pressupostos da mediação de forma ampla (judicial e, especialmente, extrajudicial) e contém dispositivos que são, de forma geral, congruentes com o CPC. A normatização da mediação foi um passo importante para a divulgação do método e contribuiu para a consolidação da política pública de tratamento adequado de conflitos de interesses no cenário nacional.

A partir das normativas, paulatinamente, sobrevieram alterações em diplomas legais a fim de permitir expressamente o uso de conciliação e mediação, tanto na seara privada como pública. Nesse sentido, pode ser citada a inclusão da possibilidade de extinção do contrato de forma consensual (artigo 138) e resolução de conflitos via conciliação, mediação e arbitragem (artigos 151 e seguintes) na Lei 14.133, de 1º de abril 2021 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Outros exemplos relevantes são: a) acordo de leniência previsto nos artigos 16 e 17 da Lei 12.846, de 1º de agosto 2013 — Lei Anticorrupção; b) permissão para celebrar acordo (transação) nas ações de improbidade administrativa, alteração realizada no artigo 17, § 1º, da Lei 8.429 de 2 de junho de 1992 — Lei de Improbidade Administrativa (LIA); c) modificação na normativa de desapropriação e inclusão da possibilidade de "opção pela mediação ou pela via arbitral para a definição dos valores de indenização" nas desapropriações por utilidade pública, artigo 10-B, Decreto-Lei 3.365, de 21 de junho de 1941 — Lei de Desapropriação; d) acréscimo da possibilidade de mediação e conciliação pré-processual e processual nos casos de recuperação judicial, artigo 20-B da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 — Lei de Recuperação Judicial e Falência.

Em que pese o uso de métodos autocompositivos ser alvo da mencionada Política Pública e ser marco central do CPC, ao recomendar expressamente que os órgãos do Poder Judiciário disponibilizem outras formas de soluções de conflitos antes da decisão judicial, o percentual de conciliação ainda é baixo e apresentou queda. Segundo o CNJ, em 2019, o índice de conciliação "aponta para redução pelo terceiro ano consecutivo".

Tal índice é obtido pela relação entre o percentual de sentenças e decisões homologatórias (acordos homologados pelos magistrados) e o total de decisões judiciais terminativas proferidas (BRASIL, 2020, p.171).

Assim, em 2015, o índice total de acordo foi de 11,1%; em 2016, de 13,6%; em 2017, reduziu para 13,5%, em 2018, para 12,7% e, em 2019, para 12,5% (BRASIL, 2020, p.172). Então, mais do que alterações de cunho normativos, são necessárias mudanças de mentalidade e de cultura envolvendo os operadores do direito e a sociedade.

Nesse cenário, é salutar a atuação de outras instituições, notadamente dos entes públicos, para viabilizar a resolução administrativa de conflitos e a consolidação de um ambiente de consensualismo no qual coexistem diferentes frentes de atuação extrajudiciais — mediante parceria com o Judiciário como ocorre nas câmaras privadas ou por meio de iniciativas apartadas.

No último caso, é possível citar algumas ações importantes do Poder Executivo, como as plataformas Consumidor.Gov e e-SIC – Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão. A plataforma e-SIC é vinculada à Controladoria-Geral da União (CGU) e está disponível para encaminhamento de pedidos de acesso à informação de órgãos e entidades do Executivo Federal.

A plataforma Consumidor.Gov foi criada em junho de 2014 e é gerida pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon). O sistema permite que o consumidor registre a sua reclamação apenas contra as empresas que já estão previamente cadastradas. Em abril de 2020, a plataforma contava com um montante de 1.949.525 usuários e 682 empresas de diversos segmentos cadastrados.

Trata-se do método de negociação via plataforma virtual, em que a empresa reclamada possui 10 dias para analisar a demanda e respondêla, e o consumidor, por sua vez, deve analisar, comentar e classificar a resposta oferecida pela empresa em 20 dias. Se não houver acordo, o consumidor pode indicar se a demanda foi "resolvida" ou "não resolvida," informar o seu grau de satisfação e, querendo, recorrer a outro método para solucionar o conflito (ADR ou Poder Judiciário). Em abril de 2020, o sistema possuía 2.658.506 reclamações finalizadas. O maior volume de reclamações está concentrado na região Sudeste, com 49% do total; seguido das regiões Sul, com 20,7%; Nordeste, com 16,4%; Centro-Oeste, com 10,3%, e Norte, com 3,6%.

O link para o Consumidor.Gov é indicado em diversos portais de Tribunais de Justiça, além de outras organizações públicas. As agências reguladoras, por exemplo, utilizam plataformas virtuais para negociação entre os participantes (o sistema também é utilizado para obtenção de dados importantes para subsidiar o desempenho das atividades de regulação, fiscalização e punição) e tentativa de acordo (Guerra e Salinas, 2020, p.16).

Guerra e Salinas (2020) constataram que as autarquias utilizam plataformas com características e grau de interação entre as partes distintos. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) adotou plataforma própria, já a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) promove o redirecionamento das reclamações para o sistema Consumidor.Gov que, por sua vez, possui maior grau de interação do que a ferramenta utilizada pela ANS. Tais plataformas são iniciativas importantes que contribuem para o desenvolvimento e concretização dos meios alternativos de solução de conflitos.

No que se refere às parcerias celebradas entre instituições públicas e privadas e o Judiciário, outras opções despontam na esfera extrajudicial, as quais se referem a organizações dedicadas à utilização de métodos alternativos para a solução de conflitos que podem ser desde entes púbicos (como instituições de ensino voltadas para a prática jurídica dos estudantes) a instituições empresariais. O ambiente regulatório pátrio permite que o Judiciário atue em parceria com essas organizações no desempenho de atividades de mediação e conciliação.

Para tanto, as instituições que possuírem interesse devem pleitear o cadastramento junto ao NUPEMEC do respectivo do Tribunal. Após verificação dos requisitos legais exigidos, aquelas que os preencherem serão credenciadas e se qualificam como câmaras privadas. Assim, elas podem receber e dar andamento a reclamações pré-processuais e processuais encaminhadas pelos CEJUSCs, além da possibilidade de homologação judicial dos acordos celebrados, o que contribui para a ampliação do acesso à justiça e a redução de demandas no Judiciário. Contudo, para atuação apenas na esfera pré-processual, o cadastramento não é obrigatório.

Cumpre ressaltar que todos os Tribunais de Justiça possuem CEJUSCs instalados e, em 2020, o número de órgãos variava de três a duzentos e trinta e um por Tribunal. De acordo com os dados divulgados nos relatórios Justiça em Números do CNJ <sup>1</sup>, houve um aumento expressivo do quantitativo de CEJUSCs instalados nos últimos anos, uma vez que: a) em 2014, existiam 362 CEJUSCs instalados; b) em 2015, existiam 654;

<sup>1</sup> Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 08 março 2021.

c) em 2016, existiam 808; d) em 2017, existiam 982; e) em 2018, existiam 1.088; f) em 2019, existiam 1.284. Nesse sentido, de 2014 para 2015, houve uma ampliação de 80,66% do montante de CEJUSCs. De 2014 para 2016, o número de órgãos mais que dobrou. Em 2019, o quantitativo apurado representa um incremento superior a 3,5 vezes ao total existente em 2014.

Detectou-se em pesquisa² realizada no ano de 2021 que a maioria dos Tribunais possui câmaras privadas cadastradas. Nesse cenário, temse que: a) 17 órgãos, o que representa 63% do total, possuem câmaras privadas cadastradas; b) 10 órgãos, o que representa 37% do total, não possuem câmaras privadas cadastradas e habilitadas para atuar junto aos respectivos CEJUSCs. Com relação à composição dos dez Tribunais que não possuem câmaras privadas cadastradas, 70% são classificados como de pequeno porte, 20% de médio porte e 10% de grande porte. Já no que se refere à classificação dos tribunais de acordo com o porte, 80% dos pertencentes aos grupos de grande e de médio portes possuem câmaras privadas cadastradas, enquanto somente 41,66% dos de pequeno porte as possuem.

Em nenhum dos sete Tribunais localizados na região norte há câmaras privadas cadastradas. Por outro lado, todos os quatro Tribunais constituintes da região centro-oeste as possuem. Nos Tribunais das regiões nordeste, sudeste e sul há câmaras privadas cadastradas em quase todos os Tribunais, pois apenas um órgão de cada região não possui instituições habilitadas. Sobre os 17 respondentes que informaram possuir câmaras privadas cadastradas, o maior número de instituições habilitadas encontrado foi de 53, no TJSP, e o menor de foi de uma, em quatro Tribunais. No total, há 159 câmaras privadas cadastradas no país.

Observa-se que, na maioria dos Tribunais no qual existem câmaras cadastradas, o quantitativo é reduzido. Nesse sentido, 70,58% (12 Tribunais) possuem de uma a quatro instituições habilitadas. Dos cinco Tribunais restantes, que possuem o maior número de câmaras privadas cadastradas, três deles são de grande porte (TJSP, TJMG e TJRJ) e dois de médio porte (TJPE e TJMT).

O montante apurado foi especificamente de: a) TJSP com 53 câmaras privadas cadastradas, representando 33,33% do total; b) TJPE com 33

<sup>2</sup> Foi realizada uma busca nos sítios eletrônicos dos Tribunais de Justiça Estaduais, bem como o encaminhamento de um questionário para o levantamento de dados. Os Tribunais de Justiça foram escolhidos em razão da abrangência e da distribuição no território brasileiro (atuação de forma desconcentrada e pulverizada nas comarcas).

câmaras privadas cadastradas, representando 20,75 do total; c) TJMG com 18 câmaras privadas cadastradas, representando 11,32% do total; d) TJRJ com 17 câmaras privadas cadastradas, representando 10,69% do total; e) TJMT com nove câmaras privadas cadastradas, representando 5,66% do total.

Quanto à distribuição das câmaras privadas por região do país, temse que: a) 88 estão na região sudeste, o que equivale a 55,35% do somatório; b) 49 estão na região nordeste³, equivalente a 30,82% do somatório; c) 17 estão na região centro-oeste, equivalente a 10,69% do somatório; d) cinco estão na região sul, equivalente a 3,14% do somatório.

Dos cinco Tribunais com maior quantitativo de CEJUSCs, tem-se que o TJSP possui o maior número de órgãos instalados (231) e o maior número de câmaras (53). Possui 5,66 vezes o valor da média de câmaras privadas cadastradas, que é de 9,35 instituições. O TJMG é o segundo Tribunal em quantitativo de Centros (184) e o terceiro em câmaras (18) habilitadas. O TJBA e o TJPR, ambos com 141 CEJUSCs instalados, e o TJGO, com 82 CEJUSCs, possuem, respectivamente, uma, zero e duas câmaras cadastradas.

Nesse cenário, nos Tribunais de São Paulo e de Minas Gerais, o expressivo montante de CEJUSCs instalados é acompanhado por quantitativos maiores de câmaras privadas cadastradas. Entretanto, nos Tribunais da Bahia, do Paraná e de Goiás não há tal alinhamento, uma vez que restou constatado um desnível entre o montante de Centros e o de câmaras.

Por sua vez, o TJPE é classificado como de médio porte, é o segundo órgão com maior número de câmaras privadas cadastradas no cenário nacional, mas o décimo terceiro em termos de CEJUSCs. Assim, possui 28 CEJUSCs instalados e 33 câmaras privadas cadastradas, possuindo, portanto, maior quantitativo de câmaras do que de Centros. É importante ressaltar uma peculiaridade observada nesse caso.

Em consulta no portal institucional do TJPE<sup>4</sup>, é possível verificar que as câmaras privadas em questão são, em sua maioria, instituições de ensino. São, no total, 26 universidades e faculdades, representando 78,78% do total de câmaras cadastradas. As demais são unidades da Defensoria

<sup>3</sup> Ressalte-se a significativa participaação do TJPE no montante apurado.

<sup>4</sup> Disponível em: https://www.tjpe.jus.br/web/resolucao-de-conflitos/cejuscs-camaras/camaras. Acesso em: 08 março 2021.

Pública, da Prefeitura e do Centro Comunitário da Paz - Compaz que integra a Secretaria de Segurança Urbana da Prefeitura do Recife. Diferente do que ocorre em outros Tribunais, no TJPE, estão cadastradas como câmaras privadas, exclusivamente, órgãos da administração pública e instituições de ensino públicas e privadas.

No que se refere à relação estabelecida entre os CEJUSCs e as câmaras privadas cadastradas, é possível que estas encaminhem acordos para homologação naqueles, bem como que recebam dos CEJUSCs demandas para resolução via métodos autocompositivos. Especificamente sobre o endereçamento de demandas entre as organizações, tem-se que:

- a) 42,3%, ou seja, 11 respondentes informaram que os CEJUSCs não encaminham e não recebem demandas das câmaras privadas para homologação. É importante ressaltar que dez órgãos noticiaram a inexistência de câmaras privadas cadastradas, conforme mencionado anteriormente. Tal fato, aliado ao tenro cadastramento de câmaras privadas junto a alguns NUPEMECs, contribui para entender questões pertinentes ao resultado obtido.
- b) 26,9%, ou seja, sete respondentes noticiaram que os CEJUSCs não encaminham, mas recebem acordos das câmaras privadas para homologação esporadicamente. Enquanto 23,1%, ou seja, seis respondentes recebem acordos para homologação com frequência.
- c) 7,7%, ou seja, dois respondentes informaram que os CEJUSCs encaminham demandas para câmaras privadas esporadicamente. Assim, os únicos Centros que encaminham demandas para as câmaras privadas são dos Tribunais do Mato Grosso do Sul e do Pernambuco, órgãos de pequeno e médio porte, respectivamente.

No tocante aos demais CEJUSCs com maior número de câmaras privadas cadastradas – na sequência TJSP (53), TJMG (18) e TJRJ (17) –, todos recebem acordos para homologação, mas não encaminham demandas para as câmaras privadas. Desses Tribunais, o recebimento de demandas é frequente nos CEJUSCs dos Tribunais de São Paulo e Minas Gerais, bem como nos órgãos dos Tribunais de Goiás, Mato Grosso, Piauí e Sergipe.

Observa-se, ainda, que, em 55,56% dos casos, ou seja, 15 órgãos recebem demandas oriundas das câmaras privadas para homologação, independente da frequência. São três Tribunais de grande porte, sete de médio porte e cinco de pequeno porte. Esses estão distribuídos no território

brasileiro de forma a abranger todos os Tribunais integrantes da região centro-oeste e nenhum da região sul. Eles abarcam, ainda, a maior parte dos Tribunais localizados na região sudeste, com uma exceção, seis na região nordeste e dois na região norte.

Desse modo, é significativamente mais frequente que as câmaras privadas encaminhem demandas para homologação nos CEJUSCs, para que os juízes homologuem os acordos celebrados, do que recebam demandas de tais órgãos.

Em suma, constata-se que o número de CEJUSCs existentes nos Tribunais de Justiça varia em torno da média de 48,56 órgãos, sendo que metade dos Tribunais possuem quantitativo inferior a 26 Centros. Por sua vez, o valor mais frequente é de 9 CEJUSCs. O desvio padrão de 57,81 é uma dispersão relevante e indica a considerável probabilidade de Tribunais possuírem montante de Centros muito distantes da média geral. Tal fato foi verificado, notadamente, nos TJSP, TJMG, TJPR e TJBA.

O número de câmaras privadas cadastradas varia em torno da média de 5,89 organizações, sendo que metade dos Tribunais possuem quantidade inferior a uma câmara privada. Nesse aspecto, deve ser pontuado que dez Tribunais não possuem câmaras credenciadas. Verifica-se, portanto, que os Tribunais são mais heterogêneos com relação ao número de CEJUSCs instalados do que com relação ao número de câmaras privadas cadastradas, tendo em vista o maior desvio padrão apresentado.

Verificou-se a inexistência de correlação entre as variáveis, segundo o indicador de Spearman (sig>0,05). De toda forma, o referido indicador estimou correlação positiva, com coeficiente de 0,339, entre o número de Centros e o quantitativo de câmaras, sendo esse valor considerado fraco. Ademais, é possível visualizar, no Gráfico 1<sup>5</sup>, que há uma dispersão entre os pontos, reforçando o indício de inexistência de correlação entre as variáveis. Ou seja, o quantitativo de CEJUSCs instalados parece não influenciar o montante de câmaras privadas credenciadas.

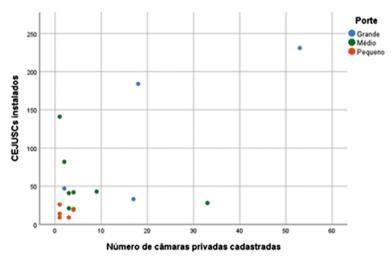
Assim, embora já existam diversas câmaras privadas em atuação, inclusive vinculadas ao Poder Público, há espaço para a ampliação de tais iniciativas. Sobre as parcerias com entes públicos, além do caso do TJPE,

O Gráfico de dispersão, segundo o critério de Corrar et al. (2011), sugere que o TJSP representa um possível outlier, com quantitativos maiores de CEJUSCs instalados e de câmaras privadas cadastradas em relação aos demais Tribunais, considerando o escore de 3,16 para CEJUSCs e de 3,93 para câmaras. Corrar et al. (2011) sugerem a aplicação de uma regra de bolso para a identificação de outliers, qual seja -2,5 ≥ zi ≥ +2,5, para n ≤ 80.

pode ser citada, por exemplo, a existência, na justiça potiguar, do CEJUSC Fiscal Municipal e do Fiscal Estadual – CEJUSC Dívida Ativa<sup>6</sup>, criados em 2020 e instalados na Secretaria Municipal de Tributação e Secretaria de Tributação.

No mesmo contexto, no TJDFT, foi noticiada, ainda, hipótese na qual os Centros vão ao encontro do cidadão para a solução consensual de conflitos, indicando ação conjunta de diferentes atores. Trata-se do Centro temático de Acidentes de Trânsito, que presta atendimento no local do acidente mediante o deslocamento de uma equipe, composta por conciliador ou mediador, um agente de segurança do TJDFT ou policial militar e um motorista da van (artigo 18, Portaria Conjunta nº 79, de 17 de julho de 2018).

Gráfico 1: Relação entre o número de CEJUSCs instalados e o número de câmaras privadas cadastradas, com identificação dos portes dos Tribunais de Justiça – Brasil – 2021



Fonte: Elaboração própria.

Outro exemplo de atuação conjunta do Judiciário e de entes públicos é o que ocorre no TJMG. O órgão possui, além das câmaras privadas cadastradas, uma rede de parceiros que prestam suporte (Postos de

<sup>6</sup> Disponível em: http://www.tjrn.jus.br/index.php/comunicacao/noticias/17818-tjrn-firma-convenio-como-governo-do-rn-para-criacao-do-cejusc-divida-ativa. Acesso em: 27 maio 2021

Cidadania) ou realizam diretamente mediação e conciliação de conflitos (Postos de Atendimento). As parcerias envolvem entes públicos, instituições de ensino, entidades públicas e privadas e associações comerciais. As iniciativas existentes são:

- a) Postos de Cidadania: são implantados, normalmente, em municípios que constituem determinada comarca, mas nos quais os CEJUSCs são localizados em municípios diversos. Assim, o primeiro atendimento, com orientações e agendamento da conciliação ou da mediação, é realizado pela prefeitura local, ou seja, pelo Posto. Desta feita, o cidadão terá de se deslocar até o Centro apenas na data da sessão designada. No portal institucional, constam 11 Postos, sendo dez em municípios e um na Associação de Proteção ao Condenado (APAC/Caratinga).
- b) Postos de Atendimento Pré-Processual (Papres): são instalados nos municípios, em pessoas jurídicas e em instituições de ensino conveniadas com o Tribunal que atuam em parceria com os CEJUSCs, realizando conciliação nos casos em que não há processo em tramitação (pré-processual). No total, constam 116 Postos, constituídos por 72 instituições de ensino, 29 municípios, e os demais, em menores percentuais, câmaras municipais, Procons, entre outros. Nos Postos, no período de agosto a dezembro de 2018, foram celebrados 1.120 acordos, sendo 652 em Belo Horizonte. Já, em 2019, houve 9.124 agendamentos, 5.984 sessões realizadas (65,59%) e 5.006 acordos celebrados (83,66%). Desse total, 2.251 foram designados na capital que contabilizou igual número de acordos, ou seja, 100% dos agendamentos.

A título de contextualização, é possível citar, ainda, o acordo de cooperação firmado entre o TJDFT e a Defensoria Pública do Distrito Federal (DPDF), cujo objetivo é prevenir litígios e incentivar a desjudicialização de conflitos por meio da elaboração de súmulas administrativas e orientações normativas para os defensores. Assim, consta no acordo a recomendação do "não ajuizamento de ações ou a não interposição de recursos nos casos em que se identificar temas recorrentes da Defensoria com baixo índice de êxito, assegurada a independência funcional dos defensores". (TJDFT, 2021, p.9)<sup>7</sup>

Assim, há diversas parcerias, acordos, ações e programas institucionalizados. Tais iniciativas aproximam o cidadão do judiciário,

<sup>7</sup> Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/gestao-estrategica/planejamento-estrategico/relatorios/ gestao2020-relatorio-atividades.pdf. Acesso em: 05 de junho de 2021.

ao apresentar um ambiente mais informal e dinâmico para a escuta das necessidades do cidadão, e constituem importantes ferramentas que, além de atuar em diversas frentes e envolver diferentes atores, buscam estreitar o diálogo entre pessoas físicas, entre cidadão e pessoa jurídica e entre esta e o judiciário. Nesse sentido, tais iniciativas promovem o diálogo entre partes e entre instituições.

Desse modo, é possível constatar que alguns passos foram dados. Contudo, há uma miríade de possibilidades e de espaços a serem ainda explorados.

### 4. DIREITO ADMINISTRATIVO CONCERTADO: CONSENSUALISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De acordo com o cenário de consensualismo exposto na seção anterior, os entes públicos podem desempenhar um papel fundamental na consolidação dos métodos adequados de solução de conflitos, inclusive em razão do expressivo ativo processual no qual figuram como parte.

Especificamente sobre o Estado, é importante ressaltar o momento de flexibilização que envolve o Direito Público do século XXI. Em um primeiro momento, a concepção do Estado de Direito é relacionada com a observância do princípio da legalidade, conforme consagrado no caput do artigo 37, da CRF/88. Com a constitucionalização do Direito Administrativo, pretendeu-se uma atuação eficiente do Poder Público e, ao mesmo tempo, comprometido com o sistema democrático, sobretudo com vistas a proteger e a promover os direitos fundamentais dos indivíduos.

Já em um segundo momento, a Administração se vê diante de um novo contexto no qual urge a superação de concepções meramente burocráticas, da legalidade da letra da lei, para a adoção de um modelo menos rígido, haja vista o Direito Provisório implementado em razão da pandemia da COVID-19 (Corona Virus Disease ou Doença do Coronavírus de 2019). Percebe-se, portanto, a superação das amarras rígidas do princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito rumo à adoção do princípio da legitimidade e da juridicidade. Estes se alinham ao princípio da legalidade no seu sentido axiológico (sentido de valor), prezando pela conjugação das leis com o ordenamento jurídico como um todo.

Tal cenário favorece a ampliação do canal de comunicação entre a Administração e os administrados, a efetividade da atuação pública e o alcance dos resultados (finalidade pública). No mundo contemporâneo, surgem diversos empecilhos e desafios em um novo contexto social marcado pelo aprofundamento da diversidade, do dinamismo e da complexidade nas relações. Nessa seara, agiganta-se um clamor por ampliar a transparência e a eficiência dos serviços prestados e das relações estabelecidas pelo Poder Público. Em consonância, observa-se maior participação dos cidadãos, seja na avaliação dos serviços prestados pelo Poder Público, na tomada de decisão ou no processo legislativo que, em síntese, estreitam o diálogo entre a sociedade e o Estado, o que coaduna com o uso de ferramentas consensuais para atuação do Estado e para solução de conflitos.

Há também um olhar diferente para o Direito Público e para as pedras de toque do direito administrativo<sup>8</sup>, pois nem sempre o interesse público é necessariamente um direito indisponível e, mesmo quando o for, ainda assim é possível a transação, conforme artigo 3°, § 2°, da Lei da Mediação. Nesse sentido, a Advocacia Geral da União (AGU) conta, por exemplo, com a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), voltada para a solução consensual de conflitos.

Nesse ambiente de consensualismo, abre-se espaço para o direito administrativo concertado, ou seja, baseado no consensualismo e celebração de acordos. A concertação, "nesse sentido de busca de consensos sobre questões econômicas e sociais, é tributária do princípio democrático, na medida em que, não desconhecendo os conflitos inerentes a uma sociedade plural, substitui decisões unilaterais de gabinete por processos de discussão e persuasão", o que significa dizer a "substituição de uma atuação impositiva por uma atuação negocial e consensual (...), sob o pálio da transparência, da igualdade, da imparcialidade e das demais imposições da juridicidade" (NETO, 2017, p.193).

Assim, a Administração concertada enfoca uma atuação do Poder Público voltada para a adoção de procedimentos conciliatórios a fim de se alcançar efetividade, eficácia e eficiência nas relações estatais. Ela pode ser aplicada, portanto, entre órgãos, entre entidades e entre Estado e administrados. Em consonância, cite-se a previsão do controle interno realizado de forma integrada pelos Poderes com o objetivo de "comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial", bem como "da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado" (artigo 74, II, da CRF/88).

<sup>8</sup> Expressão cunhada pelo autor Celso Antônio Bandeira de Melo a qual se refere aos princípios básicos que fundamentam o regime jurídico administrativo (supremacia e indisponibilidade do interesse público).

Cabe ressaltar também o artigo 71, IX, da CRF/88, que prevê que compete ao Tribunal de Contas da União (TCU) a fixação de prazo para que o órgão ou entidade adote as providências para suprir irregularidades visualizadas e, dessa forma, tome as medidas necessárias para o cumprimento integral da lei. O dispositivo consagra, portanto, hipótese de o próprio jurisdicionado solucionar a questão, evitando a judicialização de uma nova demanda. É possível, ainda, o termo de ajustamento de conduta ou de ajustamento de gestão que são acordos firmados com o objetivo de substituir os procedimentos punitivos.

Foi o que ocorreu quando o TCU se posicionou com relação às instalações olímpicas e à necessidade de identificação de um plano de legado definitivo mediante acordo entre as entidades envolvidas, formalizado no TC 015.072/2017-7, lavrado pelo relator Ministro Augusto Nardes. Restou consignado no citado relatório que "a proposta de metodologia consistiu em métodos consensuais de solução de questões (mediação e conciliação), mitigando a decisão unilateral dos órgãos de controle, refletindo uma preocupação no sentido de melhor solucionar o problema", ou seja, na busca de "soluções ajustadas e calibradas pelos próprios responsáveis por sua implementação." Em conclusão, em vez da atuação sancionatória, o TCU sugeriu um termo de aditamento de gestão de forma que a sociedade pudesse usufruir de um retorno positivo e útil com relação às arenas construídas.

Ademais, a LINDB, alterada pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, prevê que as decisões das áreas administrativa, controladora e judicial devem ser tomadas pelo gestor público de acordo com o caso concreto, ou seja, o julgamento não deve ser baseado em "valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão" (artigo 20). Tal previsão, por sua vez, casa com a busca de ampliação do diálogo e da comunicação voltada para apurar os dois lados da questão controvertida, em contraposição à atuação meramente punitiva (administração pública impositiva).

Diversas normativas estão no esteio da Administração concertada, enfocando a comunicação e o alinhamento de condutas para solucionar questões em contraposição às medidas punitivas. A título de contextualização, é possível citar alguns exemplos como: a) termo de compromisso previsto no artigo 11, § 5°, da Lei 6.385 de 7 de dezembro de 1976 – Comissão de Valores Mobiliários; b) Termo de Ajustamento de Condutas (TAC) previsto artigo 5°, § 6°, da Lei 7.347 de 24 de julho 1985 – Lei da Ação Civil Pública; c) termo do compromisso de cessação de prática sob investigação ou de seus efeitos lesivos e programa de leniência (acordo administrativo celebrado

entre Estado e infratores), previstos nos artigos 85 a 87 da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Especificamente sobre serviços públicos, existem normativas que, além de prever ampliação do papel do cidadão, estipulam outras formas de atuação do Poder Público diante de irregularidades. Nesse sentido, a Lei 13.460, de 26 de junho de 2017, disciplina a participação e a defesa dos direitos dos usuários de serviços públicos, especialmente no que concerne ao acompanhamento concomitante à prestação e à avaliação quanto à adequação do serviço público, conforme artigos 6°, I; artigo 18, II e V; artigo 23, I.

Já com relação às concessionárias, há diversos mecanismos previstos em normativas como: a) indicação no contrato de concessão de telefonia do foro e do modo para solução extrajudicial das divergências contratuais, conforme artigo 93, XV, da Lei 9.472, de julho de 1997; b) regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato de concessão de petróleo e energia elétrica e sua execução, inclusive com previsão de conciliação e arbitragem internacional, nos termos do artigo 43, X, da Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997; c) suspensão do processo administrativo e celebração de termo de compromisso de ajuste de conduta nos contratos de concessão de saúde, conforme artigo 29 da Lei 9.656, de 3 de junho de 1998.

Paralelamente às normativas, existem decisões judiciais em consonância com essa nova perspectiva do direito público conciliador, que permitem visualizar concretamente as vantagens advindas de uma Administração Pública concertada. A ministra Ellen Gracie, no Recurso Extraordinário nº 253.855-0, consignou a validade da transação celebrada entre o Município de Santa Rita do Sapucaí e as servidoras públicas municipais.

Na ocasião, a Municipalidade pleiteava o desfazimento do acordo sob a alegação de não haver previsão legal autorizativa da celebração da transação, o que, portanto, contrariava o princípio da legalidade. Contudo, na Justiça, houve a manutenção da transação e, para tanto, foi considerada a necessidade de atenuação do princípio da legalidade, tendo em vista que o acordo preservou o interesse público de forma mais rápida, efetiva e menos onerosa para o município (inexistência de ônus de sucumbência).

Ademais, restou consignado que o acordo transacionado, após quase três anos do ajuizamento da ação, "nada mais fez do que antecipar a justiça (...), apenas tentou minimizar os desastrosos efeitos ocasionados às autoras". Além de menos oneroso para o Poder Público, o acordo possibilitou uma resolução mais célere do conflito.

Dessa forma, o cenário normativo e institucional da Administração Pública apresenta sinais de inflexão, com a adoção de medidas autocompositivas para o deslinde de conflitos, nos termos vislumbrados pela terceira onda de Cappelletti e Garth (1988).

#### 5. CONCLUSÃO

O uso de métodos autocompositivos para a solução de conflitos está em consonância com o exercício da cidadania ao possibilitar a participação do indivíduo no deslinde da questão suscitada e consolidar, em concreto, os direitos proclamados no ordenamento jurídico. Nesse sentido, o pressuposto das ondas renovatórias, delineadas por Cappelletti e Garth (1988), é o de garantir uma justiça realmente acessível a todos, com resultados efetivos e justos tanto na esfera individual quanto na social. A democratização de tal acesso, seja via Poder Judiciário ou ADR, perpassa por exercitá-lo de forma qualificada e igualitária.

O uso de ADR na solução autocompositiva é relacionado à maior acessibilidade e celeridade, redução de gastos em relação ao sistema tradicional de solução de conflitos, promoção do diálogo entre as partes, empoderamento dos participantes que gozam de autonomia na solução do conflito. É importante, contudo, que a incorporação de métodos de ADR venha acompanhada de políticas públicas robustas, de forma a potencializar os pontos favoráveis da adoção das medidas e, ao mesmo tempo, refletir sobre os sinais de alerta, mediante participação conjunta de diversos atores como agentes públicos, profissionais jurídicos e cidadãos. Caso contrário, será apenas um conjunto de normativas sem efetividade.

Constatou-se que o fenômeno observado é heterogêneo na Justiça estadual, pois, apesar de existirem Centros em todos os Tribunais de Justiça, a região Sudeste conta com o dobro do número total de CEJUSCs instalados na região Sul, aproximadamente o triplo da região Centro-Oeste e quase o quádruplo da região Norte. As câmaras privadas, por sua vez, podem ser desde órgãos públicos, instituições de ensino a organizações privadas, de acordo com o Tribunal em questão. A distribuição das câmaras no território brasileiro também não é homogênea, uma vez que 63% dos Tribunais de Justiça possuem câmaras cadastradas, mas a maioria delas

estão localizadas nos estados da região Sudeste (TJSP, TJMG e TJRJ), bem como são cadastradas para atuação exclusivamente em um Tribunal.

Trata-se de mudanças gradativas e, para tanto, o papel desempenhado pelos profissionais do direito pode contribuir tanto para reduzir as barreiras psicológicas (Economides, 1999) quanto para fomento dos métodos adequados de solução de conflitos. No mesmo sentido, constatou-se se a importância do engajamento das instituições públicas, notadamente dos grandes litigantes, para a consolidação do uso de ADR.

Desse modo, os entes públicos podem atuar de forma decisiva para a implementação de práticas autocompositivas, tanto no que se refere à resolução administrativa de demandas quanto mediante parcerias com o Judiciário. Tais pressupostos ganham força à luz do direito administrativo concertado, baseado no consensualismo e na celebração de acordos, em que há uma atuação do Poder Público voltada para a participação, para a negociação e para o consensualismo, ou seja, na adoção de procedimentos conciliatórios a fim de se alcançar efetividade, eficácia e eficiência nas relações estatais. Não se trata de eliminação do Poder Judiciário, mas de atuação cooperativa rumo à consolidação de um novo caminho para a solução de conflitos.

