

V. 24 • N. 2 • MAIO/AGOSTO • 2022

ISSN 2236-8957

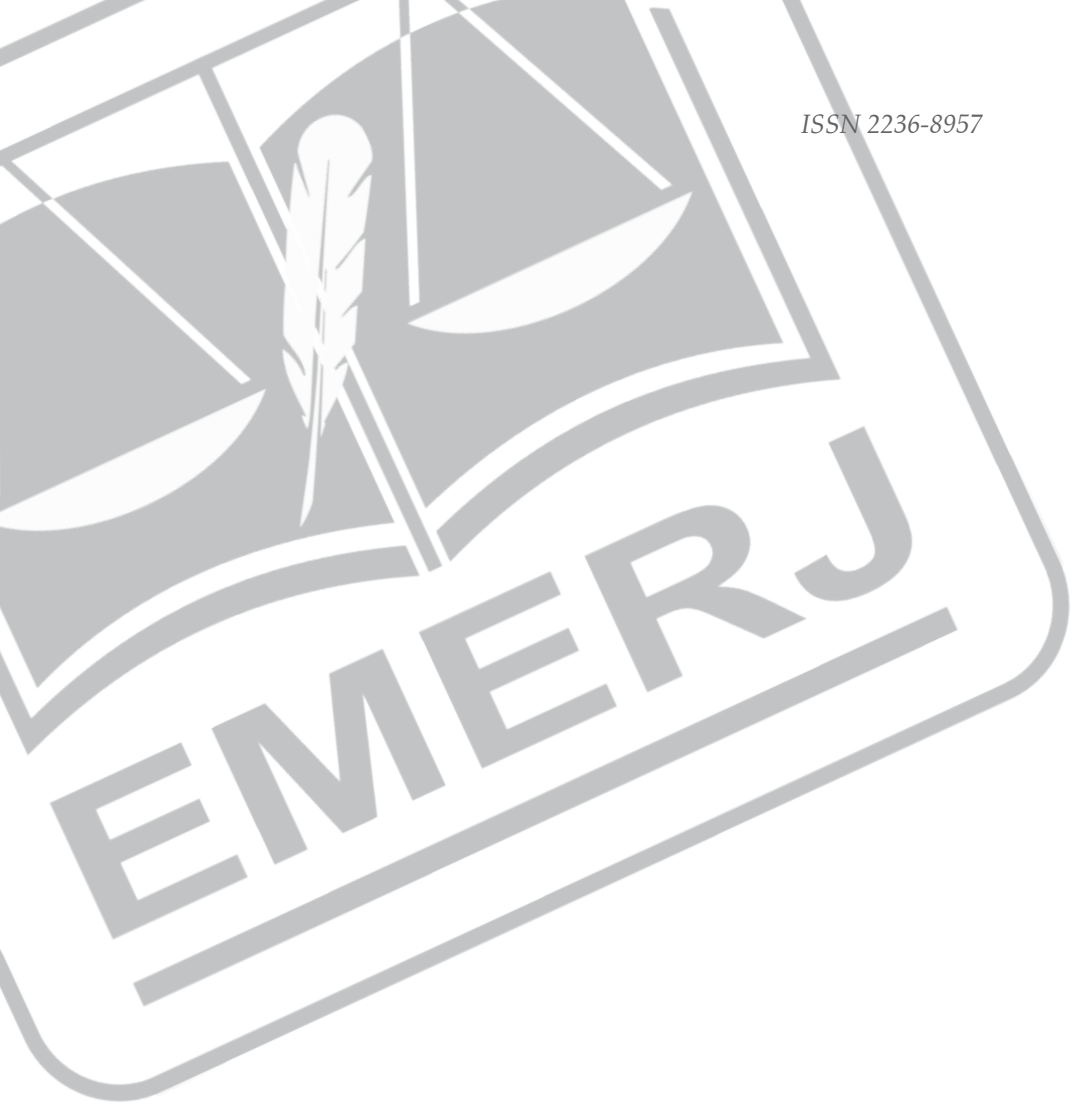
REVISTA DA

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

Maio/Agosto
V. 24 - n. 2 - Ano 2022

Rio de Janeiro

© 2022 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

EQUIPE EDITORIAL:

Coordenador Editorial: Dra. Cristina Tereza Gaulia, Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

Conselho Editorial: Dr. Luiz Fux, Me. Antonio Saldanha Palheiro, Luis Felipe Salomão, Me. Marco Aurélio Bellizze Oliveira, Dr. Abel Fernandes Gomes, Dr. Adán Carrizo González-Castell, Dra. Adriana Ramos de Mello, Dr. Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara, Dr. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Me. Anderson de Paiva Gabriel, Dr. André Gustavo Corrêa de Andrade, Dr. Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte, Me. Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Dr. Cassio Scarpinella Bueno, Me. Cesar Felipe Cury, Me. Daniel Vianna Vargas, Dra. Edna Raquel Rodrigues dos Santos Hogemann, Me. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, Dr. Fredie Souza Didier Junior, Dr. Gustavo Quintanilha Telles de Menezes, Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Dr. José Guilherme Vasi Werner, Dra. Larissa Pinho de Alencar Lima, Dr. Lenio Luiz Streck, Dra. Lúcia Frota Pestana de Aguiar Silva, Dr. Luciano Vianna Araújo, Me. Luiz Roberto Ayoub, Juiz Rafael Estrela Nóbrega, Dr. Rodrigo Borges Valadão, Dr. Sérgio Cavalieri Filho.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 - Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão on-line)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

Edição Especial 2016: Comemorativa da Centésima Reunião do Fórum Permanente de Direito Empresarial.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-2561

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

■ PRESIDENTE

Desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira

■ CORREGEDOR-GERAL

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo

■ 1º VICE-PRESIDENTE

Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho

■ 2º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Marcus Henrique Pinto Basílio

■ 3º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Edson Aguiar de Vasconcelos

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

■ DIRETORA-GERAL

Desembargadora Cristina Tereza Gaulia

■ CONSELHO CONSULTIVO

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo

Vice-Presidente

Desembargador Claudio Brandão de Oliveira

Diretor Adjunto Administrativo

Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira

Desembargador Claudio Luis Braga Dell'Orto

Desembargadora Jacqueline Lima Montenegro

Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Juíza Adriana Ramos de Mello

Equipe Administrativa - EMERJ:

Assessora Acadêmica de Publicações e Pesquisa: Ana Cristina Willemann Flores

Execução Administrativa e Pesquisa: Yanka Albertin Sodré

Produção Gráfico-Editorial:

Diretor da Divisão de Design Gráfico: Ébano Machel do Rosario Assis

Diagramação e Capa: Rafaelle Neves

Revisão Ortográfica: Ana Paula Maradei, Nivia Duarte Brandão e Clara Bastos

Sumário

7 | Apresentação

Jessé Torres

9 | Os Juizados Especiais e sua Função Atemporal de Acesso Amplo à Justiça

Alexandre Chini

Marcelo Moraes Caetano

26 | Venda de Ativos, *Stalking Horse* e Soerguimento das Empresas em Dificuldade

Luiz Roberto Ayoub

Beatriz Villa Leão Ferreira

41 | A Interpretação da Lei Maria da Penha pelo Superior Tribunal de Justiça: os Primeiros Passos de uma Jurisprudência sobre Violência Doméstica

Carolina Soares Castelliano Lucena de Castro

Isadora de Oliveira Silva

Gisele Soares de Oliveira Faria

Carolina Mendes de Oliveira Miller

Giovanna Neves Barbastefano

Marina Mendes Fikota

69 | Eficácia Contra Terceiros da *Mediação* Privada Independentemente de Homologação Judicial

Edivaldo Alvarenga Pereira

Jairo Vasconcelos Rodrigues Carmo

87 | Judicialização da Saúde Suplementar: A Construção do Recente Entendimento Acerca do Caráter Taxativo Excepcional do Rol de Procedimentos e a Impossibilidade de Análise Econômica de Direitos Sociais Essenciais

Fabrcio Irun Silveira Martins

**120 | Críticas – Algumas Construtivas e Outras nem Tanto –
À Desjudicialização da Execução Civil**

Hugo Filardi

**131 | Otimização da Competência dos Juizados Especiais da
Fazenda Pública**

João Luiz Ferraz de Oliveira Lima

**143 | A Responsabilidade Civil do Estado em Desastres Am-
bientais: Ensaio sobre a Construção da Responsabilidade Ci-
vil Objetiva da Administração Pública**

Pedro de Oliveira Coutinho

164 | Arbitragem de Investimentos: Um Breve Panorama

Rodrigo Vieira Farias

**187 | Qual é o Valor Básico para a Reparação Moral por Inclu-
são Indevida em Cadastro de Inadimplentes?**

Wilson Marcelo Kozlowski Junior

**202 | Meio Ambiente e Cidades Resilientes - Reflexões sobre
o Desastre em Petrópolis no Ano de 2022.**

Zilda Januzzi Veloso Beck

Apresentação

A ciência do direito não cessa, felizmente, de empenhar esforços na incorporação a seu acervo de contribuições estimulantes da integração das esferas social, econômica e ambiental de governança sustentável, de modo a evoluir de uma concepção estritamente antropocêntrica para a que busca conciliar – ou reconciliar – o homem com o seu entorno. Este volume da revista da EMERJ assim o testemunha, oferecendo mais um painel de fluxos e influxos de normas, jurisprudência e propostas doutrinárias e acadêmicas de variados matizes, apresentados pela pena de prestigiados autores com expressiva influência sobre o teor da prestação jurisdicional.

A começar por artigo que examina *“Os Juizados Especiais e sua função atemporal de acesso amplo à Justiça”*, de Alexandre Chini e Marcelo Moraes Caetano.

Segue-se a *“Venda de ativos, stalking horse e soerguimento das empresas em dificuldade”*, de Luiz Roberto Ayoub e Beatriz Villa Leão Ferreira.

Carolina Soares Castelliano Lucena de Castro e Isadora de Oliveira Silva discutem *“A interpretação da Lei Maria da Penha pelo Superior Tribunal de Justiça: os primeiros passos de uma jurisprudência sobre violência doméstica”*.

Instigante o artigo *“Eficácia contra terceiros da mediação privada independentemente de homologação judicial”*, desenvolvido pelos mediadores Edivaldo Alvarenga Pereira e Jairo Vasconcelos Rodrigues Carmo.

Fabrcio Irum Silveira Martins propõe reflexões sobre: *“Judicialização da saúde suplementar: a construção do recente entendimento acerca do caráter taxativo excepcionável do rol de procedimentos e a impossibilidade de análise econômica de direitos sociais essenciais”*.

Em sede de matéria processual, tão cara aos advogados e magistrados, Hugo Filardi propõe *“Críticas – algumas construtivas e outras nem tanto – à desjudicialização da execução civil”*.

Em matéria fazendária, tão avessa a simplificações procedimentais até anos atrás, João Luiz Ferraz de Oliveira Lima dedica-se a examinar a *“Otimização da competência dos juizados especiais da fazenda pública”*.

Pedro de Oliveira Coutinho convida à reflexão sobre *“A Responsabilidade Civil do Estado em Desastres Ambientais: ensaio sobre a construção da responsabilidade civil objetiva da Administração Pública”*.

Rodrigo Vieira Farias examina *“Arbitragem de investimentos: um breve panorama”*.

Por último, o atual debate sobre *“Meio ambiente e cidades resilientes - Reflexões sobre o desastre em Petrópolis no Ano de 2022”*, da promotora de justiça Zilda Januzzi Veloso Beck.

Frutífera e proveitosa leitura.

JESSÉ TORRES

Editor-Chefe

Os Juizados Especiais e sua Função Atemporal de Acesso Amplo à Justiça

Alexandre Chini

Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), auxiliar da Presidência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), presidente do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE), professor da graduação e da pós-graduação da Universidade Salgado de Oliveira – UNIVERSO –, membro titular da Academia Fluminense de Letras, cadeira 50.

Marcelo Moraes Caetano

Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ –, professor pós-doutor da Universidade de Copenhague, membro titular da Academia Brasileira de Filologia, cadeira 38.

RESUMO: Os juizados especiais, criados no Brasil a partir da Lei nº 9099 de 1995, revelaram, desde sua implementação, pendor democratizante e civilizatório. O acesso direto à Justiça, sem necessidade de intermediação, propiciou uma revolução no campo jurídico. Essa ampliação notória foi articulada por nós, neste capítulo, com a investigação que a Sociologia e a Filosofia fomentam em relação aos fenômenos de massa e seus desdobramentos (ECO, 1993), já que os juizados especiais, por sua índole de acessibilidade, abarcam parte muito grande da população. Ainda contrastamos esse fator com os conceitos antropológicos de “norma”, “normalidade” e “normose” (CREMA; LELOUP; WEIL, 2001; CAETANO, 2020), que abrangem o ser humano em seu lado individual, psicológico, de sujeito, mas também em sua face social e coletiva. Assim, propusemos a explicitação de algumas ideias de campos do conhecimento como Antropologia e Sociologia, que dialoguem com a aptidão inclusiva e civilizatória

dos juizados especiais, o que se confirmou mercê dos vinte e cinco anos de seu êxito no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Juizados especiais. Inclusão. Normalidade. Norma. Normose.

1. INTRODUÇÃO

No ano de 2020, podemos averiguar o êxito da implementação dos juizados especiais a partir da Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Os vinte e cinco anos que avultam e sobressaem daquela então promissora proposta de alternativa jurisdicional ora se consagram como verdadeira revolução no campo jurídico brasileiro.

Muitos aspectos poderiam ser sintetizados da iniciativa. O próprio FONAJE – Fórum Nacional dos Juizados Especiais – denota o entusiasmo perpetuado pelo desenlace benéfico da referida Lei de 1995. Sua índole desformalizada, sincrética, amplamente democrática, sumariíssima, fomentadora da mediação e conciliação, indutora da resolução pacífica dos conflitos, tudo isso descongestionou os estoques processuais e, como consequência, trouxe alívio aos sujeitos cidadãos participantes da Justiça em seu fundo e forma mais apreciáveis.

No que se refere à Sociologia, é correto falarmos que o Direito, quando do êxito dos juizados especiais, logrou atingir o que se enlaça com as questões de cultura de massa.

Isso porque os juizados especiais revelaram arraigada vocação para inclusão extensa e intensa da população brasileira, aumentando de forma estatisticamente comprovada o acesso à Justiça, condição fundamental para que se possa falar na existência de um Estado Democrático de Direito.

Entendemos, numa abordagem jusfilosófica e científica do Direito, que os aspectos antropológicos e discursivos da sociedade propiciam um panorama a um tempo amplo e profundo, dentro dos limites compreendidos pela extensão exígua desta análise, do caráter civilizatório que a Justiça e seus mecanismos e dinâmicas operam.

Assim, ombreada às questões de cultura de massa, amparadas por esses juizados, procedemos à análise da Antropologia num de seus aspectos não apenas teóricos, como também práticos ou aplicados: todo o arcabouço de que esta ciência humana se vale para construir pontes que perpassem os aspectos inclusivos da sociedade. Para tanto, é mister que nos valhamos da pesquisa sobre itens da pauta como a chamada “normalidade”, que se espelha na norma jurídica; o caminhar dessa “normalidade” em direção a seu desgaste, presente no quase inexplorado conceito psicossocial de “normose” (CREMA; LELOUP; WEIL, 2001; CAETANO, 2020), e, por fim; a atualização de novas “normalidades” hauridas da presentificação da vida real, cambiante em seu equilíbrio dinâmico, o que requer atualizações das próprias normas do Direito a fim de que essas abarquem, sempre, não apenas uma parte (hegemônica) da sociedade, mas também a população que, doravante, sai do campo periférico de acesso à Justiça, galgando cidadania jurisdicional.

Nossa proposta neste capítulo será a breve apreciação dos caracteres de conteúdo e expressão discursivos que causam os fenômenos sociais dos sujeitos culturais e jurídicos que compõem o amplo mosaico da Justiça. Para isso, reitere-se, nosso ponto de partida será a Antropologia, a compreensão do supracitado conceito de “normose” no campo desta ciência humana e a subsequente análise de algumas consequências do reconhecimento da importância desse conceito no campo social e, mais especificamente, jurídico.

Mas também nos abrigamos na análise discursiva de outro meio de inclusão ampla que promana das sociedades: a discursividade dialógica em seu estatuto de comunicação de massa, com as dialéticas presentes nessa realidade.

Se existe uma ciência que se encampa no rol das ciências complexas, é a Antropologia: o estudo do ser humano dos pontos de vista psíquico, social, cultural. Buscaremos, aqui, perquirir as questões que dizem respeito à inclusão social em seus aspectos antropológicos. Essa nossa investigação se justifica pelo

fato mesmo de haver articulação notória da Antropologia com o Direito. Sobretudo quando nos referimos aos juizados especiais, cuja campanha primeira, como salientamos, assenta-se sobre a questão de encarar as ferramentas inclusivas necessárias para se dar guarida à maior parte possível da população. Nesse aspecto, salientaremos tópicos culturais e discursivos que marcam a inclusão aludida, tratando de questões específicas da relação dialógica da imprensa como argumento de autoridade com o grande público a ser incluído no saber social.

2. NORMALIDADE, NORMA E NORMOSE: REFLEXÕES SOBRE A INCLUSÃO E A CULTURA DE MASSA

A relação entre ser humano e cultura desafia o senso comum em sua ilusão de que o pensamento cartesiano pretensamente contempla as suas sutilezas infinitas. O sono dogmático que Kant (2004) acusou não pode repousar na Antropologia e nos seus desdobramentos inevitáveis àquelas sociedades que se amparam no direito como forma de vivência e convivência.

Antes de remeter diretamente à obra de Umberto Eco, um dos pináculos desta discussão (ECO, 1993), cremos ser necessária uma brevíssima incursão na origem dos pensamentos que opõem a cultura de massa e a autoridade (a norma jurídica, aplicada pelo juiz), na circunstância da evocação do caráter irretorquível, por exemplo, do *Magister dixit* dos escolásticos em relação ao grande estagirita (ARISTÓTELES, 1983), autoridade das autoridades naquele contexto.

Essa oposição, como sabemos, remonta às discussões sobre o papel da pessoa enquanto ser crítico ou acrítico diante da informação que seu meio de convívio lhe proporciona, seja ela denotativa ou conotativa. Em outras palavras, questiona-se há muito tempo, nas searas da Filosofia em geral e da Filosofia da Ciência (epistemologia) em particular, indo-se à prática da Filosofia do Direito, se a informação que avança sobre a pessoa encontra nesta um ser ativo ou passivo, em dialogismo com aquela informação ou como mero receptáculo diante de um monólogo incontestado.

Isso está intrinsecamente ligado ao fator de inclusão que a cultura e comunicação de massa propicia em seu diálogo. Falamos aqui das discursividades plurais que emanam de todas as camadas ou células sociais. Essa discussão se potencializa quando a democracia clama pela inserção e integração de todos os sujeitos, como alto-falante referencial das massas, nunca desvestida de apelo e manifestação psíquica em suas *normalidades* inerentes a certos espaços e tempos. No outro vórtice da dialética, as instituições democráticas, como *mass media*, se valem da voz das autoridades, que se representa na norma, inclusive a jurídica, também atrelada a um espaço e um tempo específicos. Como essa dualidade dialógica se sintetiza num ambiente de apreço e zelo à democracia, criando a inclusão ímpar de que o instituto dos juizados especiais é ao mesmo tempo consequência e uma das causas fundamentais?

Teríamos nesse encontro das vastas camadas da população com as vozes de autoridade, sob a campânula da democracia, o que podemos conceber como um gênero discursivo derivado ou indireto, para citarmos a Teoria dos atos de fala, da Pragmática. Ou seja, um ato de fala que não deve ser consumido como se se tratasse de um gênero direto. Não se pode conceber esse fluxo dialógico como se a informação fosse um ato de fala constativo: que pode ser submetido à verificabilidade, de onde só se pode afirmar “sim” ou “não”. Num nível de conteúdo e expressão, trata-se de um enunciado performativo, que pretende “to do things with words” (AUSTIN, 1962), indo além da mera verificabilidade e atingindo uma ação que se pretende alcançar, sendo proferido, geralmente, no plano da expressão, em primeira pessoa, no presente do indicativo e na voz ativa. Essa mudança de perspectiva, em que o papel do juizado é “fazer coisas com as palavras”, é de caráter profundamente cultural e civilizatório, pois a autoridade – que emana do povo – volta-se ao povo num dosificado clima democrático, porquanto inclusivo.

Não se pode falar de democracia sem se compreenderem os fatores de inclusão, autoridade, aceitação, diálogo, mudança.

Toda essa discussão nasceu com a dialética socrática (até mesmo antes dela), levada à pátina da Literatura por seu aluno desobediente: Platão. Entre o plano das ideias e o plano das coisas em si, pairava o fantasma do *simulacro*. Este pode ser muito bem decalcado, *mutatis mutandis*, à mediação performativa diante da ideia da autoridade que se expressa.

Os grandes personagens de diálogos de Sócrates-Platão a esse respeito são o “Protágoras” e o “Górgias”, é claro (PLATÃO, 1997). Sofistas, ambas as personalidades (ou autoridades) foram confrontadas com a existência possível (e provável, em Sócrates-Platão) de uma Verdade. *Aletheia* ou *Logos Veritas*, como se conclama no apanágio de Harvard. Assim, “o homem como medida de todas as coisas”, em Protágoras, era cruamente contrastado com o *Logos* socrático-platônico, esmaecendo. Górgias, ao menos, era mais franco em sua forma de retórica sofista, recusando uma “virtude universal” (*Arete*, em idioma ático) e relativizando-a de acordo com as classes sociais que perfaziam a Pólis. É nisso que Górgias, mas não Protágoras, se assemelha aos filósofos cínicos, como Antístenes e Diógenes.

Prosseguindo a tríade grega com Sócrates e Platão, o fundador do Liceu, Aristóteles de Estagira, já estudava a retórica como forma de obter “meios de prova”. Segundo ele, como é consabido, esses meios se iniciavam com o *Logos* (um rastro de verdade) de seu Mestre Platão, mas imediatamente se desdobravam em *Ethos* (a adesão a uma forma de discurso relativamente estável que encampa certo grupo de pessoas ou audiência) e *Pathos* (a capacidade enunciativa de convencer aquela audiência pretendida). Tratamos do assunto em outros artigos e, mais detidamente, em recente livro nosso (CAETANO; CHINI, 2020).

Saltando alguns séculos, encontramos em Marx (1988) e em sua dialética a distinção entre a “massa crítica” e a “massa de mais-valia”, uma forma importante de relacionar a recepção dos enunciados, perpassada pelo modo de produção capitalista. Segundo Marx, esses dois *Ethi* recuperam, sistematizam e repassam a informação (denotativa ou conotativa) em função de seu

papel socioeconômico numa estrutura herdada da Revolução Industrial Inglesa: burguesia e proletariado.

Chegamos, finalmente, aos tipos “apocalípticos” e aos “integrados” que nomeiam a obra de Umberto Eco.

Como sabemos, o pensador polímata Umberto Eco sistematizou a relação entre informação (cultural ou referencial) e espectador (ECO, 1993), indo ao zênite da discussão que, como mostramos, se iniciou antes mesmo de Sócrates e foi explicitamente ancorada com Marx, Freud e a Escola de Frankfurt. Ou seja, toda a discussão entre cultura de massa e cultura aristocrática ou, como temos falado aqui, cultura crítica.

O “apocalíptico” de Umberto Eco, como sabemos, se metonimiza na figura do “super-homem”, não apenas o de Nietzsche (Übermensch), mas também o da *DC Comics*, surgido em 1938 numa revista em quadrinhos para a massa social. O super-homem de Nietzsche não se distancia tanto do personagem com músculos de aço da indústria cultural. Surgido em 1881, em *Assim falou Zarathustra*, o pensador persa a quem Nietzsche dá voz inquire e exorta: “Eu vos ensino o super-homem. O homem é algo a ser superado. Que fizestes para superá-lo?” (NIETZSCHE, 1998, p. 112).

Num caso e noutro, trata-se do protótipo metafórico (na acepção da Linguística cognitiva) do ser humano que, tendo ou não procedência da massa, dela se destaca, passando a não mais fazer parte de seu suposto rebotalho. O super-homem de Nietzsche nasce da massa humano-terráquea, despertando do “sono dogmático” e da “normose”, na sua acepção fundamental e também na que provém de parte significativa de nossas investigações sobre o tema, mantendo uma normalidade/norma vigente. Ao passo que o super-homem da *DC Comics* já é aristocrata de nascença, pois veio do fictício planeta Krypton, onde foi chamado como Kal-El. O super-homem é o apocalíptico, a antecâmara consoladora da nossa possibilidade de ascendermos sobre a massa normótica e dotarmos de volume a nossa voz de autoridade. Em outros termos, é também a possibilidade de mudança de

uma norma/normalidade que tenha se tornado normose, porque está desgastada.

Mas isso pode empurrar-nos a todos ao simulacro dos velhos e bons fundadores da Academia: Sócrates e Platão.

O “integrado”, por seu turno, é aquela metonímia que demonstra que a massa se posicione antes como espectador que goze da libação acrílica do banquete discursivo.

Cabe aqui, portanto, uma explicitação do conceito de normalidade desgastada, ou normose:

Cabe resumir a normose, aqui (...), como: *um conjunto de pensamentos e comportamentos que são sistematizados dentro de um consenso e aprovação social, tornando-se a “norma”, o “normal” e a “normalidade”, que são até mesmo incentivados dentro desse âmbito, e que, no entanto, são patogênicos, isto é, levam a “sofrimentos, doenças e mortes”, como sintetiza Pierre Weil nesses três substantivos. (CAETANO, 2020, p. 132)*

Os teóricos da mídia, ao criarem o conceito de “aldeia global”, tão equivocadamente equiparado, por vezes, aos conceitos de “globalização” (o avanço do turbocapitalismo) e de controverso “globalismo”, notam que, à teoria da informação, por exemplo, com sua “Cibernética” (do grego, “aquele que pilota”), foi acrescentado um número incalculável e extremamente impreciso de dados, sons, vozes, imagens, símbolos, ícones, signos. Eles postulam que o que as *mass média* fornecem são sempre dados, e nunca informações; em outros termos, são elementos de enunciado (dados) cuja interpretação é que gera enunciação (informação).

Ou seja, no meio das normalidades presentes nas sociedades, há aquelas que são normóticas. Isso são dados, que devem transformar-se em informação à prática legiferante, a fim de que esta mude para atualizar-se a novas normalidades. Todo esse movimento se concretiza na norma jurídica e, em diálogo com o povo, nos próprios atos democráticos do juiz.

Ao utilizar o argumento de autoridade, a dialética democrática não deve apelar ao que supostamente seria um argumen-

to teológico. Afinal, os especialistas, na condição prototípica de “apocalípticos”, e não de “integrados”, fornecem a crível “informação” lastreada pelo *Magister dixit*, como vimos. No plano da expressão, por isso mesmo, retornamos isotopicamente ao ponto, exprimem-se em primeira pessoa, no presente do indicativo e na voz ativa, com asserções que se supõem irretorquíveis em toda a sua tessitura, devido ao grau de verificabilidade de que se municiam.

É necessário, portanto, exercer e exercitar o senso crítico mais do que em muitos outros casos. O especialista fornece dados que são descritivos e, portanto, dignos de reconhecimento e até reverência.

Mas pode-se partir do verificável e empírico para o especulativo que circunda os meios de massa – de mais-valia ou crítica? Então, numa democracia madura, a constituição de massa crítica é fundamental para o equilíbrio da balança dialética de todas as instituições. E esta é a condição de existência dos juizados especiais, único mecanismo jurisdicional no Brasil em que a pessoa se apresenta diretamente à Justiça como porta-voz de si mesma, falando e dizendo, com grau distenso de formalidade, ao juiz, de quem promana o argumento de autoridade, acerca de suas necessidades.

É interessante a metáfora que a obra *Sapiens: uma breve história da humanidade* (HARARI, 2012) usa para descrever algumas tradições culturais por certo ângulo. Ele as compara a um parasita que se hospeda no corpo da sociedade e vai se expandindo até matar essa sociedade. Aí a tradição cultural-parasita morre junto, é claro.

Porém, como sabemos, uma sociedade só se ergue como civilização a partir do momento em que compartilha valores, o que vem a ser a gênese da cultura.

O ser humano traz consigo, immanentemente, um lado individual e outro social (aqui pareado ao conceito de “universal”), que Hegel sumariza nesta passagem:

Na substância universal, porém, o indivíduo não só tem essa forma da subsistência de seu agir em geral, mas também seu conteúdo. O que ele faz é o gênio universal, o etos de todos. Esse conteúdo, enquanto se singulariza completamente, está em sua efetividade encerrada nos limites do agir de todos. O trabalho do indivíduo para prover suas necessidades é tanto satisfação das necessidades alheias quanto das próprias; e o indivíduo só obtém a satisfação de suas necessidades mediante o trabalho dos outros. (HEGEL, 1992, p. 223)

Portanto, vale uma questão aqui: tratar-se-ia, assim, de um paradoxo? A mesma cultura (de caráter intrinsecamente coletivo) que é condição de nascimento de uma civilização levará ao colapso dessa mesma civilização?

Isso ocorre quando a tradição cultural se transforma em normose, que causa mais prejuízos do que benefícios, por evidenciar-se numa norma obsoleta. E essa é, então, a trajetória da normose: ela é um parasita que sobrevive no corpo de uma sociedade até torná-la excludente, no que se chama em Direito de “letra morta”.

Obviamente, a normose morre junto com esse dano momentâneo ao Direito e à sociedade.

O Direito possui relação direta com esses elementos, uma vez que detém importantíssimo papel de sintetista das normas (fatos) sociais vigentes, com o fito expresso de transformá-las em norma juspositiva, isto é, inserida no corpo do ordenamento jurídico de um determinado espaço e tempo – seja a Constituição, sejam outras leis, sentenças, peças, jurisprudências, doutrinas, exegeses, hermenêuticas.

É evidente que algumas tradições culturais já não são mais autônomas e legítimas, e sim parasitárias, porquanto obsoletas, e assentadas numa heteronímia desconcertante e incoerente, um impropério ao estado de direito de qualquer civilização coetânea. É um desses instantes em que o Direito e a sociedade entram em descompasso. Esse fator necessita de urgentes calibragens, sem as quais não se conseguirá atingir a inclusão

ampla de acesso à Justiça, que os juizados especiais ampliaram ainda mais, como temos dito.

Ou seja, certas normas de berço cultural tornam-se exatamente o oposto do conceito etnológico e antropológico mais digno de cultura, numa prova de que a distinção da polissemia que esse conceito encerra pode ser a chave para a compreensão do paradoxo. Em outras palavras, quando uma tradição cultural normótica começa a fazer naufragar uma civilização, é exatamente a cultura em seu estado vivente e puro que permite que essa mesma civilização se salve do naufrágio, seja pela reinvenção de si mesma, seja pelos novos caminhos encontrados no esteio da sua cultura mais perene, pois é daí que se averiguarão os costumes que servirão de base à legislação do futuro, muitas vezes urgente no próprio presente.

Então retomamos isotopicamente a questão: todas as tradições culturais são verdadeiramente tradições culturais que devem irrefletidamente ser deixadas de lado, sem questionamento?

O fato é que muitas vezes se trata de tradições culturais que, não repentinamente, mas aos poucos, transformaram-se em imensas normoses. “Normais” desgastados e patogênicos.

E seu destino, como comprova a Antropologia (mais até do que a História), é o naufrágio.

Esse naufrágio leva consigo a civilização que navegava nesse navio. E outra civilização nasce, às vezes dos escombros da civilização naufragada. A cultura faz naufragar e a cultura faz renascer.