#### REFERÊNCIAS

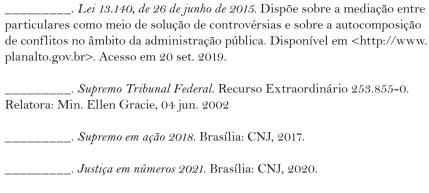
ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL. *O uso da justiça e o litígio no Brasil.* Coord Maria Tereza Sadek, 2015. Disponível. em:<a href="https://cpi.amb.com.br">https://cpi.amb.com.br</a> > Acesso em 20 set. 2019.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie; GOMES, Lilian. Cartografia da Justiça no Brasil. Belo Horizonte: Editora Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil de

1988. Brasília: Senado, 1988. Disponível em <a href="http://www.planalto.gov.br">http://www.planalto.gov.br</a>.
Acesso em 20 set. 2019.
\_\_\_\_\_\_. Resolução 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.
\_\_\_\_\_\_. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: Brasília, 2015. Disponível em <a href="http://www.planalto.gov.br">http://www.planalto.gov.br</a>.

planalto.gov.br>. Acesso em 20 set. 2019.



CALVO SOLER, Raúl. *Mapeo de conflictos: técnica para la exploración de los conflitos.* Barcelona: Editorial Gedisa, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CORRAR, Luiz J.; PAULO, Edilson; DIAS FILHO, José Maria (Coords). Análise multivariada: para cursos de administração, ciências contábeis e economia. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2013.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do "Movimento de Acesso à Justiça": epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce et.al. (org.). Cidadania, Justiça e Violência. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76.

GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Resolução eletrônica de conflitos em agências reguladoras. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 16, n. 1, e 1949, 2020.

Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas. *Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS)*, 2010. Disponível em <a href="http://www.ipea.gov.br/">http://www.ipea.gov.br/</a>>. Acesso em 20 set. 2019.

MARONA, M. "Defensorias Públicas". In: AVRITZER et alii (Orgs). *Dimensões políticas da justiça.* Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2013.

MEDEIROS. P. H. R.; GUIMARÃES, T. de A. O estágio do governo eletrônico no Brasil em relação ao contexto mundial. In: *Revista do Serviço Público*, ano 55, Brasília, 2004.

MENKEL-MEADOW, Carrie J. When Dispute Resolution Begets Disputes of its Own: *Conflicts Among Dispute Professionals*. UCLA Law Review, 1997.

MOURA, Gisele. O acesso à justiça e a celeridade processual: o alcance de uma justiça efetiva, justa e igualitária. In: PEREZ, Áurea (Org). 5 anos do Código de Processo Civil 2015. Belo Horizonte: TJMG, 2020.

NETO, Eurico Bitencourt. Concertação Administrativa Interorgânica: *Direito Administrativo e Organização do Século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, n. 101, p. 55-66. São Paulo, 2014.

SADEK, Maria Tereza Aina. *Poder Judiciário: perspectivas de reforma.* Opin. Publica, Campinas, v. 10, n. 1, p. 01-62, maio 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. 3ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. Pela mão de Alice: o social e o político na pósmodernidade. Porto: Edições Afrontamento, 1999. RECEBIDO EM: 14/03/2022 APROVADO EM: 25/05/2022

DOSSIÊ

# ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL

## ANALYSIS OF THE IMPLEMENTATION OF TAX ARBITRATION IN BRAZIL

Isabela Bonfá de Jesus

Doutora e Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP. Vice-Coordenadora da Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado/Doutorado) do Núcleo de Direito Constitucional e Processual Tributário da PUC/SP. Professora em Direito Tributário e Processo Tributário da Graduação e do Mestrado da PUC/SP. Ex-Juíza do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo. Membro da Comissão de Direito Tributário da OAB/SP. Advogada e Economista.

Victória Milaré Toledo Santos

Mestranda em Direito Constitucional e Processual Tributário e Bacharel pela Pontificia UniversidadeCatólica de São Paulo (PUC/SP). Advogada.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Cenário legislativo para criação da arbitragem tributária no Brasil. 2. Projetos

de Lei de arbitragem tributária. 3. Questionamentos acerca dos Projetos de Lei de arbitragem tributária. 4. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** O estudo tem como objetivo analisar e discutir a possibilidade de implantação do instituto da arbitragem tributária no âmbito do contexto jurídico brasileiro atual, especificamente considerando os Projetos de Lei atualmente em trâmite no Congresso Nacional, quais sejam os Projetos de Lei nº 4.257/2019 e 4.468/2020. Busca-se delinear qual a real efetividade de aplicação do referido instituto no âmbito do Direito Tributário brasileiro e quais as implicações de tal medida ante à realidade atual, caracterizada pela ineficácia das medidas tradicionais de soluções de litígios no âmbito do contencioso. O presente estudo objetiva compreender, através de extensa análise das regras prescritivas do direito positivo e preceitos da Ciência do Direito, as possíveis implicações das aprovações dos referidos Projetos de Lei, resultando na consequente introdução e implementação da arbitragem tributária. Neste contexto, o presente trabalho utilizará da linguagem científica com o intuito de explorar estas regras constitucionais e demais normas tributárias delas decorrentes, tentando-se responder à indagação quanto à possibilidade ou não de implementação da arbitragem tributária no Brasil diante do atual ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Tributário. Projeto de Lei 4.257/2019. Projeto de Lei 4.468/2020. Litígios.

ABSTRACT: The study aims to analyze and discuss the possibility of implementing the tax arbitration institute within the current Brazilian legal context, specifically considering the bills currently being processed by the National Congress, namely bills No. 4.257/2019 and 4,468/2020. It seeks to delineate the real effectiveness of the application of the institute in the scope of Brazilian Tax Law and what are the implications of such a measure considering the current reality, characterized by the ineffectiveness of traditional measures for resolving disputes in the context of litigation. The present study aims to understand, through an extensive analysis of the prescriptive rules of positive law and precepts of the Science of Law, the possible implications of the approval of the referred bills, resulting in the consequent introduction and implementation of tax arbitration.

In this context, this work will use scientific language to explore these constitutional rules and other tax rules resulting from them, trying to answer the question as to the possibility or not of implementing tax arbitration in Brazil considering the current legal system.

**KEYWORDS:** Arbitration. Tax. Bill 4.257/2019. Bill 4.468/2020. Litigation.

### INTRODUÇÃO

Em termos gerais, a arbitragem, a despeito de contar com inúmeros sentidos, como já comentava o professor Agustín Gordillo (2000), pode ser definida como meio alternativo à jurisdição, por intermédio do qual um terceiro, estranho à lide e escolhido pelos litigantes, fornece uma solução ao imbróglio levado à sua apreciação. Evidencia-se, assim, a natureza extrajudicial da arbitragem, ainda que tal característica não indique a prescindibilidade do Poder Judiciário ao longo de todo o processo.

Como já exposto pelo professor Fredie Didier Jr. (2000, p. 217-218), sobre a arbitragem, o entendimento doutrinário que tem prevalecido no Brasil é aquele que dispõe que o árbitro exerce jurisdição: "é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autorregramento (autonomia privada)."

Inclusive, não é outra a posição da jurisprudência. Na Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça ("STJ"), a Edição nº 122 (Da Arbitragem), que menciona os acórdãos publicados no âmbito da Corte Cidadã até 22 de março de 2019, revela, no Tema 9, que é pacífico o entendimento segundo o qual:

A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui natureza jurisdicional, o que torna possível a existência de conflito de competência entre os juízos estatal e arbitral, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça - STJ o seu julgamento (BRASIL, 2019).

No Brasil, o tema é regulamentado pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, (BRASIL, 1996) recentemente alterada pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015 (BRASIL, 2015). Contudo, o movimento de buscar meios alternativos para resolução de conflitos ganhou impulso com a edição do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), visando

ao menos diminuir a crise enfrentada pelo Poder Público em relação à prestação jurisdicional, ante à sobrecarga de demandas.

Especificamente em relação ao Direito Tributário, o instituto da arbitragem ganha força à medida em que o contencioso tributário tem se mostrado ineficiente, deixando pendente a apreciação de feitos que, muitas vezes, versam sobre questões que demandam decisões urgentes. A excessiva demora na resolução dos litígios atrasa a confirmação do direito dos contribuintes, além da própria arrecadação dos tributos pelo Estado, prejudicando todo o desenrolar da máquina pública em verdadeiro ciclo vicioso.

Esses são alguns dos problemas passíveis de serem relatados no contexto brasileiro atual. Afinal, são inúmeras as hipóteses que têm sido apontadas nos últimos anos pelos contribuintes como motivo de insatisfação em relação ao Poder Judiciário, dentre as quais pode-se citar a não observância à razoável duração do processo; imprevisibilidade na aplicação das regras tributárias; ausência de normas tributárias que abarquem por completo todas as situações vivenciadas, especialmente aquelas decorrentes de novas tecnologias; imprevisibilidade da jurisprudência; dentre outras.

Por tais razões, verificou-se relevante aumento na discussão quanto a novas perspectivas do contencioso tributário e meios alternativos à jurisdição, resultando em considerável aumento nos debates acerca da arbitragem tributária.

Nos últimos anos, pôde-se perceber que o tema em questão foi alvo de análise por inúmeros cientistas do Direito, em razão não só das possíveis vantagens que a implantação de uma nova força de resolução de conflitos poderia trazer, mas também em razão das dificuldades de incorporação desse instituto ao atual ordenamento jurídico.

Passou-se a abordar, especialmente, o estigma quanto à disponibilidade ou não do crédito tributário, afinal referido empecilho poderia comprometer todos os estudos sobre o tema. Ademais, há quem sustente que a apreciação da matéria no âmbito em Direito Tributário caberia apenas ao Estado, razão pela qual não seria possível a criação de uma justiça privada alternativa para resolução dos conflitos relacionados ao tema.

É a partir desse ponto que o presente trabalho procura analisar os debates já existentes acerca da arbitragem tributária no Brasil e as condições para sua implementação. Mas não só: esse estudo focará especificamente nos referidos Projetos de Lei pátrios que tratam sobre o tema.

Atualmente, há dois Projetos de Lei que se destinam à introdução do referido instituto no âmbito do Direito Tributário. O primeiro proposto foi o Projeto de Lei nº 4.257/2019 (BRASIL, 2019), de autoria do Senador Antônio Anastasia, que busca alterar a Lei nº 6.830/1980, Lei de Execuções Fiscais (BRASIL, 1980). Em adição, foi apresentado o Projeto de Lei nº 4.468/2020, de autoria da Senadora Daniella Ribeiro (BRASIL, 2020), que busca a utilização de mecanismo de arbitragem tributária no curso da fiscalização e, portanto, em momento anterior ao lançamento tributário.

Analisar-se-á, portanto, a implementação da arbitragem tributária no Brasil em decorrência dos referidos Projetos de Lei em tramitação. Para tanto, foram feitas essas breves considerações quanto ao instituto da arbitragem, a fim de expor suas características e introduzir o tema.

Na sequência, mostrar-se-á necessária a apresentação e descrição dos Projetos de Lei mencionados anteriormente, bem como a exposição do cenário brasileiro, a fim de contextualizar o cientista do direito quanto às condições que estão sendo consideradas para fins de elaboração do presente estudo.

Passa-se, então, ao exame específico das condições para implementação da arbitragem no âmbito do Direito Tributário. Para isso, ao longo do artigo, serão evidenciadas as normas constitucionais e tributárias delas decorrentes, para que seja possível proceder à avalição da compatibilidade do instituto com o ordenamento jurídico pátrio.

A justificativa do presente estudo se dá em razão da clara importância do tema em face das recentíssimas discussões jurídicas que o circundam. Além disso, mostra-se clara a relevância do tema para a comunidade jurídica haja vista o aumento das produções bibliográficas sobre o assunto nos últimos anos.

O impacto do trabalho proposto se verificará não apenas no âmbito do Direito Tributário, mas também poderá ser aproveitado nas demais áreas do Direito, vez que a instituição da arbitragem possui condão de desafogar a máquina pública, à medida em que visa reduzir a morosidade excessiva do Poder Judiciário.

### 1. CENÁRIO LEGISLATIVO PARA CRIAÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL

Como antecipado, a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (BRASIL, 1996) normatizou a arbitragem tal como conhecida hoje. Contudo, o instituto não foi introduzido no direito brasileiro apenas em 1996.

A Constituição Política do Império do Brazil, datada em 25 de março de 1824, já dispunha, em seu artigo 160 que "Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juízes Árbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes" (BRASIL, 1824). Nota-se, então, que, desde a época da edição da primeira Constituição brasileira, já havia previsão no ordenamento jurídico do país quanto ao juízo arbitral, a despeito de a regulamentação quanto ao tema ter se alterado ao longo dos anos.

Por exemplo, o Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850 (BRASIL, 1850), que regulava o processo comercial, já se citava também o juízo arbitral, que poderia ser voluntário ou necessário, nos termos do artigo 411. Ademais, pode-se mencionar também que a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 ("Código Civil dos Estados Unidos do Brasil de 1916), disciplinava o instituto a partir do artigo 1.037, que, tal como reiterado na Lei nº 9.037/1996: "Artigo 1.037. As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais, ou extrajudiciais." (BRASIL, 1916).

As disposições do Código Civil de 1916 foram textualmente revogadas pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996: "Artigo 44. Ficam revogados os arts. 1.037 a 1.048 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro; os arts. 101 e 1.072 a 1.102 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil; e demais disposições em contrário" (BRASIL, 1996).

Pois bem. Àquela época, a arbitragem era permitida no âmbito de causas penais e cíveis, de forma definitiva, haja vista que não caberia recurso de suas respectivas sentenças, como dispunha o artigo citado.

Feita essa breve retomada histórica, unicamente buscando indicar que o instituto da arbitragem é tema objeto de regulamentação desde os primórdios do próprio crescimento do Brasil como país, insta retomar às atuais regulamentações no âmbito do ordenamento jurídico, que seguiram a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (BRASIL, 1996), para fins do presente estudo.

Assim, cumpre mencionar que, após a edição da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 ("Código Civil"), também foi editada de modo a prever o compromisso arbitral em seus artigos 851 a 853 (BRASIL, 2002).

Da mesma forma que disciplina a Lei nº 9.307/1996 (BRASIL, 1996), admite-se o compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar, podendo conter, nos contratos, a respectiva cláusula compromissória. Assim, ao realizar o compromisso, que possui natureza contratual, as partes a rigor regulamentam o que será a arbitragem.

O Código Civil também determina a vedação quanto ao compromisso para solução de questões de Estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial. Frise-se que, ao regular o Compromisso Arbitral, o Código Civil de 2002 não utiliza o conceito de disponibilidade de direitos, mas sim de patrimonialidade. É o que se nota a partir da leitura do artigo 852: "É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial." (BRASIL, 2002).

Trata-se, como se vê, de disposições gerais que transferem à lei especial a necessidade de uma maior regulamentação. Ocupou-se tão somente o atual Código Civil de lhe fixar o conceito e os requisitos.

Por sua vez, na sequência, a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - "Código de Processo Civil de 2015" - (BRASIL, 2015), dispôs em seus termos iniciais que a arbitragem é permitida, de modo que não se pode excluir da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito (artigo 3º). O parágrafo 2º do dispositivo prevê, expressamente, que, sempre que possível, o Estado promoverá a solução consensual dos conflitos.

Assim, para além da diretriz de incentivo à conciliação judicial, o Código de Processo Civil revela caráter intrínseco de estímulo à utilização de técnicas alternativas de composição de conflitos (não judiciais) (OAB, 2015).

Conforme se observa, os conceitos que permeiam a prática de arbitragem no Brasil estão, há muito, consolidados. Não obstante, uma vez consolidado o instituto no país, colocam-se novas questões em discussão,

como é o caso da possibilidade de realização de arbitragem no âmbito de questões tributárias, questionamento objeto da presente análise.

Nesse sentido, imperiosa a demonstração do contexto atual do país especificamente em relação ao Poder Judiciário, para que seja possível evidenciar os motivos pelos quais passou a ser analisada a viabilidade de utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos tributários.

Segundo explica o professor Cássio Scarpinella Bueno (2009, p. 52-54), o acesso à justiça é caracterizado por três fases.

A primeira caracteriza-se pela criação de condições de acesso à justiça aos menos favorecidos, como as assistências judiciárias gratuitas, os Juizados Especiais, possibilidade de diferimento no pagamento de custas, dentre outros. A segunda consubstancia-se na intenção de proteção dos interesses difusos e coletivos. Por fim, a terceira está relacionada à fase de criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos, que dispensem, ou, quando menos, flexibilizem a atuação da função jurisdicional.

Quanto a este ponto de acesso à justiça, cumpre frisar que o Brasil é e sempre foi um país marcado por extrema judicialização de disputas, dentre as quais as lides tributárias possuem relevante parcela de participação.

Anualmente, o Conselho Nacional de Justiça ("CNJ") divulga o Relatório Justiça em Números, que se trata de um relatório completo dos dados do Poder Judiciário brasileiro, com informações detalhadas sobre o desempenho dos órgãos que o integram, seus gastos e sua estrutura (CNJ, 2021).

Este relatório, produzido pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias ("DPJ"), apresenta mais de uma década de dados estatísticos coletados pelo CNJ, com uso de metodologia de coleta de dados padronizada, consolidada e uniforme em todos os noventa tribunais.

Em sua 16ª edição, o Relatório Justiça em Números 2020 traz informações a respeito do fluxo processual no sistema de justiça brasileiro coletadas em 2019 - aqui tomado como base para fins de desconsideração dos impactos causados pela pandemia decorrente do Novo Coronavírus ("Covid-19") –, as quais compreendem o tempo de tramitação dos processos, os indicadores de desempenho e produtividade, as estatísticas por matéria do direito, além de números sobre despesas, arrecadações, estrutura e recursos humanos.

Referido relatório apontou que o Poder Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação, ou seja, feitos que aguardavam alguma solução definitiva. Tal número, apesar de alarmante, já representava uma redução no estoque processual em relação a 2018, de aproximadamente 1,5 milhão de processos em trâmite, sendo a maior queda de toda a série histórica contabilizada pelo CNJ, com início a partir de 2009.

A despeito dos avanços informados pelo Relatório Justiça em Números 2020, nota-se também a partir do relatório que a litigiosidade no Brasil permanece alta e a cultura da conciliação ainda apresenta lenta evolução.

Como detalhado no documento em comento, em 2019, apenas 12,5% dos processos foram solucionados via conciliação. Em relação a 2018, houve aumento de apenas 6,3% no número de sentenças homologatórias de acordos, em que pese a disposição do CPC, que, em vigor desde 2016, tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação.

Como antecipado, revelando-se a cultura brasileira de recorrer ao Poder Judiciário, o item "Acesso à justiça" do Relatório Justiça em Números 2020, indica que, em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 12.211 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2019.

Diante desses números, também se informa que "A taxa de congestionamento do Poder Judiciário oscilou entre 70,6%, no ano de 2009, e 73,4%, em 2016". Contudo, a partir deste ano, a taxa permaneceu em 68,5%. Trata-se da medida, em percentual, dos processos que ficaram represados sem solução, em comparação ao total tramitado no período de um ano — assim, quanto maior o índice indicado, maior a dificuldade de o Tribunal lidar com seu estoque de processos.

E os dados seguem sendo ponto de alerta, especialmente no âmbito do Direito Tributário, quando o Relatório demonstra o verdadeiro afogamento do Judiciário brasileiro. Como expõe o documento, as execuções fiscais são apontadas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário (CNJ, 2021):

O executivo fiscal chega a juízo depois que as tentativas de recuperação do crédito tributário se frustraram na via administrativa, provocando sua inscrição na dívida ativa. Dessa forma, o processo judicial acaba por repetir etapas e providências de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário

já adotadas, sem sucesso, pela administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional. Desse modo, acabam chegando ao Judiciário títulos de dívidas antigas e, por consequência, com menor probabilidade de recuperação.

Os feitos executivos representavam aproximadamente 39% do total de casos pendentes e congestionamento de 87% em 2019. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2019, apenas 13 foram baixados.

Destes números, o maior impacto está na Justiça Estadual, que concentra 85% dos processos. A Justiça Federal responde por 15%; a Justiça do Trabalho por 0,27%; e a Justiça Eleitoral por apenas 0,01%.

O elevado número de ações judiciais ativas, bem como a preocupante taxa de congestionamento relativa aos executivos fiscais, indicam a impossibilidade de o Poder Judiciário de trazer medidas eficientes para redução de tais números per si.

Tal afirmação se confirma à medida em que, em 2019, como apontado pelo Relatório em análise, o Poder Judiciário contava com "um total de 446.142 pessoas em sua força de trabalho, sendo 18.091 magistrados (4,1%), 268.175 servidores (60,1%), 73.944 terceirizados (16,6%), 65.529 estagiários (14,7%) e 20.403 conciliadores, juízes leigos e voluntários (4,57%)" (CNJ, 2021). Nota-se, então, não se tratar de ausência de corpo para cuidar do crescente contingente, mas de verdadeira impossibilidade funcional do Poder Judiciário para lidar com toda a demanda brasileira.

Nesse sentido, posiciona-se a professora Tathiane Piscitelli em seu artigo "Arbitragem no Direito Tributário: uma demanda do estado democrático de direito" (PISCITELLI, 2019, p. 185), *verbis*:

A despeito da força evidente que o argumento relativo ao esgotamento do Poder Judiciário exerce nos debates sobre a adoção de métodos alternativos de resolução de conflitos em matéria tributária, entendo que sua influência deve ser relativizada, especialmente porque se fundamenta em situação potencialmente superável: em tese, a incapacidade de processar e julgar causar tributárias seria suplantada pelo aumento no número de juízes, pela possível especialização do Poder Judiciário ou, ainda, por uma análise detalhada da Dívida Ativa, que dê conta de apresentar os números reais que estão em disputa. Portanto, ainda que os dados sobre a incapacidade fática do Poder Judiciário de

reduzir o passivo processual sejam relevantes e mereçam relevo, eles não podem fundamentar, de maneira sólida, a necessidade de buscar outras formas de colocar fim ao litígio.

Nesse contexto, ainda, há quem sustente a ausência de varas ou turmas especializadas em Direito Tributário, resultando em decisões de baixo nível técnico em direito tributário, comprometendo a segurança jurídica do ordenamento (ALVIM, 2019, p. 400-415), em que pese, por óbvio, a reconhecida capacidade intelectual de seus membros.

Outro argumento que se relaciona com a crise do Poder Judiciário é o fato de que o tempo médio de duração das disputas judiciais se mostra incompatível com o que seria razoável para concessão de tutela jurisdicional razoável. O mencionado Justiça em Números 2020 expõe que o tempo médio de tramitação do processo de execução fiscal baixado no Poder Judiciário é de 8 anos.

Percebe-se, portanto, que, a despeito de haver ocasionais melhoras nos índices relativos ao Poder Público, não há melhores perspectivas de resposta aos anseios dos contribuintes, que seguirão ingressando com inúmeras medidas judiciais, mas, em contrapartida, buscam respostas rápidas e técnicas para seus problemas.

E é nesse exato contexto que a discussão quanto à necessidade de métodos alternativos de conflitos relativos ao Direito Tributário passou a se expandir. Nessa oportunidade, foram propostos o Projeto de Lei nº 4.257/2019 (BRASIL, 2019) e o Projeto de Lei nº 4.468/2020 (BRASIL, 2020) para regular, especificamente no âmbito tributário, o instituto da arbitragem, como alternativa à crise do Judiciário.

#### 2. PROJETOS DE LEI DE ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA

No Brasil, é indiscutível que a arbitragem, desde a edição da Lei nº 9.307/1996, (BRASIL, 1996) alcançou relevante importância nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, especialmente diante da insuficiência do Judiciário em lidar com todas as demandas que lhe são apresentadas, especialmente na seara tributária. Daí o cabimento dos Projetos de Lei apresentados sobre o tema.

Em 2019, o Senador Antonio Anastasia (PSDB/MG) apresentou o Projeto de Lei nº 4.257 (BRASIL, 2019), que tem como pretensão a alteração da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 - Lei de Execuções Fiscais –

"LEF" (BRASIL, 1980), para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária.

Segundo expõe sua ementa disposta no site do Senado Federal, a alteração pretende permitir ao executado optar pela adoção de juízo arbitral, caso a execução esteja garantida por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, bem como permitir à Fazenda Pública optar pela execução extrajudicial da dívida ativa de tributos e taxas, mediante notificação administrativa do devedor.

É isso o que disporá os artigos 16-A e 41-A, respectivamente, da LEF (BRASIL, 1980), caso a proposta seja aprovada, *verbis*:

Artigo 16-A. Se o executado garantir a execução por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, pode optar pela adoção de juízo arbitral para julgar os embargos ofertados, respeitados os requisitos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e os a seguir definidos, na forma do regulamento de cada entidade da Federação.

Artigo 41-A. Para proceder à cobrança da dívida ativa de tributos instituídos com fundamento nos arts. 145, III, 153, VI, 155, III, e 156, I, da Constituição Federal, além taxas devidas em função da propriedade, do usufruto ou da posse de bem imóvel passível de alienação ou em razão da propriedade de veículo, a Fazenda Pública pode optar pela execução extrajudicial, na forma dos arts. 31 a 38 do Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, observadas as regras específicas definidas nesta Lei.

Assim, ao garantir o débito tributário, o contribuinte poderia optar pela via do juízo arbitral ao invés da via judicial.

Nesse sentido, como disciplina o artigo 16-C do referido projeto, o processo arbitral além de ser público e de direito, seria conduzido por órgão arbitral institucional, de reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais - assim como já ocorre com as arbitragens envolvendo a Administração Pública.

Trata-se de Projeto de Lei não tão robusto, mas que, a seu turno, enfrenta questões que já consubstanciavam temas de debate dentre os estudiosos. É o caso, por exemplo, do custo despendido para prosseguir com uma arbitragem tributária. Afinal, o alto número da Dívida Ativa da União, que já é, há tempos, foco de atenção, não poderia dar lugar à

método alternativo de resolução de conflitos apenas a fim de se instaurar novo direcionamento dos gastos públicos.

Segundo estudos da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, divulgados pelo relatório "PGFN em Números – Dados 2019" –, também tomando por base o ano que precedeu a disseminação do Novo Coronavírus ("Covid-19") no Brasil –, o estoque atual dos créditos a recuperar é de R\$ 2,4 trilhões, envolvendo mais de 19 milhões de débitos sob a responsabilidade de 4,9 milhões de devedores. (PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL, 2020).

Assim, como dispõe a própria justificativa do Projeto de Lei:

Os gastos para tentar vencer esse imenso volume de processos também são altíssimos. O Poder Judiciário custa cerca de 1,3% do PIB nacional, percentual bem mais alto do que o montante despendido por nações vizinhas como a Argentina e o Chile — que gastam 0,13% e 0,22%, respectivamente —, bem como por países desenvolvidos como os Estados Unidos e a Alemanha — 0,14% e 0,32%.

É certo que as execuções fiscais correspondem a percentual relevante desse custo. Um estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), feito em 2011, concluiu que o custo unitário médio total de uma ação de execução fiscal promovida pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional junto à Justiça Federal é de R\$ 5.606,67. O tempo médio total de tramitação é de 9 anos, 9 meses e 16 dias, e a probabilidade de obter-se a recuperação integral do crédito é de apenas 25,8%.

Ainda, no referido Projeto de Lei está previsto no Artigo 16-E: "As despesas do processo arbitral devem ser adiantadas pelo executado e não podem exceder o montante fixado a título de honorários advocatícios." (BRASIL, 2019). Por sua vez, os honorários advocatícios devem obedecer aos critérios do artigo 85 do Código de Processo Civil, não podendo apenas serem superiores à metade do que seria arbitrado no processo judicial, conforme determinam "caput" e parágrafo primeiro do artigo 16-D do projeto.

Insta ressaltar também que o Projeto de Lei nº 4.257/2019 (BRASIL, 2019) disciplina que as partes poderão, sendo o caso, pleitear a órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade, caso a sentença arbitral contrarie enunciado de súmula vinculante, decisão do Supremo

Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ou acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de repercussão geral.

Assim, é possível notar que haverá certa vinculação do juízo arbitral ao Poder Judiciário, ainda que não haja qualquer delimitação quanto às matérias passíveis de submissão ao juízo arbitral no referido projeto. Apenas ressalta-se que, para conduzir a lide à arbitragem, é preciso que ela já esteja instaurada, de modo que a chamada "arbitragem tributária" apenas seria utilizada como via alternativa a processos já ajuizados.

Paralelamente, demonstrando a crescente intenção de criação do instituto da arbitragem tributária no cenário já descrito, foi também proposto o Projeto de Lei nº 4.468/2020 (BRASIL, 2020), de autoria da Senadora Daniella Ribeiro (PP/PB), que teve origem em proposta apresentada por Heleno Taveira Torres, Selma Maria Ferreira Lemes e Priscila Faricelli de Mendonça, conforme informa sua Justificação (BRASIL, 2020, p. 14-15).

O Projeto de Lei em questão prevê que a arbitragem especial tributária poderá ser instaurada no curso da fiscalização, mediante solicitação do contribuinte ou provocação da Administração Tributária, para prevenir conflitos mediante solução de controvérsias sobre matérias de fato, nos termos do seu artigo 1°. Contudo, o parágrafo único desse mesmo dispositivo traz consigo a ressalva de que o procedimento não poderá ser instaurado nos casos de crédito tributário que já tenha sido constituído mediante lançamento tributário ou auto de infração e imposição de multa.

A despeito do previsto no Projeto de Lei nº 4.257/2019 (BRASIL, 2019) – em que, para se conduzir a lide à arbitragem é preciso que ela já esteja instaurada -, o contribuinte poderá optar por levar a disputa à solução por arbitragem de modo preventivo à existência de crédito fiscal.

A arbitragem especial tributária do Projeto de Lei em questão tem, conforme disciplina o artigo 12, o objetivo de solucionar conflitos em momento que antecede a constituição do crédito tributário nas hipóteses de "consultas que envolvam questões fáticas e sua qualificação jurídica" (BRASIL, 2020), sendo vedada a instauração da arbitragem especial tributária para fins de quantificação de crédito objeto de decisão judicial não transitada em julgado ou não passível de restituição, ressarcimento ou compensação.

Na Justificação apresentada, a Senadora expõe que o Projeto de Lei em análise traz um procedimento diferenciado daquele previsto na Lei 9.307/1996 (BRASIL, 1996), que atualmente regulamenta a arbitragem em geral. De acordo com a parlamentar, tal diferença poderia ser constatada "diante da especificidade da medida, assim como em vista dos necessários ajustes em decorrência da particularidade da relação fisco e contribuinte, que foram adaptados para o sucesso do instituto" (BRASIL, 2020). Contudo, no mesmo trecho da Justificação apresentada, igualmente afirma-se que o procedimento arbitral especial entre Fisco e contribuinte terá espaço nas "(...) câmaras arbitrais institucionais já existentes e atuantes (inclusive em arbitragens envolvendo o poder público)." (BRASIL, 2020).

Nota-se, assim, que a semelhança entre o procedimento previsto no Projeto de Lei em análise e a arbitragem prevista na Lei nº 9.307/96 - Lei de Arbitragem – LA – (BRASIL, 1996) é grande, como também se evidencia por breve leitura do texto do Projeto de Lei, bem como do próprio nome atribuído a este novo procedimento.

Diante desse contexto, afirma-se que os Projetos de Lei nº 4.257/19 (BRASIL, 2019) e nº 4.468/20 (BRASIL, 2020) carregam consigo previsões diametralmente opostas no que se refere ao momento relativo à possibilidade de instauração da arbitragem tributária. Aquele, mais antigo, abarca causas nas quais o crédito tributário já foi constituído e desde que garantido o juízo; isto é, traz-se o foco para momento posterior ao da constituição do crédito tributário. Este, a seu turno, volta seus esforços à prevenção de controvérsias tributárias, em momento que precede a constituição do crédito tributário.

De todo modo, apesar da diferença evidente entre os Projetos de Lei estudados, as situações por eles abrangidas podem ser vistas como complementares, à medida em que se busca verificar a possibilidade de o instituto da arbitragem se instaurar também na seara tributária, ainda que de forma gradativa.

Frente tais considerações, necessário analisar a real possibilidade e viabilidade de instaurar tal instituto no ordenamento jurídico atual, diante dos inúmeros empecilhos já apresentados sobre o tema.

### 3. QUESTIONAMENTOS ACERCA DOS PROJETOS DE LEI DE ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA

Como antecipado, ambos os Projetos de Lei se consubstanciam em previsões complementares sobre o tema. Contudo, há pontos de atenção em

ambos que devem ser discutidos, de modo a possibilitar a efetiva criação do instituto no âmbito tributário.

No que se refere ao Projeto de Lei nº 4.257/19 (BRASIL, 2019), apresentado pelo Senador Antonio Anastasia (PSDB/MG), merece atenção a intenção do autor em instituir a execução fiscal administrativa, além da arbitragem tributária. Tal questão poderá dificultar sua tramitação, pois seria etapa adicional ao procedimento de arrecadação do tributo cujo adimplemento se busca, além de, possivelmente, resultar em motivo para demora na apreciação do projeto, por tratar de temas distintos.

Por óbvio, tal questionamento não demonstra a impossibilidade de seguir com a aprovação do Projeto de Lei, mas, como mencionado, se trata de ponto de atenção, haja vista que poderá dificultar e causar lentidão em eventuais tomadas de decisões.

Ademais, a alteração de todo um contexto sem qualquer modificação subsequente no Código Tributário Nacional ("CTN"), via lei complementar, pode ser questionada, por trazer insegurança ao Fisco e aos contribuintes, que não se depararam, até o presente momento, com situação análoga.

Ora, considerando que o Direito Tributário lida com questões sensíveis dos contribuintes, qualquer medida de cautela vai ser escolhida em favor daquela desconhecida, o que poderia resultar em baixa adesão e consequente manutenção do status quo, diante da ausência de regulamentação específica no CTN.

Essa crítica poderia ser superada pelo fato de que o artigo 31 da Lei nº 9.307/96 (BRASIL, 1996) deixa clara a equiparação da sentença arbitral à sentença judicial; dessa forma, as menções à sentença e às decisões do CTN deveriam ser interpretadas e lidas com essa amplitude. Ainda assim, a alteração do Código, para contemplar expressamente a sentença arbitral, traria maior segurança jurídica ao instituto.

Outrossim, como antecipado, o Projeto de Lei em questão pressupõe que a arbitragem se instalaria apenas após a existência do processo de execução fiscal e garantia do débito respectivo, de modo que, sobrevém outra preocupação: a necessidade, em todos os casos, de que o trâmite do processo judicial seja suspenso, para que não haja movimentação concomitante entre o tribunal arbitral e o judiciário.

Diante dessa questão, importante relembrar as críticas quanto ao afogamento do Judiciário e a utilização da arbitragem tributária como método alternativo de resolução de conflitos. Possivelmente, o projeto em questão precisaria ser revisto nesse ponto, para buscar, ao máximo, atingir a efetividade do instituto em todos os pontos que se propõe.

Já no Projeto de Lei nº 4.468/2020 (BRASIL, 2020), a instauração de arbitragem especial tributária se daria, como visto, para prevenir a ocorrência de disputas tributárias, haja vista que deveria ser utilizada para controvérsias delimitadas, nas quais não houve a constituição prévia do crédito tributário.

Ocorre que este outro ponto de saída se mostra de difícil implementação, considerando que a Administração Pública deve se atentar aos prazos para constituição do crédito tributário, sob pena de restar fulminado pela decadência ou prescrição.

Dessa forma, a consequência prática pode vir a ser a utilização pelo Fisco e contribuinte da arbitragem tributária, para agilização de trâmites relativos às lides tributárias, mas também o completo oposto: a fim de se resguardar quanto a eventuais questionamentos de prazo, referentes à decadência e à prescrição, o Fisco recorre ao Judiciário, em busca de uma maior segurança jurídica.

Cumpre mencionar também que o artigo 2°, do Projeto de Lei n° 4.468/20 (BRASIL, 2020), dispõe ser vedada a discussão sobre constitucionalidade de normas jurídicas, sobre lei em tese, além de discussão sobre decisão contrária a entendimento consolidado pelo Poder Judiciário, nas hipóteses de que trata o artigo 927 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), bem como julgamentos em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, o que limitaria, de certa forma, as controvérsias passíveis de resolução pelo juízo arbitral.

Como se sabe o Direito Tributário está completamente enraizado na Constituição Federal, de modo que a vedação à discussão sobre a constitucionalidade de normas implica em reduzir a efetividade da tutela jurisdicional da própria arbitragem especial tributária.

Sobre esse ponto ainda, o parágrafo 3º do artigo 4º, do Projeto de Lei nº 4.468/20 (BRASIL, 2020), disciplina que "o árbitro é juiz de fato e de direito e do laudo arbitral proferido não cabe homologação ou recurso ao Poder Judiciário." Assim, cabendo ao juiz afastar a aplicação de um

ato normativo inconstitucional, deve-se conferir a mesma competência ao árbitro no bojo da arbitragem especial tributária, a fim de garantir o fortalecimento e efetividade da tutela jurisdicional arbitral tributária.

Por fim, critica-se também a previsão de à arbitragem especial tributária prevista no Projeto de Lei nº 4.468/20 (BRASIL, 2020) aplicar-se subsidiariamente os ditames da Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020 (BRASIL, 2020), qual seja, a lei que estabelece os requisitos e as condições para que a União, as suas autarquias e fundações, e os devedores ou as partes adversas realizem transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária.

Como antecipado, a arbitragem é regulamentada no país pela Lei nº 9.307/1996 (BRASIL, 1996), de modo que distanciar a regulamentação da arbitragem tributária das previsões normativas já existentes poderá prejudicar a instauração e a consolidação da arbitragem tributária no país, além de também abalar a segurança jurídica.

A despeito de todos os empecilhos trazidos, em relação a ambos os Projetos de Lei relativos à arbitragem tributária, é possível entender como possível a aprovação e efetiva instituição deste instituto a fim de possibilitar um método alternativo de resolução de conflitos entre Fisco e contribuintes, especificamente diante dos contrapontos apresentados.

#### 4. CONCLUSÃO

Ao exposto, foi possível conceituar a arbitragem a despeito do seus inúmeros significados como meio alternativo à jurisdição, por intermédio do qual um terceiro, estranho à lide e escolhido pelos litigantes, fornece uma solução ao imbróglio levado à sua apreciação. Trata-se propriamente de forma de jurisdição, conforme entendimento da doutrina majoritária, exercida por particulares, com autorização do Estado.

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (BRASIL, 1996) tratou de normatizar a arbitragem tal como conhecida hoje. Contudo, o instituto não foi introduzido no direito brasileiro apenas em 1996, à medida em que ele é tema objeto de regulamentação desde os primórdios do próprio crescimento do Brasil como país.

Diante dos conceitos sólidos que se prestam a definir o instituto, demonstrou-se que o cenário legislativo brasileiro relativo à arbitragem geral é favorável para que, uma vez consolidado o instituto no país, possam surgir novas questões em torno do tema, como é o caso da possibilidade de realização de arbitragem no âmbito de questões tributárias, questionamento objeto da presente análise.

Para tanto, mostrou-se necessária a análise do atual contexto brasileiro, especificamente no que se refere ao Poder Judiciário, considerando que, para Fisco e contribuintes renunciarem a sua segurança jurídica, devem buscar algo mais favorável.

Para demonstrar a situação atual brasileira, citou-se os dados trazidos pelo CNJ, por intermédio do Relatório Justiça em Números 2020, que apontou que o Poder Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação, ou seja, feitos que aguardavam alguma solução definitiva.

Reforçando a necessidade de implementação da arbitragem na seara tributária, informou-se que os feitos executivos representavam aproximadamente 39% do total de casos pendentes e congestionamento de 87% em 2019.

Assim, a despeito de haver ocasionais melhoras nos índices relativos ao Poder Público, não há melhores perspectivas de resposta aos anseios dos contribuintes, que seguirão ingressando com medidas judiciais, mas, em contrapartida, aguardam respostas rápidas e técnicas para seus problemas.

Além disso, o alto número de processos tributários pendentes de apreciação no Judiciário traz consequências negativas não só para os contribuintes, mas também à própria Administração Pública, que deixa de arrecadar diante de processos represados — afinal, raros são os casos nos quais os contribuintes não optam pela discussão da exigência de tributos.

E é nesse exato contexto que a discussão quanto à necessidade de métodos alternativos de conflitos relativos ao Direito Tributário passou a se expandir, especialmente com a apresentação do Projeto de Lei nº 4.257/2019 (BRASIL, 2019) e do Projeto de Lei nº 4.468/2020 (BRASIL, 2019) para regular, especificamente, no âmbito tributário, o instituto da arbitragem, como alternativa à crise do Judiciário.

Contudo, foram inúmeras as dúvidas em relação às propostas apresentadas, como também ao próprio instituto da arbitragem aplicada especificamente ao Direito Tributário, as quais, contudo, podem ser superadas a partir de profundas análises sobre o tema, utilizando-se

por base materiais de apoio como o presente, que poderão demonstrar a perfeita aplicabilidade do instituto ao cenário jurídico brasileiro existente.

Isso fica, inclusive, demonstrado quando se observa que a possibilidade de submissão do litígio à decisão judicial permaneceria inalterada, pois as partes apenas seriam direcionadas ao juízo arbitral, caso assim o quisessem, por não se tratar de regra, mas de mera liberalidade. Além disso, cumpre frisar que, como visto, no âmbito da arbitragem tributária, uma vez constatado que não tem razão em dado conflito, a Administração Pública deve buscar a rápida solução do conflito em busca da verdade.

Por fim, em relação aos Projetos de Lei nº 4.257/2019 (BRASIL, 2019) e nº 4.468/2020 (BRASIL, 2020), apesar das críticas e apontamentos em seus textos legais, pode-se afirmar que eles viabilizam o crescimento da arbitragem, especialmente no âmbito do Direito Tributário. Contudo, para uma melhor implantação do instituto, sugere-se a previsão de uma arbitragem tributária mais abrangente, que abarcasse as disposições das duas propostas em análise, que, possivelmente, impulsionaria o desenvolvimento do instituto com maior amplitude.

### REFERÊNCIAS

ALVIM, Leonardo de Andrade Rezende. Arbitragem Tributária no Brasil: os motivos pelos quais ela é necessária, mas sua implementação deve ser gradual. In: PISCITELLI, Tathiane (Coord.). MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. *Arbitragem Tributária: Desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa.* 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 400-415.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4257, de 2019*. Modifica a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica. Brasília: Câmara dos Deputados, 6 ago. 2019. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914. Acesso em: 21 dez. 2021.

BRASIL. Constituição Politica do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil, Rio de Janeiro, 22 de abril de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. *Decreto nº* 737, *de 25 de novembro de 1850*. Determina a ordem do Juizo no Processo Commercial. CLBR, Rio de Janeiro, 1850. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 de setembro de 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 12 mar 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial da União*, *Brasília*, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Diário Oficial da União, Brasília*, 27 de maio de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nos 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 de abril

de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2019-2022/2020/lei/l13988.htm. Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 4468, de 2020*. Institui a arbitragem especial tributária e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144536. Acesso em: 21 dez. 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 4468, de 2020.* Institui a arbitragem especial tributária e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=888618 1&ts=1647438809808&disposition=inline. Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *A jurisdição arbitral prestigiada pela interpretação do STJ.* Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 22 set. 2019. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/A-jurisdicao-arbitral-prestigiada-pela-interpretacao-do-STJ.aspx. Acesso em: 09 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Da Arbitragem. 122ª ed. Brasília: *Superior Tribunal de Justiça*, 5 abr. 2019. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs\_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20 em%20Teses%20122%20-%20Arbitragem.pdf. Acesso em: 21 mar. 2022.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil.* Vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 52-54.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em Números 2021. Brasília, CNJ, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 05 dez. 2021

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

JÚNIOR., Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil*, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Vol. 1. 22ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 217-218.

OAB. Novo código de processo civil anotado. Porto Alegre: OAB RS, 2015.

PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de. Arbitragem Tributária: *Desafios institucionais brasileiros e a* 

 $\it experiência portuguesa.$  2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 400-415.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL (PGFN). PGFN em Números – Dados 2019. Brasília, PGFN, 2020. Disponível em: https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2020/05/PGFN-em-numeros.pdf. Acesso em: 02 dez 2021

RECEBIDO EM: 04/01/2022 APROVADO EM: 25/05/2022

DOSSIÊ

### A UTILIZAÇÃO DOS PODERES COERCITIVOS DO JUÍZO ESTATAL PARA O CUMPRIMENTO FORÇADO DA DECISÃO ARBITRAL

THE USE OF THE COERCITIVE POWERS OF THE STATE
COURT FOR THE ENFORCEMENT OF THE ARBITRAL
DECISION

João Paulo Santos Borba

Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília - UNB. Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica junto ao Ministério das Comunicações.

**SUMÁRIO:** Introdução. 2. Competência para resolução de conflitos. 3. Competência para concessão de tutela de urgência. 4. Efetivação da tutela de urgência concedida. 5. Cumprimento da sentença arbitral. 6. Considerações finais.

RESUMO: O presente estudo examina a competência para o cumprimento forçado de decisão arbitral. Abordam-se os poderes conferidos ao juízo arbitral, inclusive a prevalência da sua competência para resolver o caso concreto e para conceder tutela de urgência. Verifica-se a atribuição do Poder Judiciário determinar o cumprimento de decisão arbitral, visto que o sistema jurídico brasileiro não confere poder coercitivo ao juízo arbitral. Analisa-se a consonância da legislação brasileira sobre o assunto com a Lei modelo da UNCITRAL. Conclui-se que é indispensável a atuação colaborativa do juízo estatal, com o seu poder coercitivo, para que haja a execução direta da decisão arbitral.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arbitragem. Cumprimento de Decisão. Ausência de Poder Coercitivo. Necessidade de Colaboração. Juízo Estatal.

**ABSTRACT:** The presente study examines the competence for the enforcement of an arbitral decision. It assess the powers confered on the arbitration court including the prevalence of its competence to settle the concrete case and to grant emergency decision. It verify that the judiciary is responsible for determining compliance with arbitration decisions because the brazilian legal system does not confer coercive power to the arbitration court. The compliance of the brazilian legislation on the matter with the UNCITRAL model law is verified. It's concluded that the collaborative action of the state court, with is coercive power, is essential for the direct execution of the arbitration decision.

**KEYWORDS**: Arbitration. Execution of Decision. Absence of Coercive power. Need for Collaboration. State Court.

#### INTRODUÇÃO

O avanço do processo civilizatório da humanidade conduz a busca de mecanismos de pacificação social eficientes, destacando-se a perspectiva de múltiplas portas de resolução de conflitos.

Dentre as espécies de múltiplas portas ofertadas para resolução de conflitos de forma adequada, destaca-se a arbitragem, que consiste em submeter a decisão de determinada questão a um terceiro imparcial que não o Estado-Juiz, estando as partes vinculadas à decisão ali proferida.

A arbitragem representa método adequado e atraente para a sociedade, inclusive para o setor econômico, pois a longa duração do processo judicial, o seu custo global em valores tangíveis e intangíveis e a álea natural que o sistema envolve, fez com que houvesse a busca de meios mais racionais de se pacificar um conflito (NALINI, 2017).

Os arbitralistas informam muitas vantagens com a utilização da arbitragem, dentre elas, a prevalência da autonomia da vontade das partes, a segurança, sigilo, ausência do duplo grau de jurisdição, escolha dos árbitros mesmo após o surgimento de conflitos, a especialidade, a efetividade, a celeridade, a liberdade para que as partes decidam o procedimento e as regras de julgamento, se de direito ou de equidade, assim como outras possibilidades de ajustes por vontade das partes (BACELLAR, 2016).

A autonomia da vontade das partes, representada na opção da utilização da arbitragem, como método para solucionar controvérsias relativas a direito patrimonial disponível, tem efeito prático relevante na medida em que possui força vinculante e caráter obrigatória, implicando derrogação da jurisdição estatal e, consequentemente, afastando as usuais regras sobre resolução de litígios.

Assim, torna-se relevante que os assuntos relacionados ao manejo da arbitragem como meio de solução extrajudicial de conflitos, sejam objeto de estudo, dentre elas, as nuances dos poderes conferidos às cortes arbitrais, inclusive no que concerne ao poder coercitivo para executar as próprias decisões proferidas em tutela de urgência ou que resolvem o conflito de forma definitiva.

Face ao contexto acima apresentado, surge a indagação sobre a problemática a ser enfrentada no presente estudo no sentido de avaliar se o juízo arbitral deve ter poderes coercitivos para executar suas próprias decisões.

Defende-se o posicionamento de que a opção pela utilização da arbitragem e, consequentemente, a atribuição de determinados poderes jurisdicionais para solucionar o conflito de interesses, inclusive concedendo tutela de urgência, não implica possibilidade de o juízo arbitral determinar a execução das suas próprias decisões.

A metodologia utilizada neste estudo é baseada na análise do conjunto normativo vigente, assim como na doutrina brasileira, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e na Lei Modelo do UNCITRAL, que é utilizada como parâmetro por diversos países na edição de legislação sobre a arbitragem.

Para uma devida compreensão do assunto, será apresentada definição de um marco teórico que possibilite a demonstração de que a legislação vigente conferiu diversos poderes ao juízo arbitral, porém é imprescindível a intervenção do juízo estatal para que seja cumprida de forma cogente a decisão proferida no processo arbitral.

### 2. COMPETÊNCIA PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A partir da leitura do art. 8°, Parágrafo único, da Lei n° 9.307, de 23 de setembro de 1996, verifica-se que foi estabelecido o princípio da competência-competência, o qual versa sobre a prevalência do próprio árbitro para dirimir eventual controvérsia sobre a existência, a validade e eficácia da cláusula compromissória ou da convenção de arbitragem (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

A respeito do citado princípio, tem-se que compete ao juízo arbitral decidir sobre sua própria competência, apreciando as impugnações que surjam acerca de sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, avaliando, portanto, a eficácia e a extensão dos poderes que as partes outorgaram por meio de cláusula compromissória ou compromisso arbitral (CARMONA, 2009).

O juízo arbitral deverá decidir o assunto de ofício ou mesmo por provocação das partes interessadas, devendo ser declarada a sua competência ou incompetência para resolver a controvérsia advinda.

Assim, o árbitro tem independência e preferência cronológica para avaliar sobre a sua competência, sendo, portanto, prematuro a judicialização da controvérsia antes da existência de decisão arbitral sobre a definição da sua atribuição para processar e julgar a controvérsia.

O Código de Processo Civil (CPC), instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, estabelece no art. 337, inciso X, e no art. 485, inciso VII, que a parte interessada deve alegar, em sede de contestação, a existência de convenção de arbitragem e compete ao juiz estatal acolher a alegação ou reconhecer que já houve apreciação da competência pelo juízo arbitral e extinguir o processo sem julgamento de mérito.

É possível constatar que a regra da competência-competência possui efeito positivo na medida em que compete ao juízo arbitral avaliar sua competência para dirimir o conflito, ao passo que o efeito negativo decorre de que o juízo estatal não pode se manifestar antes que haja pronunciamento no processo arbitral.

A lei modelo de arbitragem, editada pela Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), que é referência para legislação interna de vários países sobre arbitragem, dispõe o seguinte nos arts. 8° e 16° sobre o aludido princípio (UNCITRAL, 2020):

Artigo 8.º Convenção de arbitragem e pedido de mérito perante um tribunal estatal

- (1) O juízo perante o qual é proposta ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem remeterá as partes para arbitragem se uma das partes assim o solicitar, até ao momento de apresentar as suas primeiras alegações relativas ao mérito da disputa, a menos que constate que referida convenção de arbitragem é nula, inoperante ou ineficaz.
- (2) Quando tiver sido proposta, perante um juízo, uma ação referida no 1.º parágrafo do presente artigo, o procedimento arbitral pode, apesar disso, ter início ou prosseguir, e pode ser proferida uma sentença arbitral enquanto a questão estiver pendente no tribunal.

### CAPÍTULO IV. JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

Artigo 16.º Competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência

(1) O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, incluindo qualquer objeção relativa à existência ou validade da convenção de arbitragem. Para este efeito, uma cláusula compromissória que faça

parte de um contrato é considerada como um acordo autônomo das demais cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica ipso jure a nulidade da cláusula compromissória.

- (2) A alegação da falta de competência do tribunal arbitral pode ser arguida o mais tardar até a apresentação das alegações de defesa. O fato de uma das partes ter designado um árbitro ou ter participado na sua designação não a priva do direito de arguir esta alegação. A alegação de que o tribunal arbitral está excedendo o escopo da convenção de arbitragem deve ser arguida logo que surja a questão que se entenda fora do escopo da convenção de arbitragem no decurso do procedimento arbitral. O tribunal arbitral pode, em ambos os casos, admitir uma alegação arguida após o prazo previsto, se considerar justificada a demora.
- (3) O tribunal arbitral pode decidir sobre a alegação referida no 2.º parágrafo do presente artigo, quer enquanto questão prévia, quer na sentença sobre o mérito da disputa. Se o tribunal arbitral decidir, a título de questão prévia, que é competente, qualquer uma das partes pode, no prazo de 30 (trinta) dias após ter sido notificada dessa decisão, pedir ao tribunal estatal referido no artigo 6.º que decida a questão, decisão essa que será insuscetível de recurso; na pendência deste pedido, o tribunal arbitral pode prosseguir o procedimento arbitral e proferir a sentença arbitral.

Depreende-se da análise da Lei modelo de arbitragem da UNCITRAL que a legislação brasileira está em consonância com as diretrizes ali fixadas, pois é estabelecida a competência do juízo arbitral para analisar a sua própria competência. Além disso, verifica-se que a citada Lei modelo estabelece que ao analisar demanda judicial, cujo assunto esteja submetido a uma convenção de arbitragem, o juízo estatal deve remeter a controvérsia à corte arbitral.

O STJ, no julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 1717677/PR já se manifestou expressamente sobre a aplicação do princípio da competência-competência (Kompetenz-Kompetenz), sendo esclarecido que a legislação sobre arbitragem fixa uma precedência temporal do juízo arbitral para solucionar a controvérsia e eventual submissão do caso concreto à apreciação do Poder Judiciário somente poderá ser realizada após a edição de sentença arbitral.

Em outro julgamento, no Agravo interno no Agravo no Recurso Especial (AgInt no AREsp) nº 976.218/SP, o STJ afirmou

que a jurisprudência do Tribunal orienta, com fundamento no princípio da competência-competência, de que qualquer discussão relativa a validade, eficácia e extensão da cláusula compromissória deve ser submetida, primeiramente, ao juízo arbitral, com o escopo de evitar a judicialização desnecessária de questões que devem ser submetidas ao processo arbitral.

É necessário esclarecer, ainda, que eventual ilegalidade sobre a decisão emitida pelo juízo arbitral sobre a sua competência pode ser objeto de questionamento na seara judicial, nas hipóteses previstas nos arts. 32 c/c 33 da Lei nº 9.307/1996.

Deste modo, o princípio da competência-competência (Kompetenz-Kompetenz) possui relevância singular no processo arbitral em razão de afastar a controvérsia da jurisdição estatal, quando o conflito for relacionado à existência, à validade e eficácia da cláusula compromissória ou da convenção de arbitragem, visto que compete ao juízo arbitral examinar sua própria competência (DIDIER JÚNIOR, 2017).

#### 3. COMPETÊNCIA PARA CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA

Como é consabido, o CPC prevê a concessão de tutela de urgência pelo juízo estatal quando houver indícios que indiquem a probabilidade do direito alegado ou existência de perigo de dano a esse direito, assim como ao comprometimento à utilidade do processo.

No processo arbitral, existe, também, previsão legal expressa para que o árbitro conceda tutela de urgência, cabendo ao juízo arbitral apreciar e julgar o pedido apresentado pela parte interessada, como se verifica do art. 22 – B, da Lei nº 9.307/1996.

Convém esclarecer que o dispositivo legal acima mencionado faz referência a expressão "medida cautelar ou de urgência", porém a tutela cautelar constitui espécie do gênero tutela de urgência, podendo esta ser verificada na forma antecipatória ou cautelar (DALLA; MAZZOLA, 2019).

A necessidade de previsão legal para concessão de tutela urgência pelos árbitros decorre de que a arbitragem representa uma técnica adequada à jurisdição estatal para tutelar direitos. Portanto, para que não haja o perecimento do direito ou que seja garantido o resultado útil do processo arbitral, que visa proteger o bem da vida em litígio, pode ser

necessária a concessão de tutela de urgência (FICHTNER; MONTEIRO, 2019).

As medidas cautelares (tutelas de urgências) podem ser compreendidas como providências de urgência prolatadas para preservar um direito, podendo ser requeridas no curso ou mesmo antes do ajuizamento do processo judicial ou arbitral, sendo necessárias a existência de perigo de dano com a demora e a probabilidade do direito requerido (LEMES, 2020).

O STJ, no julgamento do REsp nº 1297974/RJ, já se pronunciou no sentido de que o juízo arbitral possui competência para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes. Caso esteja pendente de formação a corte arbitral, é possível que a parte interessada proponha a medida cautelar cabível junto ao Poder Judiciário para garantir o resultado útil do processo arbitral.

Contudo, o STJ, no mesmo julgado, afirma a necessidade da questão controvertida seja submetida ao juízo arbitral, após a superação da situação circunstancial que justificou a intervenção temporária do juízo estatal, para que, se for o caso, o assunto seja reapreciado e a tutela conferida, seja mantida, alterada ou revogada.

A competência do juízo arbitral para concessão de tutela de urgência pode ser verificada também na figura do árbitro de emergência, que consiste na indicação de um único árbitro, normalmente indicado pelo tribunal arbitral escolhido pelas partes, cuja atribuição é restrita, tão somente, às medidas cautelares requeridas, não se estendendo, contudo, as questões de mérito (NEVES; LOPES, 2017).

Pode-se afirmar que o árbitro de emergência substitui o juízo estatal para apreciação de tutelas de urgência, quando não houve a instituição da respectiva corte arbitral. Logo, a decisão proferida pelo árbitro de emergência pode ser, posteriormente, mantida, modificada ou revogada pelo tribunal arbitral, que será constituído para dirimir especificamente a controvérsia (FICHTNER; MONTEIRO, 2019).

Destaque-se, ainda, o posicionamento apresentado por Humberto Dalla e Marcelo Mazzola no sentido de que se a convenção de arbitragem estabelece que será aplicada as regras de determinado tribunal arbitral e ali existe a previsão do arbitro de emergência, não haveria justificativa (falta de interesse de agir) para que o interessado acionasse o Poder Judiciário para pleitear eventual medida de urgência. Nessa hipótese, o juízo estatal

João Paulo Santos Borba 187

deveria julgar o extinto o processo sem resolver o mérito, com base no art. 485, inciso VII, do CPC (DALLA; MAZZOLA, 2019).

A lei modelo da UNCITRAL aborda a concessão de tutela de urgência no processo arbitral nos seguintes termos (UNCITRAL, 2020):

Artigo 17.º Poder do tribunal arbitral de ordenar medidas provisórias

- (1) Salvo acordo das partes em contrário, o tribunal arbitral pode ordenar medidas provisórias, a pedido de uma das partes.
- (2) Uma medida provisória é uma medida temporária, quer sob a forma de uma sentença arbitral ou sob qualquer outra forma, pela qual, em qualquer momento anterior à resolução definitiva da disputa, o tribunal arbitral ordena a uma das partes que:
- (a) Mantenha ou reponha o status quo enquanto pender a resolução da disputa;
- (b) Tome medidas para prevenir, ou que se abstenha de tomar medidas que possam causar dano ou prejuízo atual ou iminente ao próprio procedimento arbitral;
- (c) Forneça meios para salvaguardar os bens que possam ser objeto de uma sentença arbitral subsequente; ou
- (d) Preserve as provas que possam ser relevantes e materiais na resolução da disputa.

(...)

Artigo 17.º-B Pedidos de providências cautelares e requisitos para a sua concessão

- (1) Salvo acordo das partes em contrário, uma das partes pode, sem notificar qualquer das outras partes, submeter um pedido de medida provisória, juntamente com um pedido de providência cautelar, requerendo que determinada parte não frustre o objetivo da medida provisória solicitada.
- (2) O tribunal arbitral pode conceder uma providência cautelar desde que considere que a divulgação prévia do pedido de medida provisória

à parte contra a qual ela foi solicitada implica risco de frustração do objetivo da medida provisória.

(3) Os requisitos definidos no artigo 17.º-A aplicam-se a qualquer providência cautelar, desde que o dano, objeto de avaliação ao abrigo do artigo 17.º-A, parágrafo 1.º, alínea (a), seja o dano que poderá resultar da concessão ou não da providência cautelar.

De acordo com os termos da Lei modelo acima transcrita, a possibilidade de concessão da tutela de urgência pelo juízo arbitral possui disciplina suficiente, estando a legislação brasileira em consonância com os parâmetros estabelecidos pela UNCITRAL.

Assim, é factível aduzir que não subsiste **dúvida sobre a** competência do juízo arbitral para apreciar e julgar a medida de urgência requerida pela parte interessada, nos conflitos de interesse em que houver convenção de arbitragem firmada.

## 4. EFETIVAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA CONCEDIDA PELO ÁRBITRO

Após a verificação da atribuição do juízo arbitral para resolver conflitos em que houver convenção de arbitragem e para conceder a tutela de urgência, cumpre averiguar a competência funcional para dar cumprimento a decisões de natureza coercitiva relacionadas a medida de urgência concedida, assim como para executar a sentença arbitral.

Como foi abordado acima, no processo arbitral, é possível que a parte interessada solicite medida de urgência, cabendo a corte arbitral processar e julgar o pedido. No entanto, juízo arbitral não possui competência para dar cumprimento à medida de natureza coercitiva, sendo necessária, se for o caso, a intervenção do juízo estatal, que possui o poder de *imperium*, para executar os atos necessários para efetivação da tutela de urgência.

Toda e qualquer decisão sobre antecipação de tutela e medida cautelar, no processo de arbitragem, devem ser proferidas pelo árbitro. Se houver necessidade do concurso judicial para execução da decisão arbitral, o juiz estatal deverá ser instado para que seja efetivado o seu cumprimento (CARMONA, 2019).

Isto é, concedida a tutela de urgência no processo arbitral e havendo resistência da parte em cumprir a determinação proferida, a corte arbitral

deverá requerer ao Poder Judiciário que determine a execução da decisão arbitral, utilizando, para tanto, do seu poder de coerção. Destarte, é imprescindível que haja uma colaboração entre o juízo arbitral e estatal para efetivação da decisão arbitral nessa situação.

A necessidade de intervenção poder judiciário para execução da decisão proferida no processo arbitral conduz à compreensão de que existe uma relação de colaboração e de complementação entre o juízo arbitral e o juízo estatal, não havendo, portanto, vínculo de subordinação entre ambos.

O STJ, no REsp 1678224/SP, asseverou que não obstante a alteração apresentada pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, à Lei n 9.307/1996, que representou o fortalecimento da arbitragem, não houve a investidura de poder coercitivo ao juízo arbitral, motivo pelo qual não existe amparo legal que permita, contra vontade do devedor, restrições ao seu patrimônio, com base em decisão arbitral.

Destarte, compete ao árbitro, nos limites estatuídos na convenção de arbitragem, decidir acerca do deferimento ou não da medida de urgência e é atribuição do juiz estatal verificar, tão somente, os aspectos formais – não o mérito –, determinando, consequentemente, o cumprimento do que foi decidido pelo árbitro.

Os aspectos formais que devem ser objeto de apreciação pelo juízo estatal a respeito da solicitação de efetivação da decisão arbitral referem-se à regularidade e os limites da convenção de arbitragem, o atendimento aos preceitos de ordem pública e aos bons costumes e a suficiência da documentação apresentada para o processamento e cumprimento da decisão. Porém, o juízo estatal não poderá apreciar a conveniência da decisão concessiva da tutela de urgência, sob pena de usurpação da competência do juízo arbitral (AMARAL, 2016).

A respeito da necessidade de colaboração entre o juízo arbitral e estatal para que haja a efetivação da tutela de urgência concedida no processo de arbitragem, quando houver resistência no cumprimento da decisão arbitral, a Lei modelo da UNCITRAL disciplina o assunto nos seguintes termos (UNCITRAL, 2020):

Reconhecimento e execução de medidas provisórias

Artigo 17.º-H. Reconhecimento e execução

- (1) Uma medida provisória concedida por um tribunal arbitral deve ser reconhecida como vinculante e, salvo disposição do tribunal arbitral em contrário, exequível mediante requerimento dirigido ao tribunal estatal competente, independentemente do país em que foi emitida, encontrando-se sujeita às disposições contidas no artigo 17.º-I.
- (2) A parte que requeira ou que tenha obtido o reconhecimento ou a execução de uma medida provisória, deverá informar prontamente o tribunal estatal sobre a extinção, suspensão ou alteração da medida provisória.
- (3) O tribunal estatal do país onde o reconhecimento ou a execução é requerido pode, se o considerar apropriado, ordenar à parte requerente que preste garantia, caso o tribunal arbitral não o tenha feito ou se essa decisão for necessária para salvaguardar interesses de terceiros.

A partir da leitura dos dispositivos legais acima transcritos, constata-se que existe similitude em relação à Lei nº 9.307/1996, quanto a necessidade de cooperação com o Poder Judiciário para execução da tutela urgência concedida no âmbito do processo arbitral, uma vez que não existe fundamento na Lei modelo da UNCITRAL para que a corte arbitral exerça poder de coerção para efetivar suas decisões.

Deste modo, pode-se afirmar que a efetivação de tutela de urgência pela corte arbitral reclamará a atuação do Poder Judiciário, toda vez que for necessária a utilização do poder coercitivo para execução da decisão proferida em sede de arbitragem (FICHTNER; MONTEIRO, 2019).

#### 5. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA ARBITRAL

Como foi abordado acima, o juízo arbitral não possui poder coercitivo para dar cumprimento as tutelas de urgências concedidas no processo de arbitragem. Logo, torna-se necessário avaliar a disciplina na legislação brasileira a respeito da execução forçada da sentença arbitral.

Inicialmente, vale asseverar que a sentença arbitral representa o ato da corte arbitral que soluciona o conflito de forma definitiva, equiparandose à sentença judicial para todos os efeitos, podendo ser declaratória, constitutiva ou condenatória, mas, jamais, terá eficácia mandamental ou executiva, porquanto não representa expressão de *imperium* estatal (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2017).

Qualquer que for a natureza e a classificação, a sentença arbitral, integral ou parcial, exerce o mesmo efeito da sentença judicial transitada em julgado. Porém, a única diferença que existe é no sentido de que o árbitro não é dotado de coerção, assim a execução de suas decisões demandará, diante da resistência, a atuação do juiz togado, a quem competirá materializar a sentença arbitral (SCAVONE JÚNIOR, 2019).