Como na dialética hegeliana, as sociedades se sustentam sobre pilares de conservação (tese) e inovação (antítese), e, da fricção entre uma e outra, nasce uma *síntese*, que desmorona o que já não possui razão para prosseguir, tanto no seu lado conservativo quanto nas falaciosas “inovações” que, porventura, não passem de meros modismos, invencionices ou novidades para serem consumidos e descartados. A síntese é o julgamento do que há de justo na conservação e o que há de justo na inovação. São forças que os filólogos clamaram à Física newtoniana para criar a metáfora sociológica de força

centrípeta (conservação) e força centrífuga (inovação). É uma mecânica social infraqueável.

O berço de uma civilização se dá com a coerência ética e estética que a cultura propicia. E essa cultura (ou parte dela) tende a se enregelar e transformar-se em tradição cultural. E, quando essa tradição cultural se calcifica, torna-se uma normose, que aponta a tumba da mesma sociedade que nasceu daquela ética e estética. A partir daí, é questão de cronometrar o seu declínio.

O Direito entra nessa equação. A frase do jurista uruguaio Eduardo Couture é francamente lembrada: “Teu dever é lutar pelo Direito, mas, no dia em que encontrares em conflito o direito e a justiça, luta pela justiça”. Isso porque a “normalidade” desgastada que é intrínseca à normose não pode mais ser normatizada a partir do momento em que se constata a obsolescência de antigos “normais” (COUTURE, 1979, p. 11).

O Direito, assim, é dinâmico pelo fato de que persegue a Justiça. Como um nauta que navega guiado pelas constelações, que permitiria que se repetisse a frase de Leonardo da Vinci: “Não há como voltar atrás quando a meta são as estrelas”.

A clássica obra *Declínio e Queda do Império Romano* (GIBBON, 1989) tornou-se tão icônica justamente por ter sido provavelmente a primeira que, com outras palavras, apontou que o Império Romano se esfacelou por causa da sua então normose guerreira, beligerante, expansionista. E, prefaciando páginas de horror da nossa história recente, o autor aponta a existência de antissemitismo dentro da sociedade romana clássica, o que se figurou terrivelmente ainda no trágico episódio de *shoah* do holocausto judaico, em pleno século XX. Tudo isso já se tornara, à época do Senado de Roma, um erro ético e estético, típico das normoses. O declínio foi apenas questão de tempo. Um poderoso império de mais de mil anos se desmantelou como uma torre de areia.

Em grande parte do mundo de hoje, sobretudo na camada ocidental, ou seja, a porção da civilização humana moderna que vive sob o zênite do Direito, vemos que mesmo os temas hu-

manistas antes considerados complexos e até muito controversos têm granjeado um lugar ao sol da Justiça. As normoses estão mais evidentes, o que tem tornado a tarefa de aplicar ao Direito cada vez mais dinâmica.

Mesmo quando atuais normalidades não são ainda aceitas em determinadas comunidades, o que observamos é que o número da não aceitação se dá por uma margem mínima, extremamente estreita e acirrada, não mais no que antes se daria por ampla e confortável extirpação sumária. Trata-se da explicitação de que a normose já foi detectada. Agora é questão de tempo para que ela saia de campo, fazendo história e marcando o Direito com letras novas.

Não é mais com tanto espaço e folga de denegação que temas antes altamente polêmicos são olhados cara a cara. O divórcio com possibilidade de novo casamento; o voto feminino; a ética com os chamados animais irracionais; a defesa de grupos que são colocados em guetos, como os idosos, os negros, os homossexuais; a inclusão anticapacitista; e muitos outros pontos são conquistas recentes da história humana, que não se consumaram de forma unânime, mas, efetivamente, se consumaram.

O que antes levava a milhares de anos de interminável cacofonia de vozes estridentes como ferroadas, salivando tinta e ódio, no nascer de um Sol, aparentemente de forma repentina (sem que o seja, na verdade), mostra que mesmo um nó cego se desfaz e (com a licença do trocadilho) precisa enxergar a vida como ela é.

A Justiça, afinal de contas, é um sentimento, uma sensação, uma intuição, um raciocínio, perpassando as quatro funções psíquicas de Jung (1971). E, na raiz dos fatos sociais, quem dilapida uma normose, mesmo que milenar, é o sentido da justiça que perpassa todo o psiquismo de um indivíduo e, indo além dele, de uma sociedade.

É a velha metáfora da sabedoria dos anciãos do deserto que observam que “os cães latem, mas a caravana passa”. É essa margem cada vez mais estreita e quase insustentável que deixa

aflorescer a raiz da normose que já se descortinou e que já dá sinais da sua própria morte, enquanto parasita, e da morte do corpo social que a alimenta, que muito tenazmente renasce do aprendizado do reconhecimento dessas antigas normalidades desgastadas.

Costumamos dizer que a vida, segundo a Antropologia, é comparável ao “Bolero” de Ravel: uma melodia simples e linear, com um toque de tambor (mais especificamente a caixa clara) em ritmo marcial impassível, que aparentemente dá voltas sem sair do lugar; mas, sem que se perceba muito claramente, o que acontece é uma evolução sistemática que eleva a linha melódica, somando-se-lhe outras vozes que dão timbres e cores novas àquela primeira melodia. E essa melodia, que parece estática e imutável, nos conduz a um caleidoscópio de prismas, numa pletora de cores que cria uma paleta de tons e semitons que, no fim, envolvem tudo e todos, sem deixar ninguém injustamente no gueto, incluindo-os na grande melodia humana. Assim é o compasso da harmonia da Justiça.

Então, quando a tradição cultural se torna normose, esse parasita mata de inanição o organismo social que a nutria. O Direito precisa estar atento a isso na medida em que é vocacionado à inclusão cada vez mais ampla de pessoas às suas ferramentas de Justiça.

E, queiramos ou não, um novo corpo societário civilizatório surge e necessita da cultura em sua base para ter coesão, a qual se transformará em tradição cultural, que tende a se transformar em normose e, no fim da linha, em parasita. O Direito está sempre muito ativo nessa mudança incontestável. Mesmo que isso aconteça no passar das gerações humanas, pois às vezes uma única geração não estará pronta para enfrentar e derrubar esses paradigmas, por mais insustentáveis que eles sejam.

Não é sem beleza poética que nós, os epistemólogos, soemos dizer que, de berço em berço e de túmulo em túmulo, as sociedades, tal qual os idiomas e o Direito com seu ordenamento jurídico que as sustentam, vão se transformando para adequarem-se à realidade, não à abstração da obsoleta “letra morta”, ineficaz e ineficiente.

No famoso binômio epistemológico, dizemos que às ciências naturais cabe o *erklären* (explicar), ao passo que às ciências humanas cabe o *verstehen* (compreender). A congregação das ciências constitui, portanto, a equanimidade que viceja do sentimento de justiça.

É com a união das ciências, tanto as naturais quanto as humanas, que se nota que o método científico é sobreposto na tríade “pesquisa-teoria-teste” e que, portanto, as sociedades, suas tradições culturais e suas normoses são tanto *explicáveis* quanto *compreensíveis*. É nesse aspecto inerente à Ciência e à Epistemologia que o Direito pode perfeitamente ser concebido como uma ciência.

Suas hipóteses são endossáveis quando suas teorias passaram por testes que as comprovaram ou se mostraram não refutáveis. E isso se dá quando há adequação de normas a normalidades reais, concretas, eficazes, inclusivas, democráticas, civilizatórias. Essa é a contribuição da Epistemologia à explicação e compreensão da sociedade como elemento das ciências naturais, mas também cultural e civilizacional, elemento das ciências humanas. A Ciência do Direito é arquitetada, portanto, sobre o mesmo arcabouço das suas ciências pares e possui como fiel da balança a observação arguta de normoses que podem criar normas inférteis e infrutíferas socialmente.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Antropologia mostra que o naufrágio em um ideal ou normalidade obsoleta, embora dê a alguns a ilusão da chegada, nada mais é do que um naufrágio. Se não observarmos os sinais de submersão de certas tradições culturais que não mais se legitimam, caso das normoses, permitiremos que a sociedade como um todo adorne junto, porque haverá um peso excessivo de pessoas e direitos excluídos. É preciso estender-lhes o navio de um Direito que conduza ao continente da Justiça. A passagem de uma normalidade social, refletida na norma jurídica à normose, ou normalidade desgastada, deve ser fre-

quentemente averiguada para que o Direito e a Justiça estejam sempre em sincronia.

Nesse aspecto, o papel consolidado dos juizados especiais tem se mostrado cada vez mais realista, fundamental e, podemos dizer, humanista. Ao permitir o acesso direto do cidadão à Justiça, os juizados especiais têm cumprido com justificada celebração sua vocação dialógica, inclusiva, democrática, cultural e civilizatória, expandindo seu valor antropológico e social àquelas pessoas que, antes, viam toldado o direito de amplo acesso à Justiça. A exclusão desse acesso é, evidentemente, uma normose a ser constantemente enfrentada. ❖

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Tópicos. Dos argumentos sofísticos*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 2ª. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, 197 p.

AUSTIN, J. L. *How to do things with words*. Oxford: Oxford University Press. 1962. 712 p.

CAETANO, M.M.; CHINI, A. **Argumentação jurídica: indo além das palavras**. Brasília: Editora OAB Nacional, 2020, 145 p.

CAETANO, M.M. **Em busca do novo normal: reflexões sobre a normose em um mundo diferente**. Rio de Janeiro: Jaguatirica, 2020, 181 p.

COUTURE, E. **Os mandamentos do advogado**. 3ª. Ed. Tradução: Ovidio A. Baptista da Silva e Carlos Otávio Athayde. Porto Alegre: Editora SAFE, 1979. 78 p.

CREMA, R.; LELOUP J.Y.; WEIL, P. **Normose: a patologia da normalidade**. Petrópolis: Vozes, 2011. 312 p.

ECO, U. **Apocalípticos e integrados**. Tradução: Pérola de Carvalho. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1993. 386 p.

GIBBON, E. **Declínio e queda do Império Romano**. Tradução: José Paulo Paes. São Paulo: Companhia da Letras: Círculo do Livro, 1989. 521 p.

- HARARI, Y.N. **Sapiens – Uma Breve História da Humanidade**. Tradução: Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM. 538 p.
- HEGEL. **Fenomenologia do espírito**. Tradução: Paulo Menezes. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1972. 271 p.
- JUNG, C.G. **Tipos Psicológicos**. Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1971. 616 p.
- KANT, I. **Kritik der reinen Vernunft**. 2ª. Ed. Berlin: Project Gutenberg, 2004. 181 p.
- MARX, Karl. **O Capital**. Vol. 2. Tradução: Ricardo Musse. 3ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. 420 p.
- NIETZSCHE, F. **Assim falou Zaratustra: um livro para todos e para ninguém**. Trad. Mario da Silva. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil. 1998. 240 p.
- PLATÃO. **Górgias**. Tradução de Manoel de Oliveira Pulquério. Lisboa. Edições 70. 1997. 580 p.

Venda de Ativos, *Stalking Horse* e Soerguimento das Empresas em Dificuldade

Luiz Roberto Ayoub

Doutor em Direito Econômico, Empresa, Relação de Consumo e seus Impactos, na Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Desembargador aposentado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Sócio do Galdino e Coelho Advogados

Beatriz Villa Leão Ferreira

Assistente Jurídica no Galdino e Coelho Advogados. Graduanda da FGV Direito Rio.

A venda de ativos (art. 50, inciso XI, da Lei 11.101/05¹) na Recuperação Judicial é uma das mais importantes e talvez a mais utilizada² forma de soerguimento da empresa em dificuldade. Para além do evidente interesse da recuperanda na injeção do capital com a venda de seus bens, o mercado tem se mostrado mais permeável à aquisição desses *distressed assets*, especialmente após o advento da Lei 11.101, que, derogando o antigo Decreto-Lei nº 7.661/1945, permitiu sua alienação livre de quaisquer ônus, nos termos da redação do art. 60, parágrafo único³.

1 Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

XI – venda parcial dos bens;

2 Consoante pesquisas realizadas nas varas especializadas da cidade de São Paulo, tendo como objeto 194 recuperações judiciais distribuídas entre 1.9.2013 e 30.6.2016, pelo menos (i) 35,5% dos planos aprovados no período analisado preveem a alienação de unidades produtivas isoladas; e, adicionalmente, (ii) 53,2% preveem a alienação de ativos em geral. (WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORREA, Fernando. Recuperação judicial nas varas da capital: um exame jurimétrico. *In*: WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, José Horácio H. R.; SACRAMONE, Marcelo Barbosa (coord.). *Direito comercial, falência e recuperação de empresas – Temas*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.)

3 Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei. Parágrafo-único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor de qualquer natureza, incluídas, mas não exclusivamente, as de natureza am-

A regra da não sucessão do adquirente ou arrematante nas obrigações da devedora no âmbito recuperacional veio como exceção à regra geral contida no art. 1.146 do Código Civil, de que o *“adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados”*. Excepciona também o disposto no art. 448-A da Consolidação das Leis do Trabalho, que estabelece que *“caracterizada a sucessão empresarial ou de empregadores prevista nos arts. 10 e 448 desta Consolidação, as obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para a empresa sucedida, são de responsabilidade do sucessor.”*

Por sua vez, o art. 133, incisos I e II, do Código Tributário Nacional determinam, *prima facie*, a sucessão do adquirente de fundo de comércio ou estabelecimento comercial (i) integralmente se o alienante cessar a exploração ou (ii) subsidiariamente com o alienante se este prosseguir na exploração ou iniciar, dentro de seis meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo. Contudo, em adição à previsão do art. 60, parágrafo único, da Lei nº 11.101, o legislador, concomitantemente, editou também a Lei Complementar nº 118/2005, que incluiu os parágrafos 1º e 2º no citado art. 133 do Código Tributário Nacional, reforçando que *“o disposto no caput deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial.”*

Diante de um cenário, em tese, mais arriscado para o crédito como é a recuperação judicial, o legislador, por meio da Lei 11.101/2005, entendeu por bem garantir maior segurança jurídica ao investidor, retirando o risco da sua responsabilização por obrigações e passivos preexistentes ao investir no ativo do devedor em recuperação. À luz do exposto, em razão do instrumento legal que excepciona as regras cível, trabalhista e tributária, chega-se à conclusão de que o ecossistema recuperacional traz o ambiente mais seguro para o investidor adquirir um ativo no país.

biental, regulatória, administrativa, penal, anticorrupção, tributária e trabalhista, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

A prática forense revela, no entanto, a resistência da Justiça do Trabalho em reconhecer a ausência de sucessão nas obrigações pelo adquirente. Na observação da Profa. Teresa Arruda Alvim:

*“As decisões proferidas pelo Juízo Trabalhista interpretam o referido dispositivo legal como se, ao se afirmar que não haverá sucessão também em relação a obrigações tributárias, com isso se estaria a admitir a sucessão de obrigações trabalhistas. Tal interpretação, no entanto, a toda evidência, contraria literalmente a referida norma. Com efeito, ‘inclusive’ é expressão que nota que determinado objeto está incluído, isto é, ‘dentro’ de um rol mais amplo. Assim, o art. 60 da Lei 11.101/2005 estabelece que, assim como as demais obrigações da empresa devedora, também em relação às de natureza tributária não ocorre sucessão”⁴ (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A *vis attractiva* do juízo da vara empresarial. Créditos trabalhistas. Sucessão da empresa em regime de recuperação. In: WALD, A. (Coord.). Doutrinas essenciais de direito empresarial. V. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 873-894)*

A fim de aclarar qualquer divergência interpretativa e conferir absoluta segurança jurídica e clareza ao investidor, a reforma à Lei nº 11.101/2005, por intermédio da Lei nº 14.112/2020, mencionou expressamente, no rol que já era e permanece exemplificativo abrangido no art. 60, parágrafo único, as obrigações de “natureza ambiental, regulatória, administrativa, penal, anti-corrupção, tributária e trabalhista”, e não apenas as de natureza tributária tal como constava outrora.

Destaque-se que, em palestra datada de 28/03/2022, no seminário “Segurança jurídica, desenvolvimento econômico e métodos adequados de resolução de conflitos”, em São Paulo, o Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, pediu mais segurança jurídica no país para possibilitar o desenvolvimento econômico. Em reportagem publicada pelo portal Consultor Jurídico – CONJUR, consigna-se manifestação do Ministro Fux: “Um país que não oferece segurança jurídica, que não oferece previsibilidade, que não tem um sistema de precedentes, é um

⁴ (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A *vis attractiva* do juízo da vara empresarial. Créditos trabalhistas. Sucessão da empresa em regime de recuperação. In: WALD, A. (Coord.). Doutrinas essenciais de direito empresarial. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 873-894)

país que afasta os grandes investidores. É preciso que a jurisprudência seja íntegra, coerente e estável. Não pode ser lotérica. Há as pessoas que não gostam de correr riscos, e aí elas fazem um acordo. Já as pessoas que gostam de aventura não fazem acordo. O que se busca com o precedente é a certeza, que é um anseio humano natural.”⁵

Nesse sentido, o Ministro Humberto Martins, do Superior Tribunal de Justiça, no mesmo evento, seguiu a linha de raciocínio e defendeu a existência de jurisprudência nas cortes superiores: “O sistema de precedentes tem um importante papel de orientar as ações futuras das pessoas. As pessoas sabem que aquele tribunal tem decidido daquela maneira.”⁶

A respeito da matéria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934/DF⁷, já declarou constitucionais os arts. 60, parágrafo único, e 141, inciso II⁸, da Lei nº 11.101, que autorizam a alienação de ativos via UPI sem gerar sucessão trabalhista aos adquirentes, conferindo robusta segurança jurídica à hipótese. Confirma-se trecho do voto da lavra do relator Ministro Ricardo Lewandowski:

“[...] Embora houvesse um consenso generalizado, na doutrina, acerca da excelência técnica do texto normativo editado em 1945, registrava-se também uma crescente concordância na comunidade jurídica quanto ao seu anacronismo diante das profundas transformações socioeconômicas pelas quais passou o mundo a partir da segunda metade do Século XX, e que afetaram profundamente a vida das empresas. [...]

Assim, é possível constatar que a Lei 11.101/2005 não apenas resultou de amplo debate com os setores sociais diretamente afetados por ela, como também surgiu da necessida-

⁵ *Fux pede mais segurança jurídica para desenvolver a economia brasileira*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2022-mar-29/fux-seguranca-juridica-desenvolver-economia>> Acesso em 05 abr. 2022.

⁶ *Ibidem*.

⁷ ADI 3.934/DF, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, Julgamento: 27/05/2009, Publicação: 06/11/2009.

⁸ Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata o art. 142: [...] II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

de de preservar-se o sistema produtivo nacional inserido em uma ordem econômica mundial caracterizada, de um lado, pela concorrência predatória entre seus principais agentes, e de outro, pela eclosão de crises globais cíclicas altamente desagregadoras.

Nesse contexto, os legisladores optaram por estabelecer que adquirentes de empresas alienadas judicialmente não assumiriam os débitos trabalhistas, por sucessão [...].

Do ponto de vista teleológico, salva à vista que o referido diploma legal buscou, antes de tudo, garantir a sobrevivência das empresas em dificuldades – não raras vezes derivadas das vicissitudes por que passa a economia globalizada –, autorizando a alienação de seus ativos, tendo em conta, sobretudo, a função social que tais complexos patrimoniais exercem, a teor do disposto no art. 170, III, da Lei Maior.

Isso porque o processo falimentar, nele compreendida a recuperação das empresas em dificuldades, objetiva, em última análise, saldar o seu passivo mediante a realização do respectivo patrimônio. Para tanto, todos os credores são reunidos segundo uma ordem pré-determinada, em consonância com a natureza do crédito de que são detentores.

O referido processo tem em mira não somente contribuir para que a empresa vergastada por uma crise econômica ou financeira possa superá-la, eventualmente, mas também busca preservar, o mais possível, os vínculos trabalhistas e a cadeia de fornecedores com os quais ela guarda verdadeira relação simbiótica. [...]

Cumpre ressaltar, por oportuno, que a ausência de sucessão das obrigações trabalhistas pelo adquirente de ativos das empresas em recuperação judicial não constitui uma inovação do legislador pátrio. De fato, em muitos países, dentre os quais destaco a França (Code de Commerce, arts. L631-1, L631-13 e L642-1) e a Espanha (Lei 22/2003, art. 148), existem normas que enfrentam a problemática de modo bastante semelhante ao nosso. [...]

Por essas razões, entendo que os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, do texto legal em comento mostram-se constitucionalmente hígidos no aspecto em que estabelecem a inoccorrência de sucessão dos créditos trabalhistas, particularmente porque o legislador ordinário, ao concebê-los, optou por dar concre-

ção a determinados valores constitucionais, a saber, a livre iniciativa e a função social da propriedade – de cujas manifestações a empresa é uma das mais conspícuas – em detrimento de outros, com igual densidade axiológica, eis que os reputou mais adequados ao tratamento da matéria.”

O Ministro Cezar Peluso ainda acrescentou, conforme as notas taquigráficas do referido julgamento:

“Por isso, mais do que explicativas, parece-me que essas normas são de advertência. Claro que elas também têm o intuito de criar um atrativo que tende a elevar o valor do estabelecimento e atrai interessados na aquisição desses bens, em cujo produto, diz a lei, os credores se sub-rogam desde logo.

E digo mais: se fosse, como se pode sustentar, interessante ou atraente adquirir empresas em colapso com integral sucessão jurídica, esta lei seria absolutamente inútil. Ela foi engendrada, concebida exatamente porque a realidade mostra, como, aliás, a experiência judiciária o comprova abundantemente, que ninguém jamais, salvo com finalidades escusas, teria o menor interesse em adquirir uma empresa nessas circunstâncias e arcar com débitos absolutamente insuscetíveis de pagamento!

Finalmente, Senhor Presidente, gostaria de acentuar – isto me parece também importantíssimo – que o que está por trás da interpretação dessa norma é, na verdade, um conflito entre duas versões. De um lado, uma visão macroeconômica, que tem o foco no dinamismo da economia e que, por isso mesmo, visa ao benefício de toda a coletividade, e, de outro, uma visão que eu diria um pouco mais microscópica e um pouco mais rente a aparentes interesses subjetivos individualizados, mas que, no fundo, reverte em dano geral, porque não permite a recuperação das empresas, nem que a lei atinja os seus objetivos. Isso tudo, com base na experiência, que nos mostrou que, durante a vigência da lei velha, ninguém costumava adquirir bens, muito menos toda a massa. Em muitos e muitos casos, a demora nos processos de falência levava à deterioração desses bens e, portanto, à perda de seu valor econômico. Os créditos não eram satisfeitos – e a minha memória não é tão boa quanto o era, mas não me recordo de ter

pago crédito trabalhista em falências há muitos anos; não me lembro de ter feito isso. E as empresas eram extintas, e o desemprego era acelerado.”

Também a Ministra Ellen Gracie, com breves acréscimos:

“Com relação aos artigos 60, parágrafo único, e 141, II – onde se cuida das alienações -, eu vejo que também aqui é um dispositivo que concorre para a preservação das empresas. Verifico também que a continuidade desses empreendimentos recomenda, por todas as razões, a separação entre os ativos saudáveis e aquelas pendências de modo que se permita, sim, uma maior valorização da empresa, uma venda por maior quantia e, conseqüentemente, também, uma distribuição maior entre os credores da massa.”

E o Ministro Gilmar Mendes:

“Realmente a lei – tal como demonstrado no voto do eminente Ministro Ricardo Lewandowski e no daqueles que o seguiram – faz uma belíssima engenharia institucional, buscando viabilizar créditos para eventualmente satisfazer – o ativo – os eventuais passivos nesta área extremamente difícil e que muitas vezes levava a empresa a desaparecer – falta de candidatos –, tendo em vista inclusive a sucessão que era inerente a esse processo.

Gostaria de, subscrevendo as razões trazidas pelo Relator e pelos que o seguiram, também ressaltar o bellissimo trabalho realizado pelo Congresso Nacional. Estamos acostumados a fazer críticas ao Congresso Nacional, mas este é um trabalho digno de nota.”

Do que se extrai do texto constitucional (art. 102, § 2º, da Constituição da República⁹) e da lei que o regulamenta (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999¹⁰), a decisão definitiva de

9 Art. 102. [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

10 Art. 28. [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

mérito, proferida pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade é dotada de eficácia “*contra todos e efeito vinculante*”.

Reforça-se que o Código de Processo Civil, de 2015, na linha do defendido pelo Ministro Luiz Fux, aplicável à espécie por força do art. 189, *caput*, da Lei nº 11.101¹¹, instituiu um amplo sistema de precedentes vinculantes, prevendo, como regra, a obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem as teses firmadas pelos tribunais superiores. No art. 927, inciso I, do CPC, está disposta a necessidade de sujeição às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, como a da mencionada ADI nº 3.934/DF. E o art. 332 do CPC conduz à improcedência liminar do pedido, nas causas que dispensem a fase instrutória, que contrariarem “*acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos*”. Como visto, a alienação judicial em sede recuperacional visa, sempre, a garantir os princípios da preservação da empresa e da maximização do valor do ativo. Não obstante, o §2º do art. 142 da Lei nº 11.101 estabelece que a “*alienação dar-se-á pelo maior valor oferecido, ainda que seja inferior ao valor da avaliação*”. Ou seja, diante da necessidade de injeção de capital, o texto legal dá a entender que seria possível, inclusive, alienação por preço vil¹². Desse modo, caberá à recuperanda e aos credores, por meio do Plano de Recuperação Judicial, no ambiente de livre negociação, desenhar a estratégia para superação da crise econômico-financeira.

De acordo com o disposto no art. 142 da Lei 11.101, com a nova redação trazida pela Lei nº 14.112/2020, as modalidades de alienação englobam: leilão eletrônico (art. 142, I), processo

11 Art. 189. Aplica-se, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei, o disposto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), desde que não seja incompatível com os princípios desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

12 Todavia, na prática, a jurisprudência ainda não é uníssona sobre o tema, sobressaindo-se alguns casos em que ainda é reconhecido preço vil em alienações realizadas abaixo do preço da avaliação, vide: TJ-SP - AI: 21632842920188260000 SP 2163284-29.2018.8.26.0000, Relator: Araldo Telles, Data de Julgamento: 24/09/2019, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 25/09/2019; TJ-SP - AC: 00020024620138260079 SP 0002002-46.2013.8.26.0079, Relator: Maurício Pessoa, Data de Julgamento: 25/02/2019, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 07/03/2019

competitivo organizado por agente especializado (art. 142, IV), ou qualquer outra modalidade, desde que prevista no plano de recuperação judicial aprovado pelos credores (art. 142, V). Independentemente da escolha, se obedecidas as hipóteses dispostas no art. 142 e no §1º do art. 141, as alienações com base no Plano de Recuperação Judicial (art. 60, parágrafo único) ou anteriores à aprovação e homologação do Plano (art. 66, §3) estarão livres de qualquer ônus.

Conforme delineado pelo art. 66, caso o Plano de Recuperação Judicial ainda não tenha sido aprovado e homologado judicialmente, os ativos somente poderão ser alienados “*mediante autorização do juiz, depois de ouvido o Comitê de Credores*”. E o art. 28 da Lei nº 11.101 determina que “*não havendo Comitê de Credores, caberá ao administrador judicial ou, na incompatibilidade deste, ao juiz exercer suas atribuições.*”

Já na hipótese de venda após a aprovação do Plano de Recuperação Judicial e sua consequente homologação judicial, a ausência de previsão expressa do ativo e da sua forma de alienação judicial no PRJ (art. 142, inciso V) adicionam ônus a mais para a recuperanda na hipótese de uma alienação.

De todo modo, a redação atual do art. 142 permite uma gama ampla de modalidades de alienação, dando à recuperanda um considerável espaço na escolha do procedimento. Nesse cenário, a utilização do *stalking horse* pode se mostrar de grande valor na preservação da competitividade e majoração do valor da alienação do ativo em comparação com o leilão.

Os leilões, como se sabe, permitem lances por valor inferior ao valor da avaliação (art. 891 do CPC c/c art. 189 da Lei 11.101/05) e, ao longo do tempo, essa modalidade de alienação se mostrou uma grande fonte de litigiosidade, com apelos recursais reiterados, necessidade de reavaliação de bens e impugnações no geral. A Lei 11.101/05 permitiu que os interessados elejam qualquer outra modalidade de alienação de ativos, contanto que aprovada nos seus termos (art. 142, V). Na prática, a alteração da Lei 11.101/05 pela 14.112/20 conferiu valor residual ao leilão,

isto é, caso as partes interessadas não elejam outra modalidade de alienação de ativos, os ativos serão alienados em leilão. Sendo assim, a reforma da Lei 11.101/05 acabou por priorizar a vontade dos interessados na eleição da modalidade de alienação de ativos em detrimento de um modelo engessado e ultrapassado tal como o leilão. Nesse cenário, a possibilidade de se estabelecer um preço mínimo de alienação a partir de uma sólida primeira oferta permite à recuperanda a maximização do valor de seus ativos.

O *stalking horse bidder* constitui o primeiro interessado pelo ativo a oferecer um lance para sua compra. Esse lance é realizado depois de diligência inicial sobre o bem e serve para criar um preço mínimo e vinculante para o ativo, garantindo a sua venda, impedindo sua alienação por preço vil e incentivando a competitividade no procedimento, nos termos dispostos no Plano de Recuperação Judicial. Sendo assim, o contrato de *stalking horse* aproxima-se a uma carta de intenções com efeito vinculante, que poderá posteriormente se aperfeiçoar em um contrato de compra e venda do ativo. Destaca-se como, para que as cláusulas do referido contrato tenham validade perante os credores, é necessária a aprovação do juízo. A doutrina atual tem utilizado o termo “*stalking horse*” como sinônimo de “*stalking horse bidder*”. Todavia, para fins de clareza, esses autores optaram por adotar o primeiro quando fizerem referência à modalidade de alienação, e o segundo quando tratarem do proponente.

Todavia, o contrato de *stalking horse* subsiste apenas enquanto terceiro não oferecer proposta melhor. Essa segunda oferta não precisa obedecer aos mesmos termos da oferta inicial, mas deve ser consagrada como melhor, inicialmente pelas recuperandas e, em seguida, pela Administração Judicial e pelo juízo da Recuperação Judicial.

Diante da possibilidade de um segundo ofertante cobrir sua oferta inicial, é comum que os contratos de *stalking horse* possuam previsão de direito de preferência na aquisição do ativo (*right to match*) e até o direito de cobrir eventuais ofertas superiores (*right to top*).

Segundo Rodrigo Saraiva Porto, em sua dissertação de mestrado intitulada “A venda de ativos na recuperação judicial e o contrato de *stalking horse*”¹³, importando a experiência do direito norte-americano, a decisão sobre a venda deve analisar a presença de alguns requisitos, quais sejam:

- I. Se a venda é devidamente justificada;
- II. Se as partes interessadas foram avisadas com antecedência para poderem se manifestar;
- III. Se o preço de aquisição foi justo e razoável;
- IV. Se o vendedor e comprador agiram de boa-fé;
- V. Se cabe sucessão das obrigações do vendedor.

O último requisito, destaca o autor, serve para evitar possíveis posteriores discussões a respeito da responsabilidade do sucessor por obrigações do vendedor. Sendo que, conforme já aduzido anteriormente, em se tratando de alienação de Unidades Produtivas Isoladas, a jurisprudência e doutrina indicam que não haverá qualquer sucessão.