O art. 31 da Lei nº 9.307/1996 textualiza que a sentença arbitral condenatória possui os mesmos efeitos da sentença proferia pelo juízo estatal, representando título executivo. O art. 515, inciso VII, do CPC, qualificou a sentença arbitral como título executivo judicial.

Pode-se afirmar, deste modo, que a sentença arbitral, se não for cumprida voluntariamente, permite a instauração de processo judicial de execução, sendo a referida decisão título executivo judicial e, consequentemente, deve-se adotar o rito procedimental previsto no CPC para que haja o seu cumprimento.

A Lei modelo da UNCITRAL regulamenta a execução das sentenças arbitrais da seguinte forma (UNCITRAL, 2020):

# CAPÍTULO VIII. RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE SENTENCAS

Artigo 35.º. Reconhecimento e execução

- (1) A sentença arbitral, independentemente do país em que tenha sido proferida, será reconhecida como tendo força obrigatória e, mediante solicitação por escrito dirigida ao tribunal competente, será executada, sem prejuízo das disposições do presente artigo e do artigo 36.°.
- (2) A parte que invocar a sentença ou pedir a respectiva execução deve fornecer o original da sentença ou uma cópia certificada. Se a sentença não estiver redigida em um idioma oficial do presente Estado, a parte fornecerá uma tradução devidamente certificada nessa língua 10. (O artigo 35.°, parágrafo 2.°, foi alterado pela Comissão na sua 39.ª sessão, em 2006)

Portanto, a qualificação da sentença arbitral como título executivo, conferida pela legislação brasileira, assim como a necessidade da instauração de processo judicial para dar cumprimento à decisão condenatória, não diverge do regramento apresentado pela Lei modelo da UNCITRAL.

Não obstante a ausência do poder coercitivo da corte arbitral, o que obsta a prática de atos de natureza executiva, a arbitragem possui natureza jurisdicional ou publicista, uma vez que o Estado, mediante disposição legal, outorga poderes ao árbitro para dirimir litígio (CAHALI, 2015).

Existe entendimento de que a arbitragem possui caráter substitutivo da jurisdição, porquanto um terceiro, que não integra o litígio, deverá buscar a verdade e julgar de forma imparcial o conflito. Todavia, o árbitro não possui competência para determinar o cumprimento forçado da decisão arbitral, notadamente no que se refere à expropriação de bens. Portanto, é indiscutível a natureza jurisdicional da fase executória, sendo certo que a falta da competência funcional do árbitro para executar suas próprias decisões não afasta o caráter jurisdicional da arbitragem (CARMONA, 1990).

O direito fundamental à tutela jurisdicional garante a efetividade da tutela executiva, a qual consiste na existência de meios executivos capazes de permitir a integral satisfação de direito já reconhecido, sendo certo que a execução é atividade em que o Poder Judiciário exercer e demonstra com mais clareza o seu poder coercitivo, o qual deve observar o devido processo legal (DIDIER JÚNIOR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017).

Com efeito, é forçoso asseverar que a plena efetividade da proteção jurisdicional, promovida no âmbito da arbitragem, pode requerer a cooperação direta do Poder Judiciário, com a finalidade de que seja garantida a tutela executiva, mediante adoção de medidas coercitivas para exigir o cumprimento forçado da decisão arbitral.

Deste modo, a parte que aciona a corte arbitral para solucionar um litígio exerce o direito de ação, ao passo que a sentença arbitral proferida que resolve o conflito de interesse demonstra o caráter jurisdicional da arbitragem, apesar de que seja necessária a cooperação com o juízo estatal na fase de execução para que haja o cumprimento forçado da referida decisão.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da exposição acima deduzida, tem-se que a existência de convenção de arbitragem, decorrente da expressão da autonomia da vontade das partes, representa a livre opção pela utilização da arbitragem como método de solução extrajudicial de controvérsia relacionada a direito patrimonial disponível, representado derrogação da jurisdição estatal para dirimir conflito de interesse.

Com base no princípio da competência-competência (Kompetenz-Kompetenz), tem-se a atribuição da corte arbitral para apreciar sua própria competência, notadamente no que tange à existência, à validade e eficácia da cláusula compromissória ou da convenção de arbitragem, assim como para avaliar e conceder tutela de urgência referente ao direito deduzido pela parte interessada.

Apesar da competência da corte arbitral para julgar a medida de urgência solicitada pela parte, não foi conferido poderes coercitivos que permitam a execução direta da tutela concedida, sendo imprescindível a colaboração do Poder Judiciário para o cumprimento da decisão arbitral.

Nessa mesma linha argumentativa, a qualificação da sentença definitiva proferida pelo juízo arbitral como título executivo judicial requer a instauração do processo de execução perante o Poder Judiciário, o que demonstra a opção do legislador pátrio no sentido de que o poder coercitivo para garantir a tutela executiva é exclusivo do juízo estatal, não havendo permissivo legal que autorize o exercício de ato de cunho executório pela corte arbitral.

As normas legais que tratam dos poderes dos árbitros, existentes na legislação brasileira, não divergem do conteúdo da Lei modelo da UNCITRAL, que constitui um parâmetro normativo elaborado pela Organização das Nações Unidas – ONU, por meio da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – UNCITRAL.

Assim, pode-se concluir que, apesar da natureza jurisdicional da arbitragem, é imprescindível a colaboração do Poder Judiciário para que seja conferida plena efetividade ao processo de arbitragem mediante a execução forçada da decisão arbitral.

#### REFERÊNCIAS:

AMARAL, Paulo Osternack. O regime das medidas de urgência no processo arbitral. Francisco José Cahali, Thiago Rodovalho, Alexandre Freire (coords.). *Arbitragem – comentários ao Projeto de Lei nº 406/2013.* – 1. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502625310/. Acesso em: 11 de dezembro de 2021.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e Arbitragem.* 2ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2016. (Coleção saberes do direito).

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial 1717677/PR. Arbitragem. Cláusula arbitral. Competência do juízo arbitral. Princípio Kompetenz-Kompetenz. Recorrente: CITTA - Construções e Empreendimentos LTDA. Recorrido: FMM Construções Civis LTDA e outros. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, de 19 de novembro de 2019. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201800008844>. Acesso em: 22 de dezembro de 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial 1678224/SP. Arbitragem. Poderes dos árbitros. Inexistência de poder coercitivo. Recorrente: Centrais Elétricas Belém S/A. Recorrido: PRECE - Previdência Complementar. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, de 07 de maio de 2019. Disponível em: < https://www2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\_registro=201603270108&dt\_publicacao=09/05/2019>. Acesso em: 22 de dezembro de 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Agravo interno no Agravo em Recurso Especial 976218/PR. Arbitragem. Definição do juízo competente. Eficácia da convenção de arbitragem. Agravante: Ricardo Beduschi. Agravado: Israel Edson Caseiro e outros. Relator: Ministro Moura Ribeiro, de 17 de junho de 2019. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPe squisaGenerica&num\_registro=201602307522>. Acesso em: 22 de dezembro de 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial 1297974/RJ. Arbitragem. Medida cautelar. Competência. Juízo arbitral constituído. Recorrente: Itarumã Participações S/A. Recorrido: Participações em Complexos Bioenergéticos S/A - PCBIOS. Relator(a): Ministro(a) Nancy Andrighi, de 12 de junho de 2012. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\_registro=201102409919&dt\_publicacao=19/06/2012 >. Acesso em: 22 de dezembro de 2021.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ.* 5ª ed. revista, atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº* 9.307/96. 3 ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Jurisdição. Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 33-40, abr./jun. 1990.

DALLA, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 317. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612864/. Acesso em: 22 de dezembro de 2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19ª ed. Salvador: Jus Podivum, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil:* execução. 7ª ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FICHTNER, José Antônio e MONTEIRO, André Luís. Tutela provisória na arbitragem e novo código de processo civil: tutela antecipada e tutela cautelar, tutela de urgência e tutela da evidência, tutela antecedente e tutela incidental. Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes, Pedro Batista Martins (coords.). 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. – 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <a href="https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013276/">https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013276/</a>>. Acesso em: 22 de dezembro de 2021.

LEMES, Selma. O Uso da Medida Cautelar no Procedimento Arbitral.

Disponível em: < http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo34.pdf>. Acesso em: 22 de dezembro de 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil.* Vol. 3; 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos.* Salvador: Juspodivm, 2017.

NEVES, Flávia Bittar; LOPES, Christian Sahb Batista. Medidas Cautelares em arbitragem. Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes, Pedro Batista Martins (coords.). 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. – 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <a href="https://integrada.">https://integrada.</a>

minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013276/>. Acesso em: 22 de dezembro de 2021.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. Arbitragem - *Mediação*, *Conciliação e Negociação*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985004/. Acesso em: 22 de dezembro de 2021.

RECEBIDO EM: 01/11/2020 APROVADO EM: 05/08/2021

## CONSIDERAÇÕES SOBRE A AUTONOMIA FUNCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

CONSIDERATIONS ON THE FUNCTIONAL
AUTONOMY OF CIVIL LIABILITY IN BRAZILIAN LAW

Eduardo Nunes de Souza

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ.

Rodrigo da Guia Silva Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

**SUMÁRIO:** 1. À guisa de introdução: o oxímoro da responsabilidade civil brasileira. 2. Distinções funcionais entre responsabilidade civil e vedação ao enriquecimento sem causa: a não coincidência entre os perfis reparatório e restitutório. 3. O problema da suposta função punitiva da responsabilidade civil. 4. Uma dificuldade prática de qualificação: o exemplo

das previsões legais de "devolução em dobro" do indébito. 5. Síntese conclusiva.

RESUMO: O presente estudo busca tecer algumas considerações sobre as dificuldades hermenêuticas oriundas da progressiva atribuição de novas funções à reparação civil — as quais prejudicam a autonomia conceitual da indenização e ocasionam frequentes equívocos na qualificação de situações concretas. Sem o intuito de sistematizar todas as numerosas propostas contemporâneas de novos perfis funcionais da responsabilidade civil, busca-se indicar, em perspectiva crítica, algumas dificuldades de implementação da função punitiva e da função preventiva, bem como a inadequação da confusão entre reparação e restituição. Ao final, propõe-se o exemplo prático da qualificação das previsões legislativas de restituição em dobro do indébito como hipótese em que as distinções funcionais mencionadas se mostram imprescindíveis à identificação da normativa adequada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade Civil. Função Punitiva. Função preventiva. Restituição. Análise Funcional.

ABSTRACT: This study seeks to present some considerations on the hermeneutical difficulties that arise from the progressive attribution of new functions to civil liability – which impair the conceptual autonomy of damages and make room for frequent mistakes in the process of qualifying concrete situations. Without any intent of systematizing the numerous contemporary proposals relating to new functional profiles of civil liability, this article seeks to identify, in a critical perspective, some of the difficulties in implementing the so-called punitive and preventive functions, as well as the inadequacy of the confusion between reparation and restitution. In the end, it proposes the practical example of the qualification of legal dispositions on the doubled restitution of undue payments as a hypothesis in which the aforementioned functional distinctions play a decisive role in identifying the right legal discipline.

**KEYWORDS:** Civil liability. Punitive Function. Preventive Function. Restitution. Functional Analysis.

# 1. À GUISA DE INTRODUÇÃO: O OXÍMORO DA RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRA

Poucos setores do direito civil têm observado mudanças tão drásticas (e vertiginosamente rápidas) nos últimos anos quanto a responsabilidade civil. Muitos fatores contribuem para essa aparente volatilidade. Um deles, talvez o mais evidente, consiste na facilidade pragmática de deflagração do mecanismo de imputação do dever de indenizar. Com efeito, tratase de uma das mais simples reações da ordem jurídica à lesão de um interesse juridicamente tutelado: a reparação civil representa, nesse sentido, o primeiro estágio de que se cogita na tutela das situações jurídicas, aquele de mais singela implementação e que precede outras formas de tutela mais sofisticadas e progressivamente mais voltadas à satisfação específica do interesse juridicamente protegido.<sup>2</sup> Sem dúvida, cuida-se de uma proteção, em certa medida, deficitária, vez que ocorre a posteriori da lesão do interesse; quase sempre, porém, que se cogita de um novo interesse merecedor de reconhecimento pelo ordenamento jurídico, o primeiro remédio que se oferece ao titular desse direito em caso de violação é a responsabilidade civil.

Esse papel de resposta imediata do sistema às violações de interesses juridicamente relevantes — que a converte também em um indicador confiável do paulatino reconhecimento, pela ordem jurídica, de novos interesses merecedores de tutela — corresponde à mais conspícua explicação para as constantes mudanças na teoria e na práxis da responsabilidade civil. De fato, em um ambiente de ampla constitucionalização do direito privado, expandem-se cada vez mais as fronteiras dos interesses relevantes para a ordem jurídica, particularmente aqueles de cunho extrapatrimonial. Não é mais imprescindível o reconhecimento de direitos subjetivos para a tutela dos interesses individuais; qualquer situação jurídica subjetiva e o próprio interesse juridicamente relevante em si considerado podem ser

<sup>1</sup> Leciona, a respeito, Stefano Rodotà: "a responsabilidade civil tem sido, em toda a fase recente, o instrumento que permitiu fornecer uma primeira faixa de proteção jurídica a novos bens ou interesses" (RODOTÀ, 1984, p. 605. Tradução livre).

<sup>2</sup> Como registra Maria Celina Bodin de Moraes, "a responsabilidade civil é um dos instrumentos jurídicos mais flexíveis, dotado de extrema simplicidade, estando apto a oferecer a primeira forma de tutela a interesses novos, considerados merecedores de tutela tão logo sua presença seja identificada pela consciência social, e que de outra maneira ficariam desprotegidos, porque ainda não suficientemente amadurecidos para receberem atenção e, portanto, regulamentação própria por parte do legislador ordinário" (BODIN DE MORAES, 2006, p. 238).

protegidos pela via indenizatória.<sup>3</sup> O processo, também observado na experiência estrangeira (particularmente no direito italiano),<sup>4</sup> foi designado por autorizada doutrina brasileira como "giro conceitual" do ato ilícito para o dano injusto.<sup>5</sup> Não se trata, porém, de um fenômeno restrito à responsabilidade civil; cuida-se, ao contrário, do reflexo de uma transição muito maior observada no direito civil — da análise estrutural para o perfil funcional dos direitos, da rígida estrutura do direito subjetivo para a valoração ponderada de interesses.<sup>6</sup> Também aqui, como em geral ocorre, a responsabilidade civil serviu de índice para um fenômeno que, a rigor, dizia respeito à inteira teoria do direito civil.

Particularmente no direito brasileiro (e nos demais ordenamentos que baseiam seus sistemas de responsabilidade civil em cláusulas gerais), a expansão do dever de indenizar (e dos interesses tutelados por essa via) foi bastante fomentada pela atipicidade das *fattispecie* ensejadoras de

<sup>3</sup> Nesse sentido, identifica Stefano Rodotà que "o direcionamento da atenção para a vítima e a centralidade do momento do dano (e não mais da sanção) favorecem a atitude do sistema da responsabilidade civil a legitimar e tutelar novos interesses, mesmo na ausência de disposições específicas normativas, mesmo porque o inteiro sistema institucional parece orientado a esses objetivos de larguíssima garantia (por vezes formalizados em disposições de nível constitucional). [...] Desaparece, ou ao menos é fortemente redimensionado, um dos elementos característicos do modelo tradicional da responsabilidade civil, construído de maneira tal a consentir uma forte seleção dos danos ressarcíveis [...]" (RODOTÀ, 1984, p. 599. Tradução livre).

<sup>4</sup> A virada conceitual em direção à injustiça do dano na doutrina italiana foi capitaneada por Francesco Busnelli, que, já na década de 1964, propunha: "trata-se de definir se a proteção de um interesse, como resultado do que dispõem uma ou mais normas, resulta em uma relação de 'correspectividade' com o comportamento dos terceiros, no sentido de que a proteção jurídica de que goza o interesse lesado se mostra efetivamente destinada àquele tipo de interesse, em conformidade com aquele tipo de comportamento" (BUSNELLI, 1964, p. 88. Tradução livre). Contemporaneamente, sustenta Pietro Trimarchi que o problema da verificação da injustiça do dano "depende principalmente da valoração comparativa entre um certo tipo de conduta e o interesse que o agente realiza ou tende a realizar com aquela conduta" (TRIMARCHI, 2016, p. 110. Tradução livre).

<sup>5</sup> A expressão foi difundida no Brasil por GOMES, 1989, p. 293.

<sup>6</sup> Como destaca Stefano Rodotà, não se tratou de um "ajustamento apressado, ao qual se possa pensar que se siga um igualmente brusco revirement, mas a uma transformação profunda que incidiu sobre o próprio material normativo 'elástico', de modo que parece inadequado o apelo à letra das normas para tornar a canalizar a responsabilidade civil por rotas mais tranquilas" (RODOTÀ, 1984, p. 603. Tradução livre).

reparação civil.<sup>7</sup> A rigor, a investigação do dano injusto, nas duas cláusulas gerais contidas no *caput* e no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, consiste na busca ampla, pelo intérprete, do interesse a ser protegido em um caso concreto (não raro por meio de um juízo de merecimento de tutela em sentido estrito).<sup>8</sup> Embora se mitigue, na doutrina estrangeira, a importância da distinção comumente feita em relação aos sistemas de responsabilidade civil tipificada (como o germânico),<sup>9</sup> não há dúvidas de que a estruturação legislativa aberta do sistema brasileiro, aliada a uma doutrina e a uma jurisprudência já habituadas à proliferação de cláusulas gerais nas últimas décadas, tem contribuído sobremaneira para a expansão do chamado dano indenizável no Brasil.<sup>10</sup>

É nesse contexto que a responsabilidade civil assume o posto de um dos ramos mais cambiantes do direito. São frequentes as notícias de decisões judiciais que passaram a reconhecer em certas hipóteses fáticas a configuração de danos injustos que, pouco tempo antes, seriam impensáveis; assim também certos danos que observaram um veloz reconhecimento nos últimos anos vêm sendo vistos com maior cautela pelos tribunais

No direito italiano já se destacou que "a construção do modelo da responsabilidade civil segundo uma série aberta de critérios de imputação representa um dos poucos casos de fundação teórica da superação da antítese entre princípios e regras especiais, que lacerou uma parte tão significativa do tecido privatístico. Ordenando de maneira sistemática (mas não dogmática) o conjunto dos critérios de imputação, amplia-se globalmente a validade operativa do modelo da responsabilidade civil" (RODOTÀ, 1984, pp. 599-600. Tradução livre). Prossegue o autor: "Ora, é indubitável que as transformações profundas do modelo não teriam sido possíveis se a responsabilidade civil não estivesse fundada substancialmente sobre cláusulas gerais, que não apenas, ainda nos sistemas aparentemente mais rígidos, permitiram superar a antítese entre tipicidade e atipicidade do ilícito, como também permitiram conferir ao modelo uma elevada flexibilidade [...]" (RODOTÀ, 1984, p. 602. Tradução livre).

<sup>8</sup> Sobre o sentido estrito de merecimento de tutela e o enquadramento do dano injusto como hipótese dessa instância valorativa, cf. SOUZA, 2014, passim e, especialmente, item 5.

<sup>9</sup> Assim, por exemplo, Pietro Trimarchi afirma que "a diferença entre os sistemas fundados sobre a enumeração de figuras típicas e aqueles fundados sobre uma amplíssima regra geral é, no entanto, menos abrupta do que se pode crer", mesmo porque "a adoção de um ou outro princípio não conduz necessariamente a um diverso regramento substancial das hipóteses fáticas" (TRIMARCHI, 2017, p. 14. Tradução livre).

<sup>10</sup> Como leciona Maria Celina Bodin de Moraes, "o mecanismo da responsabilidade civil é composto, em sua maioria, por cláusulas gerais e por conceitos vagos e indeterminados, carecendo de preenchimento pelo juiz a partir do exame do caso concreto. Como a incidência dos princípios e valores constitucionais se faz, em via mediata, justamente desta maneira, através do preenchimento valorativo destes conceitos, vê-se que a constitucionalização da responsabilidade civil pode se dar naturalmente" (BODIN DE MORAES, 2006, p. 239).

brasileiros.<sup>11</sup> Este parece ser o ponto unívoco do trabalho doutrinário e jurisprudencial na responsabilidade civil brasileira em tempos recentes: superados muitos dos requisitos clássicos da reparação, com a dissociação entre a noção de dano e a lesão a direitos subjetivos (noção clássica de ilícito) e a ampla adoção de hipóteses de responsabilidade objetiva pelo legislador<sup>12</sup> (em um processo já denominado, de forma eloquente, "erosão dos filtros" da reparação),<sup>13</sup> tem-se trabalhado progressivamente para mover as fronteiras do dano indenizável, que ora avançam, ora recuam, mas conferem a este setor do direito uma permanente aparência de *novo*.

Dentre os temas que têm pautado os debates contemporâneos na responsabilidade civil brasileira, porém, poucos se podem dizer, em termos históricos, efetivamente *novos*. A constatação, algo paradoxal, não oferece uma explicação simples. Um motivo provável, porém, para esse verdadeiro oxímoro da responsabilidade civil brasileira está na constatação de que, exceto pelo ímpeto de se modificarem os limites do dano injusto, a legislação, a doutrina e a jurisprudência pátrias parecem ter projetos muito distintos para o chamado direito de danos no país. Nesse cenário, a doutrina tem se esforçado por preservar como novos (ou, pelo menos, como atuais) temas que são conhecidos há décadas no direito brasileiro (e há muito mais tempo em outros países da família continental), mas que jamais obtiveram uma acolhida consistente na lei ou na jurisprudência.

Pense-se, por exemplo, na teoria da causalidade alternativa. Na experiência estrangeira, a matéria é discutida de longa data. <sup>14</sup> No Brasil, também a doutrina mais tradicional já abordava a causalidade alternativa, <sup>15</sup> e, no campo jurisprudencial, uma das mais célebres decisões sobre o tema foi

<sup>11</sup> A título ilustrativo, aluda-se ao caso da mora na entrega de imóveis em construção, hipótese em que se costumava reconhecer pacificamente a configuração de dano moral ao adquirente. O STJ, revendo sua posição anterior, passou a entender que "o dano moral, na hipótese de atraso na entrega de unidade imobiliária, não se presume, configurando-se apenas quando houver circunstâncias excepcionais que, devidamente comprovadas, importem em significativa e anormal violação a direito da personalidade dos promitentes-compradores" (STJ, REsp. 1.639.016, 3° T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 28.3.2017). Para uma análise sobre a importância da jurisprudência para a estabilização da noção de dano indenizável no Brasil, cf. RAMOS, 2015, item 3.

<sup>12</sup> A relevância do sistema objetivo de responsabilidade civil para a ampliação das hipóteses de reparação é destacada por Stefano Rodotà: "a passagem de um sistema monocêntrico [fundado na culpa] para um articulado, segundo uma multiplicidade de critérios de imputação, acentua a flexibilidade do modelo e a sua propensão a adimplir múltiplas funções" (RODOTÀ, 1984, p. 599. Tradução livre).

<sup>13</sup> A respeito, cf. DIEZ-PICAZO, 2009, p. 11.

<sup>14</sup> Por todos, cf. SAVATIER, 1939, §463, pp. 14 e ss.

<sup>15</sup> Ilustrativamente: "Há causalidade alternativa quando o dano pode ter sido causado e o foi pelo ato de A ou pelo ato de E, sem se poder determinar, com certeza, qual dos dois o causou" (MIRANDA, 2012, p. 274).

proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na década de 1970. Desde então, porém, o tema da causalidade alternativa tem permanecido um grande desconhecido para a jurisprudência, sendo raras as menções a essa teoria. No plano legislativo, são igualmente escassas as hipóteses em que se adotou a teoria. Não pareceu conveniente ao legislador, até o presente momento, a edição de uma regra geral sobre o tema. Até mesmo a célebre construção ampliativa conferida pela doutrina ao art. 938 do Código Civil (que prevê a responsabilidade pelas coisas lançadas ou caídas de edifício), segundo a qual é possível responsabilizar o condomínio edilício quando não se puder identificar a origem do dano do *effusum et deiectum*, não consta expressamente do dispositivo normativo. Tem cabido à dogmática o papel de manter vivo o tema, tão pleno de potencialidades.

<sup>16</sup> Trata-se do muito propalado caso do desfile de carros alegóricos na cidade gaúcha de Flores da Cunha, em que um grupo de pessoas fantasiadas de caçadores disparava balas de festim, exceto por uma delas, que portava uma arma verdadeira e acabou por ferir um dos espectadores, sem que se pudesse identificar, posteriormente, qual delas foi o autor do dano (TJRS, Ap. Cív. 11.195, 1\* CC, Rel. Des. Oscar Gomes Nunes, julg. 25.11.1970).

<sup>17</sup> Ilustrativamente, até o final do ano de 2017, a busca da expressão "causalidade alternativa" na jurisprudência do STJ retornava um único resultado, atinente à morte de um torcedor em uma briga de torcidas de futebol (STJ, REsp 26.975, 4\* T., Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julg. 18.12.2001).

<sup>18</sup> A mais conhecida, provavelmente, consta do Estatuto de Defesa do Torcedor e diz respeito a brigas em estádios esportivos — contudo, a norma, a rigor, parece dispor mais sobre responsabilidade indireta do que sobre causalidade alternativa (já que os responsáveis pelo dever de indenizar não são, como propõe a causalidade adequada, os membros de um grupo de agentes ao qual pertence o causador direto do dano). Nos termos do art. 19 da Lei n. 10.671/2003: "As entidades responsáveis pela organização da competição, bem como seus dirigentes respondem solidariamente com as entidades de que trata o art. 15 e seus dirigentes, independentemente da existência de culpa, pelos prejuízos causados a torcedor que decorram de falhas de segurança nos estádios ou da inobservância do disposto neste capítulo".

<sup>19</sup> A construção é adotada pela jurisprudência desde o período de vigência do Código Civil de 1916, embora sem referência à tese da causalidade alternativa. Ilustrativamente: "Responsabilidade civil. Objetos lançados da janela de edifícios. A reparação dos danos é responsabilidade do condomínio. A impossibilidade de identificação do exato ponto de onde parte a conduta lesiva, impõe ao condomínio arcar com a responsabilidade reparatória por danos causados à terceiros. Inteligência do art. 1.529, do Código Civil Brasileiro" (STJ, REsp. 64.682, 4\* T., Rel. Min. Bueno de Souza, julg. 10.11.1998). O tema também é objeto do enunciado n. 557 da VI Jornada de Direito Civil do CEJ-CJF, que tampouco menciona a teoria: "Nos termos do art. 938 do CC, se a coisa cair ou for lançada de condomínio edilício, não sendo possível identificar de qual unidade, responderá o condomínio, assegurado o direito de regresso".

<sup>20</sup> Em linhas gerais, interpreta-se a expressão "aquele que habitar prédio, ou parte dele" do art. 938 do Código Civil como fundamento para a responsabilização coletiva dos moradores do edifício e, por extensão, do condomínio: "[...] dir-se-á que na concorrência habitacional, todos respondem, salvo se se demonstrar que o fato danoso pode ser atribuído a um dos habitantes, porque se trata de responsabilidade alternativa e não cumulativa" (PEREIRA, 2016, p. 154).

<sup>21</sup> Sobre o tema, em perspectiva crítica, cf., por todos, RODRIGUES JUNIOR, 2016.

Cogite-se, ainda, da tradicional teoria da perda de uma chance. O legislador dela não cogitou textualmente, o que dá fôlego à permanente dúvida acerca de sua compatibilidade com a vedação à reparação de danos hipotéticos. A jurisprudência brasileira ainda a aplica de modo hesitante e parcimonioso, muitas vezes confundindo-a com outras figuras da teoria da responsabilidade civil. Nesse cenário, a teoria permanece "nova" (rectius, repita-se, atual) na doutrina, a despeito de datar de quase um século, tendo sido amplamente debatida nos clássicos tratados franceses qualmente, na mais tradicional doutrina brasileira. Tem-se a impressão (talvez não de todo equivocada) de que qualquer noção na responsabilidade civil que destoe do modelo tradicional do ato ilícito e de seus requisitos desperta no intérprete e no próprio legislador certa desconfiança, revestindo-se, assim, de um permanente ar de novidade (ou, talvez fosse melhor dizer, de incerteza).

Mais ainda, por vezes a doutrina tem-se posto a elaborar construções relativamente novas em termos históricos, mas que não chegam a se tornar atuais, porque contradizem escolhas consolidadas do legislador e da jurisprudência no país, não encontrando efetiva repercussão nesses âmbitos. Assim ocorre, por exemplo, nas mais recentes tentativas de abandono do nexo de causalidade como requisito da responsabilidade civil, a partir de uma suposta noção de imputação que, substituindo o requisito do nexo, permitiria a atribuição do dever de indenizar a agentes que não ingressaram na cadeia causal de produção do dano, à míngua de qualquer

<sup>22</sup> Semelhante ordem de questionamento também se identifica no âmbito da controvérsia sobre a indenizabilidade do denominado dano da privação do uso. A propósito, cf., com ampla bibliografia, SILVA, 2016b, passim.

<sup>23</sup> Para uma crítica à aplicação jurisprudencial da teoria, cf. SOUZA, 2015.

<sup>24</sup> Por todos, cf. SAVATIER, 1939, §§460-461.

<sup>25</sup> Por todos, cf. ALVIM, 1949, p. 171.

<sup>26</sup> Como pondera Stefano Rodotà, inicialmente, "a extensão da tutela aquiliana foi requerida invocando-se analogias formais ou substanciais de novas situações com aquelas precedentemente protegidas", o que parece explicar a dificuldade que se enfrenta, ainda hoje, para se desvencilhar do modelo clássico de responsabilidade pelo ilícito. "O passo ulterior, muito mais longo, é dado quando a tutela é assegurada, sem mediações, a interesses de base não proprietária. O modelo tradicional não é hábil a operar, mesmo porque não se trata de gerir a compatibilidade entre interesses homogêneos (em uma lógica intraproprietária), mas o conflito se produz entre interesses qualitativamente irredutíveis a lógicas comuns" (RODOTÀ, 1984, p. 598. Tradução livre).

autorização legal.<sup>27</sup> Essa noção *sui generis* de imputação<sup>28</sup> não parece ter encontrado eco na jurisprudência, que, nas poucas ocasiões em que alude ao termo "nexo de imputação", tem-no feito em caráter de sinonímia – e não de alternativa ou exclusão – ao nexo de causalidade.<sup>29</sup>

O que essa corrente doutrinária pretende com semelhante conceito de imputação, ao que tudo indica, é criar hipóteses de responsabilidade indireta para certos agentes, muito embora não haja previsão legal nesse sentido.  $^{30}$  A

- 27 Nesta acepção *sui generis* de imputação, dita objetiva, a investigação da causalidade é substituída por um juízo de equidade: "Situação que também emerge como exemplar é a imputação sem nexo de causalidade na responsabilidade por danos. Não raro se vê a reafirmação tradicional do nexo para imputar responsabilidade, o que, de todo correta, pode não ser, em determinados casos, o mais justo concretamente para a vítima. Quando assim, a direção pode indicar a renovação do conteúdo da causa, e especialmente do nexo causal. A imputabilidade tem no centro a preocupação com a vítima; a imputação é operação jurídica aplicada à reconstrução do nexo. [...] É de alteridade e de justiça social que se deve inebriar o nexo de causalidade, atento à formação das circunstâncias danosas" (FACHIN, 2015, pp. 113-114).
- Diz-se sui generis porque, no sentido técnico da tradição jurídica, a investigação sobre a imputação diz respeito tão somente à ratio essendi da opção legislativa de exigir os requisitos da culpa ou do risco para a configuração do dever de indenizar, e não a um suposto requisito substituto do nexo causal. Nesse sentido, afirma Fernando Noronha: "Nexo de imputação é o fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra, em consequência de um determinado fato antijurídico. É o elemento que aponta o responsável, estabelecendo a ligação do fato danoso com este. Em regra o fundamento de tal imputação é uma atuação culposa. Excepcionalmente poderá haver imputação pelo risco" (NORONHA, 2013, pp. 495-496). A tal formulação acrescenta-se, por vezes, a noção de imputabilidade do agente: "O nexo de imputação é o vínculo que se estabelece entre determinado fato e sua atribuição a certa pessoa, podendo a imputação ser delitual (culpa lato sensu) ou objetiva (risco). [...] No nexo de imputação, inclui-se também o conceito de imputabilidade, exigindo-se que o agente tenha capacidade (maturidade e higidez mental), tendo um regime jurídico especial a responsabilidade dos incapazes (art. 928)" (SANSEVERINO, 2010, p. 152).
- 29 Nesse sentido, cf., ilustrativamente, STJ, REsp. 1.451.312, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 5.12.2017; STJ, REsp. 1.426.598, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 19.10.2017; TJRJ, Ap. Civ. 0076813-90.2005.8.19.0001, 13ª C.C., Rel. Des. Antonio José Azevedo Pinto, julg. 30.4.2009. Em doutrina, já se observou que a proposta da superação do nexo causal "é chocante e tende a custar para ser bem assimilada pela comunidade jurídica em geral e, pelos aplicadores do direito em particular" (RAMOS, 2015, p. 16).
- 30 Por entender que o sistema tradicional da responsabilidade civil não responde satisfatoriamente à tutela da vítima, parte da doutrina indaga se não seria possível "imputar a alguém a responsabilidade por danos na ambiência civil e consumerista, sem que estivesse presente o nexo causal, previsível ou altamente provável, entre o fato danoso e o dano", e responde afirmativamente, sustentando "a ideia da formação da circunstância danosa como um critério com melhor aptidão para imputar a responsabilidade ao causador direto do dano ou outro responsável, independentemente de haver nexo de causalidade ou presunção de causalidade de determinado fato, nos moldes construídos até o momento" (FROTA, 2014, p. 289). Proposta semelhante também é encontrada, por exemplo, na doutrina portuguesa: "O que dissemos sobre o nexo de causalidade, ao transformá-lo, justificadamente, em nexo de imputação ou nexo de ilicitude, leva ínsita a resposta à questão sobre quem recai o ônus de provar a causalidade. [...] o antes condicional a que acresce o depois causalista são substituídos por uma também dialética conformação do nexo de imputação à luz das exigências de sentido comunicadas pela concretude dos acontecimentos, aos quais, por sua vez, só poderemos aceder na inteleção da intencionalidade do sistema já constituído e a constituir" (BARBOSA, 2014, pp. 195-196).

positivação em lei se revela imprescindível, contudo, tanto para a superação da culpa (excetuadas as hipóteses em que se aplique a cláusula geral do risco, prevista pelo art. 927, parágrafo único, do Código Civil) quanto para a superação do nexo causal como requisitos do dever de indenizar. A superação da responsabilidade civil fundada na causalidade, aliás, coloca-se na contramão das mais recentes disposições legislativas na matéria. O exemplo mais eloquente parece residir no (bastante criticável) art. 19 do Marco Civil da Internet: 2 ao dispor sobre a responsabilidade dos provedores de aplicações sobre conteúdos criados por terceiros (hipótese que, pela sua própria enunciação, parecia ser, com excelência, um caso de responsabilidade objetiva e indireta), optou o legislador por instaurar um regime de responsabilidade subjetiva e direta para o provedor, que apenas responde pelos danos causados pelo conteúdo depois de descumprir ordem judicial de retirada de conteúdo e, assim, ingressar com ato próprio (o descumprimento da ordem) na cadeia causal de produção do dano. 33

Também a noção de uma responsabilidade civil *ex ante* ou preventiva, isto é, o surgimento do dever de indenizar anterior à produção de qualquer dano, tem permanecido na pauta da doutrina em tempos recentes, sem que qualquer alteração legislativa de maior relevo justifique ou acompanhe tal proposta teórica. <sup>34</sup> A jurisprudência, por sua vez, não parece compreender (e com razão) de que modo a indenização poderia ser exclusivamente preventiva, ideia que contradiz a própria natureza, já mencionada, da

<sup>31</sup> Embora os defensores das diversas teorias que buscam dispensar ou presumir o elemento causal sustentem a desnecessidade de previsão legislativa para tal intuito (ilustrativamente, cf. FROTA, 2014, p. 229), tais propostas despertam a justificada crítica de outro setor da doutrina, que entende ser "necessário identificar para ela [para a presunção de causalidade] um fundamento jurídico apropriado, que não seja tão genérico e omnicompreensivo como a dignidade humana ou o solidarismo jurídico. É ainda mais do que conveniente recorrer ao legislador democrático, se for a intenção de se criar uma nova e mais radical forma de responsabilidade de determinados agentes econômicos" (RODRIGUES JUNIOR, 2016, p. 124).

<sup>32</sup> Dispõe a Lei n. 12.965/2014: "Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. [...]".

<sup>33</sup> Para uma necessária crítica ao dispositivo, cf. SCHREIBER, 2015.

<sup>34</sup> Para além de divergências pontuais, as vertentes que sustentam a função preventiva costumam adotar a seguinte lógica: "Como se entende que a responsabilização por danos é pressuposta, no sentido de ser anterior a sua produção, todos aqueles fatores, agentes e atividades que estejam aptos a produzir o dano e, no caso concreto, não respeitaram a alteridade, concretizada pela precaução e pela prevenção, prospectivas, a esse danos, podem ser responsabilizados pelo evento danoso" (FROTA, 2014, p. 265).

responsabilidade civil como remédio posterior à lesão. <sup>35</sup> Até mesmo o princípio da reparação integral, este sim consolidado em nossa ordem jurídica, aparenta impor desafios à noção de uma responsabilidade (puramente) preventiva, pois, ausente o elemento do dano, não parece haver mais medida para a indenização. É, contudo, muitas vezes com base no princípio da reparação integral que se sustenta a noção de uma indenização preventiva, ampliando-se o conceito de dano para abranger também as ameaças de lesão, isto é, a mera exposição de certos bens jurídicos a risco (tem-se popularizado, nesse sentido, o recurso à *mise en danger* da doutrina francesa). <sup>36</sup> Passa-se a sustentar, assim, a reparação integral como se fosse o fundamento (e não o óbice legal) para a reparação preventiva, isto é, como se o imperativo legal de reparar todo dano (e todo o dano) <sup>37</sup> permitisse ao intérprete superar a própria lesão como medida do dever de indenizar. <sup>38</sup>

Como já se observou argutamente, talvez fosse melhor reconhecer tão somente que a imposição da obrigação pecuniária nesses casos, motivada por uma proteção à vítima a todo custo, não se encontra mais no campo da

<sup>35</sup> Eventual mecanismo preventivo há de pautar-se, com efeito, na função primordial de indenização que preside a responsabilidade civil. Precisamente nesse sentido, conclui, na doutrina portuguesa, Mafalda Miranda Barbosa: "[...] parece-nos injustificada a defesa de uma finalidade preventiva que se autonomize da função reparadora. Esvaziada da consideração da personalidade, a prevenção transforma um instituto jurídico num instrumento de uma tecnocracia que contraria a estrutura básica, axiologicamente fundamentada, do sistema. Torna-se, por isso, imperiosa a negação incondicional da perspectiva encabeçada pela lava and economics. Ligada à eficácia, a prevenção torna-se desvaliosa. Unida aos vetores sedimentados, a prevenção deve manter-se dentro dos parâmetros por ele definidos, pelo que se subordinará sempre a uma finalidade reparadora ou ressarcitória. O que quer dizer que ela não poderá nunca justificar, por si só, a admissbilidade de princípio dos danos punitivos" (BARBOSA, 2005, p. 599).

<sup>36</sup> Sobre o sentido original da expressão mise en danger, cf. a obra seminal de SCHAMPS, 1998, passim. O uso mais relevante da expressão no Brasil deve-se, provavelmente, à obra de Giselda Hironaka (cf., dentre outras, HIRONAKA, 2006, passim e, particularmente, pp. 220-221). Sobre a controversa aplicabilidade do conceito de prevenção em matéria de responsabilidade civil na França, cf. ROCHFELD, 2011, pp. 521 e ss.; a autora destaca que, na doutrina francesa, a maior parte das propostas de aplicação da prevenção em matéria de responsabilidade civil dizem respeito à criação de deveres de abstenção para determinados agentes (não, portanto, à criação de um suposto dever de indenizar ex ante).

<sup>37</sup> A expressão, que bem define o princípio, é de MONTEIRO FILHO, 2008.

<sup>38</sup> Tanto a superação do nexo causal como requisito da reparação civil quanto a responsabilidade preventiva costumam ser sustentadas pelos autores que as defendem com fulcro nos princípios da dignidade humana e da reparação integral. Nesse sentido, por todos, cf. FROTA, 2014, p. 231.

responsabilidade civil, <sup>39</sup> em vez de se proceder à tentativa de estiramento do conceito de indenização ao ponto de ele se tornar a antítese de seu sentido original. <sup>40</sup> Nesse sentido, até mesmo a chamada função punitiva da responsabilidade civil, que já encontra acolhida muito maior na doutrina e na jurisprudência do que a função preventiva, ainda desperta enorme celeuma, a despeito de já se tratar de longeva discussão no direito brasileiro. <sup>41</sup> A rigor, as duas vertentes parecem corresponder a duas faces da mesma moeda, na medida em que a imputação de indenização a certo agente que, tendo exposto determinado bem jurídico a risco, não chegou a produzir lesão concreta, consiste em raciocínio típico da responsabilidade criminal, eminentemente punitiva. Ironicamente, em nome de uma responsabilidade civil cada vez mais voltada à vítima (como pioneiramente propôs o próprio

<sup>39</sup> Ao descrever o processo de "fuga para a responsabilidade civil", ocorrido sobretudo em países subdesenvolvidos, critica Otavio Luiz Rodrigues Junior: "A responsabilidade civil assume um papel de agente involuntário de distribuição de renda, o que não é sua função histórica e jurídica, muito menos é uma perspectiva que lhe permita sobreviver como um instituto jurídico autônomo" (RODRIGUES JUNIOR, 2016, p. 117). Remata o autor: "Quanto à função distributiva da responsabilidade civil, reitera-se que transformá-la em uma técnica de justiça distributiva é algo que a desnaturaria e a deixaria irreconhecível como um instituto de Direito Civil. Se é este o objetivo do legislador democrático ou da jurisprudência, talvez fosse o caso de se criar um novo nome para esse instituto, que não corresponde ao que se entende por responsabilidade civil" (RODRIGUES JUNIOR, 2016, p. 126).

<sup>40</sup> Vale, aqui, invocar a lição de Stefano Rodotà, que, já na década de 1980, ponderava: "observa-se mesmo que uma expansão tão significativa não é sustentável pela própria estrutura do instituto [da responsabilidade civil], que, cedo ou tarde, não suportará o peso das múltiplas funções que lhe têm sido impostas e conhecerá um inevitável redimensionamento" (RODOTÀ, 1984, p. 596. Tradução livre). O autor antevia que o recurso excessivo à responsabilidade civil para o atendimento de funções estranhas ao instituto haveria de, eventualmente, retroceder (como de fato aconteceria posteriormente na jurisprudência italiana): "Essa previsão, evidentemente, é filha de uma valoração negativa sobre o recurso que sobretudo os tribunais têm feito nestes anos às técnicas da responsabilidade civil para enfrentar uma série de situações caracterizadas pela demanda de reconhecimento de novos interesses, de soluções de conflitos sociais irredutíveis aos esquemas conhecidos. Dessa valoração negativa nasce uma expectativa de redimensionamento do recurso à responsabilidade civil, entendendo-se que a fase que temos atrás de nós é pouco mais do que um parêntese" (RODOTÀ, 1984, p. 596. Tradução livre).

<sup>41</sup> Para uma crítica contundente à chamada função punitiva da responsabilidade civil nos casos de reparação individual, a qual se acompanha plenamente neste estudo, cf. BODIN DE MORAES, 2017, passim. Embora bastante presente na jurisprudência brasileira, referida função punitiva não é acolhida com unanimidade pelos tribunais. Ilustrativamente, em precedente exemplar, já decidiu o STJ que "[...] O sistema brasileiro de responsabilidade civil não admite o reconhecimento de danos punitivos, de modo que a adoção de medidas inibitórias eficazes para prevenir a concretização de dano material, seja pela comercialização, seja pela mera exposição ao mercado consumidor, afasta a pretensão de correspondente reparação civil" (STJ, REsp. 1.315.479, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 14.3.2017).

direito civil-constitucional no Brasil)<sup>42</sup> e não à conduta do ofensor, defendese uma função preventiva intimamente ligada à ideia de punição do agente.<sup>43</sup>

Ainda que se cogite de uma função preventiva, em sentido lato, acessória à função reparatória (e não independente desta), sua proximidade com a noção de punição é evidente. Nessa perspectiva, porém, a prevenção consistiria, ao menos, em uma função secundária da responsabilidade civil (o que se pode afirmar, a rigor, com acerto sobre a generalidade dos institutos jurídicos), inábil para autonomizá-la como instituto (o que se faz com a função reparatória), mas ainda assim com potencial de influenciar em sua disciplina, o que parece muito mais razoável. Em nossa práxis judicial, contudo, reparação, punição e prevenção se confundem e se prestam, não raro, a justificar o arbitramento de indenizações nas quais não se diferenciam parcelas reparatórias, punitivas ou preventivas — como seria de se esperar se, de fato, prosperassem todas as funções propostas em doutrina para a responsabilidade civil. 6

Ao mesmo tempo em que a doutrina, talvez se excedendo em sua função promocional, empenha-se na construção de teses com pouca repercussão jurisprudencial e com escasso subsídio legislativo, questões prementes na práxis da responsabilidade civil brasileira permanecem em aberto, sem que se tenham pacificado controvérsias históricas ou que se tenham proposto subsídios ao intérprete para a solução de antigos

<sup>42</sup> A proposta do direito civil-constitucional, porém, nunca consistiu no desrespeito às escolhas legislativas ou na superação, sem nenhum critério, dos requisitos da responsabilidade civil; propunha-se, isto sim, o aumento das hipóteses de reconhecimento do dano ressarcível (particularmente o reconhecimento da indenizabilidade do dano moral) e a perda da função moralizadora e punitiva outrora atribuída à responsabilidade civil. A respeito, cf., já em um momento de plena implementação da proposta civil-constitucional, a análise de BODIN DE MORAES, 2006, p. 238.

<sup>43</sup> A perspectiva de se deslocar maior atenção à vítima do que ao ofensor, usualmente invocada pelos defensores da função preventiva da responsabilidade civil, é tomada como premissa, por exemplo, por VENTURI, 2016, pp. 5 e ss.

<sup>44</sup> Nesse sentido, afirma Pietro Perlingieri: "Sintomático do delinear-se de uma função preventiva em sentido lato do instrumento ressarcitório, análoga àquela própria das sanções penais, é a oportunidade, manifestada por uma parte da doutrina penalista, de acentuar os caracteres civis do sistema sancionatório, considerado mais idôneo para satisfazer o interesse da vítima do crime" (PERLINGIERI, 2008, p. 768).

<sup>45</sup> Não é esse significado acessório, porém, que os defensores da função preventiva costumam sustentar. Ilustrativamente: "muito mais do que enxergar nas regras de responsabilidade civil uma mera função preventiva que acaba sendo tratada no mais das vezes como simplesmente acessória, eventual ou circunstancial, constituindo simples reflexo da função reparatória classicamente idealizada, busca-se demonstrar que a prevenção de danos, para além de função, deve ser compreendida como verdadeiro fundamento do instituto" (VENTURI, 2016, pp. 19-20).

<sup>46</sup> Crítica já formulada por BODIN DE MORAES, 2011, item 3.

problemas. Veja-se o exemplo das teorias da causalidade no direito brasileiro: a despeito da redação, aparentemente inequívoca, do art. 403 do Código Civil, subsiste a dúvida, tanto em doutrina quanto em jurisprudência, sobre a teoria adotada pelo ordenamento pátrio – se a teoria da causalidade adequada ou a do dano direto e imediato. Enquanto a doutrina busca inovar na superação deste fundamental requisito da responsabilidade civil, não é possível nem mesmo afirmar estar pacificada qual critério de aferição permite a identificação desse requisito no direito brasileiro, muitas vezes utilizado pelo julgador para, valendo-se das muitas teorias disponíveis, decidir controvérsias concretas de modo arbitrário, em um grave cenário de insegurança jurídica. Es

Vale mencionar, ainda, o problema da quantificação da compensação por danos morais em nosso ordenamento, questão que nem mesmo se aproxima de uma solução no cenário atual. Recentemente, tem cabido à jurisprudência a elaboração de um método de quantificação, 49 merecedor de elogios e críticas, tendo em vista que a doutrina não conseguiu, até o presente momento, oferecer critérios úteis para orientar o intérprete (função precípua da dogmática jurídica, particularmente nos países do sistema romano-germânico). 50 Nessa matéria, a principal contribuição doutrinária tem sido a de acrescentar ao cômputo da reparação um aspecto que não foi albergado pelo legislador quando previu o princípio da reparação integral: a já mencionada função punitiva. Em nome da reparação integral, acaba-se por, ironicamente, ferir esse princípio: a indenização deixa de ser medida pela extensão do dano (função punitiva), que muitas vezes poderia, afirma-se, sequer existir (função preventiva).

Esse diuturno exercício doutrinário em criar para a responsabilidade civil projetos distintos daqueles concebidos pelo legislador e efetivamente aplicados pela jurisprudência, em vez de orientar a atividade hermenêutica,

<sup>47</sup> Um panorama ainda atual da divergência doutrinária e jurisprudencial na matéria é traçado em detalhe por GUEDES, 2005, pp. 122 e ss.

<sup>48</sup> Para uma crítica às consequências nocivas da indefinição da causalidade na jurisprudência brasileira, cf. SCHREIBER, 2010, pp. 33 e ss.

<sup>49</sup> No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tem-se proposto o método, designado como bifásico, para a determinação do quantum indenizatório, segundo o qual, "na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes", ao passo que, "na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz" (STJ, REsp 959.780, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 26.4.2011).

<sup>50</sup> Para uma análise comparativa do papel desempenhado por doutrina e jurisprudência na configuração do direito no âmbito da civil law e da common law, cf. BODIN DE MORAES, 2014, passim.

acaba por confundi-la, principalmente no que tange à atribuição de novas funções à reparação. O presente estudo busca apresentar algumas considerações sobre a função precípua da indenização (a reparação do dano) em cotejo com outras funções que frequentemente lhe são atribuídas, bem como tecer críticas pontuais aos efeitos nocivos da confusão dessas funções — particularmente na dificuldade que criam para a qualificação de pretensões concretas que, sem natureza indenizatória, acabam sendo submetidas à disciplina jurídica da responsabilidade civil. Sem qualquer pretensão de sistematização das atuais propostas formuladas em doutrina para a matéria, espera-se oferecer uma contribuição útil ao debate e, talvez, um subsídio para se refletir sobre a antiga atualidade da responsabilidade civil brasileira.

# 2. DISTINÇÕES FUNCIONAIS ENTRE RESPONSABILIDADE CIVIL E VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA: A NÃO COINCIDÊNCIA ENTRE OS PERFIS REPARATÓRIO E RESTITUTÓRIO

Como se sabe, o desenvolvimento contemporâneo da doutrina do direito civil logrou consagrar o entendimento de que a análise dos institutos jurídicos comporta tanto uma investigação estática acerca dos seus elementos quanto uma investigação dinâmica sobre os efeitos essenciais e os valores relacionados à sua atuação concreta.<sup>51</sup> Sem que se despreze por completo a relevância da análise estrutural, hodiernamente se reconhece a impossibilidade de realização integral do processo de interpretação-aplicação do direito sem a consideração da função concretamente desempenhada pelo instituto.<sup>52</sup> Sintetizam-se, assim, os contornos da

<sup>51</sup> A necessidade de análise funcional dos institutos do direito civil é ressaltada por Pietro Perlingieri: "Para evitar os perigos de um estruturalismo árido, de maneira a subtrair-se ao fascínio de doutos questionamentos sobre o consentimento, sobre a troca sem diálogo e sem acordo, é necessário deslocar a atenção para os aspectos teleológicos e axiológicos dos atos de autonomia negocial, para o seu merecimento de tutela segundo o ordenamento jurídico. Isto representa o sinal de uma forte mutação no enfoque hermenêutico e qualificador do ato e, sobretudo, de um modo mais moderno de considerar a relação entre lei e a autonomia negocial, configurada unitariamente" (PERLINGIERI, 2008, pp. 358-359).

<sup>52</sup> Pietro Perlingieri ressalta o caráter meramente didático-sistemático da divisão entre análise estrutural e análise funcional, uma vez que a adequada compreensão do ato de autonomia sempre pressuporia a combinação dos dois perfis (PERLINGIERI, 2014, p. 348). Sustenta-se, na metodologia civil-constitucional, a verdadeira prioridade do perfil funcional em detrimento do estrutural: "A interpretação com fins aplicativos conduz à prioridade do perfil funcional dos institutos sobre o perfil estrutural. [...] Sob a perspectiva civil-constitucional, isso implica que não apenas deve-se priorizar a análise da função do instituto, mas também verificar sua compatibilidade com os valores que justificam a tutela jurídica do instituto por parte do ordenamento, positivados sob a forma de preceitos constitucionais" (SCHREIBER; KONDER, 2016, p. 13). No que tange especificamente às relações obrigacionais, afirma-se: "A relação obrigacional somente pode ser corretamente compreendida quando examinada sob seu perfil estrutural e sob o funcional" (KONDER; RENTERÍA, 2012, p. 1).

distinção entre a análise estrutural e a análise funcional do direito, tendo se sedimentado o entendimento de que esta última determina a própria conformação da primeira.<sup>53</sup>

Fontes de obrigações da maior relevância, a responsabilidade civil e a vedação ao enriquecimento sem causa ostentam certa similitude do ponto de vista estrutural. Tal similitude se depreende da circunstância de que ambos os institutos visam, em alguma medida, à restauração do equilíbrio patrimonial originário — ou, na hipótese específica dos danos morais, à compensação pecuniária da vítima.<sup>54</sup> Assim como o abalo no patrimônio da vítima pode deflagrar o dever de indenizar, o incremento patrimonial injustificado de uma pessoa tem o condão de ensejar a obrigação de restituir. Em ambas as hipóteses, o ordenamento jurídico parece buscar promover a restauração do equilíbrio patrimonial anterior à ocorrência do fato causador da variação não tolerada.<sup>55</sup>

Identifica-se, a propósito da referida similitude estrutural, uma identidade do que se convencionou denominar "função genérica dos institutos". Uma vez que ambos lidam diretamente com a preocupação em preservar a distribuição das riquezas, afirma-se que seria possível

<sup>53 &</sup>quot;Estruturas idênticas se distinguem pela diversidade de sua função, funções idênticas se realizem mediante estruturas diversas. [...] Na individuação da natureza dos institutos concorrem estrutura e função, mas é esta última, como síntese dos efeitos essenciais e característicos, produzidos ainda que de forma diferida, a tipificar a fattispecie" (PERLINGIERI, 2008, p. 118). Em outra sede, o autor assevera: "Ao valorar o fato, o jurista individualiza a função, isto é, constrói a síntese complexiva dos interesses sobre os quais aquele fato incide. A função do fato determina a estrutura. A estrutura segue, não precede, a função" (PERLINGIERI, 2014, p. 74. Tradução livre).

<sup>54</sup> Afirma-se que "[...] a função específica do enriquecimento sem causa é diversa daquela inerente à responsabilidade civil. Contudo, não há como negar certa similitude na estrutura e entre as respectivas funções genéricas destes dois institutos do direito civil brasileiro. Ambos visam repor um equilíbrio que se rompeu e, neste sentido, aproximam-se por estarem ligados pela ideia geral de 'reparação', aqui referida em sentido amplo" (SAVI, 2012, p. 50). O autor afirma que "[A] semelhante função genérica de ambos os institutos acaba gerando uma confusão pragmática" (SAVI, 2012, p. 52). Gisela Sampaio da Cruz Guedes afirma que, "[...] por mais paradoxal que possa parecer, é preciso reconhecer, ainda que minimamente, certa similitude funcional entre a responsabilidade civil e a disciplina do enriquecimento sem causa, além de alguma semelhança de estrutura" (GUEDES, 2011, p. 207).

<sup>55</sup> Em estudo comparatista dos sistemas jurídicos inglês, alemão e italiano, afirma-se: "Compensação e restituição promovem resultados diferentes, mas o mecanismo de operação é o mesmo em ambas as respostas: após a compensação, a vítima deve estar em uma posição de indiferença em relação às situações anterior e posterior ao ilícito. Após a restituição, o malfeitor deve estar em uma posição de indiferença em relação às suas situações pré-ilícito e pós-restituição" (GIGLIO, 2007, p. 34. Tradução livre).

associá-los a essa mesma "função genérica".<sup>56</sup> Ressalvada a possível confusão terminológica que tal enunciação pode gerar – uma equivocada impressão sobre a existência de alguma similitude funcional –, o que não se pode perder de vista é a efetiva relevância da análise funcional dos institutos consiste na identificação da denominada "função específica" (passível de referência simplesmente como "função") de cada um deles.<sup>57</sup>

Registre-se, ainda, que a referida similitude estrutural (por alguns autores expressa em termos de mesma "função genérica") finda por ser ressaltada pelas correntes doutrinárias que extraem do requisito da obtenção à custa de outrem — consagrado, no direito brasileiro, pelo art. 884 do Código Civil — uma suposta exigência de correlação entre enriquecimento e empobrecimento. Exigir a prova do empobrecimento e da sua correlação com o enriquecimento como condição para a deflagração da obrigação de restituir acarretaria, de fato, a quase impossibilidade prática de delimitação dos contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil. 59

Somente a análise funcional dos institutos parece possibilitar, então, a delimitação das suas fronteiras dogmáticas, de modo a revelar que a sua similitude estrutural não tem o condão de extirpar a distinção funcional

<sup>56</sup> Em que pese a similitude em referência à denominada função genérica dos institutos, reconhece-se haver nítida distinção no tocante à dita função específica: "Ao contrário do que ocorre na responsabilidade civil, o enriquecimento sem causa tem por função específica remover o enriquecimento; a remoção do dano é que, neste caso, é indireta e eventual" (SAVI, 2012, p. 54). Em sentido semelhante, v. GUEDES, 2011, pp. 224-225.

<sup>57 &</sup>quot;Se pode dizer-se que é esta – a de operar uma tal redistribuição da riqueza – a função genérica dos dois institutos, a verdade, porém, é que há entre ambos profundas e inegáveis diferenças, a revelarem a distinta intenção ou função específica de um e outro" (COELHO, 1970, p. 22).

<sup>58</sup> Para o desenvolvimento da crítica a tal linha de entendimento, v., com ampla bibliografia, SILVA, 2016a, pp. 13 e ss.; e, ainda, SILVA, 2017, item 2.2.

<sup>59</sup> Sobre este ponto novos comentários serão tecidos mais adiante. A ilustrar a mencionada dificuldade, vejase: "[...] a própria palavra 'restituição' mostra que a indenização deve ser limitada aos danos emergentes.
Se o proveito de um for superior ao prejuízo do outro, não poderá este reclamar a importância total desse
proveito, porque a diferença não constitui o seu detrimento. A ação de in rem verso visa a restituição do objeto
cuja transferência foi causa do empobrecimento de um e correlativo enriquecimento de outro patrimônio,
quando nenhum obstáculo de fato ou de direito se opõe a essa restituição in natura, em caso contrário, à
restituição do valor em que se sub-rogou aquele objeto" (SANTOS, 1945, p. 389).

que lhes acompanha desde a gênese. <sup>60</sup> Tal distinção pode ser traduzida, em termos sintéticos, por uma diferença de escopo. <sup>61</sup> De uma parte, a vedação ao enriquecimento sem causa visa à restauração do patrimônio da pessoa ao estado em que estaria acaso não ocorrido o fato gerador do enriquecimento injustificado. <sup>62</sup> Pouco importa, para a determinação da obrigação de restituir, o estado anímico do enriquecido ou mesmo a ilicitude do fato gerador do enriquecimento. <sup>63</sup>

De outra parte, a responsabilidade civil, outrora focada na pessoa do agente que perpetrava um ato ilícito, hoje se encontra voltada precipuamente à tutela da vítima do dano injusto. Expressão maior de tal preocupação é a determinação, contida no *caput* do art. 944 do Código Civil, de que "[A] indenização mede-se pela extensão do dano". Ao mesmo tempo em que

- 60 Ao analisar o cenário jurídico posterior à Constituição de 1988 e anterior ao Código Civil de 2002, Judith Martins-Costa alude à existência de "[...] confusões doutrinárias e jurisprudenciais entre o princípio (implícito) da reparação integral e o (na época também implícito) do restitutio in integrum, que pertence, todavia, ao enriquecimento sem causa, instituto que tem plena autonomia relativamente à responsabilidade civil, reportando-se a fonte obrigacional diversa daquela que leva ao dever de indenizar num caso, o dano injusto, noutro, o trespasse patrimonial destituído de causa" (MARTINS-COSTA, 2010, p. 9). Também a destacar a distinção entre a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa, v., na doutrina espanhola, a lição de LAGOS, 1934, pp. 7-9.
- 61 Nesse sentido, v. SILVA, 2016a, p. 7.
- 62 Sobre a distinção funcional entre responsabilidade civil e vedação ao enriquecimento sem causa, Gisela Sampaio da Cruz Guedes afirma: "O foco da responsabilidade é a situação do lesado (e não a do ofensor) e a sua principal função é eliminar os prejuízos que lhe foram causados, seja na modalidade de dano emergente, seja na forma de lucro cessante, ao passo que o enriquecimento sem causa (e o ilícito) têm por escopo aniquilar um acréscimo, indevidamente injustificado, do qual o ofensor se beneficiou. É por isso que a doutrina tradicional ressalta que a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa estão sujeitos a princípios fundamentalmente diversos" (GUEDES, 2011, pp. 203-204). Em sentido semelhante, v., na doutrina brasileira, NANNI, 2010, pp. 216-218; e MIRAGEM, 2017, pp. 116-117; e, no direito português, CORDEIRO, 2010, p. 208.
- 63 Júlio Manuel Vieira Gomes esclarece que, diversamente da responsabilidade civil, "[...] a obrigação de restituir o que se obteve injustificadamente não depende de um comportamento culposo ou sequer de um comportamento ilícito do enriquecido em rigor, não é mesmo necessário que tenha havido qualquer conduta do enriquecido, podendo este ter obtido algo à custa alheia em virtude de um comportamento da própria pessoa que vem agora exigir a restituição" (GOMES, 1998, p. 223). Semelhante conclusão já fora alcançada na doutrina brasileira do século passado: "[...] pode haver o locupletamento embora o locupletador permaneça em atitude puramente passiva, sem o ter desejado ou previsto. Logo, não é possível subordinar a ação de in rem verso aos princípios da responsabilidade civil, nem equipará-la à ação de perdas e danos" (SANTOS, 1945, p. 381).
- 64 "A constitucionalização do direito dos danos impôs, como se viu, a releitura da própria função primordial da responsabilidade civil. O foco que tradicionalmente recaía sobre a pessoa do causador do dano, que por seu ato reprovável deveria ser punido, deslocou-se no sentido da tutela especial garantida à vítima do dano injusto, que merece ser reparada. A punição do agente pelo dano causado, preocupação pertinente ao direito penal, perde a importância no âmbito cível para a reparação da vítima pelos danos sofridos" (BODIN DE MORAES, 2006, p. 245).

assegura à vítima a reparação integral do dano injusto por ela sofrido, a norma em comento garante ao causador do dano que a sua responsabilidade não ultrapassará o estrito limite do dano. <sup>65</sup> O montante da indenização pode até mesmo se revelar inferior à extensão do dano, <sup>66</sup> mas jamais se lhe poderá sobrepor. <sup>67</sup>

# 3. O PROBLEMA DA SUPOSTA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVII.

A supramencionada impossibilidade de que a indenização seja superior ao dano mantém íntima relação com a rejeição das teses genéricas de atribuição de caráter punitivo à responsabilidade civil. <sup>68</sup> A advertência faz-se de especial relevância no cenário contemporâneo, no qual juízes e tribunais brasileiros invocam reiteradamente uma suposta noção punitiva associada à responsabilidade civil para fundamentar a fixação de indenizações em montantes aleatórios e desprovidos de substrato racional – particularmente

<sup>65</sup> Judith Martins-Costa correlaciona o perfil funcional da responsabilidade civil ao princípio da reparação integral: "O princípio em torno do qual se articula o instituto da responsabilidade civil é o princípio da reparação integral, que agrega ao valor fundante dessa disciplina o valor sistemático e o valor dogmático. É fundante o valor do princípio porque serve para explicitar em uma síntese altamente expressiva a razão de ser da responsabilidade civil como instituto jurídico, apontando para o seu núcleo básico ou característica central. [...] Colocar o lesado em situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o ato ilícito liga-se diretamente à própria função da responsabilidade civil, apontando à ficção expressa na palavra 'indenização' — o tornar in-demne (sem dano), fazendo desaparecer, na medida do possível, os efeitos desagradáveis do evento danoso" (MARTINS-COSTA, 2010, p. 5).

<sup>66</sup> Mencionem-se, ilustrativamente, as previsões contidas no parágrafo único do art. 944 do Código Civil e no parágrafo único do art. 928, todos do Código Civil.

<sup>&</sup>quot;O referido dispositivo [parágrafo único do art. 944 do CC] apenas autoriza que o juiz, com base na equidade, reduza a indenização – nunca, porém, que a aumente –, quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano" (GUEDES, 2011, p. 217). Sérgio Savi critica, ainda, a proposta de interpretação extensiva da regra contida no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil: "O legislador de fato inovou ao introduzir uma exceção expressa ao princípio da reparação integral dos danos. A regra, contudo, é de exceção, e deve ser interpretada restritivamente. O parágrafo único do artigo 944 do Código Civil não pode, portanto, ser utilizado como 'porta de entrada' ou fundamento para as indenizações punitivas no direito brasileiro e, tampouco, para justificar o cômputo dos lucros do interventor no cálculo da indenização" (SAVI, 2012, pp. 75-76).

<sup>68</sup> Para uma crítica à tese atribuição genérica de caráter punitivo à responsabilidade civil, v. BODIN DE MORAES, 2010, pp. 371 e ss.

na seara dos danos morais, por influxo da doutrina norte-americana dos *punitive damages.*<sup>69</sup>

Tal prática jurisprudencial, ainda que imbuída de louváveis propósitos, encontra óbice aparentemente intransponível em uma regra fundamental: toda e qualquer punição, independentemente do ramo do Direito em que situada, deve se fundamentar diretamente em lei em sentido formal. Trata-se do princípio da legalidade, segundo o qual "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (CF, art. 50, XXXIX). Trazido à esfera cível, o referido princípio determina que nenhuma punição pode ser imposta pelo juiz sem prévia e estrita cominação legal.