Para o devedor, e conseqüentemente, para a coletividade de credores, o principal benefício do *stalking horse* é a certeza de que o ativo será alienado por, no mínimo, o preço ofertado. Além disso, outra importante vantagem positiva tanto para o *stalking horse bidder* quanto para a empresa recuperanda vendedora é a possibilidade de exigência de demonstração de idoneidade dos interessados no contrato de *stalking horse*, com a apresentação de relatórios financeiros ou até o depósito do valor correspondente a um percentual da oferta do *stalking horse bidder*. Sendo assim, de um lado, a empresa recuperanda pode negociar valores mais altos para a primeira oferta, dispondo, como garantia ao *bidder*, da possibilidade de prever algumas balizas ao segundo interessado. As vantagens concedidas ao *stalking horse bidder* servem para mitigar o risco a que ele se expõe ao realizar a primeira oferta, tendo em vista todos os custos envolvidos nos momentos iniciais de negociação, tais como os ligados à avaliação do ativo e *due diligence*.

13 Disponível em: < <https://www.bdt.d.uerj.br:8443/handle/1/9447> >

Olhando para a experiência brasileira até o momento, percebe-se que os tribunais brasileiros têm se mostrado permeáveis à introdução da modalidade. No caso da Recuperação Judicial do Grupo OAS, o PRJ previu financiamento DIP juntamente com alienação de ações da Investimentos e Participações em Infraestrutura S/A (Invepar), um dos ativos mais valiosos e relevantes do grupo, no modelo *stalking horse*. Em 1º grau (processo nº. 1030812-77.2015.8.26.0100), o juiz Daniel Cárnio Costa assim se manifestou:

“Os credores questionaram, ainda, acerca das vantagens competitivas conferidas à Brookfield na compra da participação acionária da Invepar em razão do fornecimento do DIP *Finance*. **Mais uma vez restou esclarecido que a proposta oferecida pela Brookfield para a concessão do financiamento, num contexto de competição, foi a que melhor atendeu às necessidades do GRUPO OAS.** Por outro lado, o direito de cobrir a melhor oferta (*right to top*) não é suficiente para excluir a competição no processo de venda da participação acionária. Trata-se de benefício concedido à Brookfield como razoável contraprestação ao empréstimo de R\$ 800 MM que será fornecido antecipadamente às recuperandas. Ademais, caso se considerasse o direito de preferência um impeditivo à competição, o fato é que se trata de circunstância já existente, diante do direito de preferência dos demais acionistas da INVEPAR, mesmo para o caso de venda direta (...). Tem-se, portanto, que as vantagens concedidas à Brookfield para a aquisição das ações da Invepar (período de exclusividade e direito de preferência) são razoáveis, levando-se em conta que foram as condições mais favoráveis apresentadas por todos os interessados em participar do DIP, bem como se entendidas como contrapartida para a concessão de financiamento de R\$ 800 MM em favor das recuperandas. Ademais, tais vantagens não excluem a possibilidade de participação competitiva de outros eventuais interessados na compra desse ativo.”

Depois de alguns recursos, o Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁴ admitiu o financiamento DIP juntamente com a alienação na modalidade de *stalking horse*, desde que a Assembleia Geral

14 TJSP, AI n 2150922-97.2015.8.26.0000, Carlos Alberto Garbi, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, 05 out 2015.

de Credores posteriormente ratificasse o negócio, como o fez em 17.05.2015. Embora, posteriormente, o *bidder* (Brookfield) tenha revogado sua oferta de compra, o caso do Grupo da OAS foi pioneiro na discussão das vantagens oferecidas ao *stalking horse bidder*, que foram legitimadas pelo TJSP.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em Agravo de Instrumento no caso da recuperação Judicial do Grupo Abengoa¹⁵, reconheceu a legalidade da cláusula do plano de recuperação que previa o *right to top* em favor do *stalking horse bidder* como contrapartida ao oferecimento de uma proposta vinculante que serviria de lance mínimo para o processo competitivo de venda judicial dos ativos.

Além disso, em decisão recentíssima, o mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo desproveu recurso, em sede da recuperação Judicial da Estre Ambiental S.A, contra decisão que havia ratificado a possibilidade de realização de alienação pela modalidade de *stalking horse*. O recorrente alegou excessivo favorecimento ao primeiro proponente e ausência de um “verdadeiro processo competitivo”. O Ministério Público e a Administração Judicial, por outro lado, entenderam que a venda de ativos com *stalking horse* era plenamente legal. Como ressalva, o *Parquet* defendeu a necessidade de condução do procedimento competitivo por agente especializado e independente.

Em sua precisa decisão, a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP proferiu julgamento¹⁶ aduzindo que “*a estratégia de possuir um interessado com proposta vinculante, além de garantir a alienação do bem, permite que um preço-base, de interesse para a recuperanda e para a coletividade de credores, seja fixado, o que pode não ocorrer em pracements tradicionais*”.

AGRAVO DE INSTRUMENTO RECUPERAÇÃO JUDICIAL GRUPO ESTRE - Decisão que afastou a impugnação apresen-

15 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, AI nº 0005568-65.2018.8.19.0000, Carlos Santos de Oliveira, 22ª Câmara Cível, 22 maio 2018.

16 TJ-SP - AI: 22304723420218260000 SP 2230472-34.2021.8.26.0000, Relator: J. B. Franco de Godoi, Data de Julgamento: 30/03/2022, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 30/03/2022.

tada pela empresa recorrente e homologou o plano de recuperação judicial da agravada. Alegação de que não foi dado tempo hábil aos credores para análise do plano. Hipótese em que houve mudanças pontuais no plano que havia sido apresentado com 30 (trinta) dias de antecedência e vinha sendo discutido há vários meses. Legislação que permite a modificação do plano até mesmo durante a Assembleia Geral de Credores. Proposta de adiamento da AGC que foi rejeitada por maioria esmagadora. Precedente - Recurso improvido. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Homologação do plano. Análise concreta das cláusulas. Condições de pagamento com duas opções, uma com deságio de 90%, outra sem deságio, com pagamento em 2061 - Cláusulas de natureza econômica e que tratam de direitos disponíveis. Soberania da Assembleia. Impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário neste aspecto. Abusividade inexistente. Precedentes - Recurso improvido. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Homologação do plano. Alegação de abusividade nos votos dos credores majoritários. Inocorrência. Ausente demonstração de vantagem ilícita. Mera existência de credor majoritário não implica em concessão de vantagem indevida. Recurso improvido. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Homologação do plano. Processo competitivo. Alegação de excessivo favorecimento ao primeiro proponente (*stalking horse*). Mecanismo de alienação que, pelo comprometimento efetuado pelo proponente que apresenta proposta firme e vinculante, detém o direito de certas prerrogativas. *Right to top, break-up fee* que não configuram abusividades. *Due diligence* da primeira proponente que deve ser mais apurado - Apresentação de documento ao CADE que não representa irregularidade, mas cumprimento do disposto na Lei nº 12.529/11. Liberação das garantias no plano com o pagamento dos credores extraconcursais. Ausente a aludida insegurança jurídica - Recurso improvido. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Homologação do plano. Processo competitivo. Alegação de necessidade de profissional especializado para a realização do certame. Art. 142, IV, da Lei de Recuperação Judicial e Falências - Texto legal que não obsta a atuação do Administrador Judicial, que, se necessário, pode requisitar o auxílio de um *expert* Recurso improvido.”

Além dos exemplos aqui mencionados, recentes Planos de Recuperação Judicial¹⁷ vêm trazendo previsão de alienação com *stalking horse*. Com o aprofundamento da doutrina e jurisprudência sobre o tema ainda pouco explorado no país, a tendência parece ser de que a modalidade de venda se tornará cada vez mais presente na prática jurídica brasileira.

A economia do país ainda está em fase de recuperação do período pandêmico que assolou e ainda assola o mundo. Nesse cenário, as empresas, células produtoras de riqueza da sociedade, geradoras de postos de trabalho diretos e indiretos, merecem dispor de meios, desde que viáveis, que permitam sua reestruturação, ao mesmo tempo em que maximizam o ganho de seus credores. A alienação de ativos, dentre as alternativas possíveis, é a estratégia mais popular na busca pelo soerguimento empresarial. Visando a despertar a competitividade e garantir proteção ao comprador interessado, o contrato de *stalking horse* aparece como instrumento para, a um só tempo, garantir a preservação da empresa e a maximização do valor do ativo, princípios basilares no microsistema de insolvência. ❖

17 Como exemplos: Renova Energia, conforme cláusula 1.2.51. do PRJ da Alto Sertão Participações S.A, disponível em: <http://renovaenergia.riweb.com.br/list.aspx?idCanal=jjvgsWVcSDYMLuNaMglfww==&pagina=0#ancora>; Grupo Oi, conforme cláusula 5.3.9.1.2 do PRJ do Grupo OI, disponível em: <https://recuperacaojudicialoi.com.br/>

A Interpretação da Lei Maria da Pena pelo Superior Tribunal de Justiça: Os Primeiros Passos de uma Jurisprudência sobre Violência Doméstica¹

Carolina Soares Castelliano Lucena de Castro

Doutoranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Defensora Pública Federal, com atuação na área criminal.

Isadora de Oliveira Silva

Mestra em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professora no Departamento de Teoria do Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Gisele Soares de Oliveira Faria

Graduada em Direito pela UFRJ. Advogada.

Carolina Mendes de Oliveira Miller

Graduanda em Direito pela UFRJ.

¹ Este artigo provém de uma pesquisa realizada no âmbito do grupo de pesquisa *Justiça, Reconhecimento e Assimetrias no Direito*, que, infelizmente, se tornou inoperante após o falecimento da professora Cecília Caballero Lois, coordenadora do grupo e orientadora das autoras. A continuidade e finalização da pesquisa foram feitas em sua homenagem.

Giovanna Neves Barbastefano

Graduanda em Direito pela UFRJ.

Marina Mendes Fikota

Graduanda em Direito pela UFRJ.

RESUMO: Este artigo busca apresentar os resultados de uma pesquisa que analisou os julgamentos do Superior Tribunal de Justiça sobre casos de violência doméstica, realizados durante os primeiros anos de vigência da Lei Maria da Penha. Usando uma metodologia detalhada, o levantamento destaca onze questões específicas que, verificou-se, se repetiram de maneira constante em tais julgamentos ao longo dos referidos anos, e discute de que forma a categoria de gênero foi ou não determinante nesses debates. Os dados indicam tanto mudanças de entendimento quanto solidificação de posicionamentos da Corte em julgamentos sobre violência doméstica no marco temporal utilizado, cujos efeitos impactam a forma como a Lei Maria da Penha é interpretada e aplicada pelos tribunais no país. Pretende-se que, ao final deste artigo, a pessoa leitora compreenda que a construção de uma sólida jurisprudência, consentânea com os objetivos buscados com a promulgação da referida lei, não decorre de uma simples aplicação automática desta, mas, ao contrário, é o resultado de uma intensa disputa interpretativa não apenas sobre os dispositivos legais, mas também sobre os papéis de gênero na sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha, STJ, gênero.

ABSTRACT: This article aims at presenting the results of a research on the Superior Court of Justice's judgments, referring to domestic violence cases, carried out during the first years of Maria da Penha Law's validity. Using a detailed methodology, the survey highlights eleven specific issues that, as it was found, were constantly repeated in such judgments over the aforementioned years, and discusses how the category of gender is or is not determinant in these debates. The data indicates both changes in understanding and solidification of the

Court's positions in judgments on domestic violence in the time frame used, whose effects impact the way Maria da Penha Law is interpreted and applied by the Courts in Brazil. It is intended that, at the end of this article, the reader understands that the construction of a solid jurisprudence, consistent with the objectives pursued with the promulgation of the aforementioned law, does not result from a simple automatic application of this law but, on the contrary, is the result of an intense interpretative dispute not only about legal provisions, but also about gender roles in society.

KEYWORDS: Maria da Penha Law, STJ, gender.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por escopo investigar, analisar e demonstrar como a jurisprudência sobre questões cruciais da Lei Maria da Penha² foi se construindo no Superior Tribunal de Justiça – doravante STJ – nos primeiros anos de vigência dessa legislação, permitindo que a própria relação do Judiciário com a referida lei seja compreendida. Foram escolhidas as decisões proferidas no âmbito do STJ por se tratar do tribunal de cúpula do sistema de justiça brasileiro, no que diz respeito às questões afetas a leis federais, e que concentra os recursos provenientes dos Tribunais de Justiça espalhados pelo país. Assim, um diagnóstico das decisões proferidas pelo STJ sobre um determinado tema acaba por ser, de certa forma, um amplo panorama do comportamento do próprio Judiciário brasileiro sobre o tópico analisado.

Não houve, nesta pesquisa empírica, importa dizer, um marco teórico preciso, de modo que ela não se baseia em uma teoria específica. No entanto, a pesquisa foi realizada a partir da compreensão de que é importante, para uma leitura mais completa da sociedade, fugindo das interpretações dominantes, analisá-la desde outras perspectivas. Nesse caso, optou-se pela categoria do gênero, pensando os benefícios que uma tal leitura pode trazer aos operadores do Direito, sensibilizando-os à consi-

2 BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020.

deração de uma chave analítica enfrentada de maneira acessória nas discussões jurídicas.

A pesquisa apresentada se concentra no período de onze anos, os primeiros entre os anos de 2008 e 2018. A escolha de 2008 como ano de início dessa contagem se deu considerando que, entre o advento da lei, em 2006, e os primeiros casos a de fato alcançar o STJ, passaram-se cerca de dois anos, não havendo volumes de julgamentos sobre a Lei Maria da Penha aptos a serem analisados antes de 2008.

Na análise empreendida, é possível verificar certo amadurecimento do STJ não apenas na abordagem de assuntos eminentemente jurídicos, como também daqueles de cunho processual e de questões atinentes às interações sociais dinâmicas. Aqui, faz-se referência aos debates acerca do campo de aplicabilidade da lei – isto é, se abrange relações homoafetivas, por exemplo – e às discussões acerca do próprio conceito de relação doméstica e familiar, que sofreu alterações substanciais na Corte e na sociedade ao longo das últimas décadas.

Quando uma nova lei surge no ordenamento jurídico, mas deixa de ser observada e aplicada, a população, entende-se aqui, geralmente traduz esse fenômeno afirmando que “a lei não pegou”. Pode-se dizer que a Lei Maria da Penha vive essa situação através de um paradoxo: seus objetivos não surtiram amplo efeito até hoje na sociedade brasileira³. No entanto, ao mesmo tempo, ela teve importante êxito em trazer para a discussão jurisdicional a categoria analítica do gênero, permitindo que a violência doméstica passasse a ser vista como um tipo específico de violência que se estrutura em uma relação de gênero que beneficia os homens em detrimento das mulheres.

Conforme sugerido por Joan Scott⁴, que pensava outras formas de reconstituir a história, o gênero foi reconhecido como

3 Vide os números alarmantes e preocupantes de agressões às mulheres. Sobretudo no âmbito da quarentena recomendada à população mundial no ano de 2020, esses números cresceram consideravelmente. Vide: AGENCE FRANCE-PRESSE. Pandemia de Covid-19 fez violência contra a mulher disparar em todo o mundo. *O globo*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/celina/pandemia-de-covid-19-fez-violencia-contra-mulher-disparar-em-todo-mundo-24761185>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

4 SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Revista Educação e Realidade*, v. 20, n. 2, pp. 71-99, 1995.

uma importante categoria de leitura da história e da forma como se construíram as relações sociais, na medida em que esse conceito supõe que a condição a que as mulheres são histórica e sistematicamente submetidas se estabeleceu em virtude de uma estrutura social composta não apenas por mulheres, mas também pelos homens. O conceito de gênero traz à discussão o fato de que o ser mulher não se define apenas pelo sexo biológico, mas que a condição de mulher também se define de maneira relacional, isto é, a partir da identificação de que a mulher não existe no mundo como um ser isolado, e sua história, conseqüentemente, tampouco se desenvolveu isoladamente.

Dessa maneira, a mobilização da categoria gênero para a análise de uma conduta serve à identificação de que ela não é particular de um indivíduo, mas tem como fundamento a forma como se desenvolveu a relação entre os sexos em uma sociedade. O que se quer dizer é que a definição do crime de violência doméstica como crime de gênero significa que ele é resultado da “relação entre a experiência masculina e a experiência feminina”⁵ de mundo, da forma como as mulheres foram tratadas e definidas em uma sociedade patriarcal.

Como destaca Francis Olsen, o Direito, criado pelos homens para o resguardo de seus desígnios, tutela os interesses daqueles que historicamente dominam a esfera pública, espelhando e legitimando sua condição social. Conseqüentemente, ele marginaliza o interesse daquelas que, historicamente, são restringidas à subalternidade da esfera privada. Essa função, afirma a autora, o Direito cumpre há séculos, através da regulação, direta e indireta, da vida familiar, com normas que reforçam a dicotomia entre público e privado de maneira “particularmente destrutiva para as mulheres”⁶.

Com a positivação da Lei Maria da Penha, porém, no que diz respeito ao Brasil, concretizou-se uma mudança crucial nessa tendência, uma simbólica virada de chave na situação jurídico-

5 SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Revista Educação e Realidade*, v. 20, n. 2, pp. 71-99, 1995, p. 74.

6 OLSEN, Francis. El sexo del derecho. In: David Kairys (Ed.). *The Politics of Law*. Nova Iorque, Pantheon, 1990, p. 12.

-política das mulheres brasileiras. Sua criação e o texto que a constitui contribuíram para o entendimento de que uma mulher é agredida por ser mulher – isto é, como consequência da forma como as relações sociais patriarcais permitem que ela seja tratada – e de que a violência contra a mulher deve sair do obscurantismo do ambiente privado para ser julgada na esfera pública, em vez de se manter assunto (não) discutido na seara doméstica⁷.

A vítima de uma agressão passou, assim, a ser uma categoria coletiva, representando todas as mulheres da sociedade e trazendo a necessidade de consideração de sua perspectiva para o sistema de justiça. Passou a ser fundamental que magistrados e magistradas a considerassem em seus julgamentos, ao menos naqueles que dizem respeito à aplicação da referida lei.

Nessa linha de pensamento, pode-se dizer que a Lei Maria da Penha representou um novo paradigma hermenêutico sobre relações de gênero, sendo que a própria palavra “gênero”, inclusive, passa a ser empregada pela primeira vez por uma lei no ordenamento jurídico brasileiro. Utilizando já em seu primeiro artigo o termo “violência doméstica”, a Lei Maria da Penha contribui para a ampla disseminação dessa categoria, permitindo a sua inserção em amplos setores da sociedade, ultrapassando as relações jurídicas. Rompeu, dessa forma, com um histórico perverso de marginalização hermenêutica que prejudicava as mulheres nas representações de suas experiências.

De acordo com Arlanza Maria Rodrigues Rebello, essa lei representaria um dos maiores “avanços legislativos, desde a promulgação da Constituição de 1988, pois significa o reconhecimento da violência contra a mulher como violação de direitos humanos”⁸, e mais do que isso, permite a retirada desse tipo de

7 Como declara Adriana Mello, “[o] debate estimulado pela Lei Maria da Penha permitiu a emergência de um tema pouco tratado pelo Poder Judiciário, e abriu possibilidade para que a sociedade brasileira, juntamente com o Poder Público, discutisse os mecanismos mais eficazes de combater a ‘violência contra a mulher’, e encontrassem na expressão *violência doméstica e familiar contra a mulher* uma forma de demarcar o espaço onde ocorre a dinâmica da violência, explicitando, assim, o ‘sujeito ativo’ e o ‘sujeito passivo’ da relação violenta”. MELLO, Adriana Ramos de. *Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo jurídico, 2017.

8 REBELLO, Arlanza M. R. Para Mudar o Rumo da Prosa: Um Novo Olhar Sobre a Lei 11.340/2006 Lei Maria da Penha. In: *Gênero, sociedade e defesa de direitos: a Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher*. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2017, p. 48.

violência da esfera privada a que era relegada para entrar definitivamente na agenda pública e governamental.

Referindo-se à trajetória de fatos que culminou na promulgação da lei, a mencionada autora indica que teria sido “fruto de uma bem sucedida ação de advocacy feminista voltada para o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra as mulheres, e tributária da Convenção de Belém do Pará”⁹. Portanto, a promulgação da Lei Maria da Penha pode ser considerada fruto de um somatório de fatores¹⁰, que inova não somente a legislação brasileira, mas também a representação social de violência e subjugação da mulher.

Assim, pode-se dizer que a representação de uma experiência de agressão vivenciada por uma mulher em seu círculo familiar modificou-se completamente com o advento da Lei Maria da Penha. Um dos efeitos proporcionados pela referida lei foi a inserção de robustos significados à categoria “violência doméstica”, que passou a simbolizar um ato automática e irrestritamente reprovado, associando-o a um problema de ordem social, e não mais particular. O enunciado que antes somente conseguia ser expresso juridicamente como uma lesão corporal de natureza leve, sem maiores consequências do que o pagamento de cestas básicas, modifica-se por completo com o aparecimento da categoria “violência doméstica” e suas potentes pré-compreensões.

Como todo paradigma que rompe com uma ordem social pré-estabelecida, a Lei Maria da Penha passou por alguns questionamentos dentro da ordem jurídica até então vigente, ainda

9 REBELLO, Arlanza M. R. Para Mudar o Rumo da Prosa: Um Novo Olhar Sobre a Lei 11.340/2006 Lei Maria da Penha. In: *Gênero, sociedade e defesa de direitos: a Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher*. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2017, p. 48.

10 Quanto aos processos que culminaram na promulgação da Lei Maria da Penha, importa registrar que tanto a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (mais conhecida como Convenção de Belém do Pará), ratificada pelo Brasil em 1995, quanto a Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (a Convenção CEDAW, da ONU), ratificada pelo Brasil em 1984, e sua Recomendação Geral 19, de 1992, determinam a incorporação na legislação interna de normas que lidem de forma específica com a violência contra a mulher, como explica Valéria Pandjarian (2006). Com efeito, aponta Wânia Pasinato (2015), a criação da Lei Maria da Penha foi fruto de forte mobilização de feministas, que continuamente buscaram que as demandas das mulheres fossem ouvidas pelo Poder Público e seus direitos fossem reconhecidos. Uma aplicação integral da referida lei, ressalta a autora, demanda uma atuação conjunta dos três poderes da República, o que denota tanto a complexidade do problema da violência contra a mulher, quanto a sofisticação da referida lei.

pouquíssimo familiarizada com temas e provocações trazidas pela nova legislação. A própria constitucionalidade da Lei Maria da Penha precisou ser confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, através da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19¹¹, diante da resistência de alguns julgadores em aplicar a nova legislação, sob argumentos de que a lei promoveria tratamento desigual entre os gêneros.

Ainda que confirmada a constitucionalidade da lei, questionamentos de diversas ordens ainda rondaram a aplicabilidade da mesma. Nesse sentido, a jurisprudência que se desenvolveu no Superior Tribunal de Justiça contribuiu para o afastamento de hesitações e incertezas de um Judiciário que se deparou com algumas situações até então inéditas, evitando que decisões não antenadas com o escopo da lei acabassem por desconfigurá-la por completo.

Com efeito, e como lembram Lois e Freitas, o Direito e seus aplicadores ainda enfrentam alguns impasses epistemológicos que impõem obstáculos a uma plena consideração da voz das mulheres e à satisfação dos seus interesses¹². E, apesar de sua contribuição no processo de superação desses impasses, o STJ também apresenta marcas desse mesmo problema, o que é mostrado na pesquisa que se pretende apresentar.

A pesquisa sobre a qual versa este artigo pretendeu observar de que maneira o gênero se mostrou privilegiado ou não, na discussão dos assuntos mais recorrentes no âmbito jurisdicional do STJ, enquanto categoria determinante para a tomada de decisão. Em linhas gerais, e como será exposto a seguir, foi realizada uma leitura dos acórdãos que versam sobre violência doméstica publicados pela corte nos onze primeiros anos de Lei Maria da Penha no STJ, procurando mapear as discussões mais recorrentes nos mesmos para, em seguida, observar como o gênero as atravessou ou não.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19*. Relator: Min. Marco Aurélio Mello, 09 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199845>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

12 LOIS, Cecília; FREITAS, Lucia. Acórdãos do STF sobre Lei Maria da Penha: um estudo piloto da relação direito, gênero e linguagem. In: OLIVEIRA JUNIOR, José A. de; MENDES, Regina L. T.; SCAMARELLA, Maria L (Org.). *Sociologia, antropologia e cultura jurídicas*. Curitiba: CONPEDI/UNICURITIBA, 2013.

1. METODOLOGIA DA PESQUISA

A escolha do STJ como Tribunal a ser estudado se justificou pelo fato de que essa instância recursal contempla casos de todo o Brasil, o que permite uma leitura menos restrita dos julgamentos de casos que versam sobre a aplicação da Lei Maria da Penha. Além disso, essa Corte cria jurisprudência a ser seguida pelos tribunais inferiores, de maneira que ela determina, de alguma maneira, como as outras instâncias devem encarar determinados assuntos, como o que tange à presente discussão.

Ademais, a análise dos acórdãos ali produzidos permite uma leitura do comportamento argumentativo dos tribunais inferiores, quando há citação das decisões deles emanadas, que os ministros e ministras, invariavelmente, analisam. De todo modo, o que foi determinante, acima de tudo, para essa escolha foi o fato de o STJ ter a capacidade de influenciar o posicionamento do Judiciário brasileiro nos assuntos que são de sua competência, isto é, na interpretação de leis federais.

Isso posto, foi realizada uma pesquisa documental, através de uma análise do inteiro teor dos julgados disponibilizados no sítio eletrônico do Tribunal¹³, a partir do método da teoria fundamentada em dados. A pesquisa foi dividida em duas etapas. Primeiramente, identificou-se a necessidade de definição de palavras-chave e do marco temporal para um recorte analítico preciso. Diante disso, através da ferramenta de busca de jurisprudência no referido sítio, foram selecionados os acórdãos que dispunham, de maneira geral, a combinação das palavras “Maria” e “Penha”.

Esse levantamento não prescindiu de um necessário recorte cronológico. Por isso, a pesquisa delimitou o período que se estendeu de 01/01/2008 a 31/12/2018, porque, como explicado, identificou-se que os casos que versam sobre a Lei Maria da Penha, criada em 2006, só começaram a aportar de maneira mais significativa no Tribunal em comento a partir de 2008. O ano final de 2018 se justifica pela importância ora reconhecida de ten-

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pesquisa jurisprudencial. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>. Acesso em 30 out. 2021.

tar compreender o desenho dos julgamentos nos onze primeiros anos de presença dos referidos julgados no STJ.

A segunda etapa, por sua vez, consistiu na leitura minuciosa do inteiro teor dos julgados, destacando os pontos importantes e que se repetiam com maior frequência. Nesse ensejo, foram identificados e descartados os acórdãos que não tratavam da aplicação da referida lei, tendo sido incluídos nos resultados da pesquisa no sítio por possuírem, em seu corpo, de maneira aleatória, as palavras-chave mobilizadas, como quando da mera denominação de partes litigantes.

A leitura cuidadosa dos acórdãos remanescentes permitiu a obtenção de dados quantitativos e qualitativos, uma vez que tanto foram efetuados cálculos em cima dos assuntos mais abordados, como também foi examinada a forma como tais assuntos eram trabalhados pela Corte, procurando verificar se uma perspectiva de gênero teve alguma influência na conclusão.

O número total de acórdãos analisados por ano, no período contemplado, foi de dezenove em 2008, vinte e quatro em 2009, quarenta e seis em 2010, cinquenta e sete em 2011, cinquenta e três em 2012, quarenta e cinco em 2013, setenta e um em 2014, setenta e seis em 2015, setenta e oito em 2016, setenta e oito em 2017 e sessenta e seis em 2018, totalizando seiscentos e treze acórdãos. Nota-se uma crescente no número de acórdãos que chegaram ao STJ ao longo dos anos.

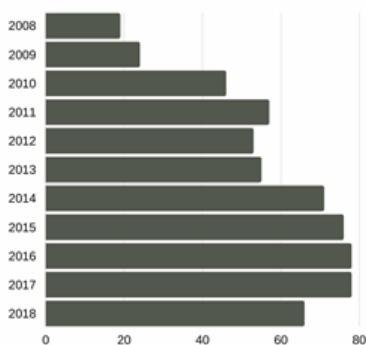


Gráfico 1: número de acórdãos por ano.

Nos julgados examinados, os assuntos que mais se repetiram foram os que versam sobre 1) o condicionamento da ação à representação da vítima; 2) o cabimento de retratação por parte desta e 3) de suspensão condicional do processo nos casos de violência doméstica; 4) a possibilidade de reparação à vítima por danos morais; 5) a possibilidade de substituição da pena por restritivas de direito; 6) a caracterização do descumprimento da lei como crime de desobediência; 7) a aplicabilidade da lei em casos de relações de parentesco diversas da conjugal, 8) de violência entre ex-namorados e 9) em relações homoafetivas; 10) a aplicabilidade do princípio da bagatela em casos de violência doméstica; e 11) a necessidade de comprovação, por parte da vítima, da violência sofrida.

Tendo isso em vista, para a esquematização dos dados referentes a essas constantes, elas foram organizadas na forma de onze perguntas, quais sejam:

1. Quanto ao condicionamento da ação à representação da vítima em casos de violência doméstica, o STJ entende que a ação é pública incondicionada?¹⁴
2. O STJ entende que cabe retratação da vítima em ações sobre casos de violência doméstica?¹⁵
3. Quando em casos nos quais vítima e agressor possuem relação de parentesco diversa da conjugal – como no caso de violência contra sobrinhas, enteadas, irmãs, mães, entre outras –, o STJ entende que a Lei Maria da Penha deve ser aplicada?
4. O STJ entende que o descumprimento da medida protetiva, em virtude de condenação por violência doméstica, é crime de desobediência?¹⁶

14 A ação pública incondicionada, diferente da condicionada à representação, independe de manifestação prévia de consentimento da ofendida, agindo assim o Ministério Público de ofício. Vide: BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de direito penal volume 1*: parte geral. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

15 A retratação é causa extintiva da punibilidade, deixando o réu isento da pena e se manifesta através de um pedido de desculpas por parte do réu. Vide: BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de direito penal volume 1*: parte geral. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

16 Conforme o art. 330 do Código Penal, crime de desobediência se trata da conduta de desobedecer a uma ordem legal de funcionário público.

5. O STJ considera aplicável a Lei Maria da Penha em casos de namorados e/ou ex-namorados?
6. O STJ entende que cabe aplicação da Lei Maria da Penha em relações homoafetivas?
7. O STJ entende que a suspensão condicional do processo é aplicável à Lei Maria da Penha?¹⁷
8. O STJ considera que há possibilidade de substituição da pena por restritivas de direito?¹⁸
9. O STJ entende que cabe danos morais à vítima?
10. O STJ considera que à violência doméstica se aplica o princípio da bagatela?¹⁹
11. O STJ considera que há necessidade de comprovação da prática delitiva por parte da vítima?

Além disso, a essas onze perguntas, foram estabelecidas três respostas padronizadas para a elaboração de cálculos estatísticos para a compreensão do comportamento geral da Corte ao longo dos anos: “sim”, “não” e “não se aplica”. Isso porque era o interesse inicial da pesquisa destacar qual foi o entendimento do STJ sobre cada tema discutido. A resposta “sim” dizia respeito aos julgados nos quais a resposta à questão era positiva; a resposta “não” dizia respeito àqueles nos quais a resposta era negativa; e “não se aplica” dizia respeito aos julgados nos quais o tema sobre o qual versava determinada questão não aparecia, ou quando o julgado não versava sobre a aplicação da Lei Maria

17 A suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/9, é uma medida despenalizadora cabível em crimes de menor potencial ofensivo e com pena de até um ano. Vide BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020.