Não bastasse a afronta direta ao princípio da legalidade, a imposição de penas por meio do mecanismo da responsabilidade civil findaria por agravar sobremaneira a situação do acusado no que tange às garantias

- 69 Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber relatam que "[...] na experiência brasileira, assim como em diversos ordenamentos ocidentais, vive-se um momento de fascínio pelos punitive damages norte-americanos e pelas indenizações milionárias que de suas aplicações resultavam. Ensaiou-se, na prática advocatícia, uma importação acrítica do modelo do common law, que somente agora vem, pouco a pouco, reconhecido como inaplicável, ao menos em seus contornos originais, ao ordenamento jurídico brasileiro, de tradição romano-germânica. Nem por isso, todavia, se pode dizer que à responsabilidade civil por dano moral seja, entre nós, atribuído caráter exclusivamente compensatório, já que o caráter punitivo aflora nos critérios de quantificação" (TEPEDINO; SCHREIBER, 2006, p. 520).
- "De acordo com o princípio da reserva legal, todos os atos estatais que são gravosos aos cidadãos necessitam de apoio em uma lei formal. [...] O princípio da legalidade, dessa forma, empresta segurança a um ordenamento jurídico e garante aos cidadãos proteção ante o jus puniendi estatal. Por este princípio os jurisdicionados devem saber de antemão a conduta proibida e sua sanção [...]" (CALLEGARI, 2013, p. 387).
- 71 Assim se conclui, a propósito dos *punitive damages*: "É certo que a aplicação dos critérios punitivos e mesmo o teor sancionatório das sentenças judiciais vêm, muitas vezes, no afã de justificar indenizações mais elevadas para casos em que ao prejuízo gerado pela conduta reiterada e até maliciosa do ofensor não se costuma atribuir um valor suficiente para evitar a repetição do dano. Entretanto, parece, em primeiro lugar, que tal punição não pode prescindir de autorização legislativa expressa, e que, mesmo nos casos referidos, outras alternativas existem à atribuição de um papel punitivo à responsabilidade civil" (TEPEDINO; SCHREIBER, 2006, p. 522). Idêntica conclusão é alcançada na doutrina portuguesa: "Configurando os danos punitivos uma sanção de tipo penal, vários obstáculos se erigem contra a sua admissibilidade. Assim, e para nos centrarmos nos mais acutilantemente sublinhados pela doutrina, poderíamos dizer que eles, danos punitivos, escapavam à proibição do nullum crimen sine lege. É certo que – e já tivemos oportunidade de o referir – o sistema não é fechado e que a juridicidade se delimita a partir do problema, mas também é verdade que há determinados princípios que, com o seu cunho normativo, funcionam como limite objetivo à realização transsistemática do direito" (BARBOSA, 2005, p. 574). A autora prossegue: "Ora, a cominação de danos punitivos afigura-se totalmente distante de um princípio da tipicidade. Não só inexiste a exigível previsão expressa da eventual punição a ser associada à prática de um ilícito doloso de determinando tipo, como, fruto da remissão do escopo punitivo estrito para o domínio civilístico, ficariam apagadas as garantias que, ao nível do processo penal, são reconhecidas aos arguidos, ao mesmo tempo que potenciaria o risco de uma dupla punição, em claro desrespeito por outra proibição penalista - ne bis in idem" (BARBOSA, 2005, pp. 574-575).

substanciais e processuais.<sup>72</sup> Mencione-se, no intuito de demonstrar o propósito do legislador brasileiro, que todos os dispositivos do Projeto do Código de Defesa do Consumidor que contemplavam hipóteses de indenização punitiva sofreram veto presidencial, o qual não foi derrubado pelo Congresso Nacional por ocasião da promulgação do diploma legal.<sup>73</sup>

O que se tem, ao final, é a opção expressa do direito brasileiro pela limitação da indenização à extensão do dano: nada mais e nada menos do que a medida exata do prejuízo experimentado pela vítima pode servir à quantificação da reparação civil.<sup>74</sup> Consagrou-se, assim, um modelo jurídico em que a responsabilidade civil assume caráter primordialmente reparatório (ou compensatório).<sup>75</sup> Diante disso, não é facultado ao julgador, no momento da quantificação do dever de indenizar, levar em consideração circunstâncias atinentes à pessoa ou à intenção do causador do dano como

<sup>72</sup> Em síntese das críticas ora expostas, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que, "[...] ao se adotar o caráter punitivo e o deixar ao arbítrio unicamente do juiz, corre-se o risco de violar o multissecular princípio da legalidade, segundo o qual nullum crimen, nulla poena sine lege. Além disso, em sede civil, não se colocam à disposição do ofensor as garantias substanciais e processuais – como, por exemplo, a maior acuidade quanto ao ônus da prova – tradicionalmente prescritas ao imputado no juízo criminal" (BODIN DE MORAES, 2010, p. 375). No mesmo sentido, v. KONDER, 2017.

<sup>73</sup> Faz-se referência aos arts. 16, 45 e 52, §30, verbis: "Art. 16. Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável"; "Art. 45. As infrações ao disposto neste Capítulo, além de perdas e danos, indenização por danos morais, perda dos juros e outras sanções cabíveis, ficam sujeitas à multa de natureza civil, proporcional à gravidade da infração e à condição econômica do infrator, cominada pelo juiz na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo"; "Art. 52. [...] § 3° - O fornecedor ficará sujeito a multa civil e perda dos juros, além de outras sanções cabíveis, se descumprir o disposto neste artigo".

<sup>74 &</sup>quot;Em síntese, o ordenamento jurídico brasileiro não acolhe os *punitive damages* como título autônomo de indenização, mas os tribunais empregas, à margem de uma indicação legislativa, critérios de quantificação de natureza punitiva, o que acaba por ser ainda mais grave. Contra este caráter punitivo, posiciona-se expressamente o novo Código Civil brasileiro, que, em seu artigo 944, determina: [...]. A gravidade da culpa somente vem tomada em consideração pelo legislador de 2002 para fins de eventual redução equitativa da indenização, quando for excessivamente desproporcional ao prejuízo causado (art. 944, par. ún.). O dado positivo aparece, portanto, em flagrante contradição com a prática jurisprudencial. [...] parece, em primeiro lugar, que tal punição não pode prescindir de autorização legislativa expressa, e que, mesmo nos casos referidos, outras alternativas existem à atribuição de um papel punitivo à responsabilidade civil" (TEPEDINO; SCHREIBER, 2006, pp. 521-522). Em sentido diverso, a sustentar a necessidade de a indenização ser fixada em atenção não apenas à extensão do dano, mas igualmente à suposta função punitiva da responsabilidade civil, v., entre outros, ROSENVALD, 2017, pp. 216 e ss.

<sup>75 &</sup>quot;A função primordial da responsabilidade civil, portanto, é a de remover o dano sofrido pela vítima, sem preocupar-se com a punição do ofensor" (SAVI, 2012, p. 45).

critérios; trata-se, de fato, de parâmetros totalmente alheios ao dano em si considerado e, portanto, violadores do princípio da reparação integral.<sup>76</sup>

Ainda que se entenda que o desenvolvimento contemporâneo da matéria pode vir a permitir que se cogite do reconhecimento, em caráter geral, de certos mecanismos preventivos na responsabilidade civil, esta há de permanecer sempre e necessariamente estruturada em torno de um dano concreto (atual ou iminente, mas necessariamente certo),<sup>77</sup> afastada, portanto, eventual confusão entre a verdadeira prevenção e a mera punição.<sup>78</sup>

### 4. UMA DIFICULDADE PRÁTICA DE QUALIFICAÇÃO: O EXEMPLO DAS PREVISÕES LEGAIS DE "DEVOLUÇÃO EM DOBRO" DO INDÉBITO

A crítica feita anteriormente ao recurso imoderado a uma suposta função punitiva da responsabilidade civil justifica, guardadas as devidas proporções, a adoção de acentuada cautela diante de proposições teóricas que associem a uma mesma figura propósitos reparatórios, punitivos e restitutórios. Exemplo eloquente em que essa advertência assume particular

<sup>76</sup> Nesse sentido, BODIN DE MORAES, 2017, capítulo 5.

<sup>77</sup> Remete-se, por oportuno, ao raciocínio desenvolvido no item 1, supra.

<sup>78</sup> Justifica-se, por tais razões, o afastamento da proposição teórica que associa toda a responsabilidade civil a uma genérica "função preventiva": "Ao efetuarmos a tripartição funcional da responsabilidade civil em reparatória, punitiva e precaucional, abstemo-nos de conferir a qualquer uma delas, com exclusividade, a qualificação de 'função preventiva'. A prevenção lato sensu é um dos quatro princípios regentes da responsabilidade civil e inafastável consequência da aplicação de qualquer uma das três funções estudadas. A prevenção reside em todos os confins da responsabilidade e não apenas simboliza um mero refrão: 'mais vale prevenir do que remediar', ou uma vazia declaração de princípios. [...] Em suma, podemos afirmar que na função reparatória a indenização é acrescida a uma 'prevenção de danos'; na função punitiva, a pena civil é acrescida a uma 'prevenção de ilícitos'; enquanto na função precaucional, a sanção é acrescida a uma 'prevenção de riscos'" (ROSENVALD, 2017, p. 33). Especificamente no tocante à denominada função precaucional da responsabilidade civil, afirma-se: "Nesse cenário, o princípio da precaução ingressa quando há o confronto entre o ordenamento jurídico e as atividades danosas cujas consequências não são passíveis de compensação ou securitização. Pense-se, por exemplo, em riscos de natureza nuclear, química, ecológica ou associados à engenharia genética, os quais, em virtude de não poderem ser limitados pelo tempo ou pelo espaço, não podem ser compensados, nem segurados. um dos exemplos típicos neste domínio respeita aos produtos alimentares que contêm organismos geneticamente modificados. A ciência não consegue prever inequivocamente os seus efeitos no consumo humano. Nesse contexto de incerteza, os mecanismos tradicionais do direito da defesa de concorrência [...] afiguram-se inadequados para assegurar uma efetiva proteção aos consumidores. Parece apenas restar como opção a implementação do princípio da precaução" (ROSENVALD, 2017, p. 122). O reconhecimento dogmático de um perfil funcional preventivo da responsabilidade civil parece não prescindir, em realidade, de uma distinção bem delimitada entre as possíveis funções do instituto, bem como de uma adequada autonomização entre os campos próprios de atuação do direito civil e dos demais ramos do direito - notadamente o administrativo -, por ser, ao menos, questionável a imputação de deveres os mais diversos a título de responsabilidade civil preventiva ou precaucional sem previsão legal e em substituição aos mecanismos próprios de política pública.

relevo consiste nas previsões legais do que se convencionou denominar devolução em dobro do indébito. A expressão, verdadeira contradição em termos, traduz as hipóteses em que o legislador estabelece a obrigação imposta a uma parte de "restituir" a prestação indevidamente percebida por ela, mais o valor correspondente a essa mesma prestação, o que equivaleria à "devolução duplicada" da prestação.

A análise da legislação brasileira revela alguns exemplos de previsão da chamada *devolução em dobro*, particularmente na disciplina da cobrança indevida no âmbito das relações paritárias e de consumo. O art. 940 do Código Civil, por exemplo, estabelece que, quando o credor "demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido", deverá pagar ao devedor "o dobro do que houver cobrado" caso já tenha recebido o pagamento a maior, ou "o equivalente do que dele exigir" caso ainda não se tenha verificado mais do que a cobrança indevida (art. 940 do Código Civil). Em sentido semelhante — e ainda mais explícito quanto à referência à ideia de *devolução em dobro*—, o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor estabelece que "o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso", ressalvada a hipótese de engano justificável.<sup>79</sup>

A despeito do termo "devolução", empregado com frequência pela doutrina e pela jurisprudência a respeito de tais dispositivos normativos, cumpre perquirir a sua efetiva vinculação aos regimes jurídicos obrigacionais (que seguem, na grande maioria dos casos, seja a função executória de um

<sup>79</sup> A ressalva constante da parte final do parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor suscita acentuada controvérsia em doutrina e jurisprudencial, como relata Bruno Miragem: "Observa--se, contudo, que exegese da expressão 'salvo hipótese de engano justificável' considera distintas interpretações. Em trabalho anterior, sustentamos que é espécie de sanção civil, só afastada mediante demonstração cabal da ausência de dolo ou culpa do fornecedor. Todavia, assim não entende a jurisprudência majoritária, considerando diversamente, que a expressão conduz à necessidade de realizar a prova da presença de culpa ou dolo na conduta do fornecedor. Desse modo, da ausência de demonstração do elemento subjetivo da conduta do fornecedor, seria cabível apenas a repetição simples do valor pago indevidamente" (MIRAGEM, 2011, p. 393). Assim conclui Bruno Miragem: "Com o devido respeito à opinião em contrário, não parece ser este o sentido comum que se retira da interpretação dos termos da norma. Isto porque claramente surge da norma o sentido excepcional do afastamento do dever de devolução em dobro, que é sanção aplicável ao fornecedor, e pela qual responde por culpa presumida. Seria de admitir-se, neste sentido, o afastamento do dever de devolução em dobro, caso houvesse erro justificável, a semelhança do erro substancial, a que se refere o Código Civil, como aquele que 'poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio' (art. 138 do CC/2002). Neste sentido, o ônus da prova para demonstração da escusabilidade, ou aqui, de se tratar de erro justificável, é daquele a quem aproveita a alegação, no caso, o fornecedor" (MIRAGEM, 2011, p. 394). No mesmo sentido, v. OLIVEIRA; KOSIAWY, 2017, p. 428; e ALMEIDA, 2005, p. 167.

negócio jurídico, seja a função indenizatória dos danos injustos, seja, ainda, a função restitutória do enriquecimento sem causa). 80 Não parece possível, em qualquer caso, identificar uma associação entre as hipóteses de *devolução em dobro* e a função executória característica do regime negocial, por não visarem elas à promoção de um regulamento privado de interesses. Resta maior dúvida, porém, no que diz respeito à possível vinculação funcional das hipóteses em comento aos regimes indenizatório e restitutório.

De uma parte, em favor da associação ao regime indenizatório colocase a opção expressa do legislador pela inclusão da norma referente à chamada devolução em dobro (art. 940) no âmbito da disciplina da obrigação de indenizar (Capítulo I), dentro do Título próprio dispensado pelo Código Civil de 2002 à responsabilidade civil. A segunda parcela, sobressalente à dita devolução simples, poderia ser entendida, nesse sentido, como princípio de indenização assegurado em lei. De outra parte, em favor da associação ao regime restitutório coloca-se a opção – igualmente expressa – do legislador pela previsão do "dobro" como critério de cálculo da "repetição do indébito" (art. 42 do Código de Defesa do Consumidor). A segunda parcela, sobressalente à devolução simples, poderia ser entendida, nesta outra perspectiva, como critério específico de determinação do quantum da obrigação restitutória.

Curiosamente, a diversidade de indícios fornecidos pelo legislador nesses dois casos parece indicar, não a associação da *devolução em dobro* a qualquer

<sup>80</sup> Essa tripartição fundamental das fontes das obrigações, entendidas como os regimes gerais a que se submetem a maior parte das obrigações na ordem civil, é adotada por NORONHA, 2013, p. 440. A respeito, com ampla bibliografia, cf. tb. SILVA, 2017, item 1.2.

<sup>81</sup> Sistemática semelhante é adotada pelo direito brasileiro para a disciplina das arras confirmatórias, a teor dos arts. 417 a 419 do Código Civil. Nesse sentido, a destacar o funcionamento das arras confirmatórias como piso da indenização, Carlos Nelson Konder afirma: "Se, no entanto, houver inexecução por fato imputável a quem deu as arras – por exemplo, o promitente-comprador que desiste de adquirir o imóvel por encontrar outro que reputa melhor –, as arras serão perdidas em favor de quem as deu. Aqui se demonstra claramente sua função principal: aquele que recebeu as arras como confirmação da seriedade do negócio e, depois, é frustrado pelo comportamento culposo da outra parte, poderá reter as arras, a título de mínimo indenizatório dos prejuízos sofridos. Essa característica das arras de predeterminar um mínimo de indenização atua de forma bilateral, isto é, vincula ambos os contratantes. Assim, se o cenário for, enfim, de inexecução do contrato por fato imputável a quem recebeu as arras, deverá este não apenas devolver as arras, mas também pagar a quem as deu o equivalente pecuniário do sinal, valor que se entende ser o mínimo de indenização devida pelos prejuízos sofridos. Na prática, como o mais comum é que as arras sejam quantia em dinheiro, simplifica-se com a ideia da devolução em dobro: no inadimplemento com arras, quem as deu perde-as, quem as recebeu devolve-as em dobro" (KONDER, 2014, p. 90). O autor arremata: "Nesses dois últimos cenários, como destacado, as arras funcionam como predeterminação do mínimo da indenização. Poderá o contratante vítima, se comprovar que seu prejuízo com a inexecução foi superior ao valor das arras, demandar indenização suplementar, de maneira a ocorrer sua reparação integral. A perda das arras, ou sua devolução em dobro, todavia, por configurar mínimo indenizatório, independe de prova" (KONDER, 2014, p. 90). Em sentido semelhante, v. LIMA, 1947, passim.

dos regimes em comento, mas sim, na verdade, o seu afastamento em relação a ambos. §2 A vinculação com a função indenizatória resta dificultada não só pelo fato de se prescindir da demonstração do dano supostamente sofrido pelo devedor demandado, mas igualmente pelo fato de o art. 941 do Código Civil estabelecer a não incidência do comando de devolução em dobro "quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide". §3 O referido art. 941 faz menção expressa, ainda, à noção de "pena" para se referir às hipóteses de *devolução em dobro*, a evidenciar um propósito punitivo na disciplina legal. §4 Melhor sorte não assiste à tese que restringe a *devolução em dobro* a uma função restitutória. Com efeito, não parece adequado à compreensão da função restitutória o reconhecimento de um critério de cálculo que conduza o enriquecido a situação mais gravosa do que aquela em que ele se encontraria na ausência do fato gerador do enriquecimento injustificado. Evidencia-se, uma vez mais, um provável propósito punitivo na matéria. §5

Nesse sentido, o tratamento jurídico mais adequado da chamada devolução em dobro parece ser o de cindir tal hipótese em duas pretensões distintas, de acordo com as respectivas funções, de tal modo que a primeira "parte" da devolução siga o regime geral de restituição do enriquecimento sem causa (por se tratar da consequência tradicional atribuída ao pagamento indevido), ao passo que a segunda "parte" (a "dobra") seja qualificada como

<sup>82</sup> Nesse sentido, cf. SILVA, 2017, item 1.3.

A afastar eventual associação com a função indenizatória, afirmam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: "Como se vê, para as várias hipóteses de cobrança indevida, previu o legislador diferentes sanções, que têm, todavia, em comum o fato de prescindirem de qualquer prejuízo efetivo por parte do demandado. Assim, quem, por exemplo, demanda dívida já paga fica obrigado a pagar ao demandado o dobro do que houver lhe cobrado. Tecnicamente, tal montante não se transfere a título de reparação, já que nem a cobrança indevida necessariamente causa prejuízo ao devedor, nem há qualquer razão concreta para considerar que, existindo, tal prejuízo venha a corresponder ao dobro do valor exigido" (TEPEDINO; SCHREIBER, 2006, p. 504). No mesmo sentido, cf., na doutrina processualista, DINAMARCO, 2010, pp. 1.737-1.739.

<sup>84</sup> A ilustrar o reconhecimento de propósito punitivo na disciplina das hipóteses denominadas de devolução em dobro, afirma-se: "O art. 42, par., do Código de Defesa do Consumidor não contém uma disposição destinada a reger uma suposta reparação de danos. Contém sim a cominação de pesadíssima multa, que como multa deve ser tratada, quer em sua nítida finalidade repressiva, quer nos pressupostos de sua incidência. A finalidade repressiva de tal sanção e sua consequente natureza de autêntica multa são determinantes de um tratamento diferenciado, que não coincide e não se confunde com a regência da responsabilidade civil por danos" (DINAMARCO, 2010, p. 1.735). Identifica-se, a propósito, a tendência em "[...] se atribuir às referidas normas uma função exclusivamente punitiva, inserindo-as frequentemente no topo do rol das chamadas penas privadas" (TEPEDINO; SCHREIBER, 2006, p. 504). Os autores cogitam, contudo, de uma função de pré-liquidação de danos extrapatrimoniais por normas como aquela contida no art. 940 do Código Civil (TEPEDINO; SCHREIBER, 2006, pp. 504-505).

<sup>85</sup> A ilustrar a identificação de propósito punitivo, afirma-se: "[...] observe-se que o art. 42, parágrafo único, do CDC estabelece espécie de sanção do fornecedor em face da violação do direito, de devolução em dobro do valor cobrado indevidamente" (MIRAGEM, 2011, p. 392).

efetiva pena civil. Coerentemente com tal postura, qualificou-se em nossa jurisprudência, tanto em relações paritárias quanto em matéria consumerista, que a devolução do "dobro" depende da má-fé de quem realizou a cobrança (exigindo-se, assim, um elemento subjetivo de imputação da sanção — que segue a lógica punitiva, sendo, portanto, alheio às restituições e às reparações). 86

No entanto, sobretudo nas relações de consumo, tendo em vista que o CDC apenas prevê expressamente um único prazo prescricional (o prazo quinquenal que o art. 27 estabelece para as pretensões indenizatórias por fato do produto ou do serviço), não são raras as ocasiões em que a jurisprudência atribui às duas "partes" da *devolução em dobro* um inexistente caráter reparatório, de modo a justificar a incidência do referido prazo prescricional.<sup>87</sup> Tal qualificação, bastante atécnica, não parece causar

<sup>86</sup> A identificação da função punitiva da devolução em dobro parece justificar a cautela, verificada na jurisprudência, de limitar a incidência das previsões de devolução em dobro às hipóteses em que restar comprovada atuação maliciosa (e não meramente negligente) do credor. Trata-se de entendimento consagrado já sob a égide do CC1916, refletido no Enunciado n. 159 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, in verbis: "Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil". A ilustrar a consagração do referido entendimento jurisprudencial, no sentido de condicionar a devolução em dobro à prova da má-fé do credor tanto no âmbito de relações regidas pelo Código Civil quanto no daquelas regidas pelo CDC, v. STJ, Ag. Int. no AREsp. 911.309, 4a T., Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 4.5.2017; STJ, Ag. Int. no REsp. 1.449.237, 3a T., Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. 2.5.4.2017; STJ, Ag. Int. no AREsp. 745.691, 3a T., Rel. Min. Paulo De Tarso Sanseverino, julg. 4.4.2017; STJ, REsp. 1.529.545, 3a T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 1.12.2016; STJ, Ag.Rg. no AREsp. 825.017, 4a T., Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julg. 5.4.2016; STJ, Ag.Rg. no AREsp. 489.079, 2a T., Rel. Min. Assusete Magalhães, julg. 3.3.2016; STJ, REsp. 1.111.270, 2a S., Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 25.11.2015; e STJ, Ag.Rg. no REsp 1.504.572, 1a T., Rel. Min. Benedito Gonçalves, julg. 21.5.2015.

<sup>87</sup> Ilustrativamente: "Ação revisional cumulada com indenizatória por danos materiais e morais. Reajuste abusivo de mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária. Sentença de procedência parcial do pedido. [...] Necessidade de devolução dos valores cobrados indevidamente, em dobro. Prescrição quinquenal" (TJRJ, Ap. Civ. 0193309-22.2016.8.19.0001, 24ª C.C., Rel. Des. Andrea Fortuna Teixeira, julg. 4.9.2017); "Direito do consumidor. Contrato de plano de assistência à saúde. Aumento das mensalidades em razão de mudança de faixa etária. Vedação legal. Normas de ordem pública do estatuto do idoso. Lei nº 10.741/2.003. Restituição de indébito em dobro, com correção monetária a contar da data do desembolso de cada parcela e juros de mora incidentes a partir da citação. Prescrição quinquenal, consoante o artigo 27, do Código de Defesa do Consumidor. [...]" (TJRJ, Ap. Civ. 0307919-13.2010.8.19.0001, 26ª C.C., Rel. Des. Luciano Silva Barreto, julg. 27.4.2017); "Apelação cível. Contrato bancário universitário - conta universitária. Limitação de depósito de valores e operações de débito. Ação de restituição de valores cumulada com indenização por danos materiais e morais. Código de Defesa do Consumidor. [...] Constitui decorrência inevitável da restituição em dobro dos prejuízos sofridos pela autora" (TJRS, Ap. Civ. 70073288763, 1ª C. Esp. Civ., Rel. Des. Alex Gonzalez Custodio, julg. 30.5.2017); "Apelação cível. Seguro incluído em conta telefônica sem solicitação. cobrança indevida. Devolução em dobro do que foi indevidamente cobrado e pago. Prescrição. [...] Está provada a inserção indevida de seguro não solicitado na conta de telefone da consumidora demandante, motivo pelo qual os valores indevidamente cobrados e pagos devem ser devolvidos em dobro. Improcede a exceção de prescrição, de prazo quinquenal e não trienal. [...]" (TJRS, Ap. Civ. 70057588303, 20ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Cini Marchionatti, julg. 11.12.2013).

surpresa ao julgador, já habituado a afirmar uma suposta lógica punitiva das indenizações e confortável com a qualificação da restituição em dobro como reparação de dano material. Como visto, o tratamento mais técnico da questão aconselharia disciplinar diferentemente cada parte da "devolução", e ambas se sujeitariam a prazos do Código Civil (em razão da omissão do diploma consumerista): a primeira ao prazo trienal do art. 206, §3°, IV, e a segunda, ao prazo prescricional geral do art. 205, diante da ausência de prazo específico em matéria de penas civis. A crescente atribuição de uma suposta função punitiva para as indenizações tem contribuído, contudo, para a associação dessa hipótese ao prazo prescricional da responsabilidade civil, matéria estranha a ambas as parcelas da chamada devolução em dobro.

Das precedentes considerações decorrem, além do alerta sobre a constante necessidade de investigação dos limites da função restitutória, ao menos duas inferências. Em primeiro lugar, deve-se reconhecer que eventual propósito repressivo ou pedagógico de certa obrigação, embora passível de positivação específica e expressa pelo legislador, não permite a associação indiscriminada do regime restitutório do enriquecimento sem causa a uma suposta função punitiva, valendo incorporar à matéria as já referidas cautelas aventadas pela doutrina da responsabilidade civil. Em segundo lugar, deve-se reconhecer que a conclusão sobre a diversidade de perfis funcionais entre a obrigação de devolução simples (esta, sim, de cunho nitidamente restitutório)88 e aquela de devolução em dobro reclama investigação da civilística acerca da disciplina jurídica aplicável especificamente à pretensão de "devolução" da parcela sobressalente, a começar pelo prazo prescricional sobre ela incidente. 89 Trata-se, em suma, de reconhecer que a eventual identificação de função punitiva de certas obrigações parece desautorizar a aplicação automática do idêntico regime jurídico dispensado às obrigações de perfil restitutório ou de perfil reparatório a elas associadas, a começar pela definição do prazo prescricional.

Reconhece-se, por outro lado, a possibilidade de cumulação das pretensões restitutória e indenizatória (bem como de eventual pena civil),

<sup>88</sup> A identificar o perfil restitutório da obrigação de devolução simples, v., por todos, MIRAGEM, Bruno. Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado, cit., p. 399.

<sup>89</sup> Nesse sentido, cf. SILVA, 2017, item 1.3.

quando verificados os pressupostos próprios de cada qual. 90 Com efeito, uma vez compreendido que tais pretensões remontam a institutos funcionalmente distintos, afasta-se qualquer óbice *prima facie* à sua coexistência em uma mesma situação fática. 91 Em atenção às funções precípuas da responsabilidade civil e da vedação ao enriquecimento sem causa, pode-se enunciar, então, a regra geral segundo a qual coexistirão as respectivas pretensões sempre que houver dano injusto a indenizar e enriquecimento injusto a restituir. 92 Pode-se concluir, assim, que, quando determinada situação preencher simultaneamente os pressupostos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil (e, ainda, eventual hipótese de incidência de pena civil), diversas haverão de ser as pretensões relacionadas. 93 Ressaltam-se, com isso, as distinções funcionais entre os institutos em comento e evitam-se indesejáveis aproximações a um caráter punitivo genérico. 94

Ao se referir à corrente que conclui pelo afastamento do regime do enriquecimento sem causa em todos os casos de surgimento do dever de indenizar, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão afirma: "A linearidade deste raciocínio é, no entanto, claramente posta em causa pela diferenciação de pressupostos e pela diferença de função dos dois institutos. Mesmo segundo a teoria clássica do enriquecimento sem causa (assente na existência de uma deslocação patrimonial) essa diferenciação de pressupostos existe em virtude de o enriquecimento sem causa pressupor a colocação de dois patrimônios independentes em relação um com o outro, enquanto na responsabilidade civil apenas se efetua uma ponderação isolada do patrimônio do lesado, abstraindo-se dos seus efeitos no patrimônio do lesante [...] As teorias mais modernas acentuam, pelo contrário, a diferença de funções dos dois institutos, um centrado na remoção do dano e outro na repressão do enriquecimento. Efetivamente, a responsabilidade civil visa remover os danos, só reprimindo o enriquecimento de uma forma indireta e eventual. Pelo contrário, o enriquecimento sem causa visa reprimir o enriquecimento, só removendo o dano de uma forma indireta e eventual" (LEITÃO, 1996, p. 701).

<sup>&</sup>quot;Note-se, contudo, que não se confundem a pretensão de repetição de indébito, cujo fundamento é a vedação ao enriquecimento sem causa, e a pretensão indenizatória, que decorre de dano injusto causado ela outra parte. E por isso, não se pode afastar a priori, a possibilidade de cumularem-se, decorrentes de um mesmo fato, a pretensão de devolução (restituição em vista do enriquecimento sem causa do fornecedor), mesmo quando devolução em dobro (que se caracteriza como sanção civil decorrente de violação do fornecedor que promoveu a cobrança), e a pretensão indenizatória, seja como reparação de danos materiais, quanto a compensação e/ou satisfação de danos extrapatrimoniais, quando estes sejam verificados a partir do agir ilícito do fornecedor" (MIRAGEM, 2011, p. 400).

<sup>92</sup> Alcança-se conclusão semelhante no direito português: "A possibilidade de existência de um concurso entre a responsabilidade civil e o enriquecimento é aliás entre nós confirmada pela disposição do art. 498, nº 4 do Código Civil, onde se escreve que 'a prescrição do direito de indemnização não importa prescrição da ação de reivindicação nem da ação de restituição por enriquecimento sem causa, se houver lugar a uma ou outra" (LEITÃO, 1996, p. 702).

<sup>93</sup> CAMPOS, 1982, pp. 46-47; COELHO, 1970, pp. 85-86; LEITÃO, 2009, p. 411; e GUEDES, 2011, p. 208.

<sup>94</sup> O realce da distinção funcional entre os institutos denota que não se coloca em xeque a regra de subsidiariedade: "Ora, ao falar em 'outro meio' o art. 474 [do Código Civil português] apenas estabelece uma subsidiariedade da pretensão de enriquecimento se através de outra disposição o lesado conseguir obter o mesmo resultado (ou um resultado superior) do que aquele que lhe adviria da pretensão de enriquecimento. Não sendo essa a situação, parece-nos claro que a pretensão de enriquecimento não fica afastada pela verificação cumulativa de uma hipótese de responsabilidade civil" (LEITÃO, 1996, pp. 701-702).

#### 5. SÍNTESE CONCLUSIVA

As considerações anteriores buscaram demonstrar que a função reparatória como nota característica do sistema da responsabilidade civil não apenas garante a esse instituto sua autonomia conceitual como ainda contribui para a adequada qualificação de situações jurídicas concretas que, não ostentando essa como sua função (ou, ao menos, não como sua função precípua), devem sujeitar-se a regimes jurídicos distintos, orientados por outros perfis funcionais, tais como o da restituição ou o da punição. Assim, por exemplo, uma obrigação que ostente um escopo prioritariamente punitivo ou preventivo não deve ser associada, em princípio, nem ao campo da responsabilidade civil, nem ao campo do enriquecimento sem causa, sendo certo que, por sua vez, reparação e restituição também não se confundem.

Nesse sentido, devem-se ver com cautela as propostas doutrinárias que não apenas propõem funções diferenciadas para a responsabilidade civil (por vezes, até mesmo com prevalência sobre a função indenizatória) como, além disso, contribuem para agravar a confusão conceitual já existente na qualificação de certas pretensões, como é o caso daquela voltada à devolução em dobro do indébito. Embora sem um escopo sistematizador, o presente estudo buscou pontuar a relevância dessa autonomia funcional da reparação civil, sobretudo com o objetivo de suscitar maior parcimônia no trabalho da doutrina ao sopesar seu impulso inovador com seu dever precípuo de orientar a interpretação e a aplicação do direito civil.

#### 6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. A repetição do indébito em dobro no caso de cobrança indevida de dívida oriunda de relação de consumo como hipótese de aplicação dos punitive damages no direito brasileiro. Revista de Direito do Consumidor, vol. 54, abr.-jun./2005.

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. São Paulo: Saraiva, 1949.

BARBOSA, Ana Mafalda. Responsabilidade civil extracontratual: novas perspectivas em matéria de nexo de causalidade. Cascais: Principia, 2014.

BARBOSA, Ana Mafalda. Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 81, 2005.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, vol. 9, n. 29, jul.-dez./2006.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Dano moral: conceito, função, valoração. *Revista Forense*, vol. 413. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Professores ou juízes? *Civilistica. com*, a. 3, n. 2, 2014.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

BUSNELLI, Francesco. *La lesione del credito da parte di terzi*. Milano: Giuffrè, 1964.

CALLEGARI, André Luís. [Verbete]. In: CANOTILHO, J. et al. (Coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil. Revista da Ordem dos Advogados, a. 42, 1982.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1970.

DIEZ-PICAZO, Luís. Derecho de daños. Madrid: Civitas, 1999.

DINAMARCO, Cândido. Fundamentos do processo civil moderno, t. II. São Paulo: Malheiros, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil*: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade. Curitiba: Juruá. 2014.

GIGLIO, Francesco. The Foundations of Restitution for Wrongs. Oxford: Hart Publishing, 2007.

GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: FRANCESCO, José Roberto di (Org.). Estudos em homenagem a Silvio Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 1989.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. O problema do nexo causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HIRONAKA, Giselda. Responsabilidade pressuposta. In: DELGADO, Mário Luiz et al. (Coord.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas, vol. 5. São Paulo: Método, 2006.

KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais*, vol. 4, mar.-abr./2014.

KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 4, n. 13, out.-dez./2017.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica. com*, a. 1, n. 2, 2012.

LAGOS, Rafael Núñez. El enriquecimiento sin causa en el derecho español. Madrid: Reus, 1934.

LEITÃO, Luís de Menezes. *Direito das obrigações*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2009.

LEITÃO, Luís de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil:* estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1996.

LIMA, Alvino. Arras: restituição do sinal em dobro. *Revista dos Tribunais*, vol. 165, fev./1947.

MARTINS-COSTA, Judith. Prefácio a SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRAGEM, Bruno. Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 79, jul.-set./2011.

MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. XXII. São Paulo: RT, 2012.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista de Direito da PGERJ*, vol. 63, 2008.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de; KOSIAWY, Stefany Guerra. Devolução em dobro e a exigência judicial da prova da má-fé. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 109, jan.-fev./2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: GEN, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.

RAMOS, André Arnt. A responsabilidade civil para além dos esquemas tradicionais: prospecções do dano reparável na contemporaneidade. *Revista Fórum de Direito Civil*, a. 4, n. 10, 2015.

ROCHFELD, Judith. Les grandes notions du droit privé. Paris: PUF, 2011.

RODOTÀ, Stefano. Modelli e funzioni della responsabilità civile. *Rivista critica del diritto privato*, vol. 3. Napoli: Jovene, 1984.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 8, jul.-set./2016.

ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, J. M. de Carvalho. Código Civil brasileiro interpretado principalmente no ponto de vista prático, vol. XII. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

SAVATIER, René. Traité de la responsabilité civile en droit français, t. II. Paris: LGDJ, 1939.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHAMPS, Geneviève. *La mise en danger*: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité. Paris: LGDJ, 1998.

SCHREIBER, Anderson. Flexibilização do nexo causal em relações de consumo. In: MARTINS, Guilherme (Coord.). Temas de direito do consumidor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? In: LUCCA, Newton et al. (Org.). Direito e Internet III. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 10, out.-dez./2016.

SILVA, Rodrigo da Guia. A qualificação funcional da pretensão restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, 2017.

SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes. Civilistica.com, a. 5, n. 2, 2016a.

SILVA, Rodrigo da Guia. Danos por privação do uso: estudo de responsabilidade civil à luz do paradigma do dano injusto. Revista de Direito do Consumidor, vol. 107, 2016b.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Considerações sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil do médico. Pensar, vol. 20, n. 3, set.-dez./2015.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira do direito privado no direito civil. Revista de Direito Privado, vol. 58, abr.-jun./2014.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel et al. (Org.). Direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di diritto privato. Milano: Giuffrè, 2016.

VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. A responsabilidade civil como instrumento de tutela e efetividade dos direitos da pessoa. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016.

RECEBIDO EM: 08/11/2019 APROVADO EM: 13/04/2020

# O CÓDIGO CIVIL COMO FERRAMENTA HÁBIL A FIM DE GARANTIR O PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA - APLICAÇÃO DA TEORIA DA JUSTIÇA DESCRITA POR JOHN RAWLS

THE CIVIL CODE AS A SKILL TOOL TO ENSURE FOOD PENSION PAYMENT - APPLICATION OF THE THEORY OF JUSTICE DESCRIBED BY JOHN RAWLS

Leticia Bartelega Domingueti

Mestra em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Advogada do CREAS (Centro de Referência Especializado de Assistência Social) de Varginha/MG. Professora de Direito do Consumidor do Curso Preparatório para OAB da Escola Mineira de Direito. Sócia fundadora do escritório: "Bartelega Domingueti-Advocacia e Consultoria"

Rafael Alem de Mello Ferreira

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas: FDSM e Coordenador e professor do Curso de Direito da PUC-MG.

**SUMÁRIO:** 1 O direito aos alimentos como direito de personalidade. 2 Aplicações práticas do Código

Civil; 3 Sobre a utilização de princípios; 4 A Teoria da Justiça; 5 O véu da ignorância.

RESUMO: O presente trabalho busca analisar o Código Civil em relação a garantir que as pessoas necessitadas recebam pensão alimentícia em valor adequado a fim de garantir sua sobrevivência. A base utilizada para a pesquisa foi a Teoria da Justiça descrita por John Rawls. A pesquisa foi feita através do método dedutivo. Foram feitas constatações gerais baseadas na leitura de livros e análise de dados disponíveis e atualizados diariamente pelos meios de informação. Conclui-se que a Lei nº 10.406/02 é efetiva quanto a garantir o adequado pagamento da pensão alimentícia, e consequentemente assegura a quem deles necessita, a justiça, teoria amplamente discutida e aplicada quando se fala sobre necessidades de indivíduos.

PALAVRAS-CHAVE: Pensão Alimentícia. Justiça. Dignidade. Direito. Sobrevivência.

**ABSTRACT:** This paper seeks to analyze the Civil Code regarding ensuring that people in need receive adequate alimony in order to ensure their survival. The basis used for the research was the Theory of Justice described by John Rawls. The research was done through the deductive mode. General findings were made based on book reading and data analysis available and updated daily by the media. It is concluded that Law N°. 10.406/02 is effective in ensuring the adequate payment of child support, and consequently ensures to those who need them, justice, theory widely discussed and applied when talking about the needs of individuals.

KEYWORDS: Alimony. Justice. Dignity. Law. Survival.

#### INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico teve por finalidade explicitar de que forma o Código Civil atua quando se fala em ações de alimentos e como ele garante que aquelas pessoas que não são capazes de prover o próprio sustento tenham suas necessidades básicas supridas, com base no trinômio proporcionalidade, necessidade e possibilidade.

A partir deste ponto foi feito um paralelo entre as questões legais e sociais, considerando que, de acordo com a Teoria da Justiça descrita por John Rawls os desiguais devem ser tratados como desiguais na medida de suas desigualdades.

Isto foi feito mediante a leitura de livros, em que foram feitos fichamentos e resumos, explicitando as partes mais relevantes para o tema. Estudou-se, ainda, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como princípio norteador da obrigação alimentar descrita no art. 1694 do Código Civil.

Após, foi feita a leitura de artigos científicos recentes e doutrinas aplicáveis ao tema, com o objetivo de atualizar a pesquisa e chegar a conclusões acerca dos reais benefícios deste artigo no dia a dia de quem realmente precisa buscar o poder judiciário a fim de ter acesso a alimentos dignos, ou seja, em valor suficiente a suprir suas necessidades.

O presente artigo foi dividido em 5 (cinco) capítulos. O primeiro discorre sobre o direito aos alimentos sobre a perspectiva do direito de personalidade e da dignidade da pessoa humana. O segundo menciona aplicações práticas do Código Civil, demonstrando a necessidade de sua aplicação. O terceiro discorre acerca da aplicação de princípios na tomada de decisões. O quarto explica sucintamente sobre a Teoria da Justiça descrita por John Rawls e, na sequência, o quinto capítulo explica alguns aspectos do "véu da ignorância" descrito pelo mesmo autor.

A pesquisa foi feita através do método dedutivo, em que foram feitas constatações gerais baseadas na leitura de livros e análise de dados disponíveis e atualizados diariamente pelos meios de informação.

As informações foram então sintetizadas e o texto foi feito de modo coeso, visando atingir os objetivos propostos para que todas as informações fiquem claras ao leitor.

De forma objetiva, objetivou-se analisar os benefícios trazidos pelo Código Civil para aquelas pessoas que necessitam de alimentos e o motivo pelo qual a Teoria da Justiça descrita por John Rawls é tão importante para o tema.

#### 1 O DIREITO AOS ALIMENTOS COMO DIREITO DE PERSONALIDADE

Os alimentos constituem matéria de grande repercussão em direito de família. A pessoa que deles necessita, quando ingressa no poder judiciário, deve saber que se trata de uma difícil tarefa, ainda que o objetivo seja buscar apenas o seu direito ao sustento.

O direito aos alimentos é um direito constitucionalmente assegurado por meio do artigo 229 que afirma que "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade". (BRASIL, 1988).

Tal direito possui como embasamento o princípio da dignidade da pessoa humana, que assegura a todos uma vida digna, o que inclui boas condições de vida, alimentação, saúde, higiene, entre outros.

Sobre a natureza jurídica dos alimentos afirma Yussef Said Cahali:

"(...) a palavra alimentos, adotada no direito para designar o conteúdo de uma pretensão ou de uma obrigação, vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida; são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigi-la de outrem, como necessário à sua manutenção" (CAHALI, 2002, p. 16).

Então, tem-se que, não obstante todos os fatores externos que podem se apresentar, é necessário que os alimentos sejam assegurados, com a finalidade de manutenção e perpetuação da vida.

Fala-se primordialmente na proteção à vida, de forma que, para que as necessidades fundamentais sejam garantidas, há que se falar em garantia do mínimo existencial, ou seja, prover a todos os cidadãos aquilo que é básico para a sua sobrevivência. (SIMÕES; FERMENTÃO).

No mesmo sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana se alia ao princípio da solidariedade familiar e social a fim de garantir uma sociedade justa. (SIMÕES; FERMENTÃO). Nestes mesmos termos, o entendimento esposado por Sílvio de Salvo Venosa:

Em linha fundamental, quem não pode prover a própria subsistência nem por isso deve ser relegado ao infortúnio. A pouca idade, a velhice, a doença, a falta de trabalho ou qualquer incapacidade pode colocar a pessoa em estado de necessidade alimentar. A sociedade deve prestar-lhe auxílio. O Estado designa em primeiro lugar os parentes para fazê-lo, aliviando em parte seu encargo social. Os parentes podem exigir uns dos outros os alimentos e os cônjuges devem-se mútua assistência. A mulher e o esposo, não sendo parentes ou afins, devem-se alimentos com fundamento no vínculo conjugal. Também os companheiros em união estável estão na mesma situação atualmente. Daí decorre, igualmente, o interesse público em matéria de alimentos. Como vemos, a obrigação alimentar interessa ao Estado, à sociedade e à família. (VENOSA, 2010, p. 357).

Nesse sentido, no ordenamento jurídico brasileiro, não há que se falar em menor ou incapaz que não tenha legalmente assegurado seu direito a uma vida digna ao menos no que tange a prestação alimentar.

Porém, os alimentos não podem ser considerados apenas como sustento ao corpo físico, mas devem também ser examinados como efeito daquilo que John Rawls chamou de "Teoria da Justiça", ou seja, tratar os desiguais como desiguais na medida de suas desigualdades. (RAWLS, 1998).

Isso, em outras palavras, significa que aqueles que possuem condições financeiras adequadas devem auxiliar os parentes que não as possuem, a fim de garantir que levem uma vida digna.

Ademais, quando se fala em dignidade da pessoa humana, fala-se em proporcionar um mínimo vital, aquilo que é indispensável para que a vida seja possível. Fala-se na garantia real de que o cidadão seja respeitado e digno.

De acordo com Alessandro Zenni e Elizabet Silva, no entanto, não é possível falar em dignidade da pessoa humana, quando nem mesmo uma vida digna com o mínimo necessário lhe é oportunizado:

É possível então falar em dignidade da pessoa humana quando se dá a ele condições reais de tornar-se um cidadão completo digno de sua própria existência. Não há que falar em dignidade da pessoa humana,

quando nem mesmo uma vida digna com o mínimo necessário lhe é oportunizado. (ZENNI; SILVA, 2009, p. 216).

Nesse sentido, quando se fala em uma vida digna, observa-se que a possibilidade de receber alimentos desde a concepção é a forma por meio da qual a Carta Magna busca coibir situações de abandono, a fim de garantir que todos tenham uma vida digna e tenham a garantia de sustento. (SIMÕES; FERMENTÃO).

Alexandre de Moraes também é um dos autores que menciona sobre a importância do princípio da dignidade da pessoa humana:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2003, p. 50).

Nesse sentido, observa-se o quanto é necessário considerar o princípio da dignidade da pessoa humana como norteador da vida em sociedade e que, embora haja a possibilidade de sua relativização, cada caso concreto deve ser analisado de forma a beneficiar sempre aquele que necessita de recursos básicos para a sua sobrevivência.

Acerca desse tema, tem-se que o mencionado princípio condiciona a interpretação das leis brasileiras, atingindo o sistema jurídico como um todo. Isso porque, se considerarmos que a prestação de alimentos é garantia para a sobrevivência, concluímos que o princípio da Dignidade Humana é o norte no qual os legisladores se basearam para a criação de leis que protejam todos aqueles que não podem prover o próprio sustento.

#### 2. APLICAÇÕES PRÁTICAS DO CÓDIGO CIVIL

O direito à vida é um direito da personalidade e que, por sua vez, é uma das espécies de direitos e garantias fundamentais previsto no artigo 5° da Constituição Federal, cláusula pétrea a solidificar ainda mais a imprescindibilidade de se proteger o maior bem de todos: a vida humana. (SIMÕES; FERMENTÃO).

Observa-se, nesse sentido, como a ausência de recursos prejudica famílias inteiras, especificamente quando o genitor (ou provedor da família), abstém-se de honrar com seu dever de sustento, causando prejuízos irreparáveis, tanto financeira como emocionalmente.

Ademais, o abandono material muitas vezes pode se personificar como uma espécie de abandono emocional que em regra acompanha o incapaz por toda a vida.

O Código Civil, em seu artigo 1.694, é claro ao estabelecer a necessidade de auxílio da família em favor daquele que não pode prover o próprio sustento. Senão vejamos:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º - Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, observamos que os alimentos devem proporcionar o sustento e também uma qualidade de vida compatível com a condição social do indivíduo a fim de atender, inclusive, as necessidades relacionadas à educação, o que significa que não apenas o direito alimentar deve ser protegido, mas também tudo aquilo que se relaciona com uma vida de qualidade, como o direito também à saúde e ao lazer.

Ademais, a fixação do percentual deve atender as finalidades para as quais é proposto, ou seja, deve ser fixado considerando a proporção entre as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante, a fim de que nenhuma das partes venha a sofrer prejuízos futuros.

No mesmo sentido, o artigo 1.695 do mesmo diploma legal dispõe claramente que o auxílio alimentar será prestado quando aquele que os busca não pode suprir suas próprias necessidades. (BRASIL, 2002). A partir daí é possível concluir que não apenas as crianças e jovens, até os 18 anos, podem receber alimentos, mas todos aqueles que comprovadamente não podem manter-se, como, por exemplo, pessoas idosas ou incapazes.

Por conseguinte, o artigo 1.699 discorre sobre a possibilidade de modificação da situação financeira do provedor de alimentos, salientando que, se sobrevier modificação em sua situação financeira, a obrigação poderá ser revista:

Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo. (BRASIL, 2002).

Na prática, observa-se que, nos casos em que há modificação da condição financeira do alimentante, há a possibilidade de postular em juízo por meio de ação revisional de alimentos ou até mesmo, de exoneração. Salienta-se, porém, que em hipótese alguma aquele que paga os alimentos pode encerrar as prestações anteriormente a um processo judicial, sob pena de que o alimentando ingresse com ação de execução de alimentos.

#### 3 SOBRE A UTILIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Quando fala sobre a importância da utilização de princípios, Humberto Ávila os relaciona às regras, diminuindo a função delas. Os princípios seriam, então, as bases e os pilares do ordenamento jurídico. O decisivo é, então, saber qual a melhor forma de garantir sua aplicação e efetividade. (ÁVILA, 2004).

A construção do sentido do princípio não se relaciona diretamente a uma norma, mas sim ao caso concreto e principalmente a quem o aplica, uma vez que o juiz constrói o sentido dos princípios que aplica a partir de suas convicções pessoais.

Ocorre que, a utilização de princípios, notadamente o princípio da dignidade humana, deve ser realizado de modo a garantir que a Constituição seja obedecida. Ou seja, não basta que o magistrado simplesmente interprete o princípio conforme suas convicções, mas, ao contrário, há a necessidade de que sua decisão reflita a lei, reflita a dignidade que é garantida a todos os cidadãos, despindo-se de suas convicções pessoais, assim como define Ronald Dworkin.

Os princípios, então, não são questões de certo e errado, validade ou invalidade, mas são convicções que justificam o encaminhamento de uma decisão para uma certa direção. São uma questão de peso quando da justificação de uma decisão jurídica (DWORKIN, 2007) e se utilizados da maneira correta, garantem que os direitos constitucionais sejam preservados.

Portanto, é a Constituição Federal que garante que os cidadãos tenham seus direitos fundamentais garantidos, que, contudo, são ameaçadas pelo déficit democrático, que se projetam na falta de participação política e no descompromisso institucional dos órgãos de representação popular (PELAYO, 2009). Ou seja, os princípios devem ser respeitados para que toda a sociedade tenha garantidos os seus direitos constitucionais.

Assim, muito embora saibamos que, na prática, muitas vezes os princípios não respeitados, e as decisões são tomadas de modo a prejudicar as partes, buscar por decisões coerentes e íntegras é necessário para garantirmos que os direitos sejam preservados.

O que se busca é a concretização das possibilidades escamoteadas. Assim como afirma Ferreira: "Se temos a possibilidade de trabalhar com um sistema jurídico legítimo, porque nos contentarmos com um sistema jurídico pior?" (FERREIRA, 2020).

Então, o princípio da dignidade da pessoa humana, tão utilizado para embasar as decisões referentes aos alimentos deve ser utilizado em todos os casos em que haja risco ao sustento.

As normas podem ser consideradas como sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. De outro lado, o significado dos princípios não se relaciona com o conteúdo das palavras, mas depende da forma como é usado e interpretado. (ÁVILA, 2004).

Quando se fala na interpretação dos princípios, observa-se que não são uma descrição de um conceito já fornecido, mas de uma construção que considera o fato, os atos praticados e quem é o aplicador.

De acordo com Lenio Streck, porém, o certo a se fazer seria cumprir a lei, seguir rigorosamente a Constituição (STRECK, 2020). Nesse sentido é que se vê a utilização do trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade, uma vez que, ao observar o caso concreto, o magistrado deve decidir o percentual a ser pago a título de alimentos considerando os proventos do alimentante, as necessidades do alimentando e, além disso, deve ponderar se, ainda que o provedor possua grandes ganhos, o recebedor necessita de uma vultuosa quantia para sobreviver.

Lenio Streck afirma, ainda, que os princípios devem ser capazes de garantir a autonomia do direito, o respeito à integridade e a coerência definidos por Dworkin, devem estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle de interpretação constitucional, garantir a correta fundamentação das decisões judiciais, bem como garantir que cada caso seja julgado com base no que diz a Constituição Federal (STRECK, 2013).

Então, vê-se também que os alimentos não possuem o objetivo de levar alguém a riqueza, mas de suprir o necessário ao seu sustento. A partir daí é possível concluir que o significado dos princípios não é preestabelecido e nem pode ser previsto, tendo em vista que, a depender do caso e da situação concreta, os significados passam a ser construídos.

#### 4 A TEORIA DA JUSTIÇA

Os princípios de Justiça, na teoria de John Rawls, possuem o objetivo de conduzir as ações tomadas pelas instituições a fim de incluir conceitos de igualdade e equidade. (RAWLS, 1998).

Nesse sentido, Rawls afirma que "[...] o sistema social deve ser concebido por forma a que o resultado seja justo, aconteça o que acontecer" (RAWLS, 1998, p. 8), o que, em relação ao pagamento de pensão alimentícia significa que a proporcionalidade deve sempre ser observada, ou seja, os alimentos devem ser aptos a garantir o sustento do alimentando, mas desde que esteja dentro das possibilidades do alimentante.

O princípio inicial, relativo à igualdade e à liberdade entre os indivíduos, possui como objetivo incluir todos os cidadãos na estrutura básica em situação de igualdade e, assim, garantir a eles suas liberdades básicas, ou seja, liberdade política, de expressão, de consciência, de não agressão física ou coerção psicológica e de propriedade. (QUINTANILHA, 2010).

Então, quando se fala em justiça como equidade, observa-se que as instituições pertencentes à estrutura básica serão justas quando puderem satisfazer os princípios de justiça escolhidos por pessoas morais, livres e iguais. (QUINTANILHA, 2010).

Trata-se de uma via de mão dupla, em que a estabilidade e os ideais de justiça devem ser mantidos, visando sempre o bem-estar e a equidade de todas as partes envolvidas no processo. (RAWLS, 1998).

Em relação a estabilidade mencionada por Rawls, trata-se da capacidade da justiça como equidade de se autossustentar, ou seja, a propriedade dessa concepção de justiça que possibilita, em uma sociedade bem ordenada, com que as pessoas tenham um senso de justiça forte o suficiente, a fim de que possam agir conforme seus princípios. (QUINTANILHA, 2010).

Com sua teoria, o filósofo buscava fazer com que a justiça pudesse existir independentemente de fatores externos, de perspectivas pessoais ou até mesmo de imposições estatais, isso porque, para ele, a justiça pode ser considerada uma virtude, em uma concepção de que, em sua posição original, todos praticariam a verdade e o bem comum, a fim de que, inclusive, não fossem prejudicados.

Se tal perspectiva fosse analisada de forma pura, agindo em favor do mencionado bem comum, a família prestaria auxílio sem que fosse necessária a intervenção do poder judiciário. Porém, nas perspectivas atuais, observa-se que, na maioria dos casos, a intervenção estatal acaba por ser fundamental, a fim de garantir que todas as pessoas tenham direito a uma vida justa, que não sejam privadas de direitos e que tenham suas necessidades básicas supridas.

#### 5 O VÉU DA IGNORÂNCIA

Para John Rawls, a única forma possível para que uma sociedade alcançasse a liberdade fundamental ou o bem comum seria estar sob o véu da ignorância, remetidos à posição original, momento no qual os pensamentos, opiniões e atitudes seriam imparciais, baseadas em senso de verdade e justiça, dissociados de qualquer tipo de tendencionismo baseado em direitos particulares. (RAWLS, 1998).

Para o autor, a concepção de justiça é alcançada quando a posição de cada um em sociedade é desconhecida e ignorada, aliada a desvinculação de quaisquer outras questões, como por exemplo as culturais, que possuam o poder de gerar discriminação ou vantagem a certas pessoas.

É fundamental mencionar que, para que seja realizada uma análise impessoal acerca do pagamento de pensão alimentícia no Brasil, é necessário que aqueles que fizerem a análise se utilizem do véu da ignorância mencionado por John Rawls, a fim de que não tenham opiniões tendenciosas.

Isso porque, não há a possibilidade de que tal análise seja feita sem que ela seja de todo impessoal. Ou seja, sem que o autor se veja na pessoa do recebedor do benefício, ou até mesmo daquele que o oferta.

Nesse sentido, quem estuda sobre os alimentos não deve se ver na pessoa do alimentando ou alimentante, uma vez que uma análise assim certamente condenaria os resultados, mas deverá analisar esse instituto de maneira imparcial, a fim de que a conclusão leve em conta fatores sociais e não opiniões pessoais.

O véu da ignorância pode ser considerado como um ponto de partida equitativo em que o justo seria alcançado sem interferências. (RAWLS, 1998). Isso porque, sem que sejam considerados fatores externos como classe social, profissão, religião e etnia, a decisão pode ser tomada de maneira imparcial, sem que sejam considerados tais fatores externos.

#### CONCLUSÃO

O direito de família como um todo é uma matéria em constante evolução, motivo pelo qual escrever sobre alimentos é um enorme desafio, mas que, por outro lado, é recompensador para o pesquisador, quando se comprova que aqueles que recebem alimentos continuam sendo beneficiados e levam uma vida digna e justa, pautada nos princípios de justiça e equidade descritos por John Rawls.

A prestação alimentar, como sobredito, possui o objetivo de proteger a família, ou seja, a base de todo o ordenamento jurídico e para onde são direcionadas grande parte das legislações e estudos, proteção esta que é garantida por meio do princípio da Dignidade Humana existente na Constituição Federal, base na qual o legislador se apoiou para criar as leis referentes aos alimentos.

Desta forma, o direito civil e a Teoria da Justiça devem sempre ser observados e, mais que isso, considerados como base para as decisões judiciais com a finalidade de garantir a todos a preservação da dignidade dos indivíduos.

Os estudos realizados demonstraram que os alimentos não são apenas direitos garantidos pela legislação processual civil e pelas normas civis e constitucionais, mas também uma forma de manutenção da vida e da dignidade da pessoa humana.

Além disso, o princípio da dignidade humana, sendo ele o norteador das obrigações alimentares, deve ser respeitado tanto pelo prestador de alimentos, quanto pelo magistrado, que deve considerar as necessidades do alimentando no caso concreto, garantindo que suas necessidades sejam supridas.

Isso significa que, ao estar diante de um caso concreto, o julgador deve garantir que sua decisão esteja em acordo com a Constituição e que, consequentemente, garanta que a vida de cada uma das partes seja protegida.

Observa-se que a Teoria da Justiça descrita por John Rawls garante que os desiguais sejam tratados como desiguais na medida de suas desigualdades e, em relação a obrigação alimentar, isso significa que aquele que possui melhores condições deve auxiliar aquele que necessita de auxílio a fim de que, inclusive, os princípios constitucionais sejam preservados.

Ademais, a utilização do "véu da ignorância" descrito por ele, garante que a norma seja aplicada a todos os que necessitam, sem que haja qualquer distinção, independente de qualquer fator externo, como por exemplo, classe social, etnia ou religião. Portanto, é fundamental que, para a solução dos conflitos, seja realizada uma análise de maneira imparcial e de modo a beneficiar de forma equalizada toda a sociedade.

Assim, conclui-se que as decisões judiciais devem ser tomadas de maneira imparcial e devem refletir os direitos previstos na Constituição Federal para todos os cidadãos. Para que elas reflitam o direito, há que se fazer um estudo constante e aprofundado, a fim de que segurança jurídica seja defendida, que a democracia seja preservada e que a aplicação dos princípios sempre culmine em benefícios para a sociedade.

#### REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004.

BRASIL. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil Brasileiro*. Brasília: Senado, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm</a>. Acesso em: 22 out. 2019.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos.* 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* 2ª ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA, Rafael Alem Mello O projeto inacabado de uma teoria da decisão judicial: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas/Rafael Alem Mello Ferreira. ----- Belo Horizonte: Dialética, 2019

GOMES, Orlando. Direito de Família. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 13ª ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

PELAYO. Manuel García. As transformações do Estado Contemporâneo. Rio de Janeiro. Forense, 2009.

QUINTANILHA, Flávia Renata. A concepção de Justiça de John Ralws. Porto Alegre. Vol.3 – N°. 1. Junho 2010. p. 33-44. Disponível em: <a href="http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/6107/5176">http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/6107/5176</a>. Acesso em: 22 de out. 2019.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Brasília, a. 35 nº 138 abr./jun. 1998.

SILVA, Elizabet Leal da; ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *Algumas considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana*. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, Maringá, Vol. 9 – N°. 1. Jan./jun. 2009, p. 216. Disponível em: < http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/879/749>. Acesso em: 22 out. 2019.

SIMÕES, Fernanda Martins. FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. *Do instituto dos alimentos e sua execução na perspectiva dos direitos da personalidade: aspectos doutrinários e jurisprudenciais.* Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=731ae30af8750c2d> Acesso em: 22 jul. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. *Há boas razões para obedecer ao direito e desobedecer ao impulso moral.* Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jun-21/boas-razoes-obedecer-direito-desobedecer-moral. Acesso em 13 abr. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Objeto, sujeito e o giro ontológico-linguístico. O que é isto – decido conforme a minha consciência? 4ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

RECEBIDO EM: 31/10/2018 APROVADO EM: 27/03/2019

## CRIMES CONTRA A HUMANIDADE E DITADURA MILITAR: STF, CORTEIDH E O FETICHE PELO "DIREITO DE ERRAR POR ÚLTIMO"

CRIMES AGAINST HUMANITY AND MILITARY
DICTATORSHIP: STF, I/A COURT H. R. AND THE FETISH
FOR THE "RIGHT TO BE THE LAST ONE TO ERR"

Victor Hugo Siqueira de Assis

Mestrado em Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Defensor Público do Estado do Maranhão. Professor da Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Maranhão.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 A responsabilização individual pelas violações de direitos humanos e a delimitação do conceito de crimes contra a humanidade. 2 A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade cometidos durante a ditadura militar brasileira. 3 A hierarquia normativa dos tratados internacionais sobre direitos humanos, a teoria do duplo estatuto e o controle de convencionalidade. 4 Lei

de anistia e a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153. 5 A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o caso Gomes Lund e outros vs. Brasil ("Guerrilha do Araguaia"); 6 Como solucionar o aparente conflito: o necessário diálogo das cortes e a teoria do duplo controle. 7 Considerações Finais. Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a evolução internacional do conceito de crimes contra a humanidade, sua imprescritibilidade, além dos motivos que qualificam os delitos cometidos por agentes oficiais durante a ditadura civil-militar brasileira como crimes de lesa-humanidade e, por conseguinte, insuscetíveis de anistia. Ademais, discutir-se-á a (in)validade da Lei nº 6.683/1979 (Lei de Anistia) frente à Constituição Federal de 1988 e à normativa internacional, confrontando as decisões do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 e da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso "Guerrilha do Araguaia".

**PALAVRAS-CHAVE:** Crimes Contra a Humanidade. Lei de Anistia. Controle de Convencionalidade. Diálogo das Cortes. Teoria do Duplo Controle.

ABSTRACT: The objective of this article is to analyze the international evolution of the concept of crimes against humanity, its imprescriptibility, as well as the reasons that qualify crimes committed by official agents during the Brazilian civic-military dictatorship as crimes against humanity and, therefore, insusceptible to amnesty. Moreover, will be discussed the validity of Brazilian Amnesty Law in relation to the Federal Constitution of 1988 and to international regulations, confronting the decisions of the Brazilian Supreme Court in Non-compliance Action of the Fundamental Principle no 153 and the Inter-American Court of Human Rights in the "Guerrilha do Araguaia" case.

**KEYWORDS:** Crimes Against Humanity. Amnesty Law. Conventionality Control. Dialogue of Courts. Theory of Dual Control.

#### INTRODUÇÃO

A América Latina da segunda metade do século XX foi marcada pela instituição de diversos regimes totalitários, em grande parte resultantes de um mundo polarizado entre os Estados Unidos da América e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Nesse período de Guerra Fria, as duas potências não mediram esforços no intento de expandir sua dominação político-econômica-ideológica através do globo.

Diante desse panorama, a realidade brasileira não fugiu à regra. E foi dessa forma que, em 31 de março de 1964, os militares, com ajuda de setores da sociedade civil, executaram um golpe de estado que depôs o presidente democraticamente eleito João Goulart. Esse episódio marcou a instauração de uma ditadura civil-militar que duraria vinte e um anos e se caracterizaria como o mais longo período de interrupção democrática da história da República Federativa do Brasil. Durante esse período, o país foi palco de diversas violações de direitos humanos, como censura, homicídios, desaparecimentos forçados, torturas e violentas repressões às manifestações contrárias ao regime.

Nesse contexto, após quinze anos de intensa repressão, iniciouse, em 1979, um processo de pseudo-transição, o qual buscava uma redemocratização do país, culminando na edição da Lei nº 6.683/1979 (Lei de Anistia). O diploma legal se caracterizou pela impunidade e pelo "esquecimento" das violações cometidas por agentes estatais da repressão, que restaram livres de qualquer tipo de responsabilização penal pelos crimes que praticaram.

Tendo em vista esse cenário, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, iniciou-se uma discussão acerca da recepção ou não da Lei de Anistia nos moldes em que foi editada. Os debates culminaram na propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil junto ao Supremo Tribunal Federal em outubro de 2008, questionando-se o alcance da expressão "crimes conexos" existente no §1º do artigo 1º da Lei de Anistia. Em abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADPF nº 153, considerando a Lei nº 6.683/1979 como recepcionada pela Constituição Cidadã.

Ocorre que, concomitantemente a esse julgamento, tramitava (desde 1995) na Comissão Interamericana de Direitos Humanos uma demanda em face do Estado brasileiro com objeto semelhante. Após o demorado processamento perante a Comissão, em março de 2009, o caso foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual, em novembro de 2010, proferiu sentença declarando que o Brasil violou diversas normas de Direito Internacional, especialmente a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, estabelecendo uma série de cominações ao Estado brasileiro, não passando a Lei de Anistia pelo Controle de Convencionalidade realizado pela Corte.

Diante desse contexto, a celeuma se instaurou. De um lado, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a Lei de Anistia é constitucional, devendo manter todos os seus efeitos. Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou inválida a Lei nº 6.683/1979 e determinou que o Brasil deixe de aplicá-la sob pena de cometimento de ilícito internacional.

Analisadas essas premissas, o presente trabalho, inicialmente, concentrar-se-á em discutir a evolução internacional do conceito de crimes contra a humanidade e a sua caracterização como imprescritíveis. Definidas essas linhas, passar-se-á à análise dos motivos que qualificam os delitos cometidos por agentes oficiais durante a ditadura militar brasileira como crimes de lesa-humanidade, portanto, insuscetíveis de serem agraciados com o instituto da anistia.