18 Conforme prevê o art. 44 do Código Penal, existe a possibilidade de uma pena, sob determinadas condições, ser revertida em restritiva de direitos. Essas penas são uma espécie de pena alternativa, como a prestação pecuniária, a perda de bens ou valores, a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos e outros.

19 Este princípio determina a não punição de crimes que geram uma ofensa irrelevante ao bem jurídico protegido pelo tipo penal. Vide: BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de direito penal volume 1*: parte geral. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

da Penha, mas o termo aparecia quando da busca empreendida no sítio eletrônico por motivos diversos – como, por exemplo, quando era citada, de forma tangencial, mas não se tratava de um julgamento sobre sua aplicação.

O estudo dos dados levantados resultou na elaboração de gráficos que permitiram uma melhor visualização tanto da proporção com que os assuntos destacados são levados ao Tribunal ao longo do tempo, quanto da maneira como o STJ se posiciona em relação a eles.

2. A CONSTRUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PELO STJ

Durante a sistematização dos dados obtidos na pesquisa, a análise dos posicionamentos do STJ no que diz respeito às perguntas supracitadas foi dividida em anos, de maneira que se pôde observar quais foram os temas mais controversos ao longo dos anos. Complementarmente, foi pesquisado o que se pacificou na jurisprudência da Corte, que mudanças houve – com a edição de súmulas – e o que começou a ser mais discutido recentemente.

A primeira pergunta da pesquisa (“O STJ entende que a ação, em casos de violência doméstica, é pública e incondicionada à representação da vítima?”) foi a que mais vezes apareceu nos acórdãos analisados. Dos seiscentos e treze acórdãos, cento e cinco trataram do tema, dentre os quais cinquenta e oito apresentavam decisão entendendo que as ações não eram incondicionadas públicas – comportamento identificado, principalmente, nos primeiros anos – e quarenta e sete nos quais os magistrados entendiam o contrário, comportamento identificado nos julgados mais recentes.

Ainda sobre esse tema, mais especificamente de 2008 a 2011, a maior parte da jurisprudência afirmava que a ação não seria incondicionada pública. Em 2012, porém, ocorre uma virada na jurisprudência, que se mantém nos anos subsequentes, se consolidando no sentido de considerar que esse tipo de ação é,

de fato, incondicionada pública, entendimento que foi pacificado em 2015 por meio da Súmula nº 542 do STJ²⁰.

Já no que diz respeito à segunda pergunta formulada (“O STJ entende que cabe retratação da vítima em ações sobre casos de violência doméstica?”), notou-se que os entendimentos se modificaram ao longo do tempo, de maneira inversamente proporcional ao que ocorreu com o tema sobre o qual versa o parágrafo anterior. Nesse quesito, o que se identificou foi que, enquanto se entendia que a ação movida em virtude de violência doméstica não se tratava de uma ação incondicionada pública, também se entendia que cabia retratação. Na mesma proporção, conforme passou a se entender que a ação é incondicionada pública, passou-se a julgar que não caberia a retratação.

De um ponto de vista jurídico, isso conecta a primeira e a segunda questão, pois, na ação penal pública condicionada, a retratação está ligada à representação da vítima. Isso porque, enquanto se entendeu que cabia apenas à vítima dar início à ação penal por meio de representação, era possível conceber, consequentemente, que também era facultado a ela optar pela retratação antes do oferecimento da denúncia, o que impediria que a ação prosseguisse – por meio da atuação do Ministério Público²¹. Foi reconhecendo essa situação que a jurisprudência sedimentou o entendimento de que não poderia ficar a cargo da mulher que sofreu a violência optar pela continuidade do processo.²²

A relação entre ambas as perguntas fica evidente na comparação entre os seguintes gráficos:

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 542. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=%28sumula%20adj1%20%27542%27%29.sub.#TIT1TEMA0>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

21 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I. 19ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 855.

22 Segundo elucidação de Maria Lúcia Karam (2015), houve, à época, divergências entre feministas que defendiam a importância de a última palavra sobre a propositura da ação ser a da mulher, e as que entendiam, por outro lado, que não deixar que uma mulher permanecesse no ciclo da violência era mais importante que a garantia de sua autodeterminação, divergências estas que surgiram, também, entre os demais juristas.

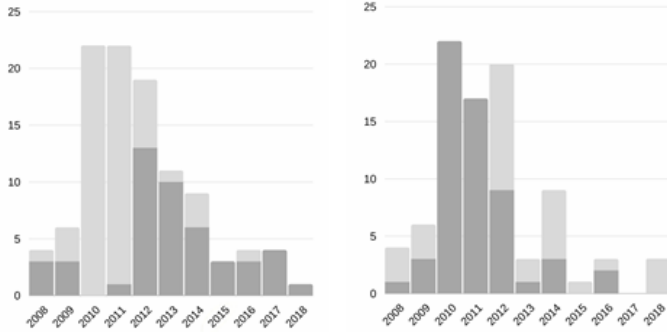


Gráfico 2: sobre a condicionalidade ao longo dos anos. Legenda: em grafite, as respostas positivas, em cinza claro, as respostas negativas. Gráfico 3: sobre o cabimento de retratação ao longo dos anos. Legenda: em grafite, as respostas positivas, em cinza claro, as respostas negativas.

Sobre a terceira pergunta (“O STJ entende que a Lei Maria da Penha deve ser aplicada em casos nos quais vítima e agressor possuem relação de parentesco diversa da conjugal?”), cabe uma explicação. Esse não é um dos tópicos mais discutidos, mas sua importância foi reconhecida ao longo da pesquisa, pelo fato de as discussões atravessadas apresentarem, em alguma medida, o debate sobre se a lei em comento considera apenas o gênero da vítima ou se sua aplicação está condicionada ao tipo de relação entre vítima e agressor, exigindo uma relação conjugal.

No HC 175.816 – RS (2010/0105875-8), julgado em 2013, por exemplo, que trata de ameaça de nora à sogra, defende-se que deve se dar ao conceito de violência doméstica contra a mulher uma interpretação restritiva, motivo pelo qual concedeu o pedido de HC da paciente. Nesse acórdão, o relator assevera que, se relações como essa se inserissem na hipótese de aplicabilidade da Lei Maria da Penha, “qualquer delito que envolvesse relação entre parentes poderia dar ensejo à aplicação da referida lei, inviabilizando-se, inclusive, o funcionamento do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher”²³.

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Habeas Corpus 175.816/RS*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 20 de junho de 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23553475/habeas-corporus-hc-175816-rs-2010-0105875-8-stj/inteiro-teor-23553476>>. Acesso em: 22 mai. 2021.

Apesar disso, há ainda casos de violência doméstica entre cônjuges de sexos distintos, nos quais os magistrados entendem pela inaplicabilidade da lei. Um exemplo é o AgRg no REsp 1574112 / GO 2015/0313677-6, julgado em 2016, no qual os ministros alegam não haver relação de submissão entre o agressor e sua esposa, entendendo que “para a aplicação da Lei 11.340/2006, não é suficiente que a violência seja praticada contra a mulher e numa relação familiar, doméstica ou de afetividade, mas também há necessidade de demonstração da sua situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência, numa perspectiva de gênero”²⁴.

De todo modo, a análise quantitativa identifica que, apesar de esse não ser um dos tópicos mais discutidos, ele aparece pelo menos uma vez em todos os anos. Não há jurisprudência consolidada a seu respeito, ainda que o entendimento majoritário seja a favor da aplicação da Lei Maria da Penha em qualquer um dos casos nos quais há relação de parentesco entre vítima de gênero feminino e agressor ou agressora. Nesse sentido, em vinte e oito dos quarenta e três acórdãos que discutiram o assunto, entendeu-se que a Lei Maria da Penha se aplica a casos familiares não conjugais; e em quinze, entendeu-se o oposto.

A quarta pergunta (“O STJ entende que o descumprimento da medida protetiva, em virtude de condenação por violência doméstica, é crime de desobediência?”), sobre a qualificação do descumprimento da medida protetiva como crime de desobediência – que ocorre quando o réu, conhecendo a ordem judicial, não a cumpre, resistindo a ela ou infringindo-a²⁵ –, se tornou muito relevante a partir de 2014, quando a jurisprudência começou a entender que não se trataria de crime de desobediência, o que se consolidou em 2018 com a Lei nº 13.641. Esse tema, importa dizer, aparece pela primeira vez em 2011, e até 2013 se entende que seria, de fato, crime de desobediência.

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial 1574112/GO*. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 18 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863060007/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1574112-go-2015-0313677-6/inteiro-teor-863060017?ref=serp>>. Acesso em: 22 mai. 2021.

25 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 865.

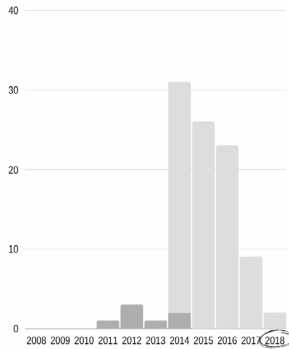


Gráfico 4: sobre a qualificação do descumprimento de medida protetiva como crime de desobediência. Legenda: em grafite, as respostas positivas, em cinza claro, as respostas negativas. Destaque para os números dos anos de 2014 e 2018, importantes na discussão do assunto.

Já a quinta pergunta (“O STJ considera a Lei Maria da Penha aplicável em casos de namorados e/ou ex-namorados?”) apareceu em trinta acórdãos. Em vinte e oito deles, a resposta foi positiva, e negativa em apenas dois – acórdãos CC 91980 (2007/0275982-4 - 05/02/2009) e HC 212.767 - DF (2011/0159507-5). No entanto, importa apontar uma constatação feita por meio da leitura dos acórdãos, qual seja a de que o entendimento sobre aplicabilidade da referida lei nos casos nos quais se julga o cometimento de violência no âmbito dessas relações não necessariamente se justifica pela existência dessa relação entre as partes.

Exemplo explicativo disso é o caso do acórdão CC 92591 (2007/0298914-6 - 16/03/2009). Ali, os magistrados enfatizaram que desavenças entre namorados e ex-namorados não deveriam ser tipificadas como crime de natureza doméstica. No voto relator, foi dito que o fato de a vítima estar grávida revelava que as partes ainda tinham intimidade à época da agressão, mesmo sendo ex-namorados. Ou seja, a Lei Maria da Penha só foi aplicada nesse caso de ex-namorados porque a vítima estava grávida.

De todo modo, observe-se que esse tema apareceu mais nos primeiros anos do que nos últimos. No espaço de tempo estudado, houve uma pacificação da jurisprudência no sentido de en-

tender que cabe a aplicação da Lei Maria da Penha nesses casos, o que foi reforçado pela Súmula n° 600 do STJ²⁶, publicada em 2017, que afirma que a Lei Maria da Penha não exige a coabitação entre autor e vítima.

Em sequência, no que se refere à discussão, no Tribunal, sobre a aplicabilidade da Lei Maria da Penha em casos de violência em relações homoafetivas (“O STJ entende que cabe aplicação da Lei Maria da Penha em relações homoafetivas?”), identificou-se que o tema foi discutido apenas duas vezes: uma em 2012 – acórdão RHC 30.923 - PR (2011/0179763-2) – e outra em 2018 – acórdão HC 413357 - MG (2017/0210671-5) –, sendo que em ambas o entendimento dos ministros foi de que caberia a aplicação da Lei Maria da Penha.

Ainda que, em números absolutos, as relações homoafetivas sejam pouco impactantes perante os demais dados quantitativos que se destacaram, elas são relevantes para o recorte qualitativo da pesquisa, pois traz a discussão, mesmo que breve e residual, acerca da forma como o Judiciário compreende que essa questão atravessa essas relações. O exame do resultado desses julgados permitiu perceber se a Corte enxerga tanto a profundidade dessas relações – uma vez entendidas como verdadeiras relações de afeto –, quanto a importância do gênero da vítima para a tipificação da conduta analisada, como também a (não) importância do gênero da pessoa agressora para se determinar se se trata de crime de violência doméstica contra a mulher.

A questão seguinte (“O STJ considera que a suspensão condicional do processo é aplicável à Lei Maria da Penha?”) foi discutida em cinquenta e nove do total de acórdãos. Na maioria deles – precisamente, em cinquenta e cinco acórdãos – entendeu-se que essa suspensão não pode ser aplicada nesses casos. Com efeito, em 2015, a Súmula n° 536 do STJ²⁷ reforçou essa posição, afirmando o não cabimento da suspensão condicional do proces-

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 600*. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27600%27\).sub.#TIT1TEMA0](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27600%27).sub.#TIT1TEMA0)>. Acesso em: 01 dez. 2020.

27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 536*. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27536%27\).sub.#TIT1TEMA0](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27536%27).sub.#TIT1TEMA0)>. Acesso em: 01 dez. 2020.

so ou da transação penal na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.

O instituto da suspensão condicional do processo se popularizou com o advento da Lei nº 9.099/95 – a Lei dos Juizados Especiais –, se aplicando aos chamados “delitos de menor potencial ofensivo”. E o não cabimento desse instituto em casos que versam sobre violência doméstica e familiar contra a mulher se justifica pelo fato de que o art. 41, da Lei nº 11.343/06 proíbe a aplicação da Lei dos Juizados Especiais nesse âmbito. Isso significa dizer que a Lei Maria da Penha visa a erradicar uma violência grave.

Contrariando a tendência patriarcal de tratar essa violência como algo menor, ou suas vítimas como dignas de um cuidado especial por parte do Estado, a Lei Maria da Penha se qualifica como uma proposta que reconhece a particularidade desse tipo de violência, na medida em que permite defini-la como grave. Na explicação de Valéria Pandjarian, “a natureza específica da relação interpessoal entre vítima e agressor (...) majora (e não minora) o potencial ofensivo dos crimes cometidos contra as mulheres no âmbito da violência doméstica e familiar”²⁸. A esse entendimento, porém, não se segue uma conclusão punitivista, mas o reconhecimento de que ela não pode ser analisada da mesma forma como as outras.

Uma leitura de gênero dessa realidade pode destacar a necessidade de se encontrar alternativas para contornar a condição de vulnerabilidade das mulheres, saída esta que, entende-se aqui, não precisa ser um uso mais rigoroso do poder punitivo do Estado, mas a criação de mecanismos que evitem a reiteração da prática delitiva. Com efeito, como ressalta Adriana Mello a respeito da Lei Maria da Penha, “[e]sta lei reforçou a abordagem feminista da criminalização e propôs, em simultâneo, um tratamento multidisciplinar, estabelecendo medidas protetivas – além das criminais – para o enfrentamento da violência doméstica”²⁹.

28 PANDJIARIAN, Valéria. Balanço de 25 anos da legislação sobre a violência contra as mulheres no Brasil. In: DINIZ, Simone G; SILVEIRA, Lenira P.; LIZ, Mirian A. (Org.). Vinte e cinco anos de respostas brasileiras em violência contra a mulher (1980-2005): Alcances e limites. São Paulo: Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde, 2006.

29 MELLO, Adriana Ramos de. *Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo jurídico, 2017.

De todo modo, para efeitos de uma análise do comportamento jurisdicional dos ministros e ministras da Corte, cabe dizer que os acórdãos nos quais se entendeu que esse instituto não é aplicável a esse tipo de violência não necessariamente são compostos por argumentos que vão integralmente no mesmo sentido da decisão final. Em outras palavras, a decisão do relator e seus argumentos apresentados não necessariamente guardam coerência entre si. Exemplo disso são os acórdãos onde relatores negam os pedidos de substituição da pena, mas ressalvam que o fazem para manter a decisão em consonância com a posição de costume, com a qual, no entanto, não concordam pessoalmente.

Exemplo disso é o RHC 31.661 - SP (2011/0284428-9), julgado em 2013, no qual a ministra relatora nega provimento ao recurso alinhando-se à posição já pacificada – embora ainda não sumulada – no STJ no sentido de não ser cabível a suspensão condicional do processo às hipóteses de infrações perpetradas com violência contra a mulher. No entanto, faz uma ressalva dizendo que, particularmente, entende ser possível tal instituto despenalizador na hipótese de contravenção.

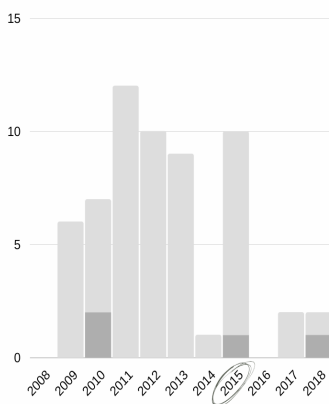


Gráfico 5: sobre a aplicabilidade da suspensão condicional do processo nos casos de julgamento de violência doméstica. Legenda: em grafite, as respostas positivas, em cinza claro, as respostas negativas. Destaque para o ano de 2015, quando foi publicada a súmula, e para o de 2018, quando decisões contrárias à mesma voltaram a ser emitidas.

Já o tratamento, no Tribunal, da possibilidade de substituição da pena por medidas restritivas de direito apareceu sessenta vezes. Em cinquenta e uma delas, o entendimento foi de que não cabia tal substituição, e em nove se entendeu que sim. Em 2017, a Súmula nº 588 do STJ dispôs que “a prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos”³⁰.

Ainda assim, em 2017, dois dos treze acórdãos onde se discutia o tema apresentaram decisão favorável à referida substituição – acórdãos HC 387578 - RJ (2017/0024862-7) e AgInt no REsp 1562736 - RJ (2015/0271238-0). Em 2018, por sua vez, dois de dez julgados com a mesma discussão apresentaram decisão em desacordo com a súmula – acórdãos AgRg no REsp 1691667 – (RJ 2017/0211600-4) e HC 437535 - SP (2018/0036864-5).

A discussão sobre o cabimento de condenação a pagamento de danos morais para a vítima de violência doméstica surgiu pela primeira vez em 2018, em dois acórdãos, que entenderam que cabia a condenação ao pagamento de danos morais – acórdãos REsp 1675874 - MS (2017/0140304-3) e REsp 1643051 - MS (2016/0325967-4). Apesar de fora do âmbito temporal da pesquisa, vale ressaltar que em 2019 foi promulgada a Lei nº 13.871, que acrescentou, ao agressor, a obrigação de ressarcir todos os danos causados pela violência, considerados tanto os efeitos causados à vítima, quanto a oneração causada ao Estado³¹.

Por sua vez, a aplicabilidade do princípio da bagatela – ou da insignificância – em casos de violência doméstica, foi identificado como outro debate recente. Aparecendo em cinco acórdãos, quatro em 2016 – acórdãos AgRg no AREsp 535917 - MS (2014/0154875-7), REsp 1593430 - RJ (2016/0100366-3), HC 333195 - MS (2015/0200666-0) e AgRg no HC 319872 - MS (2015/0070097-9) – e um em 2017 – acórdão AgInt no HC 369673 - MS (2016/0231134-

30 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 588*. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27588%27\).sub.](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27588%27).sub.)>. Acesso em: 01 dez. 2020.

31 BRASIL. *Lei nº 13.871*, de 17 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13871.htm>. Acesso em: 01 dez. 2020.

2) –, em todos eles prevaleceu o entendimento de que não cabia a aplicação do princípio em questão, sob a justificativa da gravidade da conduta cometida e da importância do bem jurídico tutelado pela Lei nº 11.340/06. A Súmula nº 589 do STJ, de 2017, reforçou esse entendimento, enunciando ser “inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas”³².

O último assunto de destaque, mas não menos importante, acerca do entendimento sobre a necessidade de comprovação da prática delitiva por parte da vítima (“O STJ considera que há necessidade de comprovação da prática delitiva por parte da vítima?”), apareceu vinte e duas vezes, nas quais foi unânime o entendimento de que não cabe à vítima a responsabilidade de comprovar o delito, mas sim ao Estado.

Antes de concluir a apresentação de resultados, importa comentar, ainda, a proporção em que as onze constantes aparecem nos acórdãos. Nesse ensejo, é importante ressaltar, em primeiro lugar, que alguns dos acórdãos podem discutir sobre o assunto de mais de uma constante, o que afeta a contagem da proporção entre total de casos e de incidência das constantes. Em segundo lugar, é preciso salientar que as onze constantes destacadas na pesquisa não estavam presentes em todos os acórdãos estudados, como, espera-se, tenha restado evidente.

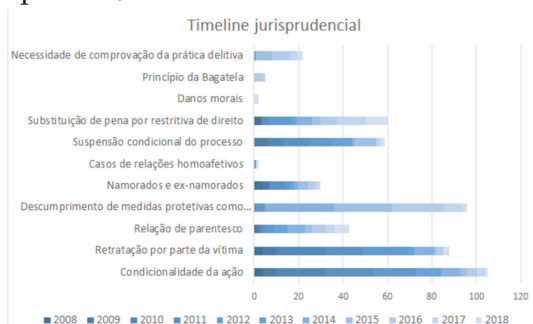


Gráfico 6: linha do tempo jurisprudencial e proporção comparativa de aparecimento constantes.

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 589*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalm/Portals/0/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-09-15_08-19_STJ-edita-seis-novas-sumulas.asp>. Acesso em: 02 dez. 2020.

Sendo assim, considerando a soma dos acórdãos de julgados de todos os anos pesquisados, 17% dos acórdãos debateram se a Lei Maria da Penha é incondicionada pública; 16% se o descumprimento de medidas protetivas é crime de desobediência; 14% se cabe retratação; 10% a possibilidade de substituição da pena por medidas restritivas de direito; 10% a possibilidade de suspensão condicional do processo; 7% a aplicação em caso de relações de parentesco diversas da conjugal; 5% se cabe a Lei Maria da Penha em caso de namorados e ex-namorados; 4% a necessidade de comprovação do crime pela vítima; 0,8% a possibilidade de aplicação do princípio da bagatela; 0,3% se deve ser aplicada a Lei Maria da Penha no caso de relações homoafetivas; e 0,3% a possibilidade de recebimento de danos morais pela vítima.

CONCLUSÃO

Com os resultados apresentados e as discussões enfrentadas, não se teve a pretensão de apresentar um tema novo para debate, muito menos exaurir as discussões acerca da forma como o STJ, em primeiro lugar, e o Poder Judiciário, por extensão, se comportam no julgamento de casos que versam sobre violência doméstica. Isso, porém, não retira da pesquisa aqui apresentada a tentativa de mostrar algumas conclusões a respeito do comportamento jurisdicional do STJ no julgamento desses casos nos primeiros onze anos em que ela apareceu na referida Corte.

Nesse sentido, as constantes retiradas da leitura dos acórdãos mostram quais assuntos são mais levados ao STJ, e os números apresentados apontam o caminho que a Corte seguiu em cada um desses temas. Além disso, a reconstrução argumentativa dos discursos proferidos nos julgados levou à conclusão de que, apesar de a análise numérica dos dados finais extraídos das decisões permitir, de maneira precípua geral, uma avaliação positiva do comportamento jurisdicional desde uma perspectiva de gênero, tal avanço não necessariamente se confirma.

Isso porque a decisão – isto é, o entendimento acerca da aplicabilidade da Lei Maria da Penha em determinados casos,

ou do cabimento de determinados institutos no julgamento de caso de violência doméstica contra a mulher – não necessariamente espelha a linha argumentativa percorrida pelo magistrado ou magistrada ao longo de seu voto, normalmente seguido pelos demais ministros e ministras.

Em outras palavras, o entendimento acerca da aplicabilidade ou não da lei em tela, ou de institutos jurídicos específicos quando de sua apreciação em algum caso de violência doméstica, não necessariamente está em consonância com o argumento apresentado pelo magistrado que levou essa decisão, ou com as próprias convicções do relator quanto ao cabimento ou não do que se aprecia. Isso, espera-se, restou evidente nos exemplos comentados na análise dos números de algumas das constantes levantadas.

Espera-se, também, que se tenha entendido que a Corte nem sempre se mantém fiel à sua própria jurisprudência, isto é, às súmulas que ela mesma editou e às pacificações às quais chegou, havendo casos nos quais os magistrados e magistradas reanalisam pontos já incontroversos, chegando mesmo a ir contra eles, fazendo-lhes ressalva.

De todo modo, espera-se, sobretudo, e de maneira mais ampla, que a forma como foram explicados esses temas contribua, em alguma medida, para uma radiografia da maneira como o sistema jurídico brasileiro, entre seus operadores e aplicadores, opera nesse campo. Isto é, que se identifique quais conceitos são mobilizados de maneira geral, quais argumentos são trazidos, endossados ou marginalizados por eles, e qual é o comportamento do STJ no que diz respeito a esses assuntos, com o passar do tempo.

Como a pesquisa demonstrou, houve importantes mudanças legislativas e jurisprudenciais no que tange à proteção dos direitos das mulheres e consideração de suas experiências – ainda que essas mudanças tenham sido reiteradamente atravessadas por divergências, como se mostrou.

Mas uma vagarosa evolução tanto nesse quesito quanto no aumento da conscientização das mulheres sobre a possibi-

lidade de recorrerem ao Estado para garantir seus direitos – identificado pelo aumento de casos ao longo dos anos, apesar de ter havido alguns anos em que se verificou uma inflexão nesses números – não significa que a condição de violência em que elas sistematicamente se encontram tenha regredido. Ainda há muitas pesquisas a serem feitas e muitas transformações a acontecer. ❖

REFERÊNCIAS

AGENCE FRANCE-PRESSE. Pandemia de Covid-19 fez violência contra a mulher disparar em todo o mundo. *O globo*, 23 nov. 2020, Celina. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/celina/pandemia-de-covid-19-fez-violencia-contra-mulher-disparar-em-todo-mundo-24761185>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de direito penal volume 1: parte geral*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. *Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020.

_____. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020.

_____. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020.

_____. *Lei nº 13.871*, de 17 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13871.htm>. Acesso em: 01 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Pesquisa jurisprudencial. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>. Acesso em 30 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Habeas Corpus 175.816/RS*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 20

de junho de 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23553475/habeas-corporus-hc-175816-rs-2010-0105875-8-stj/inteiro-teor-23553476>>. Acesso em: 22 mai. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial 1574112/GO*. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, 18 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863060007/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1574112-go-2015-0313677-6/inteiro-teor-863060017?ref=serp>>. Acesso em: 22 mai. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 536*. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27536%27\).sub.#TIT1TEMA0](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27536%27).sub.#TIT1TEMA0)>. Acesso em: 01 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 542*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=%28sumula%20adj1%20%27542%27%29.sub.#TIT1TEMA0>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 588*. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27588%27\).sub.](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27588%27).sub.)>. Acesso em: 01 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 589*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaltp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-09-15_08-19_STJ-edita-seis-novas-sumulas.aspx>. Acesso em: 02 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 600*. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27600%27\).sub.#TIT1TEMA0](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27600%27).sub.#TIT1TEMA0)>. Acesso em: 01 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 19*. Relator: Min. Marco Aurélio Mello, 09 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/pagi>

nadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em: 30 nov. 2020.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I. 19ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

KARAM, Maria Lúcia. Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas. *Blog da Boitempo*, ago. 2015. Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/2015/08/17/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

LOIS, Cecília; FREITAS, Lucia. Acórdãos do STF sobre Lei Maria da Penha: um estudo piloto da relação direito, gênero e linguagem. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José A. de; MENDES, Regina L. T.; SCAMARELLA, Maria L (Org.). *Sociologia, antropologia e cultura jurídicas*. Curitiba: CONPEDI/UNICURITIBA, 2013.

MELLO, Adriana Ramos de. *Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo jurídico, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 865.

OLSEN, Francis. El sexo del derecho. Tradução de Mariela Santoro e Christian Courtis. In: David Kairys (Ed.). *The Politics of Law*. Nova Iorque, Pantheon, 1990.

PANDJIARJIAN, Valéria. Balanço de 25 anos da legislação sobre a violência contra as mulheres no Brasil. In: DINIZ, Simone G; SILVEIRA, Lenira P.; LIZ, Mirian A. (Org.). *Vinte e cinco anos de respostas brasileiras em violência contra a mulher (1980-2005): Alcances e limites*. São Paulo: Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde, 2006.

PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos. *Revista direito GV*, v. 11, n. 2, São Paulo, Jul./Dez. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322015000200407&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 1 dez. 2020.

REBELLO, Arlanza M. R. Para Mudar o Rumor da Prosa: Um Novo Olhar Sobre a Lei 11.340/2006 Lei Maria da Penha. *In: Gênero, sociedade e defesa de direitos: a Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher*. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2017.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Revista Educação e realidade*, v. 20, n. 2, pp. 71-99, 1995.

Eficácia Contra Terceiros da *Mediação* Privada Independentemente de Homologação Judicial

Edivaldo Alvarenga Pereira

Facilitador de Diálogo em Círculos Restaurativos. Professor do Curso de Formação de Mediadores da AB-CMRJ, em parceria com a OAB/RJ. Mediador Judicial Sênior certificado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito. Especialista em Mediação e os Métodos Adequados de Solução de Conflitos. Pós-graduado em Direito Notarial e Registral e em Gestão Empresarial.

Jairo Vasconcelos Rodrigues Carmo

Foi Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor e Coordenador de Direito Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor convidado dos cursos de pós-graduação do Instituto de Direito da Pontifícia Universidade Católica (PUC-Rio). Mediador Judicial certificado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Tabelião Registrador do 4º Ofício de Registro de Títulos e Documentos na cidade do Rio de Janeiro. Escritor jurídico e literário.

RESUMO: O artigo visa a demonstrar a eficácia contra terceiros dos acordos de mediação entre particulares, independentemente de homologação judicial, invocando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que recusa homologar transações extrajudiciais. No Brasil, é usual homologar-se em juízo acordos objeto de negociações privadas, prática que os interessados buscam estender aos termos finais de mediação. A tendência à desju-

dicialização reforça o princípio da inafastabilidade da jurisdição, positivado na Constituição (art.5º, XXXV), por reservar juízes e tribunais ao julgamento dos casos indiscutivelmente litigiosos. A interconexão ao sistema notário-registral do título executivo extrajudicial, oriundo dos acordos de mediação, facilita o cumprimento das obrigações, dado os efeitos gerais da publicidade e fé pública, diferente do alcance da coisa julgada, restrita às partes do processo, e sempre pós-conflitual.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação, Acordos, Homologação, Cumprimento, Registro Público.

ABSTRACT: This article aims at demonstrating the effectiveness against third parties of mediation agreements between private parties, regardless of judicial approval, invoking jurisprudence of the Superior Court of Justice, which refuses to ratify extrajudicial transactions. In Brazil, it is usual to ratify in court agreements subject to private negotiations, a practice that interested parties seek to extend to the final terms of mediation. The trend towards de-judicialization reinforces the principle of inescapability of jurisdiction, established in the Constitution (art.5, XXXV), by reserving judges and courts for the judgment of indisputably contentious cases. The interconnection to the notary-registry system of the extrajudicial enforceable title, arising from mediation agreements, facilitates the fulfillment of obligations, given the general effects of publicity and public faith, different from the scope of *res judicata*, restricted to the parties to the process, and always post-conflictual.

KEYWORDS: Mediation, Agreements, Approval, Compliance, Public Registry.

I. NOTA PRÉVIA

Com o advento da Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre *mediação* como meio sanatório de controvérsias entre particulares e no âmbito da administração pública, reforçada pelo novo Código de Processo Civil, que consagra o mesmo método, ganha o Direito brasileiro importante ferramenta no enfrentamento da

litigiosidade forense, uma avalanche que põe em colapso os diversos órgãos de atuação do Poder Judiciário.¹

Na dicção do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 13.140/2015, considera-se *mediação* a técnica destinada a obter soluções consensuais, exercida por pessoa imparcial, sem poder decisório, escolhida ou aceita pelas partes em litígio.