Por fim, será realizada a análise da (in)validade da Lei nº 6.683/1979 (Lei de Anistia) frente à Constituição Federal de 1988 e à normativa internacional, confrontando as decisões do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 e da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil ("Caso Guerrilha do Araguaia"), concentrando-se na necessidade do diálogo entre as Cortes e de uma revisão do posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

## 1. A RESPONSABILIZAÇÃO INDIVIDUAL PELAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E A DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Tradicionalmente, o Direito Internacional sempre restringiu a responsabilidade internacional ao próprio Estado. Mesmo nos casos em que as condutas lesivas eram perpetradas por agentes públicos, afastavase a responsabilidade individual.

Contudo, o cenário começou a se transformar com a eclosão da Primeira Grande Guerra. Ainda durante o conflito, diante do massacre empreendido pelo Império Turco-Otomano em face da população armênia, os governos da França, Grã-Bretanha e Rússia emitiram uma emblemática recomendação. Em 24 de maio de 1915, a Declaração Conjunta dos governos da França, Grã-Bretanha e Rússia emprega pela primeira vez no cenário internacional a expressão "crimes contra a humanidade e civilização" e esboça, ainda que de forma sutil, a responsabilização individual por tais violações¹.

Ainda nessa esteira, com o fim da Primeira Guerra Mundial, o Tratado de Versalhes trouxe uma previsão que buscava estabelecer uma "corte especial" a fim de julgar o Kaiser Guilherme II pelos crimes cometidos durante o conflito. Apesar de frustrada a tentativa de responsabilização internacional individual do líder alemão, a inspiração nos princípios elencados na chamada "Cláusula Martens", que era uma previsão inscrita no Preâmbulo da II Convenção da Haia de 1899 sobre as leis e os costumes referentes à guerra terrestre, fez-se notória. A supracitada cláusula indicava que:

Até que um código de leis da guerra mais completo seja publicado, as Altas Partes Contratantes consideram oportuno declarar que, nos casos não compreendidos nos Regulamentos adotados por elas, as populações e os beligerantes permanecem sob a proteção e tutela dos princípios do direito internacional, resultantes dos costumes estabelecidos entre as nações civilizadas, das leis da humanidade e das exigências da consciência pública.º (grifei)

<sup>1</sup> In verbis: "For about a month the Kurd and Turkish populations of Armenia has been massacring Armenians with the connivance and often assistance of Ottoman authorities. Such massacres took place in middle April (new style) at Erzerum, Dertchun, Eguine, Akn, Bitlis, Mush, Sassun, Zeitun, and throughout Cilicia. Inhabitants of about one hundred villages near Van were all murdered. In that city Armenian quarter is besieged by Kurds. At the same time in Constantinople Ottoman Government ill-treats inoffensive Armenian population. In view of those new crimes of Turkey against humanity and civilization, the Allied governments announce publicly to the Sublime-Porte that they will hold personally responsible [for] these crimes all members of the Ottoman government and those of their agents who are implicated in such massacres." France, Great Britain and Russia Joint Declaration May 24, 1915. Disponível em: <a href="http://www.armenian-genocide.org/Affirmation.160/current\_category.7/affirmation\_detail.html">http://www.armenian-genocide.org/Affirmation.160/current\_category.7/affirmation\_detail.html</a>>. Acesso em: 18 jul. 2016. Tradução minha.

No original: "Until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity, and the requirements of the public conscience." Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 29 July 1899. Disponível em: <a href="https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?action=openDocument&documentId=CD0F6C83F96F8459C12563CD002D66A1">https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?action=openDocument&documentId=CD0F6C83F96F8459C12563CD002D66A1</a>. Acesso em: 18 jul. 2016. Tradução minha.

Discorrendo sobre o tema, Ramos (2016, p. 365) ensina que:

A implementação direta do Direito Internacional Penal por tribunais internacionais remonta ao artigo 227 do Tratado de Versailles, que previa um 'tribunal especial' com juízes das potências vencedoras para julgar o Kaiser Guilherme da Alemanha vencida. A pena seria determinada pelo próprio Tribunal. A Holanda jamais extraditou o Kaiser, que lá obtivera asilo após a Guerra e tal julgamento nunca ocorreu. Contudo, houve uma ruptura de paradigma no Direito Internacional: até então o julgamento penal dos indivíduos era de atribuição exclusiva dos Estados. A responsabilidade internacional penal do indivíduo despontava. (destaques no original)

O período compreendido entre as duas Grandes Guerras foi marcado por enormes tensões e expectativas acerca do início de um novo confronto mundial. Nesse cenário de instabilidade, não surpreende que os esforços empreendidos pela Liga das Nações no sentido de criar um tribunal penal internacional permanente tenham restado infrutíferos.

Desta feita, foi necessária a eclosão da maior barbárie já vivenciada pela humanidade para que, após o fim da Segunda Guerra Mundial, houvesse a mobilização da ainda embrionária Organização das Nações Unidas com o fito de lutar pela proteção dos direitos humanos.

É nesse contexto que se dá, em 1945, a criação do Tribunal Internacional Militar, sediado em Berlim, mas com julgamentos realizados em Nuremberg, tido como o precursor da "era dos tribunais internacionais penais".

Nesse diapasão, o conceito de crime contra a humanidade foi delineado de forma clara e incisiva pela primeira vez no Acordo de Londres, que instituiu o Tribunal de Nuremberg, trazendo em seu artigo  $6^{\circ}$ , c, a seguinte definição:

CRIMES CONTRA A HUMANIDADE: nomeadamente, assassinato, extermínio, escravidão, deportação ou outro ato desumano cometido contra a população civil, antes ou durante a guerra; ou perseguições baseadas em fundamentos políticos, raciais ou religiosos para a execução de crimes ou em conexão com crimes sujeitos à jurisdição do Tribunal,

independentemente de violarem a legislação doméstica do país onde foram cometidos.<sup>3</sup>

Surge, assim, o chamado "Direito de Nuremberg", baseado no costume e no *jus cogens* internacional, sendo formado pelos instrumentos da ONU (entre eles os que reconheceram os princípios de Nuremberg) e pelos tratados internacionais voltados ao combate aos crimes contra a humanidade.

O caminho pavimentado pelo julgamento realizado em Nuremberg apontou para uma irreversível possibilidade de responsabilização individual pelo cometimento de crimes contra a humanidade, a necessidade de elaboração de um sistema capaz de investigar e julgar de forma eficaz essas graves violações e de se punir de forma severa os agentes que cometem tais atrocidades. Nas palavras de Piovesan (2015, p. 81-83):

O julgamento do Tribunal de Nuremberg consolidou o entendimento de que, tal como Estados, indivíduos poderiam ser sujeitos de Direito Internacional. Entendeu-se que, na medida em que os crimes contra a ordem internacional são cometidos por indivíduos e não por entes abstratos, apenas punindo indivíduos perpetradores de tais crimes é que as previsões do Direito Internacional poderiam ser aplicadas. Consagrou-se, pois, o entendimento de que *indivíduos eram passíveis de punição por violação ao Direito Internacional*.

A condenação criminal dos indivíduos que colaboraram para a ocorrência do nazismo fundamentou-se, assim, na *violação de costumes internacionais*, ainda que muita polêmica tenha surgido em torno da alegação de afronta ao princípio da anterioridade penal, sob o argumento de que os atos punidos pelo Tribunal de Nuremberg não eram considerados crimes no momento em que foram cometidos.

(...)

No original: "Article 6. (...) (c) CRIMES AGAINST HUMANITY: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated." Acordo de Londres de 1945. In: INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg 1945-46. Vol. 01, 42 vols. Nuremberg: IMT, 1947, p. 11. Disponível em: <a href="http://www.loc.gov/rr/frd/Military\_Law/pdf/NT\_Vol-I.pdf">http://www.loc.gov/rr/frd/Military\_Law/pdf/NT\_Vol-I.pdf</a>. Acesso em: 18 jul. 2016. Tradução minha.

Não obstante essas críticas, o significado do Tribunal de Nuremberg para o processo de justicialização dos direitos humanos é duplo: não apenas consolida a ideia da necessária limitação da soberania nacional, como reconhece que os indivíduos têm personalidade jurídica na esfera internacional, contraindo direitos e obrigações. Testemunha-se, desse modo, uma mudança significativa nas relações interestatais, o que vem a sinalizar transformações na compreensão dos direitos humanos, que, a partir daí, não mais poderiam ficar confinados à exclusiva jurisdição doméstica. (destaquei)

Durante os anos que se seguiram, outros Tribunais *ad hoc* foram sendo criados, como o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (sediado em Tóquio), o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda. As contribuições desses Tribunais foram bastante importantes para o desenvolvimento e consolidação de alguns conceitos e princípios, além do amadurecimento da ideia de criação de um Tribunal Internacional permanente.

Foi nessa esteira que, em 1998, na Conferência de Roma, foi aprovado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Vale ressaltar que o Tribunal tem personalidade jurídica internacional própria, independente da ONU, atuando de forma subsidiária à jurisdição do Estado Parte, em atenção ao princípio da complementaridade.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional delimita em seu artigo 5.1 sua competência material para julgar os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão.<sup>4</sup>

Por sua vez, o artigo 7º do Estatuto de Roma define crimes contra a humanidade da seguinte forma:

#### Crimes contra a Humanidade

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

<sup>4</sup> Artigo 5º. 1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: a) O crime de genocídio; b) Crimes contra a humanidade; c) Crimes de guerra; d) O crime de agressão. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto/2002/D4388.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto/2002/D4388.htm</a>. Acesso em: 03 ago. 2016.

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f) Tortura;
- g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3°, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- j) Crime de apartheid;
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.<sup>5</sup> (grifo meu)

Em face desse novo conceito, percebe-se que, diferentemente da definição adotada pelo artigo 6°, c do Acordo de Londres de 1945, o Estatuto do TPI excluiu a necessidade de que os crimes julgados pelo Tribunal tenham vinculação com situações de guerra. No escólio de Ramos (2015a, p. 305):

<sup>5</sup> Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto/2002/D4388.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto/2002/D4388.htm</a>. Acesso em: 03 ago. 2016.

Com a consolidação do conceito de crime contra a humanidade, esse vínculo (conhecido pela expressão em inglês "war nexus") com a situação de guerra foi afastado, como se viu no Caso Tadic, na qual a Câmara de Apelação do Tribunal Penal para a ex-Iuguslávia reconheceu que o direito internacional consuetudinário penal, após 1946, retirou do conceito de crime contra a humanidade a exigência de vínculo com a situação de guerra. Assim, após Nuremberg, a prática dos Estados reconheceu a existência de crimes contra a humanidade em casos de ditaduras militares e assemelhados.

(...)

Busca-se, então, punir aqueles que, em regimes ditatoriais ou totalitários, usam a máquina do Estado ou de uma organização privada para promover violações graves de direitos humanos em uma situação de banalização de ataques a população civil. (destaque meu)

Desta feita, não há dúvida de que os delitos cometidos pelos agentes oficiais da ditadura militar brasileira se amoldam ao conceito de crimes contra a humanidade, uma vez que consistiam no uso sistemático do aparelho estatal para reprimir e eliminar os opositores do regime vigente mediante homicídios, sequestros, torturas, ocultações de cadáver, entre outras ações. Corroborando esse entendimento, lecionam Gomes e Mazzuoli (2011, p. 96):

Os crimes das ditaduras (latino-americanas) são considerados crimes contra a humanidade porque consistiram em: (a) atos desumanos (assassinatos, extermínios, desaparecimentos etc.), (b) generalizados ou sistemáticos, praticados (c) contra a população civil, (d) durante conflito armado ou período de exceção, (e) correspondente a uma política de Estado levada a cabo por agentes públicos ou pessoas que promoveram essa política, (f) praticados com conhecimento desses agentes. São, destarte, imprescritíveis.

Nesses termos, tais crimes se caracterizam como imprescritíveis e não anistiáveis, sendo sua persecução e punição medidas que se impõem.

### 2 A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE COMETIDOS DURANTE A DITADURA MILITAR BRASILEIRA

O instituto da prescrição, na seara penal, caracteriza-se como garantia individual aos acusados de um delito de que o Estado terá limitado seu poder punitivo, impedindo a perpetuação de situações geradoras de incertezas e injustiças.

Contudo, existem crimes tão odiosos, cruéis e desumanos que ferem toda a humanidade, persistindo no tempo a sensação de que suas sequelas não são capazes de (nem devem) ser esquecidas. Nestes casos, o instituto da prescrição se mostra inadmissível e inaplicável.

Nesse contexto, os delitos cometidos pelos agentes estatais durante o regime militar são considerados de lesa-humanidade, portanto, imprescritíveis. A imprescritibilidade desses crimes resulta tanto do *jus cogens* internacional quanto das decisões internacionais.

No que concerne ao tema, o *jus cogens* internacional é formado pelos instrumentos da ONU (princípios de Nuremberg), pela Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade (aprovada pela Assembleia da ONU em 1968) e pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, os quais indicam a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.

Desta feita, nem mesmo as alegações acerca de supostas violações aos princípios da anterioridade e da legalidade ou ao fato do Estado brasileiro não ter ratificado a Convenção sobre a Imprescritibilidade supracitada servem como subterfúgio para a sua não observância, tendo em vista que não inovam do ponto de vista jurídico, mas apenas formalizam conceitos já consolidados no costume internacional, consoante o entendimento de Rothenburg (2013, p. 693):

Havendo essa norma clara de Direito Internacional, também o argumento da falta de adesão expressa do Governo brasileiro não prospera. Com efeito, não seria razoável exigir que o regime de força da ditadura brasileira, representado pelo Governo oficial, reconhecesse expressamente todas as normas de Direito Internacional que poderiam comprometê-lo. A validade da manifestação de vontade de um Governo para a aceitação do Direito Internacional deve pressupor, também nesse aspecto, um regime democrático e representativo. A ausência de adesão por parte de um Governo ilegítimo não tem o condão de impedir a aplicação — quase necessariamente posterior à queda do regime espúrio — do Direito Internacional humanitário.

Nesse mesmo sentido, Marques (2011, p. 148-149) entende que:

(...) a tutela da vida contra condutas violentas, como tortura, desaparecimento de pessoas, extorsão e homicídios, integra o jus cogens. Assim, qualquer diploma internacional que cuide de crimes contra a

humanidade deve ser observado por todos os Estados, independente de assinatura, ratificação e publicação. Com isso, o Brasil, mesmo não ratificando a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, deve obediência aos seus postulados.

Por sua vez, a reiterada jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos corrobora o entendimento acima delineado, senão vejamos:

152. Com efeito, por constituir um crime de lesa humanidade, o delito cometido contra o senhor Almonacid Arellano, além de não ser anistiável, é imprescritível. Como foi afirmado nos parágrafos 105 e 106 desta Sentença, os crimes de lesa humanidade vão além do tolerável pela comunidade internacional, e ofendem toda a humanidade. O dano que esses crimes provocam permanece vigente para a sociedade nacional e para a comunidade internacional, que exigem a investigação e a punição dos responsáveis. Nesse sentido, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade afirmou expressamente que esses crimes internacionais "são imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos".

153. Mesmo que o Chile não tenha ratificado essa Convenção, esta Corte considera que a imprescritibilidade dos crimes de lesa humanidade surge como norma de Direito Internacional Geral (jus cogens), que não nasce com a Convenção, mas que está nela reconhecida. Consequentemente, o Chile não pode deixar de cumprir essa norma imperativa. (Corte IDH. Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). (grifei)

Destarte, não restam dúvidas acerca da caracterização dos delitos praticados pelos agentes oficiais da ditadura militar como crimes contra a humanidade, imprescritíveis e, por consequência, não anistiáveis.

### 3 A HIERARQUIA NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS, A TEORIA DO DUPLO ESTATUTO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A questão da hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro tem motivado intensos debates nos últimos anos, convertendo-se em tema central do Direito Internacional e suas interconexões com o direito interno.

Em apertada síntese, até a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, a supracitada celeuma poderia ser resumida em quatro posicionamentos: natureza supraconstitucional, constitucional, supralegal e, por fim, equiparada à lei ordinária federal, prevalecendo esse último entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Contudo, após a aprovação da Emenda acima mencionada, com a consequente introdução do §3º ao artigo 5º, a revisão desse posicionamento pela Corte Suprema foi inevitável.

Nesse sentido, no julgamento do RE 466.343 relativo à prisão civil do depositário infiel, foi esboçado novo posicionamento acerca do tema, sustentando-se que os tratados internacionais de direitos humanos que não forem aprovados pelo rito especial do artigo 5°, §3° da Constituição Federal têm natureza supralegal (acima da lei, porém, abaixo da Constituição).

De acordo com os ensinamentos de Ramos (2015b, p. 311):

Consagrou-se no STF a teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos: supralegal para os que não foram aprovados pelo rito especial do artigo 5°, §3°, quer sejam anteriores ou posteriores à EC n. 45/2004 e constitucional para os aprovados de acordo com o rito especial. (destaques no original)

Vale ressaltar que o *status* supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos enseja, inclusive, a possibilidade do exercício do controle de convencionalidade, que consiste na análise da compatibilidade dos atos internos em face das normas internacionais, seja realizado por cortes internacionais ou por órgãos internos de determinado Estado. Nessa esteira é a firme Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

124. A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a

Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo. (Corte IDH. Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). (grifo meu)

Destarte, resta claro que não se coaduna com o atual estágio de desenvolvimento do Direito Internacional e do Direito Constitucional o isolamento entre os Estados pertencentes ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. O controle de convencionalidade é uma realidade, mostrando-se essencial o diálogo entre fontes e cortes, visando a evitar conflitos desnecessários que possam culminar em uma responsabilização internacional do Estado.

# 4. LEI DE ANISTIA E A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N° 153

Consoante já analisado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil interpôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 junto ao Supremo Tribunal Federal em outubro de 2008, questionando o alcance da expressão "crimes conexos" existente no §1º do artigo 1º da Lei de Anistia, *verbis*:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

§1º - Consideram-se *conexos*, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. (destaque meu)

Na petição inicial, a Ordem dos Advogados do Brasil defende que os crimes praticados pelos agentes oficiais da ditadura militar são, na verdade, crimes comuns, não políticos, nem conexos com estes. Afirma, ainda, que houve violação dos preceitos fundamentais constitucionais da isonomia, direito à verdade, dignidade da pessoa humana e princípios republicano e democrático. Vejamos:

É sabido que esse último dispositivo legal foi redigido intencionalmente de forma obscura, a fim de incluir sub-repticiamente, no âmbito da anistia criminal, os agentes públicos que comandaram e executaram crimes comuns contra opositores políticos ao regime militar.

(...)

Pois bem, sob qualquer ângulo que se examine a questão objeto da presente demanda, é irrefutável que não podia haver e não houve conexão entre os crimes políticos, cometidos pelos opositores do regime militar, e os crimes comuns contra eles praticados pelos agentes da repressão e seus mandantes no governo.

(...)

É fora de qualquer dúvida que os agentes policiais e militares da repressão política, durante o regime castrense, não cometeram crimes políticos.

(...)

Bem ao contrário, sob pretexto de defender o regime político instaurado pelo golpe militar de 1964, praticaram crimes comuns contra aqueles que, supostamente, punham em perigo a ordem política e a segurança do Estado.

(...)

Em consequência, a norma constante do art. 1°, §1° da Lei n° 6.683, de 1979, tem por objeto, exclusivamente, os crimes comuns, cometidos pelos mesmos autores dos crimes políticos. Ela não abrange os agentes públicos que praticaram, durante o regime militar, crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não. (STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Petição Inicial, p. 13-16.) (grifei)

Contudo, a despeito dos argumentos levantados na ação e do fato de estar tramitando simultaneamente na Corte Interamericana de Direitos Humanos demanda com objeto semelhante, o Supremo Tribunal Federal, em abril de 2010, julgou improcedente a ADPF nº 153, considerando a Lei de Anistia como recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Os principais argumentos utilizados foram: não teria havido autoanistia, mas um amplo acordo político negociado a fim de subsidiar uma transição pacífica de um regime ditatorial para um democrático; os crimes praticados pelos agentes oficiais do regime seriam crimes conexos à crimes políticos; os delitos praticados nas condições já citadas não seriam imprescritíveis; não incumbiria ao Poder Judiciário a revisão das anistias concedidas, mas, sim, ao Poder Legislativo.

Tais argumentos não foram reconhecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual, em novembro de 2010, proferiu sentença declarando que o Brasil violou diversas normas de Direito Internacional, especialmente a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, estabelecendo uma série de cominações ao Estado brasileiro, não passando a Lei de Anistia pelo Controle de Convencionalidade realizado pela Corte.

Diante disso, importante se faz a análise da supracitada decisão e das repercussões geradas a partir do seu conteúdo.

#### 5 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O CASO GOMES LUND E OUTROS VS. BRASIL ("GUERRILHA DO ARAGUAIA")

O caso Gomes Lund e outros vs. Brasil trata da responsabilidade do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de aproximadamente setenta pessoas durante o período de 1972 a 1975, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região. As ações resultaram de operações do Exército Brasileiro cujo objetivo era erradicar a Guerrilha do Araguaia, movimento que se instalou no estado do Tocantins a fim de realizar atos de resistência e oposição ao regime militar.

Em agosto de 1995, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma demanda contra o Brasil relativa aos fatos acima delineados. Após longo processamento, em outubro de 2008, a Comissão aprovou um relatório de mérito instando o Estado brasileiro a cumprir diversas medidas. Diante do descumprimento dos comandos por parte do Brasil, a Comissão processou o Estado brasileiro perante à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Dessa forma, em novembro de 2010, a Corte Interamericana decidiu que:

171. Este Tribunal já se pronunciou anteriormente sobre o tema e não encontra fundamentos jurídicos para afastar-se de sua jurisprudência

constante, a qual, ademais, concorda com o estabelecido unanimemente pelo Direito Internacional e pelos precedentes dos órgãos dos sistemas universais e regionais de proteção dos direitos humanos. De tal maneira, para efeitos do presente caso, o Tribunal reitera que "são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos"

(...)

174. Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.

175. Quanto à alegação das partes a respeito de que se tratou de uma anistia, uma auto-anistia ou um "acordo político", a Corte observa, como se depreende do critério reiterado no presente caso (par. 171 supra), que a incompatibilidade em relação à Convenção inclui as anistias de graves violações de direitos humanos e não se restringe somente às denominadas "autoanistias". Além disso, como foi destacado anteriormente, o Tribunal, mais que ao processo de adoção e à autoridade que emitiu a Lei de Anistia, se atém à sua ratio legis: deixar impunes graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar. A incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana nos casos de graves violações de direitos humanos não deriva de uma questão formal, como sua origem, mas sim do aspecto material na medida em que violam direitos consagrados nos artigos 8 e 25, em relação com os artigos 1.1. e 2 da Convenção.

176. Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus

órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um "controle de convencionalidade" ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.

177. No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. (Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas) (destaquei)

Nestes termos, a Corte afastou a aplicação da Lei de Anistia brasileira, definindo que as graves violações de direitos humanos perpetradas pelos agentes oficiais da ditadura militar são imprescritíveis, não passíveis de anistia ou de excludentes da responsabilidade, devendo os fatos serem apurados e os responsáveis punidos.

Diante do exposto, instalou-se uma certa celeuma acerca de qual das decisões deve prevalecer ou de como elas podem ser compatibilizadas, conforme será analisado a seguir.

## 6 COMO SOLUCIONAR O APARENTE CONFLITO: O NECESSÁRIO DIÁLOGO DAS CORTES E A TEORIA DO DUPLO CONTROLE

A solução do aparente conflito existente entre a decisão do STF na ADPF nº 153 e a da Corte IDH no caso Gomes Lund, passa, inicialmente, pelo imprescindível diálogo entre as diversas fontes normativas de caráter nacional e internacional. Essa relação de interdependência gera um direito dialógico, extremamente necessário em ordenamentos jurídicos cada vez mais plurais.

Defendendo o diálogo das cortes, Ramos (2015b, p. 395-396) ensina que:

(...) não há conflito insolúvel entre as decisões do STF e da Corte de San José, uma vez que ambos os tribunais têm a grave incumbência de proteger os direitos humanos. Eventuais conflitos são apenas conflitos aparentes, fruto do pluralismo normativo que assola o mundo de hoje, aptos a serem solucionados pela via hermenêutica.

Para resolver esses conflitos aparentes, há dois instrumentos. O primeiro deles é preventivo e consiste no apelo ao "Diálogo das Cortes" e à fertilização cruzada entre os tribunais. (grifo meu)

Nesse ponto, duas situações merecem destaque. Primeiramente, o diálogo das cortes tem se mostrado insuficiente uma vez que o STF vem ignorando sistematicamente a jurisprudência da Corte IDH, especialmente nos casos em que seus posicionamentos divergem da Corte Constitucional.

Por outro lado, a doutrina brasileira que defende o mencionado diálogo geralmente o faz afirmando que a jurisdição nacional deve se curvar às orientações dos tribunais internacionais, numa verdadeira imposição vertical. Nessa esteira, mostra-se pertinente a crítica de Sarmento (2016, p. 326-327) quando assevera que não se deve pautar o diálogo internacional em um provincianismo constitucional nem em um imperialismo internacionalista:

Vem se tornando cada vez mais frequente na doutrina brasileira a defesa do diálogo internacional na interpretação constitucional. Porém, há quem tome a ideia de diálogo como a necessidade de a jurisdição doméstica incorporar automaticamente as orientações de cortes e órgãos internacionais, isentando-se a estes do dever de engajamento argumentativo com o direito interno dos Estados nacionais. Tal posição, porém, não corresponde a um verdadeiro diálogo, mas a um monólogo, em que ao direito interno caberia apenas obedecer.

(...)

Não é razoável, por exemplo, considerar o direito interno do Estado – legislado ou jurisprudencial – como um *mero fato*, irrelevante para compreensão do conteúdo dos direitos humanos. (...) é preferível partirse da premissa de que a legislação interna representa um esforço de concretização dos direitos humanos à luz das especificidades locais e

das escolhas políticas do povo. Claro que esta deve ser uma *presunção de convencionalidade relativa*, que as cortes internacionais podem afastar. (destaques no original)

Dessa forma, não sendo empreendido o necessário diálogo ou restando o mesmo ineficiente, a doutrina tem invocado a *teoria do duplo controle ou duplo crivo* para solucionar a questão. Esse duplo controle parte da premissa de que existem duas atuações distintas e independentes, inexistindo conflito real entre as decisões das Cortes. No escólio de Ramos (2015b, p. 343-344):

Adoto assim a teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos, que reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade (Corte de San José e outros órgãos de direitos humanos do plano internacional).

Os direitos humanos, então, no Brasil possuem uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional. Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil. Esse duplo controle parte da constatação de uma verdadeira separação de atuações, na qual inexistiria conflito real entre as decisões porque cada Tribunal age em esferas distintas e com fundamentos diversos.

(...)

No caso da ADPF n. 153, houve o controle de constitucionalidade. No Caso Gomes Lund, houve o controle de convencionalidade. A anistia aos agentes da ditadura, para subsistir, deveria ter sobrevivido intacta aos dois controles, mas só passou (com votos contrários, diga-se) por um, o controle de constitucionalidade. Foi destroçada no controle de convencionalidade. (grifei)

Destarte, resta evidente que a Lei de Anistia não passou pelo crivo referente ao controle de convencionalidade, devendo o Estado brasileiro proceder à investigação e responsabilização dos agentes oficiais que cometeram crimes contra a humanidade sob a égide do aparelho estatal. Nesse contexto, certeiras são as palavras de Rothenburg (2013, p. 693):

A revisão da interpretação a respeito da validade da Lei. 6.683/1979 não é, assim, a pintura de um quadro anterior com cores atuais e distorsivas ou a manifestação irracional de um desejo psicótico de vingança. Os atos de repressão cometidos pelos agentes públicos caracterizavam crimes cuja punição ainda é devida e violações de direitos ainda reparáveis. Essa resposta jurídica nunca deixou de ser esperada e só não foi sempre ouvida porque as vozes eram abafadas.

### 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de justiça de transição é por demais amplo e engloba o conjunto de medidas concretas empreendidas por diversos setores da sociedade no intuito de romper com um regime autoritário e viabilizar o desenvolvimento de uma ordem democrática.

O sistema interamericano de direitos humanos tem envidado esforços para combater a impunidade que tem perpetuado na América Latina nas últimas décadas. Vale ressaltar que, longe de se caracterizar como revanchismo ou idealização vazia, a investigação e punição de graves violações de direitos humanos perpetradas pelos regimes ditatoriais do continente serve como instrumento de transformação da dinâmica das relações sociais.

Diante disso, o presente trabalho buscou traçar um panorama histórico acerca da evolução internacional do conceito de crimes contra a humanidade e a sua caracterização como imprescritíveis. Para isso, foram analisados os instrumentos internacionais relacionados ao tema, baseados nos costumes, no *jus cogens* internacional e na jurisprudência das cortes internacionais.

Dessa forma, restou claro que os delitos cometidos pelos agentes oficiais da ditadura militar brasileira se amoldam ao conceito de crimes contra a humanidade, uma vez que consistiam no uso sistemático do aparelho estatal para reprimir e eliminar os opositores do regime vigente mediante homicídios, sequestros, torturas, ocultações de cadáver, entre outras ações, sendo, portanto, insuscetíveis de serem agraciados com o instituto da anistia.

Definida essa premissa, foi realizada uma análise acerca da hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos que não forem aprovados pelo rito especial do artigo 5°, §3° da Constituição Federal, tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido sua natureza supralegal. Nestes termos, os ordenamentos jurídicos dos Estados que fazem parte do sistema interamericano devem estar submetidos a dois tipos de controle: o de constitucionalidade e o de convencionalidade.

Esse duplo controle parte da premissa de que existem duas atuações distintas e independentes, inexistindo conflito real entre as decisões das diversas Cortes. No caso da Lei de Anistia brasileira, houve o controle constitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153, onde a legislação foi considerada recepcionada pela ordem constitucional. Porém, quando realizado o controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, a Lei nº 6.683/1979 foi declarada sem efeito, não passando pelo duplo crivo.

Nesse sentido, percebe-se que, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, existe um espaço transversal de governança a ser explorado, apesar de múltiplas facetas e abordagens distintas em relação aos Estados que o compõe. Contudo, o desenvolvimento do conceito de controle de convencionalidade parece apontar uma inclinação expansionista da CorteIDH, gerando preocupação quanto aos limites de sua atuação. Esse comportamento tem levantado críticas, tendo em vista que, aparentemente, esse controle tem sido mais utilizado como forma de imposição de autoridade pela Corte perante os ordenamentos jurídicos estatais do que como meio de garantia de direitos humanos na região, caindo no mesmo contexto de dificuldade contramajoritária das Cortes Constitucionais locais.

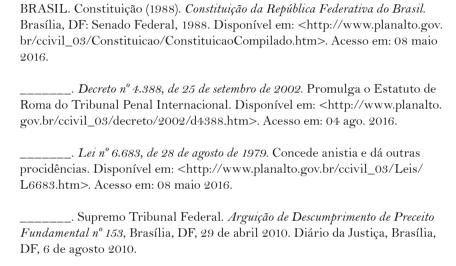
No que concerne ao Brasil, a despeito dos esforços empreendidos, o sistema jurídico nacional ainda parece mostrar uma concepção hierarquizante e defensiva com relação aos influxos externos, como se nota através da análise do caso Gomes Lund e outros vs. Brasil ("Caso Guerrilha do Araguaia"). Essa postura é responsável pelo direcionamento de críticas similares às enfrentadas pela CorteIDH no que concerne a sua suposta expansão jurisdicional.

Verifica-se, portanto, que, para solucionar os complexos problemas resultantes da sociedade mundial atual, é necessário que sejam adotados modelos que se afastem de respostas impositivas e hierarquizadas. Devese evitar tanto o exclusivismo estatal quanto a importação sem filtros de normativas internacionais, incentivando-se a criação de um espaço heterárquico de discussão, onde a prevalência dos direitos fundamentais é o valor primordial.

Diante disso, em relação ao caso em apreço, deve o Brasil cumprir a decisão da CorteIDH, obrigando-se a investigar e, sendo o caso, punir os responsáveis pelos delitos cometidos durante o regime de exceção. Aqui, não se trata de acatar as decisões internacionais como mantras ou imposições

verticais, já que o diálogo entre fontes e cortes é essencial. Ao se afastar do fetichismo das Cortes nacionais e internacionais de reivindicar o "direito de errar por último", percebe-se que executar a decisão da CorteIDH é a única escolha capaz de verdadeiramente efetivar direitos humanos e trazer, enfim, a sensação de que justiça tardia, aqui, não se traveste de injustiça.

#### REFERÊNCIAS



BRASÍLIA. Ministério da Justiça. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Volume 01 – Direito à Vida, Anistias e Direito à Verdade.* / Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Crimes contra a humanidade e a jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Orgs.). Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Ivan Luís. O princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e sua aplicação no Brasil. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Orgs.). Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 6. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

ampl. 3. ed. São Paulo: Saraiva,	Curso de Direitos Humanos. 3. ed. rev., atual. e 2016.
ed. São Paulo: Saraiva, 2015a.	Processo internacional de direitos humanos. 4
internacional. 5. ed. São Paulo: S	Teoria geral dos direitos humanos na ordem Saraiva, 2015b.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da Lei de Anistia brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 681-706, jul./dez. 2013.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogos e fricções. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Orgs.). *Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodium, 2016.