Se compararmos mediação e arbitragem, concluir-se-á, facilmente, que os árbitros prolatam o que a lei chama de *sentença arbitral*, obrigatória para as partes e seus sucessores, sendo equiparada às sentenças judiciais.² A mediação, a teor do artigo 20 da Lei nº 13.140/2015, impõe a lavratura de um *termo final* – se os envolvidos lograrem *acordo* que eles mesmos constroem com ajuda do mediador. Esse termo final é qualificado de título executivo *extrajudicial*, podendo transmutar em título judicial se for homologado em juízo.³

Por este estudo, o que se busca é tornar o *termo final de mediação* um instrumento plenamente eficaz, independentemente de homologação judicial. O objetivo é conferir aos termos finais *eficácia imediata*, para todos os efeitos jurídicos. Com esse atributo, uma vez estipulado o acordo, estaria o título executivo a salvo de providências complementares, reservando juízes e tribunais ao julgamento *tempestivo* das ações em curso, segundo o princípio da razoável duração do processo⁴, que é uma das garantias previstas no artigo 5º da Constituição.

Reconhecida a eficácia geral dos termos finais de mediação, sem o manto homologatório, concretiza-se, em menor tempo, o ideal de justiça que todos perseguem. O projeto é ambicioso, a

1 Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) indicam uma *epidemia* de mais de 100 milhões de ações judiciais, estabelecendo média de uma ação para cada dois brasileiros.

2 Cf. Lei nº 9.307, de 23/9/1996, alterada pela Lei nº 13.129/2015. “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

3 Informações prestadas pela Dra. Ana Freire, que preside uma das maiores câmaras privadas de mediação na cidade de São Paulo, dão conta da cultura ali dominante de homologar todos os termos finais. Esforço de pesquisa junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro revela a falta de controle do número de homologações.

4 Cf. Constituição da República, art. 5º, LXXVIII – “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

merecer compreensão e indulgência interpretativa dos exegetas mais afortunados.

II. PERSPECTIVAS E PROBLEMA METODOLÓGICO

Diante da consolidação da mediação como técnica de pacificação de conflitos, com suas vantagens essenciais já bastante difundidas – valor da justiça colaborativa sobre a adversativa, redução da litigiosidade de *ganhar* ou *perder* e desjudicialização –, cabe perguntar qual é a perspectiva futura. A resposta surge de uma reflexão quanto aos desafios da mediação regulada pela Lei nº 13.140/2015, visando a torná-la virtuosamente eficaz.

Inúmeros trajetos poderiam servir a tal propósito. A opção, todavia, é restringir o alcance dessa investigação prospectiva à tábua principiológica do Direito Civil-Constitucional, que oferece ao intérprete-aplicador, hoje, um arsenal de soluções criativas, a operar por obra de instituições seculares, como os cartórios do serviço das notas e registros públicos, que têm se mostrado eficientes no compelir ao cumprimento de obrigações, incluindo aquelas nascidas de conflitos familiares, como moradia, partilha e divórcio.⁵

Nessa seara tormentosa, uma perspectiva destaca-se com um problema metodológico. Em perspectiva, o aspecto crítico é acelerar os efeitos da mediação atermada, em proteção à dignidade humana, sob a crença de que conflitos tardiamente resolvidos tendem a multiplicar-se exponencialmente, estimulando atos de violência psicofísica, com rupturas custosas de reatar. O problema metodológico alude à proteção e segurança do Direito Civil-Constitucional.

Vamos prosseguir com essas questões.

1. Acesso à Justiça, Mediação e Dignidade Humana.

Em verdade, diz Luís Roberto Barroso, dignidade humana e direitos humanos são duas faces da mesma moeda, ou, na ima-

⁵ Considere-se, por exemplo, o valor coativo das notificações extrajudiciais, a cargo dos Serviços de Registro de Títulos e Documentos, o protesto de títulos cambiários e documentos de dívida, as escrituras de divórcio e inventário consensuais.

gem corrente, são as duas faces de Jano: uma das faces, voltada à Filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; outra face, voltada para o Direito regrado, traduz as posições jurídicas titularizadas pelos indivíduos, objeto de normas coercitivas.⁶

No plano estritamente jurídico, o valor intrínseco da pessoa humana impõe a preservação de sua dignidade, recebendo cobertura dos direitos fundamentais, como o *direito à vida*, em torno do qual se discute pena de morte, aborto e morte assistida, e o *direito à igualdade* na lei, independente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social.

A lista é enorme, abrangendo integridade psicofísica, autonomia privada, valores comunitários e até um *mínimo existencial*,⁷ que não consta expresso em textos constitucionais e internacionais. No entanto, tem sido reconhecido que toda pessoa, para exercer sua cidadania, precisa do atendimento de necessidades vitais, sob pena de perecer.⁸ Nessa linha, anota o ministro Celso de Mello, do STF, na ADPF 45/DF, em decisão monocrática, que é devido assegurar-se aos indivíduos a integridade de um *mínimo existencial*, afastado o “arbítrio estatal”.⁹

Na Constituição Brasileira, o *mínimo existencial* insere-se no direito à educação básica, à saúde essencial, à assistência

6 Cf. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*, in Direito Civil Constitucional e outros estudos em homenagem ao professor Zeno Veloso. Coordenação: Pastora do Socorro Santos Leal. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014, p. 972.

7 A ideia do *mínimo existencial* foi cunhada na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, em várias decisões, conforme reporta Luís Roberto Barroso, *ob. e loc. cit.*, p. 976, n. 116, explicitando o desenvolvimento do tema no Brasil, como os escritos de Ricardo Lobo Torres em *O direito ao mínimo existencial*, de 2009. Em meio a outros, também sobressai abordagem de Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 223 e s.; e Eurico Bitencourt Neto, *O direito ao mínimo para uma existência digna*, de 2010. Na doutrina estrangeira, o conceito é empregado por John Rawls, *Political liberalism*, 2005, p. 228-9, aí referindo ao mínimo social (*social minimum*); e Jürgen Habermas, *Direito e democracia: entre laicidade e validade*, 1997, v. 1, p. 160, que usa a expressão “direitos fundamentais e condições de vida” para significar o desfrute de todos os direitos fundamentais.

8 Ressalte-se, contudo, que a Constituição do Canadá, por exemplo, alude à “promoção de igualdade de oportunidades para o bem-estar dos canadenses” (art. 36). Já a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, prevê, em seu art. XXV, 1: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice e outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle”.

9 Cf. RTJ 200/191.

aos desamparados e ao *acesso à justiça*.¹⁰ Por integrar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o mínimo existencial tem eficácia direta e imediata, com a natureza de uma regra implícita, que dispensa elaboração legislativa. O direito de acesso à justiça não significa redução de alcance do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição. Ao contrário, aprofunda-o a partir da introdução de procedimentos de soluções consensuais de conflitos, como conciliação, mediação e arbitragem.

Desse modo, e com essa visão expansiva, o acesso à justiça compreende todo o aparato estatal concebido à concretização de direitos contemplados pelo ordenamento jurídico, o que é dizer: compreende todos os órgãos do Poder Judiciário, como também os tribunais de arbitragem, os mediadores e as câmaras de conciliação e mediação.

2. O Problema da Segurança no Direito Civil-Constitucional.

Uma das características do Direito Civil-Constitucional é a aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas, tais como igualdade substancial, integridade psicofísica e solidariedade social, todos a gravitar no estuário da dignidade da pessoa humana.

Importa atribuir peso ponderável aos princípios nos processos de interpretação-aplicação dos direitos violados. Sua relevância decorre do caráter normativo dos princípios, ao lado das regras, segundo a distinção clássica de Ronald Dworkin.¹¹ Por essa teoria, as normas jurídicas podem ser agrupadas em regras, com maior grau de *coerção*, e princípios, com maior grau de *abstração*. Enquanto as regras reúnem o suposto fático e a consequência jurídica, os princípios anunciam valores concretizáveis, mormente ante os casos difíceis e complexos.

10 Como é intuitivo, o acesso à justiça é instrumental: serve para obter as prestações relativas ao mínimo existencial quando não tenham sido entregues voluntariamente.

11 Valho-me de citação da professora Maria Celina Bodin de Moraes, in *Perspectivas a partir do direito civil-constitucional*, estudo em homenagem ao professor Zeno Veloso, *ob. cit.*, p. 1006.

Nos países de tradição romano-germânica, o lugar por excelência de princípios jurídicos é o texto constitucional. A supremacia da Constituição prevalece na proclamação de soluções jurídicas definitivas.¹² Se a insegurança domina, na aplicação principiológica aberta, pela utilização de conceitos vagos e indetermináveis, a dubiedade reduz na presença de *mediadores particulares habilitados*, com respaldo na Lei nº 13.140/2015.

A explicação assenta numa premissa óbvia: o direito de acesso à justiça, ao instaurar um procedimento autônomo de mediação, satisfaz ao mandamento constitucional do respeito à dignidade humana como fio condutor da plena e imediata eficácia do seu *termo final*, havendo de ser análoga à autoridade das decisões judiciais.¹³

Se a mediação é um método legalmente válido de resolução de conflitos, o mais acertado é que o termo final de *acordo* valha por si mesmo, independentemente de homologação judicial. Isso de modo algum fragiliza a aspiração de segurança jurídica, porquanto, com ou sem homologação judicial, a ocorrência de vícios sempre encontrará amparo no Poder Judiciário.

Todavia, em situações de normalidade, o que se alvitra é re-vestir os termos finais de mediação com os atributos de autenticidade e segurança das sentenças judiciais, permitindo às partes a rápida satisfação das obrigações estipuladas, como transferências de bens e quantias monetários, registros e averbações imobiliárias, exclusão e inclusão de sócios.

Dito assim, qual é o problema? O problema é fortalecer o exercício da autonomia da vontade, que é um valor inerente à dignidade humana,¹⁴ não sendo admissível discriminar, com *desigualdades*, quem escolhe a mediação privada, decaindo do processo judicial.

12 Aos olhos de ver, a interpretação e aplicação autônoma de princípios constitucionais garante a congruência valorativa do sistema jurídico. Considere-se, neste séc. XXI, que a supremacia da Constituição funda-se em princípios de democracia republicana, preocupados com a dignidade humana, máxime em sociedades desiguais como a nossa, onde o legislador faz escolhas arbitrárias.

13 Recorde-se que nas democracias republicanas todo poder emana do povo e é exercido em seu nome.

14 Cf. art. 1º, III, da Constituição.

III. HOMOLOGAÇÃO DE TRANSAÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

No Brasil, como conduta padrão, as partes querem homologar em juízo os acordos objeto de negociações privadas. A razão da chancela judicial é obter título executivo albergado na coisa julgada, encurtando o tempo da demanda, no caso de embargos, visto que a impugnação cinge-se à regra do artigo 525, § 2º, do Código de Processo Civil, enquanto os títulos não judiciais facultam a suscitação de todas as matérias deduzíveis no processo de conhecimento, consoante estatui o artigo 917, VI, do referido Código.¹⁵ A fins práticos, o interesse de homologar acordos extrajudiciais é obstar manobras protelatórias dos executados.

Pesquisando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, apura-se que acordos oriundos de transações desvinculadas de ações judiciais dispensam homologação em juízo, cabendo romper com a noção antiga “... de que todas as lides devem passar pela chancela do Poder Judiciário, ainda que solucionadas extrajudicialmente”, enfatiza a relatora, ministra Nancy Andrighi.¹⁶ No corpo da ementa, confirma-se a eficácia dos instrumentos convencionais, atento à evolução do Direito, como se verifica na Europa, onde alguns países, a exemplo da Itália,¹⁷ somente facultam ações judiciais após o prévio exame das pretensões por câmaras de mediação extrajudicial.

Há que se prestigiar a Lei nº 13.140/2015, que disciplina o procedimento de mediação extrajudicial, cercado de garantias de controle, validações e fiscalização pelo Poder Judiciário, como ilustra a Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, cujas diretivas orientam a Seção V, do Capítulo III, na forma dos artigos 165 a 175, do Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.¹⁸

¹⁵ Cf. art. 525, § 2º - ; art. 917, VI -

¹⁶ Cf. Recurso Especial nº 1.184.151 – MS.

¹⁷ O Canadá e a Argentina também implantaram a mediação obrigatória. É crescente o movimento de trocar a cultura do litígio ou da sentença pela cultura da *pacificação*.

¹⁸ Cf. O art. 165 determina aos tribunais a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pelas sessões de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a *autocomposição*. Conciliadores, mediadores e câmaras privadas de concilia-

É consabido que as homologações judiciais são um mero juízo de delibação, e não uma análise substantiva das causas apresentadas, parecendo tanto ilógico quanto utópico equiparar sentença homologatória a sentença judicial,¹⁹ transformando o Judiciário num cartório a manusear carimbos,²⁰ como ressaltam os precedentes do STJ, a exemplo do acórdão no Recurso Especial nº 1.318.315 – AL, da Primeira Seção, relatoria do ministro Mauro Campbell Marques.

IV. OBRIGATORIEDADE DE HOMOLOGAÇÃO NAS HIPÓTESES DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

O artigo 3º, § 2º, da Lei nº 13.140/2015 impõe a formalidade de homologação em juízo, com oitiva do Ministério Público, toda vez que o acordo versar sobre direitos *indisponíveis*, isto é, direitos que o titular não pode transigir ou negociar soberanamente, por representarem um interesse legítimo da sociedade, sancionado em norma de ordem pública. Tal é a relevância dos direitos indisponíveis que para eles não valem os efeitos da *revelia*,²¹ nem *convenções* quanto à distribuição dinâmica do ônus da prova nos processos.²²

Na acepção jurídica, acresça-se que os direitos indisponíveis visam a proteger o próprio titular do direito posto, a exemplo dos direitos da personalidade, como a *vida*, do que decorre a vedação de dispor de órgãos do corpo; tutela do nome civil; e alimentos. Nessas hipóteses e em tantas outras, o Direito limita o exercício da autonomia da vontade.

A intervenção estatal, ao exigir homologação desses acordos, integra-se ao sistema constitucional, cioso em promover o respeito à vida, à liberdade e à dignidade humana. Em última

ção e mediação, diz o art. 167 e §§, devem ser inscritos em cadastro nacional e cadastros dos tribunais de justiça e regionais federais, todos obrigados a manter registro dos profissionais habilitados por meio de curso específico, aprovado pelo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça.

19 É rematado absurdo atribuir efeitos de coisa julgada a sentenças homologatórias, à míngua de exame exauriente do mérito, amesquinhando, como diz a min. N. Andriighi, o papel do Judiciário.

20 Cf. Item 7 da Ementa do v. acórdão no REsp 1.184.151 – MS.

21 Cf. art. 344 e 345, II, do CPC.

22 Cf. art. 373, § 3º, I.

razão, visa ao convívio social harmonioso, prevenindo retrocessos indesejáveis.

V. EFICÁCIA EXTERNA DOS TERMOS FINAIS DE MEDIAÇÃO

O consenso das partes, consubstanciado no termo final das mediações extrajudiciais, pode repercutir, eventualmente, na esfera jurídica de terceiros, como órgãos da administração pública, bancos, registro de imóveis, surgindo o interesse homologatório, para escoimar incertezas e revestir o acordo celebrado com a autoridade de sentença judicial.

A pergunta, entretanto, é: qual é a utilidade de homologar um acordo extrajudicial firmado por agentes capazes, tendo um ou vários direitos *disponíveis* como objeto de transação? Transformar os instrumentos respectivos em títulos judiciais é apego formal, visto como prática cognitiva inexistente, diz a ministra Nancy Andrighi.²³

Urge evoluir com o tempo, atribuindo aos termos finais de mediação carga máxima de eficácia, sabido que a legitimidade do procedimento assenta na Lei nº 13.140/2015 e no Código de Processo Civil, contando com a participação não apenas de mediadores habilitados, como também de advogados,²⁴ que a Constituição reputa indispensáveis à Justiça.²⁵

É evidente a tendência ao alargamento das portas de acesso à justiça *concreta* dentro do Poder Judiciário, com abertura à conciliação e mediação, antes da resposta do réu,²⁶ e a qualquer tempo, no curso dos processos.²⁷ Prega-se a *democratização* do Direito com *desjudicialização*, valorizando o legislador contemporâneo negociações extrajudiciais como expressão de *autonomia da vontade*.

23 Cf. Recurso Especial nº 1.184.151 – MS, supra, nota 13.

24 Cf. Lei 13.140/2015, art. 10.

25 Cf. Art. 133. “O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

26 Cf. Art. 334, CPC.

27 Cf. CPC, art. 359. “Instalada a audiência (de instrução e julgamento), o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.”

de, que é um dos três elementos essenciais à dignidade humana, na lição de Luís Roberto Barroso,²⁸ convido ultimá-las, portanto, sem concurso de autoridade judiciária.

A propósito, vem a calhar jurisprudência incensurável do Superior Tribunal de Justiça, acorde o voto pioneiro da ministra Nancy Andrighi, atrás reportado.

O termo final de mediação já nasce dotado de eficácia de título executivo extrajudicial, como determina o artigo 20, parágrafo único, da Lei nº 13.140/2015, sendo incompreensível, à minguada de controvérsia subjacente, ou caso de jurisdição voluntária, que as partes apelem ao Judiciário para homologações meramente formais.

Recomenda-se – este é o ponto – que os interessados diretos, bem como terceiros destinatários das obrigações contidas no título, observem cautelas de *prudência* ou de *legalidade* imperativa. Por exemplo, se o termo final de mediação cogita da transferência de um automóvel, as partes hão de cumprir as exigências dos organismos de trânsito, preenchendo formulários administrativos. Se o acordo objetiva aquisições imobiliárias, há de ir ao notário obter a escritura de compra e venda, levando-a ao registro de imóveis.

Ante a importância do registro público, convém avançar as anotações a seguir.

VI. MEDIAÇÃO E REGISTRO PÚBLICO: A QUESTÃO DA QUALIFICAÇÃO REGISTRAL

Abstraindo variadas situações, nas quais a execução dos termos finais de mediação projetam efeitos externos, a satisfazer perante órgãos da administração pública ou no vasto quadro das entidades particulares, como bancos, seguradoras e associações desportivas, vale a pena examinar a relevância institucional das *notas e registros públicos*, que cumprem função estatal mediante delegação, em caráter privado, conforme o artigo 236 da Constituição.

²⁸ *Ob. e loc. cit.*, p. 972 e s. Os outros dois elementos são i) valor intrínseco da pessoa humana; e ii) valor comunitário.

A perspectiva aberta e crítica do pensar jurídico, fragilizando tantas vezes pela arrogância acadêmica dos dogmas e mioopia legislativa, aconselha, quanto ao registro público, por suas especialidades, aliado à fiscalização judiciária,²⁹ o agir ponderado para recepcionar *novíssimas* questões, pacificando dúvidas e controvérsias, de modo a contribuir ao ideal de segurança e efetividade das mediações extrajudiciais, fiel à matriz constitucional que se preocupa até com a duração dos processos, ordenando que acabem em *tempo razoável*.³⁰

Se imaginarmos o *sistema de registro de imóveis*, por exemplo, na interconexão das *notas e registro de títulos e documentos*, com aceno aos *tabelionatos de protesto* e *registro civil das pessoas naturais*, vamos identificar um dos mais frutuosos instrumentos *preventivos* de segurança jurídica do direito de propriedade e suas funções social, econômica e ambiental. Para além, todos os registros ainda realizam um *poder cautelar especialíssimo*, favor da oponibilidade geral, que supera o valor da própria *coisa julgada*, cujos efeitos restringem-se às partes do processo, e é pós-conflitual, diferente dos *registros públicos* que se dirigem à coletividade, operando com presunção de veracidade e fé pública relativamente às situações jurídicas existenciais, dominiais e obrigacionais.

Uma hermenêutica construtiva será vantajosa para sanar deficiências da lógica burocrática do sistema notário-registral, iluminando-o ao reconhecimento e *qualificação positiva* dos variadíssimos arranjos oriundos dos acordos de mediação, fruto das desventuras da condição humana, que engrossam o caldeirão dos direitos subjetivos, como sói acontecer, hodiernamente, no campo da liberdade de orientação sexual, tendo o Conselho Nacional de Justiça,³¹ por maioria de votos, lamentavelmente, vetado a outorga de escrituras de uniões *poliafetivas*.

29 O modelo de fiscalização deve focar na funcionalidade do sistema notário-registral, estimulando uma gestão colaborativa entre servidores e delegatários, no propósito integrado de otimizar a qualidade e permanente adequação social, econômica e jurídica de cada serviço especializado. O fim último será a maior eficácia dos *resultados*, com destaque à promessa de segurança real como *valor agregado*, chancelada pela *fé pública* de notários e registradores.

30 V. *supra*, nota 3.

31 V. Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000. Relator min. João Otávio Noronha, j. 29.6.2018.

Na luta pelo Direito, o procedimento de mediação extrajudicial, ao lado da conciliação e arbitragem, pode valer-se do sistema notário-registral,³² em reforço do cumprimento das obrigações pactuadas, infundindo nos títulos executivos maior carga de coerção.

Para ilustrar, tomemos acordo entre um casal e outra mulher, que se diz companheira. No termo final, o homem transfere à sua mulher, dele separada de fato, a *posse vitalícia* de um apartamento e certa soma em dinheiro, para custear despesas de condomínio, autorizando-a a sacar a totalidade do saldo de conta de poupança, com a transferência de um carro para o seu nome, acrescida de indenização por dano moral de cinquenta mil reais. Em relação à companheira, consta a data do início da convivência, esclarecendo que todos os bens adquiridos, a contar dessa data, são *aquestos comunicáveis*, consoante o regime da comunhão parcial, mas excluindo, a seu favor, os bens imóveis por ela adquiridos com os ganhos da profissão, que serão *bens reservados*, na forma do regime de separação absoluta de bens.

Analisando esse termo final, ganhariam as partes se o levassem ao Registro de Títulos e Documentos, obtendo, com essa providência, direito de oponibilidade contra *terceiros*, nos termos dos artigos 1º da Lei nº 8.935/1994³³ e 224 do Código Civil.³⁴ A partir do registro, que é simples – e, em tese, mais barato do que o processo de homologação judicial –, facilita-se, na ocorrência de *mora* ou *inadimplemento*, a imediata *notificação* do devedor³⁵ ou *protesto* da dívida,³⁶ podendo, ademais, *averbar*

32 O RGI amiúde recusa o ingresso de sentenças *arbitrais*, convencido de que o art. 167, I, 23 e 24, da Lei nº 6.015/73, só permite sentenças judiciais, a despeito da regra do art. 31 da Lei nº 9.307/96.

33 Cf. Art. 1º. “Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a *publicidade*, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.”

34 Cf. Art. 221. “O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessação, não operam, a respeito de *terceiros*, antes de registrado no registro público.”

35 V. Lei nº 6.015/73, art. 160. “O oficial será obrigado, quando o apresentante o requerer, a *notificar* do registro ou da averbação os demais interessados que figurarem no título, documento ou papel, e a quaisquer terceiros que lhes sejam indicados...”

36 V. Lei nº 9.492/97, art. 1º. “Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova o inadimplemento e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”. Nos termos dos arts. 12 e 14 da citada lei, o protesto é registrado dentro de três dias úteis, contados da protocolização do título ou documento de dívida, seguindo-se a *intimação* ao devedor.

o termo final no registro de imóveis, invocando o artigo 246 da Lei nº 6.015/1973.³⁷

Entenda-se a regra do artigo 246 como vetor de superação de um olhar saudosista dos juristas, tardios em admitir que “*a ordem jurídica não é uma estrutura estática e acabada, mas uma ordem evolutiva, uma resposta diferente a cada nova situação social*”,³⁸ que repele o gosto retrospectivo de amarrar a vida no passado.

É tempo de integrar a mediação extrajudicial ao registro público, desistindo da falsa segurança das homologações judiciais, que a jurisprudência do STJ rechaça com inteira razão,³⁹ para resolver, longe do dogmatismo manualista, inumeráveis questões da litigiosidade momentânea, sem olvidar a dimensão *prospectiva* da nossa Constituição,⁴⁰ frutuosa aos que intentam renovar o discurso jurídico na tarefa de criar um *novo* Direito,⁴¹ livre de formalismos estéreis.

VII. CONCLUSÃO

1. *Síntese das ideias centrais*

Ao final dessa breve exposição, cabe organizar didaticamente as principais ideias, tendo em conta o papel da *mediação* na cultura atual de pacificação dos conflitos.

1. Sendo a mediação um meio legal de realização da Justiça, que é um valor inerente à dignidade humana, o

37 Enuncia o art. 246: “Além dos casos expressamente indicados no item II, do artigo 167, serão *averbadas* na matrícula as sub-rogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro.”

38 Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito: Introdução e Teoria Geral; uma Perspectiva Luso-brasileira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1978, p. 504.

39 Cf. Supra, item V, nota 18.

40 Cf. FACHIN, Luiz Edson. Questões de Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 7. Na compreensão do mestre, o intérprete-aplicador deve examinar a Constituição sob tríplice dimensão: i. *formal* (apreensão das normas e princípios do texto constitucional); ii. *substancial* (apreensão orientada pelas decisões da Corte Constitucional e pela incidência de princípios implícitos que derivam dos princípios explícitos da Constituição); e iii. *prospectiva* (inspiração permanente e contínua de ressignificar os sentidos dos diversos significantes que compõem o discurso normativo, doutrinário e jurisprudencial, infundindo nas relações sociais a percepção da supremacia da Constituição).

41 Considere-se que a Constituição de 1988, encurtando a visão patrimonialista herdada do séc. XIX, assumiu, como meta inegociável, um elevado padrão que valora o desenvolvimento humano e a dignidade substancial das pessoas enredadas na teia de suas relações intersubjetivas, visando emancipá-las para usufruírem em plenitude os bens da vida.

cumprimento das obrigações objeto dos termos finais de acordos independe de homologação judicial, bastando-lhes o atributo de título executivo extrajudicial, conforme norma do parágrafo único do artigo 20, combinado ao § 2º do artigo 3º da Lei nº 13.140/2015, mas não exclui a adoção de cautelas de *prudência*, como reconhecimento de firma, ao lado de *formalidades essenciais*, como escritura pública para transmissão de bens imóveis, por exemplo, levando-a, depois, ao registro público competente.

2. O direito de acesso à justiça, realizado por câmaras e mediadores privados, satisfaz ao mandamento constitucional do respeito à dignidade humana, servindo de fio condutor à atribuição de plena e imediata eficácia aos termos finais de acordos, análoga à autoridade das sentenças judiciais, no que se atende ao princípio da razoável duração dos processos, com ganhos ao ideal de segurança jurídica, máxime em sociedades *desiguais* como a nossa, em que o método de subsunção dos fatos às leis pode mascarar escolhas injustas ou privilegiadas.
3. À exceção dos direitos *indisponíveis*, em que é obrigatório homologar em juízo acordos de mediação, ouvido o Ministério Público, impende reconhecer a autonomia da vontade das partes que optam pela mediação, abdicando de processos judiciais, posição essa que harmoniza à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que dispensa homologações de transações extrajudiciais, nos termos como foi abordado.⁴²
4. O sistema notário-registral, se bem integrado ao procedimento de mediação extrajudicial, pode facilitar o cumprimento das obrigações, mercê da *publicidade*, aliada à coercibilidade de suas comunicações, como *notificação* e *protesto*, pelo que uma hermenêutica construtiva

42 V. *Supra*, notas 13 e 22.

há de corrigir as deficiências da lógica burocrática que aflige a prática das notas e registros públicos.

2. Epílogo: Reflexão final

Na origem, a dignidade humana decorria do *status* de certa posição social ou função pública. Ao correr dos séculos, porém, como se relatou, termina alçada à teoria dos direitos fundamentais, com vocação *igualitária* para todas as pessoas.

Na luta pelo Direito, uma perspectiva aberta e crítica do pensar jurídico, há de entender que a sociedade anela, individual e coletivamente, a imediata satisfação das pretensões amparadas em lei, toda gente a fugir de demandas judiciais, porque amiúde são onerosas, perturbadoras e sem data previsível de terminar em vida dos contendores.

Superar o dogmatismo manualista, no propósito de resolver questões da atualidade social e econômica, não é rendição; é, sobretudo, um imperativo ético ditado pela dimensão prospectiva da nossa Constituição cidadã, que ilumina os saberes jurídicos na concretização de um *novíssimo* Direito comprometido com a Justiça real, liberta de formalidades estéreis. ❖

VIII – REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito: Introdução e Teoria Geral; uma Perspectiva Luso-brasileira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1978.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*, in Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providência nº 0001459-08.2016.2.00.0000. Relator: min. João Otávio de Noronha. Brasília, 29 de junho de 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. REsp 1.184.151 – MS. 3ª Turma. Relator originário min. Massami Uyeda. Brasília. DJe, 09 de fevereiro de 2012.

BRASIL. Lei de Registro Público. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Lei de Serviços Notariais e de Registro. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARMO, Jairo Vasconcelos Rodrigues. *Regime das notificações no sistema de registro de títulos e documentos*, in Direito notarial e registral/ Coordenadora Vânia Gonçalves e André Gomes Netto. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CARVALHO, Afrânio de. Registro de Imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei 6.015, de 1973, com as alterações da Lei 6.216, de 1975, Lei 8.009, de 1990, e Lei 8.935, de 18.11.1994. Rio de Janeiro: Forense, 4ª ed., 1998.

CENEVIVA, Walter. Lei dos Notários e Registradores Comentada, 6ª ed. SP: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. Sistemas de Registro de Imóveis, 5ª. ed. SP: Saraiva, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. Questões de Direito Civil Contemporâneo. RJ: Renovar, 2008.

HALE, Durval; BERNARDINA, Humberto Dalla; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Marco Legal da mediação no Brasil. Atlas: São Paulo, 2015.

LEAL, Pastora do Socorro Santos. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

LEITÃO, Fernanda. União Poliafetiva. Por que não? Disponível em: <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100129558/ar>

tigo-uniao-poliafetiva-por-que-nao-por-fernanda-de-freitas-lei-tao>. Acesso em: 6 de maio 2019.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Tratado dos Registos Públicos. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A: 1961.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Conselho Superior da Magistratura. Processo nº 000.05.032549-3, julgado em 06.7.2005, publicado no DOE em 20.07.2005.

Judicialização da Saúde Suplementar: A Construção do Recente Entendimento Acerca do Caráter Taxativo Excepcionável do Rol de Procedimentos e a Impossibilidade de Análise Econômica de Direitos Sociais Essenciais

Fabrizio Irun Silveira Martins

Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Pós-Graduado em Direito Público e Direito Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus (FDDJ). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Advogado no Rio de Janeiro (licenciado). Assessor de Órgão Julgador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ).

RESUMO: O Superior Tribunal de Justiça registra conflito de entendimentos no âmbito da Terceira e Quarta Turmas relativamente à natureza taxativa ou exemplificativa do rol de procedimentos que orienta o exercício da atividade dos planos de saúde, recentemente pacificado em julgamento conduzido pela Segunda Seção da Corte. No primeiro caso, colhem-se ar-

gumentos inspirados nas bases da teoria da Análise Econômica do Direito. Na outra via, prepondera a aplicação sistemática de normas de natureza consumerista. O presente estudo desenvolve cada uma dessas linhas de pensamento e, prestigiando o acerto da tese segundo a qual o rol de coberturas contratuais deveria ser considerado exemplificativo, acresce reflexões na matéria a partir da interpretação dos dispositivos legais de regência, da realização de controle de legalidade da Resolução n. 465/21 e da abordagem das premissas decisórias constantes do julgado que uniformizou o entendimento no tema.

ABSTRACT: The Brazilian Superior Court of Justice records conflicting, despite recently conciliated, interpretations on the matter of health care plans, regarding their coverage to be based on a strict or a non-comprehensive catalog of procedures. In the first case, the arguments are inspired by the grounds of the theory known as the Economic Analysis of Law. In contrast, the systematic application of consumer law prevails. The present study develops each of the referred lines of reasoning and, by honoring the viewpoint that contemplates the non-itemized list of health procedures, adds new reflections on the subject not only from the interpretation of the pertaining legal provisions, but also concerning the legality control of Resolution n° 465/21 and the decision-making parameters on the theme.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A tese do rol taxativo de procedimentos e a leitura de suas razões segundo premissas da Análise Econômica do Direito. 3. A tese do rol exemplificativo de procedimentos e a impossibilidade de Análise Econômica de Direitos Sociais Essenciais. 4. A prevalência da taxatividade excepcionável a partir do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1886929/SP. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE: Planos de saúde. Rol de Procedimentos. Análise Econômica do Direito. Direitos sociais.

KEYWORDS: Health care plans. Catalog of procedures. Economic Analysis of Law. Social rights.

1. INTRODUÇÃO

Adotando como ponto de partida o panorama jurisprudencial observado em tema de judicialização da saúde suplementar no contexto da abrangência das coberturas dos planos e seguros privados (isto é, se o rol de procedimentos e eventos em saúde tem natureza taxativa ou exemplificativa), o presente trabalho tem por objetivo analisar cada uma dessas perspectivas segundo os fundamentos jurídicos que lhes dão sustentação.

O estudo principia com a análise conjunta da fundamentação do Recurso Especial n. 1733013/PR e do Agravo Interno no Recurso Especial n. 1879645/SP, que bem representam o entendimento colhido na Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, os quais terão suas razões essenciais enumeradas para fins de vindoura análise.

Na sequência, seguem-se considerações em sede de Análise Econômica do Direito no cenário da saúde suplementar. Nessa quadra, após breve contextualização da teoria, passa-se a identificar nas razões de decidir apontadas nos julgados referidos os parâmetros de aproximação entre Economia e Direito, dentre os quais se incluem a eficiência, o resultado mais benéfico, a alocação de recursos em meio a escolhas possíveis, o custo de oportunidade, as falhas de mercado e a aplicabilidade da Teoria dos Jogos.

O capítulo seguinte é dedicado a retratar a tese do rol exemplificativo de procedimentos e a tecer ponderações acerca da impossibilidade de análise econômica de direitos sociais essenciais, como é o caso da saúde.

Inicia-se com a desmontagem do Recurso Especial n. 1846108/SP em um elenco de razões de decidir, a fim de ilustrar o entendimento observado no âmbito da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Adiante, procede-se a uma contextualização das duas linhas decisórias abordadas, tecendo-se comentários acerca da impossibilidade de se adotar o percurso argumentativo fundado no discurso consequencialista, que é próprio da Escola de Chicago,

a isso se contrapondo os argumentos adotados pela tese do rol exemplificativo de coberturas contratuais.

Prosegue-se com o oferecimento de um contributo destinado a corroborar o acerto da tese do rol exemplificativo com alguns novos argumentos que não foram aventados à época do enfrentamento da controvérsia ainda na senda do colegiado fracionário.

O estudo se encerra com a abordagem do recente julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1886929/SP, realizado no âmbito da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, que pacificou a controvérsia por meio da consagração do entendimento no sentido de que os procedimentos e tratamentos decorrentes de contratos de prestação de serviço de saúde suplementar são regidos por um rol taxativo *excepcional*, de sorte a comportar temperamentos nos casos de inexistência de substituto terapêutico ou de esgotamento das previsões elencadas pela Agência Nacional de Saúde.

O enfoque utilizado na investigação é civil-constitucional e consumerista aliado à interdisciplinaridade das ciências, especialmente no que tange à Análise Econômica do Direito.

Em sede de metodologia, o trabalho se utiliza de uma abordagem de natureza teórica e prática, com referência aos entendimentos que orientam as duas vertentes decisórias no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Na operacionalização do método, serão usadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2. A TESE DO ROL TAXATIVO DE PROCEDIMENTOS E A LEITURA DE SUAS RAZÕES SEGUNDO PREMISSAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

2.1 A taxatividade do Rol de Procedimentos em Saúde segundo o entendimento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça

Da análise dos julgados que subsidiam a construção da tese do caráter taxativo do rol de coberturas em saúde, produto da superação de anterior entendimento preponderante no âmbito

da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, podem ser isolados os seguintes argumentos¹:

- i. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), nos termos de sua lei de regência², possui competência para elaborar a norma regulamentadora que definirá a amplitude das coberturas a serem oferecidas pelos planos de saúde³, razão pela qual edita e atualiza o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituem referência básica na matéria;
- ii. A elaboração do rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde é orientada por diretrizes técnicas que incluem o resguardo da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor e o acesso pelo consumidor, inclusive os integrantes da camada mais ampla e vulnerável da população, ao direito à saúde com preços acessíveis;
- iii. A tese segundo a qual o rol é meramente exemplificativo e a cobertura mínima não tem limitações definidas eleva os preços dos planos de saúde e padroniza a forma de prestação, restringindo a livre concorrência e contrariando a concepção legal de um plano básico ou de referência, pois permite a imposição de custeio de qualquer tratamento prescrito, o que impede a oferta do serviço com outras coberturas contratuais;
- iv. A regulamentação por meio de agência executiva se revela necessária porque permite a edição e revogação de regras com rapidez, o que não seria possível por meio do processo legislativo⁴;
- v. O rol da agência reguladora é meio de realização do escopo do contrato em termos de equilíbrio de direitos e

1 Por todo o exposto, confirmam-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1733013/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 20/02/2020. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1879645/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2021, DJe 04/05/2021. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

2 Nesse sentido, confira-se o art. 4º, III e XXXVII, da Lei n. 9.961/2000 (BRASIL, Lei n. 9.961/00, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022).

3 Nesse sentido, confira-se o art. 10, §4º, da Lei 9.656/98 (BRASIL, Lei n. 9.656/98, de 03 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022).

4 BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. Lei dos planos e seguros de saúde: comentada e anotada artigo por artigo. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2003, p. 65-69 *apud* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1619479/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 29/03/2021, DJe 05/04/2021. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

deveres dos pactuantes, tanto em relação aos riscos quanto no tocante às obrigações específicas que recaem sobre o fornecedor, o que repercute na formação dos custos com racionalidade e prudência;

vi. A desconsideração de tais fatores, somada a imposições judiciais de coberturas, gera efeitos colaterais que, embora benéficos a uma parte e prejudiciais a outra, distorcem os valores das contraprestações dos consumidores e os cálculos atuariais, provocando aumento de preços em virtude do aumento de riscos cobertos e, conseqüentemente, menor acesso de consumidores ao mercado;

vii. O advento dos arts. 20 a 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro demanda uma ótica consequencialista nas decisões judiciais. São desastrosas as decisões que impõem obrigações em saúde sem cobertura contratual, pois desestabilizam economicamente as operadoras de saúde e aumentam a sinistralidade dos contratos, penalizando os usuários;

viii. Cabe ao Judiciário levar em conta que as decisões podem impactar nos custos das atividades ao se desconsiderar todas as razões e fatos das demandas, sendo certo que a função social do contrato não se confunde com a implementação de políticas públicas estatais enquanto instrumento de justiça social.

Observa-se, portanto, uma construção argumentativa que, partindo da competência da Agência Nacional de Saúde para regular tecnicamente a atividade do mercado de planos de saúde, aponta a necessidade de se atentar para os efeitos deletérios da judicialização sobre a formatação do objeto contratual, o desenho dos custos de oferta e sua exposição ao incremento dos riscos.

2.2 Breves considerações acerca da análise econômica no cenário da saúde suplementar

A leitura dos argumentos arrolados no julgado considerado como referência na matéria no âmbito da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça permite perceber que as razões de decidir foram alicerçadas em conceitos alinhados às bases fundantes da chamada Análise Econômica do Direito (AED) ou Escola de Chi-

cago, cujos estudos renderam ao jurista americano Roland Coase o Prêmio Nobel de Economia no ano de 1991⁵.

Não por outra razão, constam do elenco de fundamentos referências expressas a termos como equilíbrio econômico-financeiro do setor, livre concorrência, formação racional de custos, efeitos colaterais (*rectius*, externalidades), ótica consequencialista, desestabilidade econômica e custos das atividades.

Em que pese a relevância das contribuições de Roland Coase⁶ e o fato de que a doutrina refere que a teoria começou a ser germinada ainda no século XVIII⁷, foi em Richard Posner, docente da Universidade de Chicago, que as estruturas dessa doutrina ganharam forma a partir dos idos de 1972, com a publicação da obra *Economic Analysis of Law*.

Em apertada síntese, a Análise Econômica do Direito estuda a ciência e as instituições jurídicas segundo critérios racionais oriundos dos preceitos e métodos econômicos. Integram o objeto de exame a aproximação das normas jurídicas à teoria econômica, o que permite um olhar que alcança uma leitura dos impactos da efetivação do Direito e da atuação das instituições legais. Nessa ordem de ideias, as instituições jurídicas passam a ser vistas como integrantes do sistema econômico, tal qual variáveis capazes de provocar efeitos sobre outros elementos do sistema, e que precisam ser analisadas à luz de institutos econômicos pertinentes e do funcionamento dos mercados. Esse alinhamento fica evidente quando se observa o viés econômico

5 MONTEIRO, Renato Leite. Análise econômica do direito: uma visão didática. In: Congresso Nacional do CONPEDI. XVIII, 2009, São Paulo. *Anais...* Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/sao_paulo/2425.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2022.

6 COASE, Ronald. The problem of social cost. In: *Journal of Law and Economics*. v. 3. Outubro, 1960. Chicago: University of Chicago Press, 1960. p. 1-44.

7 "No século 18, Adam Smith discutiu os efeitos econômicos na legislação mercantilista. Entretanto, aplicar economia para analisar a regulação de atividades não relacionadas ao mercado teve origem indireta com Jeremy Bentham (1789) e a escola do utilitarismo, teoria ética que responde a todas as questões acerca do que fazer, do que admirar e de como viver, em termos da maximização da utilidade e da felicidade. Através de seus estudos, Bentham examinou sistematicamente como se dá o comportamento dos atores sociais ao se depararem com incentivos legais e assim pôde avaliar os resultados de um estado medido através do nível de bem-estar social. Os estudos desse autor contêm uma significativa e extensa análise sobre Direito Penal, aplicação coercitiva da lei e sobre procedimentos legais." (MONTEIRO, Renato Leite. Análise econômica do direito: uma visão didática. In: Congresso Nacional do CONPEDI. XVIII, 2009, São Paulo. *Anais...* Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/sao_paulo/2425.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2022).

presente em disciplinas como Direito Concorrencial, Direito Falimentar e Direito Regulatório, mas nenhuma área jurídica pode ser aprioristicamente descartada, notadamente aquelas que versam sobre relações de trabalho, tributos, propriedade, contratos e responsabilidade civil.

Em sendo o escopo desta quadra identificar nas razões de decidir apontadas no Recurso Especial n. 1733013/PR e no Agravo Interno no Recurso Especial n. 1879645/SP e os parâmetros de aproximação entre Economia e Direito, percebe-se desde logo que o reconhecimento da possibilidade de a Agência Nacional de Saúde disciplinar quais tratamentos devem ou não ser cobertos pelos operadores de saúde vai muito além da simples legitimação de seu poder normativo⁸.

Conforme consabido, o advento das agências reguladoras na década de 1990 representou tanto um ganho de eficiência na estrutura estatal quanto um aperfeiçoamento significativo no ordenamento jurídico brasileiro, à vista do poder normativo que lhes foi concedido pelo legislador. Com efeito, testemunhou-se o implemento de uma realidade que transferiu para as autarquias técnicas e despolitizadas decisões ligadas ao controle de tarifas e índices de reajustes de contratos privados e à democratização do acesso da sociedade a serviços por meio de medidas de fomento da competitividade a operadores de mercado, dentre outras atribuições.

Significa dizer que foi delegada para fora do centro de controle do Poder Executivo a tomada de decisões com potencial de repercutir sensivelmente no funcionamento dos mercados, notadamente aquelas ligadas à formação de custos e à preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Na realidade, tal como acima sugerido, prestigiar a normatização do rol de procedimentos em saúde por meio da autarquia do setor coloca em evidência a dinâmica com que as providências

8 Nos termos da Lei n. 9.901/00: "Art. 4º Compete à ANS: (...) II - estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades;".

acontecem no cenário prático quando um dos *players* é um ente estatal com poder normativo infralegal, uma vez que a produção de atos regulatórios é mais célere e advém de câmaras técnicas próprias, compostas, inclusive, de representantes do mercado.

É também nesse argumento segundo o qual a agência reguladora detém o conhecimento do que é melhor ou mais benéfico para o mercado que se verifica a importância de seu papel na formação dos contratos, pois seu poder de estabelecer as diretrizes gerais da pactuação permite dosar as obrigações contratuais conforme a importância dos interesses em jogo, privilegiando uns em desfavor de outros — inclusive do fornecedor em detrimento do consumidor, se necessário — com vistas ao bem maior, que estaria ilustrado na formação racional e prudente de custos.

Em meio a esses três fatores — a delegação propriamente dita, a dinâmica célere e atenta aos interesses do mercado e o poder de dosar benefícios — vislumbra-se aqui a premissa da Escola de Chicago segundo a qual a busca da eficiência é um princípio essencial, que se aplica desde a implantação do modelo de gestão da atividade e deve ser observado também nas decisões judiciais⁹.

É também o anseio de eficiência que se percebe no panorama argumentativo do julgado da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça ao prestigiar fatores como a manutenção do equilíbrio econômico-atuarial do contrato e o maior acesso de consumidores à prestação do serviço de saúde suplementar em meio a preços acessíveis.

Aqui, a eficiência se revela na busca por um bem-estar coletivo no máximo de sua potencialidade, por meio da melhor alocação de recursos. Em termos claros, equivale a dizer que quanto menos

⁹ Em tema de eficiência, vale destacar que a teoria econômica dispõe de um modelo denominado Kaldor-Hicks, segundo o qual “as normas devem ser planejadas com objetivo de causar o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas, de modo que os ganhos totais compensem, de forma teórica, as eventuais perdas sofridas por alguns.”. Nesse sentido, confira-se RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. *Teoria Geral dos Contratos: Contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 86 *apud* PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. *Análise Econômica do Direito e sua relação com o Direito Civil Brasileiro*. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010.

a operadora de saúde gastar em custeio com as demandas de cobertura de seus associados, maior será a possibilidade de manter preços reduzidos, que permitirão que mais integrantes da camada social majoritariamente vulnerável tenha acesso ao serviço.

Acerca da batalha entre a alocação de recursos em meio às escolhas possíveis, confira-se:

Dentre duas possíveis decisões, aquela que causar o maior bem-estar é a que deve ser aplicada, devendo ser observado se as partes envolvidas estão em uma situação inicial relativamente homogênea. A escola de *Law & Economics*, para todos os efeitos, tem por foco a busca do melhor bem-estar, da melhor alocação possível de bens, conduzindo ao bem-estar dentro dos limites morais.¹⁰

Outro elemento importante na vereda dos poderes normativos da agência reguladora é aquele que propõe impedir que novas tecnologias em saúde se tornem disponíveis aos destinatários finais enquanto seus custos de implantação se revelam demasiadamente altos ou com potencial de desequilibrar parâmetros atuariais de contratos. Segundo essa lógica, por exemplo, um medicamento moderno ou uma técnica cirúrgica menos invasiva que utilize um equipamento de última geração poderiam não ser oferecidos aos associados se ficar constatado que a demanda por tais tratamentos tem o potencial de aumentar os custos da operação do plano de saúde.

Nesse sentido, segundo Stephen Holmes e Cass Robert Sunstein, *in verbis*:

To take the cost of rights into account is therefore to think something like a government procurement officer, asking how to allocate limited resources intelligently while keeping a wide array of public goods in mind. Legal rights have “opportunity costs”; when rights are enforced, other valuable goods, including rights themselves, have to be forgone (because the

10 RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. *Teoria Geral dos Contratos: Contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 89 *apud* PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. *Análise Econômica do Direito e sua relação com o Direito Civil Brasileiro*. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010.

resources consumed in enforcing rights are scarce). The question is always, might not public resources be deployed more sensibly in some other way?¹¹

Nessa toada, a realização do objeto contratual teria um custo de oportunidade para o plano de saúde: o acesso a uma tecnologia mais dispendiosa por poucos consumidores comprometeria os recursos destinados a oferecer os meios tradicionais à maioria dos associados, o que justificaria a restrição.

Fala-se aqui em novas tecnologias equivalerem ao que, em *Análise Econômica do Direito*, conhece-se como *falhas do mercado*, as quais impedem o alcance da máxima eficiência das relações econômicas, devendo ser resolvidas por meio de normas jurídicas.

No caso em tela, valendo-se de seu poder normativo, bastaria que a Agência Nacional de Saúde deixasse fora do Rol de Procedimentos um determinado tratamento ou exame mais moderno que a falha de mercado estaria sanada e a alocação eficiente dos recursos dos planos de saúde seria prestigiada. Eventualmente, nada obsta que determinada benesse seja oferecida, desde que o custo de oportunidade seja compensado no incremento da contraprestação do consumidor, por exemplo, com a criação de segmentos de produtos voltados a classes econômicas de elite. Em termos claros, equivale a dizer que os que podem pagar mais serão aqueles com acesso aos tratamentos melhores, menos dolorosos, menos invasivos e menos arriscados.

Retomando-se a análise dos argumentos decisórios do julgado oriundo da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, é possível inferir que a adoção do entendimento segundo o qual o rol de procedimentos em saúde é taxativo seria uma forma de

11 Considerar o custo dos direitos, portanto, é pensar tal qual um departamento governamental de licitações que se questiona como alocar de forma inteligente recursos que são limitados, mas sem perder de vista a aquisição da maior variedade possível de bens públicos. Os direitos possuem um “custo de oportunidade”; quando são impostos aos destinatários, outros bens igualmente valiosos (inclusive outros direitos) precisam ser renunciados, pois os recursos consumidos na implementação desses direitos são escassos. A questão é sempre esta: seria mais sensato empregar os recursos públicos de outra forma? (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999. p.164, trad. livre).

combater as *externalidades negativas* — isto é, os efeitos colaterais decorrentes da imposição judicial de custeio de um determinado tratamento — que recaem sobre os planos de saúde. Isso porque tal entendimento desocuparia as prateleiras do Poder Judiciário, a cada dia mais empenadas por processos judiciais em que consumidores buscam a efetivação de direitos relacionadas à saúde e à vida, como transplantes não cobertos pelo Rol de Procedimentos, utilização *off label* de medicamentos em caso de ineficácia da terapia tradicional para câncer, exames diagnósticos com alto poder de detecção etc.

Com efeito, a noção de previsibilidade dos comportamentos dos contratantes, os quais somente recorreriam ao Poder Judiciário caso suas pretensões estivessem efetivamente albergadas pelo rol taxativo, materializa a chamada Teoria dos Jogos, que embora não seja considerada uma premissa em sede de Análise Econômica do Direito, é uma relevante ferramenta que auxilia a entender ou antever os comportamentos de personagens em tensão, pois analisa a forma como cada um deles determina sua atuação no mercado, considerando as prováveis ações ou estratégias dos outros.

Segundo Sabrina Becue,

A Teoria dos Jogos tem por objetivo estudar os conflitos e as cooperações entre os jogadores, analisando as tomadas de decisões em que um ou vários agentes fazem escolhas que afetam, potencial ou efetivamente, a conduta de outros agentes. A utilização deste método para compreensão da tomada de decisão possui como objetivos principais auxiliar no entendimento teórico no processo de decisão dos agentes que interagem, a partir de abstrações e pressupondo a racionalidade dos jogadores, e desenvolver a capacidade de racionalizar estrategicamente nos agentes.¹²

Nessa senda, o fechamento do rol de procedimentos em saúde por meio da taxatividade induziria os comportamentos dos consumidores, os quais deixariam de demandar as operado-

12 BECUE, Sabrina Maria Fadel. *Teoria dos Jogos*. In: KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 112.

ras em juízo, funcionando a norma como um instrumento para traçar os caminhos de sua atuação, permitindo prever custos de litigiosidade com os contratos.

É bem ressaltar que a Agência Nacional de Saúde recentemente pôs em prática o referido instrumento ao prever expressamente em sua mais recente norma de regência o caráter taxativo do rol de procedimentos em saúde¹³.

3. A TESE DO ROL EXEMPLIFICATIVO DE PROCEDIMENTOS E A IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE ECONÔMICA DE DIREITOS SOCIAIS ESSENCIAIS

3.1 A natureza exemplificativa do Rol de Procedimentos em Saúde segundo o entendimento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça

Do estudo do julgado emblemático proferido no âmbito da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, podem ser extraídos os seguintes fundamentos¹⁴:

- i. A ordem constitucional e legal de regência é pressuposto a ser observado no exercício de poder normativo por parte das agências reguladoras, razão pela qual aos atos da Agência Nacional de Saúde impõe-se compatibilidade com as leis especiais (em particular, a Lei n. 9.656/98 e a Lei n. 9.961/00), com a Constituição da República e com o Código de Defesa do Consumidor, esse último de aplicação complementar à norma especial¹⁵ por se tratar de base principiológica de matriz constitucional na matéria;

13 Nos termos da RN 465/21: “Art. 2º Para fins de cobertura, considera-se taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde disposto nesta Resolução Normativa e seus anexos, podendo as operadoras de planos de assistência à saúde oferecer cobertura maior do que a obrigatória, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde.” (BRASIL, Agência Nacional de Saúde. Resolução Normativa n. 465, de 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDazMw==>>. Acesso em: 13 jun. 2022).

14 Por todo o exposto, confira-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1846108/SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 02/02/2021, DJe 05/02/2021. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

15 GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 160-165 *apud* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1846108/SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 02/02/2021. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

ii. A delegação legal acerca da definição da amplitude das coberturas contratuais (art. 10, §4º, da Lei n. 9.656/98) não autoriza a imposição de limites à cobertura que foi determinada por lei, o que se traduz em restrições ao destinatário final da prestação e frustração ao objeto contratual;

iii. O plano de referência previsto na legislação abrange a cobertura de todas as patologias listadas na Classificação Internacional de Doenças (CID), nos termos do segmento contratual a que o consumidor esteja vinculado e tão somente admitindo as exceções previstas no art. 10, I a X, da Lei n. 9.656/98, de modo que qualquer restrição baseada em norma regulamentadora deve ser reputada abusiva, uma vez que impõe ao destinatário uma desvantagem exagerada;

iv. As obrigações do contrato de prestação de serviço em saúde não se limitam aos seus próprios termos ou às previsões da norma regulamentadora, uma vez que são regidas por legislação especial, inclusive protetiva da figura do consumidor, razão pela qual o rol de procedimentos em saúde não pode ser considerado taxativo;

v. É inviável e irrazoável exigir que o consumidor, que é leigo em linguagem técnica, conheça a amplitude dos quase 3000 procedimentos médicos integrantes do rol de assistências contratuais ou que eleja ou renuncie antecipadamente a eventual alternativa de tratamento para doença que pode vir a acometê-lo, cuja cobertura reside no objeto da avença;

vi. A taxatividade do rol de procedimentos importa transferência de incertezas para a figura do consumidor, que assumirá riscos imprevisíveis e em relação aos quais possui legítima expectativa de se ver contratualmente amparado;

vii. É da essência da vulnerabilidade a falta de conhecimento técnico, pelo que a natureza taxativa do rol de coberturas importaria obstáculo à fruição da variedade de tratamentos que integram a prestação do serviço, expondo a risco sua vida e sua saúde em meio a uma escolha desinformada que não lhe poderia ter sido oposta no momento da adesão;

viii. O rol de procedimentos em saúde tem natureza exemplificativa, o que ilustra a efetivação de harmonia e do equilíbrio contratual da relação de consumo integrada por partes desiguais.

Ao que se constata, a visão que concebe o rol de procedimentos em saúde como sendo um elenco exemplificativo agrega elementos ligados à doutrina consumerista, critérios de razoabilidade e de proteção contratual.

3.2 Lançando um olhar diferenciado sobre o tema

A diferença de tratamento de uma mesma matéria por turmas de julgamento distintas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça se revela bastante evidente quando se isola o único traço comum a ambos os entendimentos, qual seja, o direito à saúde em rota de colisão com a função social do contrato.

Note-se que as duas linhas de raciocínio partem de uma origem comum, isto é, o poder normativo atribuído à Agência Nacional de Saúde para regular o rol de procedimentos que estabelece o âmbito das coberturas. Todavia somente o entendimento oriundo da Terceira Turma realmente dá um passo fundamental, que é trazer o Código de Defesa do Consumidor para o cenário em que se debate o direito à saúde.

Isso porque não se pode discutir um direito fundamental — especialmente um direito social essencial, como é o caso da saúde — sem trazer para o campo o arcabouço jurídico constitucional que lhe seja inerente ou, pelo menos, a legislação subordinada que seja dotada de matriz constitucional, como é a hipótese da codificação consumerista, que tem seu embrião nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da Carta da República.

Além disso, estabelecer se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor é subsidiária ou complementar não faz qualquer diferença. A norma subsidiária pode atuar de forma independente ou por meio de interpretação sistemática com qualquer outra do sistema a que foi remetida. Portanto, se o art. 35-G da Lei n. 9.656/98 prevê aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor, significa que esse diploma legal (e, naturalmente, todos os princípios que o integram) pode atuar em conjunto com qualquer dispositivo da Lei de Planos de Saúde ou sozinho, para suprimir de forma autônoma qualquer omissão legislativa.

Situação diversa seria se a norma especial prevísse que a codificação consumerista tivesse aplicação supletiva. Nesse caso, o Código de Defesa do Consumidor somente poderia agir colmatando lacuna existente na norma especial e nos limites do que fosse necessário ao saneamento.

É de se questionar, então, se num cenário de efetivação de um direito social essencial, amparado por todas as normas e princípios do sistema de defesa do consumidor, é possível engendrar um percurso argumentativo fundado no discurso consequencialista que é próprio da Escola de Chicago, adotando como razões de decidir o funcionamento de variáveis e engrenagens em meio ao impacto da efetivação de direitos humanos fundamentais.

A resposta há de ser negativa. Não é possível conceber o equacionamento de perdas e ganhos ou custos e benefícios como parte de uma operação racional de alocação eficiente de recursos que atribua mais valor a um balanço atuarial do que a uma vida humana.

Não se está aqui a sustentar que os princípios e as práticas fundantes da doutrina da Análise Econômica do Direito a nada se prestam. É certo que têm seu lugar em relações patrimoniais, falimentares, concorrenciais ou que versem sobre previdência privada, por exemplo. Até mesmo não se descartam ensinamentos de Chicago em matéria de direitos sociais instrumentais (como a moradia, o transporte e o lazer, por exemplo). Mas de todos os valores integrantes do elenco de direitos sociais do art. 6º da Constituição da República, a saúde é um que efetivamente dialoga com as urgências da vida e da dignidade, por vezes mais do que qualquer outro. E aqui não há como sustentar a aplicação de lições de Análise Econômica do Direito, pois não pode haver um equilíbrio econômico-financeiro entre o bem-estar coletivo máximo com o mínimo de recursos e a dor individual, ou uma busca por eficiência ao arrepio do risco de morte.

Não por outra razão, a via decisória que reconhece o caráter enunciativo do rol de procedimentos em saúde preconiza em favor do indivíduo uma proteção contratual que vai além dos limites da própria avença.

É irrazoável cogitar que os aperfeiçoamentos da ciência médica poderiam pesar como falhas de mercado e deveriam ser afastados do rol de direitos caso sua efetivação pudesse desestabilizar economicamente uma operadora de saúde ou incrementar a sinistralidade dos contratos. Se há aumento de custos, devem ser repartidos com os *players* de mercado que auferem lucro com a atividade, como é o caso de estabelecimentos de saúde e profissionais. Seja como for, não se pode carrear à parte vulnerável da relação jurídica a repartição de perdas ou a renúncia a direitos.

Pensar dessa forma mecanicamente reducionista equivale a dizer que ao lado de tudo que se concebeu acerca da função social do contrato passasse a gravitar um novo instituto, a ser chamado de “função econômico-social do contrato” ou “função eficiente do contrato”, o que é absolutamente inimaginável. Conforme se sabe, existe autorização legal para relativizar a autonomia privada por meio da incidência da cláusula geral da função social dos contratos ou de outros influxos relacionados à principiologia regente da matéria¹⁶ quando se verifique a necessidade de fazer com que os contratos cumpram uma função entre os convenientes e também uma função pública, em prol da coletividade, a exemplo do que ocorre com a criação de empregos, a democratização de acesso a bens, a proteção do meio ambiente etc.

A funcionalização, portanto, é conceito que se extrai do próprio ordenamento jurídico e se funda na eticidade que deve promanar das relações interpessoais, no interesse público e em tudo o mais que possa traduzir a realização do bem comum. É, com efeito, uma função social para o bem daqueles que precisam do contrato, que dependem do pacto, que fruem direitos, experimentam riscos, desvantagens e vulnerabilidades — e não para o bem daqueles que auferem lucro com a exploração da atividade.

Nessa ordem de ideias, na esteira do magistério de Carlos Roberto Gonçalves, *in verbis*:

16 Nesse sentido, é o que prevê o Código Civil: “Art. 2.035. (...) Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”.

É possível afirmar que o atendimento à função social pode ser enfocado sob dois aspectos: um individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios, e outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. Nesta medida, a função social do contrato somente estará cumprida quando a sua finalidade – distribuição de riquezas – for atingida de forma justa, ou seja, quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social.¹⁷

Daí dizer que as noções calcadas na Análise Econômica do Direito são incompatíveis com a efetivação de direitos sociais essenciais, como é o caso da saúde. Afinal, os direitos desse cariz são instrumentos de justiça distributiva, portanto não coadunam com a ideia da preponderância de uma eficiência alocativa de recursos ou de um bem-estar coletivo segundo um viés financeiro.

Diante de todo o exposto, sem embargo dos fundamentos já conhecidos na construção da tese que preconiza um rol de procedimentos exemplificativo, é possível acrescentar mais um olhar sobre o mesmo tema, a partir da interpretação dos dispositivos legais de regência e da realização de controle de legalidade, ainda que se alcancem resultados similares. É o que se passa a desenvolver nas linhas que se seguem.

Há que se ter claro que o ato oriundo do poder normativo da Agência Nacional de Saúde, como é o caso da Resolução n. 465/21, regulamenta um Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, mas, na realidade, o Anexo 1 do referido diploma não regulamenta “evento” algum, apenas procedimentos.

Evento em saúde é conceito aberto que abrange qualquer situação que possa constituir ameaça à saúde, o que inclui as doenças propriamente ditas. Em saúde coletiva, tem-se o significado pertinente:

Art. 2º Para fins de notificação compulsória de importância nacional, serão considerados os seguintes conceitos:

(...)

17 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 26.

V - evento de saúde pública (ESP): situação que pode constituir potencial ameaça à saúde pública, como a ocorrência de surto ou epidemia, doença ou agravo de causa desconhecida, alteração no padrão clínico epidemiológico das doenças conhecidas, considerando o potencial de disseminação, a magnitude, a gravidade, a severidade, a transcendência e a vulnerabilidade, bem como epizootias ou agravos decorrentes de desastres ou acidentes;¹⁸

Em saúde individual, a lógica há de ser a mesma, conforme a fundamentação adiante declinada. Se o Rol é de Procedimentos e Eventos em saúde, é preciso considerar algumas premissas:

- I. No Anexo 1, há somente uma lista de procedimentos. Nenhum evento em saúde (doença ou agravo) foi descrito. Logo não há sequer elementos para fazer uma leitura supostamente taxativa desse rol;
- II. No Anexo 2, que trata das Diretrizes de Utilização (DUT), há algumas referências sobre doenças como, por exemplo, o câncer primário hepático. Uma vez prevista a cobertura da doença (o que nem era necessário, pois a noção de integralidade decorre do próprio art. 5º da Resolução¹⁹), pode o plano de saúde condicionar a cobertura de um procedimento a determinadas situações particulares, tal como fez no tocante àquele denominado “ablação por radiofrequência” para os casos de câncer primário hepático, dirigindo-o a lesões menores que 4 cm;
- III. Se as coberturas de doenças são, a rigor, presumidas, as de procedimentos também o serão em virtude da aplicação da teoria dos poderes implícitos. Desse modo, se houver cobertura para a doença, conseqüentemente deverá haver cobertura para procedimento necessário a assegurar seu tratamento²⁰;

18 BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria n. 204, de 17 de fevereiro de 2016. Gabinete do Ministro. Disponível em: <<https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=23&data=18/02/2016>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

19 Nesse sentido: “Art. 5º A atenção à saúde na saúde suplementar deverá observar os seguintes princípios: (...); II - integralidade das ações;”

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1001663/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/02/2017, DJe 07/03/2017. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

IV. Somente a Lei pode excluir uma doença ou um procedimento, mas foi clara a opção do legislador em não excluir qualquer doença do rol do art. 10 da Lei n. 9.656/98, uma vez que constam do elenco disjuntivo apenas medicamentos, procedimentos, tratamentos e situações excepcionais. Nenhum deles é uma patologia. Observe-se, por exemplo, que em relação à infertilidade feminina (CID N97), a doença em si não foi ressaltada, mas foi excluída a cobertura tão somente do tratamento de inseminação artificial.

A solução não passa por discutir se o rol de procedimentos cobertos é taxativo ou exemplificativo. A rigor, ele nem deveria existir, pois do Anexo 1 somente constam procedimentos, e não doenças (eventos em saúde).

Nessa ordem de ideias, dar-se-ia o Anexo 1 da Resolução n. 465/21 por não escrito, seja porque não cabe uma argumentação jurídica a referendar o caráter taxativo (pois, na linha do exposto ao longo do presente estudo, a tese da análise econômica do direito não se alinha a direitos sociais essenciais), seja porque para que o plano de saúde tivesse êxito na exclusão do procedimento, deveria estar calçado em um rol de não coberturas (*rectius*, um rol de exclusões) previsto em lei — tal como o elenco do art. 10, I a X, da Lei 9.656/98, que ressalva tratamentos experimentais, estéticos etc.

E, ressalte-se, mesmo que houvesse um rol de não coberturas, este jamais poderia excluir eventos em saúde (pois, afinal, eventos são doenças, e afastá-los ofenderia o princípio da integralidade previsto na própria norma regulamentadora).

Nada obstante, ainda que se cogite da possibilidade de, por meio da delegação legal prevista no art. 10, §4º, da Lei n. 9.656/98²¹, a Agência Nacional de Saúde definir a amplitude das coberturas, alguns fatores devem ser levados em consideração:

i. A delegação se refere à amplitude, o que não comporta as exclusões. Amplitude é medida, extensão, grandeza. Então

21 Nesse sentido, art. 10. (...), §4º: “A amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será estabelecida em norma editada pela ANS. (Redação dada pela Lei nº 14.307, de 2022)”

se a lei delega amplitude, ela transfere o poder de restringir a extensão, mas nunca a eliminação do direito à cobertura. Basta pensar no caso do procedimento de “ablação por radiofrequência” para câncer primário hepático. Tal patologia não pode ter sua cobertura excluída, mas sua amplitude (a extensão de seu cabimento frente à doença) pode ser condicionada por meio de diretrizes de utilização, tal como o foi no Anexo II da Resolução ANS 465/21;

ii. O parágrafo do dispositivo legal se interpreta na esteira do *caput*²². O art. 10 não prevê exclusão de doenças, mas apenas de coberturas de tratamentos. Logo a amplitude a que se refere o §4º do dispositivo necessariamente há de se referir a coberturas de tratamentos presumidamente alcançados pelo plano-referência.

Portanto, a controvérsia se resolve inicialmente com o controle de legalidade da Resolução ANS n. 465/21 para excluir do diploma regulamentar o seu Anexo I, uma vez que se trata de peça incompatível com os limites da delegação constante no art. 10, §4º, da Lei n. 9.656/98. Afinal, se não foi opção do legislador excluir doenças (como dito acima, o art. 10, *caput*, exclui apenas procedimentos excepcionais) e, se a eventual delegação conferida pelo art. 10, §4º, é instrumento de medida de cabimento da cobertura, a ideia de preconceber um rol de procedimentos e limitar o acesso do beneficiário apenas a esse universo é algo que exorbita o próprio âmbito da delegação. Em outras palavras, a delegação de que trata o art. 10, §4º, da Lei n. 9.656/98 é um *poder normativo de especificação* a recair sobre este ou aquele procedimento a que a agência reguladora entenda pertinente que sua cobertura seja condicionada a determinadas situações particulares.

Por consequência, se não há um legítimo rol de exclusões em qualquer outro anexo da Resolução, a controvérsia atrai a aplicação pura e simples da Lei n. 9.656/98 e do princípio da força obrigatória dos contratos.

²² É o que prevê a Lei Complementar n. 95, *in verbis*: “Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: (...) III - para a obtenção de ordem lógica: (...) c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;” (BRASIL, Lei complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022).

Dito de outro modo, como o plano de saúde se obrigou a fornecer prestação de serviço em saúde e não pode haver ressalva legal da doença que acomete o paciente, e ainda, se não há um rol de exclusão objetiva do tratamento almejado e, também, se foi observada restrição eventualmente existente no Anexo II da norma regulamentadora (Diretriz de Utilização), a consequência lógica é o direito à cobertura almejada.

4. A PREVALÊNCIA DA TAXATIVIDADE EXCEPCIONAL À PARTIR DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL N. 1886929/SP

A divergência de entendimentos entre a Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça acerca da natureza do rol de procedimentos a serem cobertos pelos prestadores de serviço de saúde suplementar — uma das mais acesas e relevantes controvérsias registradas na jurisprudência recente — restou pacificada com o julgamento recente dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1886929/SP na Segunda Seção do Tribunal, responsável pela uniformização dos entendimentos oriundos das Turmas de Direito Privado. Sob relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, prevaleceu a tese antes sufragada no âmbito da Quarta Turma e agora aperfeiçoada pelas ponderações lançadas no voto-vista do Min. Villas Boas Cuêva, a assentar que o rol de procedimentos tem natureza taxativa *excepcional*, isto é, comportando flexibilização na hipótese de inexistência de substituto terapêutico ou de esgotamento das previsões elencadas pela Agência Nacional de Saúde.

Antes de tecer considerações acerca da novel compreensão na matéria, convém trazer a lume alguns elementos dignos de nota ao longo da tramitação do recurso subjacente e dos próprios embargos uniformizadores da divergência.

A questão foi alçada ao Superior Tribunal de Justiça em agosto de 2020, por meio de Recurso Especial distribuído à relatoria do Min. Villas Boas Cuêva, que, monocraticamente, julgou a questão reafirmando o entendimento consolidado no âmbito

da Terceira Turma, da qual é integrante há 11 anos²³. Seguiu-se a interposição de Agravo Interno, e o Relator, mais uma vez, reafirmou o posicionamento do Colegiado. Sobreveio a oposição de Embargos de Divergência, que foram distribuídos na Segunda Seção à relatoria do Min. Luís Felipe Salomão, o qual votou pela taxatividade do rol de procedimentos em saúde suplementar, na mesma linha de pensamento da Quarta Turma, que é seu Colegiado de origem. A divergência foi inaugurada pela Min. Nancy Andrichi, que, por sua vez, verberou o entendimento diametralmente oposto, consolidado no âmbito da Terceira Turma, no sentido de que o rol é meramente exemplificativo. Seguiu-se pedido de vista antecipada por parte do Min. Villas Boas Cuêva, que, reconsiderando o voto proferido no Recurso Especial subjacente aos Embargos de Divergência, aderiu à tese do rol taxativo e propôs o acréscimo de parâmetros de flexibilização, no que foi acompanhado pelos demais votantes oriundos da Quarta Turma e também pelo Min. Marco Aurélio Bellizze, que, embora originário da Terceira Turma, igualmente reviu seu entendimento²⁴.

Outro elemento digno de relevo é o fato de que os Embargos de Divergência foram pautados à Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça em 02 de setembro de 2021²⁵, mesma data da edição da Medida Provisória n. 1.067/21, que alterou a Lei n. 9.656/98 para dispor sobre o processo de atualização das coberturas no âmbito da saúde suplementar²⁶, tendo o diploma modifica-

23 Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/Paginas/Institucional/Composicao/Composicao-do-STJ.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

24 A mudança de posicionamento dos Mins. Villas Boas Cuêva e Marco Aurélio Bellizze era, a certo modo, já esperada, uma vez que, naquele mesmo ano de 2021, o Superior Tribunal de Justiça foi apoiador do seminário *Análise Econômica dos Atos Regulatórios na Saúde Suplementar*, que ofereceu relevantes discussões que perpassaram a matéria do rol taxativo ou exemplificativo dos procedimentos a serem cobertos por planos de saúde. Conforme vaticinou Wilson Kroner Campos, “A presença de 03 Ministros da Terceira Turma do STJ nesse evento e as abordagens realizadas permitiram colher a sinalização de que eles podem aderir à tese do Min. Salomão, com o que o placar estimado na Segunda Seção seria em tese de 8 a 2 em prol de uma taxatividade “temperada” do rol da ANS. A divergência e oposição ao voto do Ministro Luis Felipe Salomão partirá da Ministra Nancy Andrichi.”. Nesse sentido, confira-se CAMPOS, Wilson Kroner. Cobertura dos planos de saúde e rol da ANS: impactos de eventual “overruling” do STJ. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/351959/cobertura-dos-planos-de-saude-e-rol-da-ans>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

25 Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pauta/buscar/?seq_documento=134777540>. Acesso em: 13 jun. 2022.

26 BRASIL, Medida Provisória n. 1.067/21, de 02 de setembro de 2021. Disponível em: <<http://www>

tivo sido mencionado no voto do Relator durante a sessão de julgamento realizada duas semanas depois, ensejando o pedido de vista que veio a representar a divergência favorável ao rol exemplificativo. Mais adiante, já em 03 de março de 2022, a Medida Provisória n. 1.067/21 veio a ser convertida na Lei n. 14.307/22²⁷, tendo sido referida pelo Min. Villas Boas Cuêva no voto-vista proferido na sessão que definiu o julgamento da matéria.

Passadas essas anotações preliminares, tem-se que o início do julgamento dos Embargos de Divergência se deu com a leitura do voto do Min. Luis Felipe Salomão²⁸, que reprisou — agora com novo fôlego e novos aprofundamentos — a tese consolidada no âmbito da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, acrescentando uma gama de nuances destinadas a corroborar o entendimento de que o rol de coberturas teria natureza *numerus clausus*, como a necessidade de comprovação científica dos tratamentos cuja cobertura venha a se tornar obrigatória.

Ao entendimento já conhecido, o Relator acresceu considerações a respeito da então vigente Medida Provisória n. 1.067/21, que reduziu o prazo de conclusão dos processos de atualização do rol de procedimentos em saúde para 120 dias, referindo a necessidade de observância de parâmetros técnicos, como os princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde (ATS) e os preceitos da Medicina Baseada em Evidências (MBE).

Em que pese a defesa dos argumentos que prestigiam a taxatividade do elenco de procedimentos, do voto do Relator colheu-se a primeira sinalização no sentido de que uma flexibilização não estava descartada, referindo-se que excepcionalmente poderiam ser contempladas coberturas de medicamentos relacionados ao tratamento do câncer de uso ambulatorial ou hospitalar, medicamentos administrados durante internação hospitalar, terapias não previstas, porém cientificamente comprovadas e

planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1067.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022.

27 BRASIL, Lei n. 14.307/22, de 03 de março de 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14307.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022.

28 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Seção - STJ - 16/09/2021. Brasília: STJ. 1 vídeo. 4h16min. Disponível em: <https://youtu.be/4DjSIHq8v_E>. Acesso em: 13 jun. 2022.

autorizadas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), e medicamentos de uso *off label*.

Em nova sessão de julgamento, seguiu-se a esperada abertura de divergência pela Min. Nancy Andrichi²⁹, a quem coube reapresentar a tese do rol exemplificativo, consolidada no âmbito da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Em seu voto, foram reforçadas as premissas já conhecidas e enfatizados pontos como a impossibilidade de as agências reguladoras inovarem na ordem jurídica, notadamente quando assim o fazem para impor restrições a direitos. Segundo a julgadora, se a própria Lei n. 9.656/98 estabelece que todas as patologias elencadas na Classificação Internacional de Doenças (CID) integram a modalidade denominada “plano referência” na prestação do serviço de saúde suplementar, então somente poderia ser excluído da cobertura aquilo que estivesse fora do escopo do contrato ou tenha sido expressamente ressalvado pelo legislador, como é o caso de tratamentos estéticos e experimentais. A divergência destacou ainda a prevalência e a importância social da promoção da saúde da pessoa humana sobre critérios de lucratividade.

A terceira e última sessão de julgamento foi iniciada com o voto-vista do Min. Villas Boas Cuêva³⁰ que, como esperado, reviu o entendimento que de havia muito vinha sustentando no âmbito da Terceira Turma, para então se alinhar à tese proposta pelo Relator, no sentido de que o rol de coberturas tem natureza taxativa. Após algumas digressões sobre temáticas já conhecidas, o voto assentou a possibilidade de o beneficiário realizar a contratação de coberturas ampliadas, para além daquelas integrantes do rol mínimo obrigatório decorrente das normativas expedidas pela Agência Nacional de Saúde. Acresceu, ainda, considerações acerca da Lei n. 14.307/22, destacando o aprimoramento dos processos de atualização do rol de procedimentos em saúde suplementar.

29 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Seção - STJ - 23/02/2022. Brasília: STJ. 1 vídeo. 5h31min. Disponível em: <<https://youtu.be/gcbFckP4drg>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

30 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Seção - STJ - 08/06/2022. Brasília: STJ. 1 vídeo. 4h22min. Disponível em: <<https://youtu.be/9CHVEXFnyMI>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

O ponto inegavelmente mais importante do voto-vista foi a afirmação de que a taxatividade não deve ser absoluta, com o desenho das premissas de julgamento encampadas pelo Relator e pelos demais julgadores que aderiram à tese do rol taxativo, a saber:

1. O Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo;
2. A operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao Rol;
3. É possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extra Rol;
4. Não havendo substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título excepcional, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo assistente, desde que (i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como CONITEC e NATJUS) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva *ad causam* da ANS.

Com efeito, o entendimento que então se consolidou no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em termos práticos, fez surgir para os beneficiários surpreendidos com a negativa de cobertura de procedimento solicitado pelo profissional assistente a necessidade de instruir sua demanda judicial com um laudo

médico que aproxime o caso concreto das premissas firmadas no julgamento dos Embargos de Divergência n. 1886929/SP.

É dizer, tratando-se da hipótese em que existe um procedimento no rol da Agência Nacional de Saúde, mas o médico deseja ver excepcionada a taxatividade por uma alternativa melhor, deverá ser produzido um laudo a assentar que, para a condição clínica do paciente, os procedimentos solicitados são mais eficazes, efetivos e seguros em relação àqueles eventualmente já incorporados no rol da agência reguladora.

Pode-se dizer que seriam mais eficazes se potencialmente forem capazes de produzir efeitos mais satisfatórios (por exemplo, melhora da resposta cognitiva, melhores imagens diagnósticas etc.) no contexto de determinado cenário (por exemplo, a evolução da tecnologia, a superação de técnicas ultrapassadas ou insuficientes etc.).

Seriam mais efetivos aqueles procedimentos que, levando em consideração o fator tempo e o atual estado de coisas, sua adoção possa produzir resultados que mais se aproximam da realidade almejada com sua aplicação e com as expectativas na evolução do tratamento do paciente, especialmente porque as vantagens superam eventuais desvantagens (por exemplo, conferem maior acuidade de resultados, menor sofrimento, melhor resposta clínica no contexto das condições do paciente etc.).

Por fim, seriam mais seguros porque permitem alcançar resultados realísticos com diminuição de riscos, intercorrências e sequelas ao paciente, a exemplo do que ocorre com métodos mais modernos e construídos a partir de técnicas menos invasivas, procedimentos com menor risco de sangramento, menor tempo de recuperação, menor exposição a riscos de infecção etc.

Noutro panorama, em se tratando de procedimento ou tratamento que não integre o elenco mínimo obrigatório, a tentativa de flexibilização do rol parece demandar esforço um tanto mais aprofundado.

Para justificar que a cobertura excepcional dos procedimentos requeridos se faz necessária, o interessado deverá apresentar laudo médico que afirme a inexistência de substituto terapêutico conhecido ou tecnicamente indicável sem comprometimento à saúde do paciente, ou ainda, que assevere a falibilidade ou ausência de resposta satisfatória quanto à conduta adotada até o momento. O médico, inclusive, poderá declarar se tem notícia de que a incorporação dos procedimentos solicitados não foi expressamente indeferida pela Agência Nacional de Saúde (ou, alternativamente, se tem conhecimento acerca do pertinente processo de incorporação do tratamento no rol de coberturas).

Além disso, com base em parâmetros fundados na Medicina Baseada em Evidências, o laudo médico deverá referir a existência de comprovação científica atualizada e metodologicamente confiável no sentido de que o procedimento prescrito pode propiciar resultados potencialmente capazes de produzir efeitos benéficos (por exemplo, menor chance de recidiva, maior confiabilidade de resultados etc.).

Das premissas de julgamento, extrai-se, ainda, a necessidade de o parecer médico afirmar que estudos científicos pertinentes referem que a adoção dos procedimentos solicitados se revelou satisfatória diante do atual estado da arte, de modo que, até o presente momento, não se vislumbre outra alternativa que conduza ao alcance dos resultados esperados na evolução do tratamento do paciente, caso em que o profissional poderá até mesmo transcrever as referências bibliográficas que entender oportunas.

O desafio de excepcionar o rol taxativo restará alcançado, finalmente, se o laudo médico subjacente ao requerimento judicial ressaltar que algum órgão técnico renomado (a exemplo do Conselho Federal de Medicina, associações científicas e órgão reguladores como a *Food and Drug Administration – FDA* – ou a *European Medicines Agency – EMA*) preconize a adoção dos procedimentos requeridos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho, discutiu-se a divergência jurisprudencial registrada entre a Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça em matéria de saúde suplementar, no contexto da abrangência das coberturas dos planos e seguros privados, seja pela adoção de um rol exemplificativo de procedimentos, seja pela tipificação de um catálogo taxativo.

Observou-se que a construção argumentativa que prestigia o rol fechado reconhece a competência da Agência Nacional de Saúde para regular o mercado de plano de saúde, propondo a apreciação dos efeitos negativos da judicialização sobre a formação do objeto contratual.

O estudo considerou os argumentos do julgado de referência à luz dos conceitos alinhados às bases fundantes da chamada Análise Econômica do Direito (AED) ou Escola de Chicago, identificando no texto as referências pertinentes (equilíbrio econômico-financeiro do setor, livre concorrência, formação racional de custos, externalidades, consequencialismo, desestabilidade econômica e custos das atividades).

Na oportunidade, desenvolveram-se digressões acerca da aproximação entre Economia e Direito, em meio a parâmetros que incluem a eficiência, o resultado mais benéfico, a alocação de recursos em meio a escolhas possíveis, o custo de oportunidade, as falhas de mercado e a aplicabilidade da Teoria dos Jogos.

Observou-se que a Análise Econômica do Direito é incompatível com os intentos de efetivação de direitos sociais essenciais, como é o caso da saúde, valendo-se de reflexões à luz dos argumentos que justificam o caráter exemplificativo do rol de procedimentos em saúde, notadamente porque não se pode carrear à parte vulnerável da relação jurídica a repartição de perdas ou a renúncia a direitos, sob pena de se introduzir no ordenamento uma lógica perniciosa, fundada em uma “função econômico-social do contrato” ou “função eficiente do contrato”, o que seria absolutamente temerário por contrariar tudo o que se concebeu sobre a noção de eticidade.

Na oportunidade, foram propostas reflexões na matéria, corroborando a tese por meio de outros argumentos não considerados no julgado de referência, a partir da interpretação dos dispositivos legais de regência e da realização de controle de legalidade da Resolução ANS 465/21, de modo a remover do diploma regulamentar o seu Anexo I, uma vez que se trata de peça incompatível com os limites da delegação constante no art. 10, §4º, da Lei n. 9.656/98.

Por fim, na esteira da pacificação da controvérsia a partir do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1886929/SP, que consolidou a noção de um rol de procedimentos com natureza taxativa *excepcional*, o estudo destacou a necessidade de observância das premissas decisórias encampadas pelo voto condutor, que passaram a impor aos beneficiários a necessidade de uma adequada justificação a subsidiar os pleitos flexibilizadores do elenco mínimo de coberturas oferecidas pelas operadoras de planos de saúde. ❖

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. Lei dos planos e seguros de saúde: comentada e anotada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL, Agência Nacional de Saúde. Resolução Normativa n. 465, de 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDazMw==>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL, Lei complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL, Lei n. 9.656/98, de 03 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL, Lei n. 9.961/00, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL, Lei n. 14.307/22, de 03 de março de 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14307.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL, Medida Provisória n. 1.067/21, de 02 de setembro de 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1067.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria n. 204, de 17 de fevereiro de 2016. Gabinete do Ministro. Disponível em: <<https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=23&data=18/02/2016>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1001663/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/02/2017, DJe 07/03/2017. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1619479/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 29/03/2021, DJe 05/04/2021. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1879645/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/04/2021, DJe 04/05/2021. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1886929/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 08/06/2022, pendente de publicação. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1733013/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 20/02/2020. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1846108/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 02/02/2021, DJe 05/02/2021. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1846108/SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 02/02/2021. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2022.

CAMPOS, Wilson Kroner. Cobertura dos planos de saúde e rol da ANS: impactos de eventual “overruling” do STJ. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/351959/cobertura-dos-planos-de-saude-e-rol-da-ans>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

COASE, Ronald. *The problem of social cost*. In: Journal of Law and Economics. v. 3. Outubro, 1960. Chicago: University of Chicago Press, 1960.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2019.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999.

KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MONTEIRO, Renato Leite. Análise econômica do direito: uma visão didática. In: Congresso Nacional do CONPEDI. XVIII, 2009, São Paulo. *Anais...* Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2425.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2022.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise Econômica do Direito e sua relação com o Direito Civil Brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. *Teoria Geral dos Contratos: Contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Seção - STJ - 16/09/2021. Brasília: STJ. 1 vídeo. 4h16min. Disponível em: <https://youtu.be/4DjS1Hq8v_E>. Acesso em: 13 jun. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Seção - STJ - 23/02/2022. Brasília: STJ. 1 vídeo. 5h31min. Disponível em: <<https://youtu.be/gcbFCkP4drg>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

Críticas – Algumas Construtivas e Outras nem Tanto – À Desjudicialização da Execução Civil

Hugo Filardi

Doutor e Mestre em Direito pela PUCSP. Bacharel em direito pela Faculdade Nacional de Direito/UFRJ. Advogado e Professor de Direito Processual Civil na Faculdade Nacional de Direito/UFRJ.

ÁREA DO DIREITO: Direito Constitucional e Direito Processual Civil.

RESUMO: O presente trabalho aborda de maneira crítica o projeto de Lei número 6204/19.

ABSTRACT: The present paper addresses Brazilian Draft Law 6204/19 and the recent phenomenon concerning Enforcement outside courts.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça – Duração razoável do processo – Desjudicialização da execução.

KEYWORDS: Access to justice - Reasonable process duration – Enforcement and Alternative Dispute Resolution.

1. Qual é o remédio para a crise do Judiciário? Diminuir o Poder Judiciário? 2. O Papai Noel está sobrecarregado com a entrega de presentes no Natal? 3. Inconstitucionalidades em profusão. Agente da Execução Hércules? 4. Considerações finais.

1. QUAL É O REMÉDIO PARA A CRISE DO JUDICIÁRIO? DIMINUIR O PODER JUDICIÁRIO?

Não, a resposta é *não* já para o leitor que não gosta de texto e adora um título “lacrador”. Aviso de antemão aos leitores que

gostam de soluções fáceis e importadas sem qualquer avaliação de risco ou estudos de impactos de rupturas legislativas graves que não percam tempo com o presente ensaio. Aqui nossas bandeiras serão sempre a da (i) valorização do Estado como determinante centro de difusão de serviços públicos, (ii) do empoderamento dos juízes como gerenciadores da prestação efetiva da tutela jurisdicional, (iii) do aproveitamento do aparelho estatal já alocado e, em especial, dos oficiais de justiça como verdadeiros agentes da execução e (iv) busca incessante pelo respeito ao jurisdicionado na entrega de serviços jurídicos de qualidade.

Que o Poder Judiciário pode aumentar seu nível de assertividade na efetivação de direitos, creio que todos nós jurisdicionados concordemos. O ponto de discordância é, sem sombra de dúvidas, qual será o papel do Estado Juiz pelos próximos anos, e até décadas, na efetiva entrega da tutela jurisdicional de mérito e sua garantia de satisfação. Sem sombra de dúvidas, a terceirização de um espaço tão expressivo da esteira processual quanto a fase de cumprimento de sentença ou a execução forçada de títulos executivos extrajudiciais aos cartórios de protesto agravará ainda mais a percepção do jurisdicionado comum de inefetividade do Poder Judiciário.

Retirar do Poder Judiciário a prerrogativa de cumprir seus próprios julgados ou de satisfazer títulos executivos extrajudiciais não foi o caminho escolhido pela Reforma do Poder Judiciário introduzida pela Emenda Constitucional número 45; isso jamais esteve na pauta de debates no II Pacto Republicano¹ e nunca foi cogitado nas frequentes reformas legislativas processuais das últimas duas décadas. Vejam que nem mesmo na valorização do instituto da arbitragem como método alternativo de resolução de litígios estimulado pelo Código de Processo Civil de 2015 há a previsão de execução fora do Judiciário.

Verifica-se que nem mesmo em Emendas Constitucionais e em pacotes legislativos robustos e recentes com impacto no

¹ Em 2009, os Chefes dos Três Poderes assinaram, em 13 de abril, o II Pacto Republicano estabelecendo como objetivos (i) o acesso à justiça, em especial aos mais necessitados, (ii) o aprimoramento da atividade jurisdicional e (iii) o fortalecimento das instituições do Estado.

funcionamento do Judiciário houve qualquer ensaio de delegar a atividade de execução a qualquer agente não convencional e absolutamente fora da estrutura de Juízos Naturais. Por mais antipáticas que possam parecer minhas considerações e a despeito do *frenesi* doutrinário em favor da delegação da execução aos cartórios de protesto, o Projeto de Lei número 6402/19 não me parece uma solução compatível com o modelo constitucional de processo e é um tanto açodada considerando os ajustes legislativos na execução constantes no Código de Processo Civil de 2015.

Logicamente, nada contra o apoio dos cartórios de protesto. Inclusive, o próprio Código de Processo Civil de 2015 previu papel aos cartórios dentro do acervo de medidas coercitivas possíveis para satisfação de um direito de crédito. Contudo não podemos anuir com uma solução artificial que não leva em consideração o conceito de acesso à ordem jurídica justa e que afasta o jurisdicionado do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário ocupa papel de destaque na defesa dos direitos fundamentais e na entrega de cidadania aos jurisdicionados. Sua estrutura estatal deve sim ser fortalecida, na medida em que a sociedade civil encontra no Judiciário um ambiente garantista e democrático para a aplicação da vontade da lei aos casos concretos. O acesso à ordem jurídica justa previu um Poder Judiciário de portas abertas para as questões da sociedade civil. Fechar essas portas pelo caminho de sonegar ao Judiciário a efetivação de títulos executivos é o mesmo que afastá-lo de seu destinatário natural e permitir que uma tutela tipicamente jurisdicional seja “prestada” sem qualquer compromisso com o modelo constitucional de processo.

2. O PAPAÍ NOEL ESTÁ SOBRECARRREGADO COM A ENTREGA DE PRESENTES NO NATAL?

Imaginemos as seguintes situações bem didáticas e não tão acadêmicas assim: (i) o centroavante de seu time se acomoda em não entregar os prometidos e aguardados gols. A solução seria sugerir que o gerente de TI do clube assuma a camisa 09 para

acabar com o jejum de gols?; (ii) o seu prédio passa por um incêndio e você aciona o Corpo de Bombeiros. O que você acharia se a resposta da corporação fosse no sentido de que o próprio zelador do prédio tentasse apagar o incêndio com baldes de água?; (iii) o Papai Noel fica sobrecarregado no final de ano, certo? O que você faria se o bom velhinho começasse a terceirizar seu trabalho de entrega de brinquedos no Natal para o Coelhoinho da Páscoa ou para a infalível dupla São Cosme e São Damião?

O tão almejado *processo civil de resultados*² não se conquista com fantasias legislativas, mas com aparelhamento adequado da máquina judiciária, uma cultura jurídica de gerenciamento massivo de casos de execução pelos juízes e investimento de condições de trabalho mais modernas para oficiais de justiça e serventuários de cartórios judiciais. Afastar o jurisdicionado do Poder Judiciário seria o mesmo que ferir de morte a incidência do princípio do acesso à justiça do Estado de Direito.

Para LEONARDO GRECO³, se o Estado não alocar os recursos necessários a todos os serviços essenciais ao acesso ao direito, não haverá acesso à justiça. Na opinião do autor, “[...] será necessário resolver os problemas da quantidade excessiva de processos e da morosidade e, ao mesmo tempo, assegurar a todas as causas os meios de que cada uma delas precisa para alcançar uma justiça eficaz na tutela dos direitos de todos, sem sacrificar as necessidades dos outros serviços essenciais. Sem acesso à justiça, não há acesso ao direito, mas este possui outros pressupostos indispensáveis que o acesso à justiça, por si só, não assegura. Uma justiça acessível, eficiente, rápida e de boa qualidade é exigência de todos os instrumentos internacionais de direitos humanos, em pé de igualdade com todos os demais direitos fundamentais”.

O Poder Judiciário já tem uma estrutura quase milenar alocada para atender seus jurisdicionados; houve recentemente

2 Dinamarco, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Tomo II, 4ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, página 733.

3 Greco, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: SOUZA, Márcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (Coord.). *O novo Código de Processo Civil. O projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Rio de Janeiro: Campus Jurídico - Elsevier, 2013, p. 10-11.

uma série de reformas processuais que visaram a dotar os juízes de cada vez mais poderes para dar efetividade aos títulos executivos e a controlabilidade pelo CNJ de metas objetivas para a atividade jurisdicional começa a surtir uma sensação de melhora no binômio eficiência-tempo junto à sociedade civil. Por que rasgar toda essa curva de aprendizados e melhorias, descartar um ambiente de democracia processual e delegar a parte mais impactante para os jurisdicionados para cartórios de protesto, que não possuem estrutura sequer compatível com a existente e sabida ineficiente do Poder Judiciário?

Seria uma estratégia para esvaziar a importância do Poder Judiciário? Por que não começar uma tentativa de desobstruir as vias do Poder Judiciário com a criação de uma solução efetiva para as sobreposições entre contencioso administrativo e judicial nas demandas fiscais envolvendo a Fazenda Pública? Ou por que não permitir a execução de julgados como teste pelos juízos arbitrais com uma simples alteração legislativa na Lei número 9.307/96?

Todas essas questões precisam ser enfrentadas à luz do modelo constitucional de processo, e as respostas indicam pela não aprovação do malfadado projeto de Lei número 6204/09 por manifesta incompatibilidade com a Constituição da República Federativa do Brasil e com o núcleo de princípios positivados presente no Código de Processo Civil.

3. INCONSTITUCIONALIDADES EM PROFUSÃO. AGENTE DA EXECUÇÃO HÉRCULES?

Precisamos mesmo de uma nova lei para regular as execuções civis? É louvável a intenção do Poder Legislativo de resolver determinadas questões tormentosas da vida em sociedade pela força das leis, mas não se pode superdimensionar a capacidade resolutiva e assecuratória das normas.

Esse ponto foi abordado por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁴ em artigo redigido em 2000, mas seu teor é atem-

⁴ Barbosa Moreira, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Temas de Direito Processual*. Oitava Série. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 10-11.

poral: “Tenho criticado mais de uma vez o erro dos que desdenham, por questões de princípio, reformas legislativas, entendendo que nada adianta modificar a norma. Se assim fosse, do mesmo jeito que não nos daria motivo de alegria a adoção de reforma boa, não precisaríamos preocupar-nos ante a ameaça de reforma ruim: tanto uma como outra deixariam as coisas exatamente onde estavam. Agora, no entanto, desejo equilibrar os pratos da balança, denunciando o erro oposto: a crença simplista de que, alterando a redação de um artigo ou introduzindo-lhe novo parágrafo, se pode dar como solucionado um problema da vida jurídica. A norma, vale sublinhar, nem é impotente nem onipotente. Estou convencido de que a ânsia de modificar incessantemente a lei – tão sensível, nos últimos anos, no campo processual – cresce na razão inversa de nossa disposição para pesquisar a realidade com critérios técnicos. Terá algo de uma tentativa, consciente ou não, de supercompensar um déficit – mecanismo familiar à psicanálise. É bem conhecido nosso desamor pelas estatísticas judiciais. As que existem e merecem crédito, ou são insuficientes, ou insuficiente é a respectiva divulgação, como o é a facilidade de acesso a elas. Tal carência responde por uma série de inconvenientes, que me permito distribuir em duas classes: os anteriores e os posteriores à edição da norma. Antes de reformar a lei processual (*rectius*: qualquer lei), mandam a lógica e o bom senso que se proceda ao diagnóstico, tão exato quanto possível, dos males que se quer combater e das causas que os geram ou alimentam. Nenhum médico digno desse nome prescreve remédios e tratamentos sem inteirar-se de que mal padece o doente e por quê. Se o nosso intuito, *v.g.*, é o de acelerar a máquina da Justiça, necessitamos saber quais as peças que estão rendendo menos e como penetra no mecanismo a areia que as desgasta. Sem essa prévia verificação, nenhum critério sólido teremos para empreender o trabalho da reforma”.

Nos últimos anos, o Estado tem investido em alterações legislativas para dar maior potencialidade ao Poder Judiciário. Todavia esquece-se de que simples alteração legislativa, por si só, não consegue resolver problema algum no campo dos fatos se não

vier acompanhada de ferramentas para que os aplicadores do direito possam extrair a efetividade máxima das normas jurídicas.

Evidentemente que a compatibilização das regras processuais ao texto constitucional terá um resultado mais rápido e eficaz se estiver atrelada a uma correta conscientização dos jurisdicionados sobre seus direitos e ao investimento nas condições de trabalho de juízes e serventuários da Justiça. Administrar a Justiça de hoje sem a utilização de mecanismos de gerenciamentos de processos e sem a definição de técnicas cartorárias para processamentos racional dos feitos é tarefa impossível.

A boa vontade do legislador precisa estar acompanhada da valorização dos serventuários da Justiça, seja com treinamentos específicos para atendimento ao público, seja com capacitação para utilização de meios tecnológicos para encurtamento da tramitação processual, tudo isso sem perder o diálogo humano com os jurisdicionados.

Não obstante não seja tecnicamente correto falar em inconstitucionalidades em projetos de Lei, o papel desse ensaio é trazer à tona os prejuízos efetivos que poderão ser gerados ao modelo constitucional de processo e aos jurisdicionados com essa injustificável “opção legislativa”. Apenas para posicionar o leitor, o projeto de Lei número 6204/19 está na CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – desde de maio de 2020 aguardando designação de novo relator.

A ementa do projeto de Lei dispõe que pretende “atribuir ao tabelião de protesto o exercício das funções de agente de execução”. Em nosso sentir, está justamente aí o elemento potencializador das possíveis inconstitucionalidades em profusão que poderão decorrer de uma improvável sanção do projeto de Lei número 6204/19: a criação de uma figura com poderes de Hércules, o agente de execução.

Se no campo do processo civil democrático se debate a necessidade da substituição do Juiz Hércules – aquele que possui poderes não compreensíveis pelos humanos e que se impõe pela

⁵ Consulta ao sítio www25.senado.leg.br em 30.06.21.

força – pelo Juiz Hermes – Deus Greco da comunicação –, não será no foro de exceção de um tabelionato que deveremos ter um agente com poderes quase inquestionáveis conduzindo demandas executivas.

A efetivação de títulos executivos possui, no âmbito processual, amarras atreladas ao princípio do devido processo legal e da menor onerosidade possível para o devedor. O projeto de Lei número 6204/19 pretende criar na figura do agente de execução uma espécie de monstro mitológico não sujeito aos controles necessários que magistrados de carreira sofrem.

Sob o pretexto de desafogar o Poder Judiciário, o projeto de Lei número 6204/19 busca transportar demandas executivas para um ambiente despido de garantias fundamentais do processo e absolutamente despreparado para às exigências naturais de efetividade, dialeticidade, isonomia e contraditório dos jurisdicionados.

O tal “agente de execução” não só ficaria encarregado de atos executivos. Pasmem, leitores: o tal “agente de execução” cuidaria da resposta aos jurisdicionados de temas de cunho essencialmente cognitivo. Ou apreciar se já prescrição ou decadência dispensa um olhar de cognição? Ou a realização de um juízo de admissibilidade de pedido executivo não contém elemento predominante de cognição?

Um dos principais avanços das últimas reformas processuais foi a encampação da teoria do sincretismo processual. Pois bem: o projeto Lei de número 6204/19 vem justamente sugerir a quebra da possibilidade de entregas de tutela cognitiva e executiva numa mesma relação jurídica. A proposta, com o pretenso escopo de desafogar o Poder Judiciário, pretende criar uma rotina de idas e vindas entre relações processuais bem estabelecidas e relações cartorárias, até porque quando o agente de execução Hércules tiver dúvidas (na mitologia, Hércules, não era muito dado a dúvidas não), a relação processual seria repristinada para resposta à consulta do tabelião.

Na ciência processual, usa-se muito para esclarecer a diferença entre procedimentos as distinções entre autoestradas

e caminhos menos diretos. O projeto de Lei número 6204/19 obrigará, sob a justificativa de desafogar, o jurisdicionado a percorrer distâncias mais longas, mais caras, menos seguras e muito mais sinuosas para obter a satisfação do seu direito. Explico: em vez de seguir o linear caminho da marcha processual convencional e segura, o projeto de Lei em questão transportará o jurisdicionado para uma plataforma não uniforme, em que os movimentos defensivos do executado e as dúvidas do onipotente agente de execução remetem ao outrora abandonado ambiente jurisdicional.

Ponto lacunoso no projeto de Lei número 6204/19 é com relação ao processo eletrônico. A transferência de responsabilidade de processamento de execuções do Poder Judiciário para os cartórios de protesto não detalha se os autos seguirão uma irreversível tendência de virtualização de autos; em caso positivo, qual a plataforma; se essa eventual plataforma goza de compatibilidade com as ferramentas de processos eletrônico tradicionais ou se haverá uma uniformidade de práticas entre os heterogêneos cartórios de protestos espalhados pelo país.

Outro retrocesso sugerido pelo projeto de Lei número 6204/19 é atinente à questão da competência (sic). Enquanto o Código de Processo Civil em prol da efetividade das medidas executivas coloca à disposição do exequente a possibilidade de optar pela relativização da competência nos casos de cumprimento de sentença para a comarca onde estiverem os bens do executado, o projeto de Lei número 6204/19 prevê rigidamente a competência para os tabelionatos do foro do domicílio do devedor ou do juízo sentenciante nos casos de cumprimento de sentença “extrajudicial”.

A própria nomenclatura do projeto de Lei número 6204/19 é absolutamente confusa e pouco aderente ao jurisdicionado comum. Se tornariam possíveis a execução extrajudicial de título executivo judicial e a execução extrajudicial de título executivo extrajudicial.

Na linha dos superpoderes do agente de execução, ainda estariam as atribuições de deferir ou não o benefício da gratui-

dade de justiça, fixar verba honorária e deferir o parcelamento em seis vezes do valor da execução, condicionado ao depósito inicial de 30% da dívida. Vejam que esse último superpoder é defeso até mesmo aos magistrados quando conduzem cumprimentos de sentença.

O clímax da violação ao modelo constitucional de processo indicado pelo projeto de Lei número 6204/19 consiste na existência de irrecurribilidade das decisões judiciais que respondam a consultas ou suscitação de dúvida. Ou seja, esse tipo de procedimento extrajudicial não está sujeito ao duplo grau de jurisdição.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

MACHADO DE ASSIS⁶, em célebre frase, já dizia que “a lei escrita pode ser obra de uma ilusão, de um capricho, de um momento de pressa, ou qualquer outra coisa menos ponderável; o uso, por isso mesmo que tem o consenso diuturno de todos, exprime a alma universal dos homens e das coisas”.

Mais do que a simples reforma na legislação processual, entendemos que a introdução de garantias fundamentais do processo com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil teve o condão de humanizar as relações processuais e buscar uma aderência dos jurisdicionados à prestação da tutela jurisdicional. A criação no plano constitucional de um ambiente de proximidade entre partes, terceiros interessados e membros do Ministério Público foi fundamental para que todos nós tenhamos a possibilidade de, juntos, contruirmos uma plataforma de aplicação legal ao caso concreto que estimule o diálogo e a perfeita compreensão dos caminhos percorridos pelos magistrados na prolação de decisões judiciais. A questão, então, passa de maneira mais veemente pela adesão cultural dos jurisdicionados aos valores constitucionais do que por simples reformas legislativas de adequação de ritos. É imperativa a sedimentação de um processo que viabilize a colaboração de todos os interessados e o entendimento de todos os argumentos deduzidos não só pela

⁶ Machado de Assis, “A Semana”, Gazeta de Notícias, 25 de outubro de 1896.

ótica jurídica. O direito é uma ciência de pessoas e precisa estar aberto à comunicação com seus destinatários.

De *lege ferenda*, oferecemos com o presente ensaio a sugestão de fortalecimento das instituições já estabelecidas para atendimento à execução sob a ótica do modelo constitucional de processo, com uma responsável delegação supervisionada de algumas atividades de magistrados para oficiais de justiça. A criação de uma ficção jurídica de execução cartorária não contribuirá para a resolução da sobrecarga de tarefas do Judiciário, mas será sim um elemento adicional ao crescente déficit de confiança e legitimidade dos jurisdicionados no Estado Juiz. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O processo civil brasileiro entre dois mundos*, artigo publicado na Revista Forense, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002, Volume 359.

_____. *O futuro da justiça: alguns mitos. Temas de Direito Processual. Oitava Série. Rio de Janeiro, Forense, 2004.*

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Tomo II, 4ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo.

GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: SOUZA, Márcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (Coord.). *O novo Código de Processo Civil. O projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Rio de Janeiro: Campus Jurídico - Elsevier, 2013.

MACHADO DE ASSIS, "A Semana", *Gazeta de Notícias*, 25 de outubro de 1896.

NERY Júnior, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 5ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. *Acesso à justiça*. 2ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000.

Otimização da Competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública

João Luiz Ferraz de Oliveira Lima

Juiz auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça do TJRJ.

Passados 12 anos desde a promulgação da Lei nº 12.153/2009, que dispôs sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, as controvérsias – ao menos no nível jurisprudencial – em torno da interpretação das regras de competência estabelecidas naquela norma praticamente desapareceram.

Assim, por exemplo, originalmente havia dúvidas sobre a possibilidade de **entes despersonalizados** serem equiparados a pessoas físicas ou a microempresas ou empresas de pequeno porte para fins de lhes reconhecer legitimidade ativa para litigarem perante os juizados (art. 5º, I, da Lei nº 12.153/2009), ressaltando que a resposta negativa levaria à sua incompetência para processar e julgar a causa. A respeito disso, o **Superior Tribunal de Justiça** reconheceu que, nesse aspecto, preponderaria o **valor da causa como força atrativa da competência dos juizados especiais em detrimento da natureza da pessoa** a figurar no polo ativo, como se vê nos julgados a seguir:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. COBRANÇA DE DÍVIDA CONDOMINIAL. POSSIBILIDADE. **LEGITIMIDADE ATIVA DO CONDOMÍNIO. COMPETÊNCIA DEFINIDA PELO VALOR DA CAUSA.** ARTS. 3º E 6º DA LEI Nº 10.259/2001.

- O entendimento da 2ª Seção é no sentido de que compete ao STJ o julgamento de conflito de competência estabelecido entre Juízo Federal e Juizado Especial Federal da mesma Seção Judiciária.

- O condomínio pode figurar perante o Juizado Especial Federal no polo ativo de ação de cobrança. Em se tratando de cobrança inferior a 60 salários mínimos, deve-se reconhecer a competência absoluta dos Juizados Federais.

- Embora o art. 6º da Lei nº 10.259/2001 não faça menção ao condomínio, os princípios que norteiam os Juizados Especiais Federais fazem com que, na fixação de sua competência, prepondere o critério da expressão econômica da lide sobre a natureza das pessoas que figuram no polo ativo.

Conflito de Competência conhecido, para o fim de se estabelecer a competência do Juízo da 2ª Vara do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Paraná, Subseção de Curitiba, ora suscitante.” (STJ – CC 73.681/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/08/2007, DJ 16/08/2007, p. 284).

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ESPÓLIO. LEGITIMIDADE ATIVA PARA LITIGAR NO JUIZADO ESPECIAL.

1. O espólio pode figurar no polo ativo em feitos dos Juizados Especiais Federais, aplicando-se, subsidiariamente, por ausência de expressa previsão na Lei nº 10.259/2001, as normas previstas na Lei nº 9.099/95. Precedentes.

2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal do Juizado Especial Cível de Santos - SJ/SP, o suscitante.” (STJ – CC 104.151/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 04/05/2009).

Outra questão controvertida resolvida pela jurisprudência dizia respeito à competência dos juizados especiais para processarem e julgarem causas de valor superior a 60 salários mínimos quando fruto da soma das pretensões individuais de vários autores agindo em litisconsórcio ativo, mas estando cada uma delas, se individualmente consideradas, adstritas àquele teto. Nesse caso, a solução do **Superior Tribunal de Justiça** foi no sentido de reconhecer a competência dos juizados especiais em relação a essas causas, assentando que **o limite de 60 salários mínimos deve se operar sobre a pretensão de cada autor de *per si***. Leia-se a seguir:

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - SEGURO HABITACIONAL - MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE JURÍDICO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 150 DO STJ - PRECEDENTES DO STJ - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. IRRESIGNAÇÃO DA PARTE AUTORA.

1. Apresentada manifestação de interesse da Caixa Econômica Federal no deslinde do feito, em obediência ao enunciado contido na Súmula nº 150 do STJ, compete à Justiça Federal decidir sobre a existência do interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas. Precedentes desta Corte Superior.

2. Para a fixação da competência dos Juizados Especiais Federais, nos termos do art. 3º, caput e § 3º, da Lei nº 10.259/01, em caso de litisconsórcio facultativo ativo, deve ser levado em consideração o valor pleiteado de maneira individual por cada autor, ou seja, dividindo-se o valor atribuído à causa pelo número de demandantes, sendo irrelevante se a soma desses valores ultrapassa o limite de sessenta salários mínimos, estabelecido em lei. Precedentes.

3. Agravo interno desprovido.” (STJ – AgInt no REsp 1632226/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018).

Em relação à possibilidade de **formação de litisconsórcio passivo** entre os **entes públicos** legitimados pela Lei nº 12.153/2009 (art. 5º, II) – os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas – e **particulares**, a questão também parece bastante evoluída no sentido de a jurisprudência reconhecê-la.

No Estado do Rio de Janeiro, a tal respeito, o **Tribunal de Justiça**, ao julgar o **IAC nº 3/TJRJ** (0051597-13.2017.8.19.0000 – julg. 13/02/2020), fixou a seguinte **tese**:

“É **admissível** a formação de **litisconsórcio passivo**, necessário ou facultativo, entre ente público e particular, seja este

pessoa natural ou jurídica, nos processos de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.”

E embora não se tenha localizado nenhum precedente do **Superior Tribunal de Justiça** tratando de questão idêntica, pode-se afirmar, por **analogia a julgados a tratarem de situações similares**, que caminharia no sentido de autorizá-lo. Refiro-me a precedentes em que **admitiu a formação de litisconsórcio passivo entre a União e outros entes públicos perante os Juizados Especiais Cíveis da Justiça Federal**, disciplinados pela Lei nº 10.259/2001.

A **Lei nº 10.259/2001 somente previu como rés** nos Juizados Especiais Cíveis da Justiça Federal a **União, autarquias, fundações e empresas públicas federais** (art. 6º, II). Não apontou ninguém para além delas. E ao se adotar uma **interpretação restritiva e *numerus clausus*** dessa regra, **nem particulares nem outros entes públicos, além dos taxativamente indicados na norma, poderiam figurar no polo passivo da demanda**. Entretanto, essa **não foi a compreensão do Superior Tribunal de Justiça**, como se vê no precedente a seguir:

“PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA QUE VISA A GARANTIR O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. VALOR DA CAUSA INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. ART. 3º DA LEI Nº 10.259/2001. LITISCONSÓRCIO PASSIVO ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO AMPLA DO ART. 6º, II, DA LEI Nº 10.259/2001. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL.

1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou a orientação de que a competência dos juizados especiais, em matéria cível, deve ser fixada segundo o valor da causa, que não pode ultrapassar sessenta salários mínimos, conforme previsto do art. 3º da Lei nº 10.259/2001.

2. A referida lei não afasta a competência desses juizados para apreciar as demandas de maior complexidade, bem como as que envolvam exame pericial.

3. É plenamente cabível aos Juizados Especiais Federais o julgamento de lide em que há litisconsórcio passivo necessário entre a União, o Estado e o Município, pois inexistente óbice no art. 6º, II, do citado diploma. Precedentes do STJ.

4. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juízo Federal do Juizado Especial Cível e Previdenciário da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul.

(CC 104.544/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 28/08/2009)''

Ora, os mesmos fundamentos que levaram o Superior Tribunal de Justiça a reconhecer a competência dos Juizados Especiais Cíveis da Justiça Federal a processarem e julgarem demandas em que a União figure como litisconsorte passiva ao lado de outros entes levam ao reconhecimento da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública instituídos pela Lei nº 12.153/2009 para apreciarem causas envolvendo entes públicos estaduais e municipais e particulares. Pois aliás, fosse outra sua compreensão, mesmo admitindo a competência da Justiça Federal, o Tribunal haveria de remeter a causa ao julgamento do juízo federal comum, retirando-a do juizado especial. Não foi o que fez. No seu entendimento, a norma do artigo 6º, II, da Lei nº 10.259/2001 não é taxativa e admite a formação do litisconsórcio passivo nos juizados especiais, devendo ter preponderância para a fixação de sua competência o valor da causa.

Logo, estando o valor da causa adstrito ao teto dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (60 salários mínimos), irrelevante a presença de outros réus em litisconsórcio com o ente estadual ou municipal, prevalecendo sua competência diante do valor da causa, em detrimento do juízo comum fazendário.

Analizados esses **precedentes**, tenho que **nenhum deles atenta aos valores mais caros ao Sistema dos Juizados Especiais e inspiradores de sua instituição: a celeridade – a merecer especial destaque –, a oralidade e a informalidade**. Efetivamente não vejo nada nesses julgados que vá contra esses princípios. Muito ao contrário, permitem agregar à sua competência causas perfeitamente enquadradas dentro

do critério de menor complexidade, assegurando-lhes um tratamento isonômico com outras que intrinsecamente são da mesma natureza.

Haveria, *e.g.*, alguma diferença intrínseca entre uma cobrança de crédito condominial, levada a efeito por um condomínio em face de ente público, e uma cobrança de crédito de pequena monta de uma microempresa prestadora de serviço ao Poder Público? Não seria o juizado o *locus* ideal à solução dessas causas de menor complexidade e bastante aptas à conciliação?

Haveria alguma vantagem em se remeter ao juízo comum fazendário uma causa apenas porque o valor das pretensões somado supera 60 salários mínimos, quando individualmente considerado está abaixo desse limite, especialmente lembrando que, na teoria do Direito Processual, a pretensão de cada autor corresponde a uma ação autônoma? Haveria algum questionamento da competência do juizado se, ao invés da propositura de uma única ação com 5 autores ao valor da causa de R\$100.000,00 – hoje superior ao teto –, fossem propostas 5 ações por esses mesmos autores a um valor da causa de R\$20.000,00?

Do ponto de vista do aparelho judiciário, se os autores veiculam a mesma demanda, melhor mesmo que a questão seja resolvida em um único processo, gerando menos acúmulo de ações e, por consequência, uma maior presteza e efetividade da Justiça.

Na verdade, o raciocínio dos que não reconhecem a competência dos juizados para causas de valor superior a 60 salários mínimos *tout court*, independentemente da existência de litisconsórcio ativo, apenas permite abrir caminho de fuga ao sistema dos juizados àqueles que querem contornar sua competência absoluta (art. 2º, § 4º, da Lei nº 12.153/2009), circunstância de todo indesejada.

Esse raciocínio, aliás, vale em relação ao litisconsórcio passivo, especialmente se facultativo, quando, a prevalecer o raciocínio dos que defendem a exclusão da competência dos juizados, bastará ao autor fazer a inclusão do litisconsorte para “escapar” da sua competência absoluta.

Mas, mesmo quando necessário o litisconsórcio, se a causa está situada dentro do valor de alçada dos juizados, e portanto classificada como de menor complexidade, por que afastá-la de seu exame?

Talvez o mesmo não se possa dizer com relação ao reconhecimento pela jurisprudência acerca da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública para processar e julgar causas em que exigida **perícia**, desde que o valor da causa esteja situado dentro do limite de 60 salários mínimos, **a atingir**, sem dúvida, **valores caros aos Sistema dos Juizados Especiais de celeridade, oralidade e informalidade**. No entanto, trata-se de entendimento mais do que consolidado junto ao **Superior Tribunal de Justiça**, citando a título ilustrativo o julgado abaixo:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO PROPOSTA CONTRA O ESTADO DO RIO DE JANEIRO. JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. ARTIGO 2º DA LEI Nº 12.153/2009. NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL COMPLEXA. VALOR DA CAUSA INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. COMPETÊNCIA ABSOLUTA.

1. O art. 2º da Lei nº 12.153/2009 possui dois parâmetros – valor e matéria – para que uma ação possa ser considerada de menor complexidade e, conseqüentemente, sujeita à competência do Juizado Especial da Fazenda Pública.

2. **A necessidade de produção de prova pericial complexa não influi na definição da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.** Precedente: REsp 1.205.956/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 01.12.2010; AgRg na Rcl 2.939/SC, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 18.09.2009; RMS 29.163/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe 28.04.2010.

3. Agravo Regimental não provido.” (STJ, AgRg no AREsp 753.444/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 18/11/2015).

Ademais, cuida-se de entendimento que se limita a determinar a aplicação da regra instituída no artigo 10 da Lei nº

12.153/2009 a autorizar, às claras, a realização de perícias nos processos em tramitação nos Juizados Especiais da Fazenda Pública (“Art. 10. Para efetuar o **exame técnico** necessário à conciliação ou ao julgamento da causa, **o juiz nomeará pessoa habilitada, que apresentará o laudo** até 5 (cinco) dias antes da audiência.”).

Poder-se-ia questionar a constitucionalidade dessa norma à luz do artigo 98, I, da CF, a prever procedimento oral e sumaríssimo no âmbito dos juizados. Contudo, para além de lembrar que também a oralidade e a sumariedade estavam presentes no procedimento sumário – antes denominado “sumaríssimo” – do revogado CPC/1973, o que não impedia a produção de perícia naquele rito, também o Supremo Tribunal Federal vem compreendendo não extrapolar a regra o espaço de conformidade do legislador ordinário.

Quando, inclusive, levada a questão a exame da Corte pela via extraordinária, o Tribunal inadmitiu o recurso, negando-lhe repercussão geral, por entender que a hipótese envolve ofensa reflexa à Constituição por sua natureza infraconstitucional, editando nesse sentido tese vinculada ao Tema nº 443 do STF (ARE nº 640.671/RS):

“A questão da alegada necessidade de produção de prova complexa afastar a competência dos Juizados Especiais Cíveis tem natureza infraconstitucional, e a ela se atribuem os efeitos da ausência de repercussão geral, nos termos do precedente fixado no RE n. 584.608, rel. a Ministra Ellen Gracie, Dje 13/03/2009.”

A bem da verdade, até houve um precedente em que a Corte afastou a competência dos juizados especiais em causa envolvendo a responsabilidade civil da indústria tabagista frente à alegada dependência e danos provocados a consumidor (STF – RE 537427, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2011, DJe-157 DIVULG 16-08-2011 PUBLIC 17-08-2011 EMENT VOL-02567-02 PP-00223). Todavia, como se apura dos próprios votos proferidos na ocasião, tratou-se de um caso isolado e sem adoção de uma nova tese diversa da anteriormente

assentada que reconhece espaço de conformidade ao legislador ordinário para contemplar a possibilidade de perícia no rito sumário dos juizados.

Mas uma coisa é certa: a **admissão da perícia** nos Juizados Especiais da Fazenda Pública acentua a **tendência à ordinari-zação de seu rito**, com prejuízos evidentes à celeridade, à informalidade e à oralidade que se quer emprestá-lo.

À frente, voltarei à questão para cuidar de maneiras de tornar a perícia uma potencial aliada da celeridade processual, otimizando a competência atribuída aos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Antes, porém, necessário falar de **outro tema**, intrinsecamente relacionado a uma das **razões de ser e de existir dos juizados especiais**, incluindo os da Fazenda Pública, e **da maior importância à otimização de sua competência**, cujo exercício pleno é essencial para que não se tornem apenas mais um juízo fazendário comum, apenas com um nome diferente. Refiro-me à **competência para conciliar**, expressamente contemplada no artigo 98, I, da CF, e renovada no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 12.153/2009 (“*Art. 2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (...) conciliar (...) causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.*”).

Ao menos levando em conta números do Estado do Rio de Janeiro – conquanto se duvide sejam muito diversos os de outros Estados –, simplesmente se trata de uma competência não exercida no dia a dia desse ramo da Justiça, bastando ver que, **segundo dados extraídos dos sistemas de estatísticas do TJRJ (DW), no período de janeiro a setembro do ano de 2021, foram homologados apenas 3 acordos perante os Juizados Especiais da Fazenda Pública da Capital, diante de um total de 13.335 processos distribuídos no mesmo período.** Algo em torno de 0,0225% o índice de acordos.

E mais. Houve uma **completa ordinari-zação do rito** no âmbito desses juizados – sem dúvida provocada pela falta

quase absoluta de acordos –, a ponto de o sistema DW de estatísticas do Tribunal de Justiça não indicar a realização de uma única audiência de conciliação no período de janeiro a setembro de 2021.

Como resultado da **ordinarização do rito**, o processo se torna **mais lento, prejudicando** aquilo que o juizado especial tem de mais valioso: sua **celeridade e efetividade**. Mais uma vez volto aos números. Dados estatísticos do Tribunal de Justiça, retirados de seu sistema DW, indicam que a taxa de congestionamento dos Juizados Especiais da Fazenda Pública da Capital em setembro de 2021 era 3 vezes superior àquela ostentada pelo II Juizado Especial Cível da Capital (**60,36% X 20,02%**). E mesmo quando comparados seus números a um juízo fazendário comum – a 10ª Vara da Fazenda Pública da Capital –, era quase 50% superior (**60,36% X 43,98%**).

São números reveladores do **grande desafio** a envolver os Juizados Especiais da Fazenda Pública para **não se tornar**, como se disse antes, apenas **mais uma vara fazendária comum, dela se distinguindo apenas pelo nome**.

E creio que a **causa principal** da **ausência** quase absoluta de **acordos nos Juizados Especiais da Fazenda Pública** se deva a **dois fatores: um normativo e outro cultural**.

Quanto ao aspecto normativo, a Lei nº 12.153/2009 previu a possibilidade de os representantes judiciais da Fazenda Pública conciliarem “***nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação***” (art. 8º). A meu sentir, perdeu o legislador a oportunidade de, de antemão, autorizá-la até o valor de alçada dos juizados (60 salários mínimos). Não creio que regra nesse sentido ofenderia a autonomia dos Estados e Municípios, na medida em que a transação é instituto de Direito Civil, cuja competência legislativa da União (art. 22, I, da CF), e se operaria por meio de um ato processual, também matéria de competência legislativa exclusiva da União. De mais a mais, em prestígio à autonomia desses entes, a norma poderia autorizá-los a fixar valores inferiores por leis estaduais ou municipais, considerando

suas realidades financeiras, como o fez, aliás, no artigo 13, §§ 2º e 3º, no que tange à execução de pequeno valor.

Diante disso, é fato que os entes estaduais e municipais poucos esforços fizeram para editar normas voltadas à concessão de autorização a seus representantes judiciais para conciliarem.

Não se tem notícia, por exemplo, de lei municipal alguma neste Estado, nem mesmo na Capital, estabelecendo valores de alçada para a formalização de acordos pelos representantes judiciais das Fazendas Municipais.

Já no âmbito da administração do **Estado do Rio de Janeiro**, em 2010 foi promulgada a **Lei Estadual nº 5.781**, cujo **artigo 24, I**, estabeleceu como **valor limite para acordos** a módica quantia de **35 salários mínimos**, sequer compatível ao de alçada dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, e assim mesmo condicionando-o às hipóteses e nos limites disciplinados por ato do procurador-geral do Estado, portanto, sem conferir nenhuma autonomia ao procurador da causa. Para acrescentar, tampouco se tem notícia da regulamentação dessa norma que, assim, tornou-se letra morta até aqui.

Bastante melhor andou o legislador federal quando disciplinou a questão no âmbito da União. Para além de não preestabelecer valores, deixando-os para definição em regulamento, concedeu alguma margem de autonomia ao procurador da causa (art. 1º, *caput* e § 4º, Lei nº 9.469/1997), apenas retirando-a a partir de determinadas situações, valores e causas previamente estabelecidos, na forma regulamentada no Decreto nº 10.201/2020, nas Portarias AGU nº 109/2007 e 173/2020 e na Portaria PGF nº 498/2020.

Então, há de se reunir esforços para que esse ponto de extrema importância à otimização da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública receba a regulamentação normativa que merece. Vale tanto a provocação pelo Poder Judiciário – por seus magistrados e por sua alta administração – como pelos foros de discussão competentes – *e.g.* o FONAJE – junto aos legisladores, procuradores e gestores estaduais e municipais.

Mas nada disso bastará se a previsão normativa não vier acompanhada de uma mudança cultural que já de algum tempo para cá se tenta empreender junto aos operadores do Direito, incluindo juízes e procuradores da Fazenda. A cultura da conciliação e da mediação em um quadro de assoberbamento de demandas perante o Poder Judiciário se mostra cada vez mais um caminho adequado – talvez o melhor – à pacificação social e à efetivação da Justiça em tempo razoável.

Praticada a conciliação nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, até mesmo a produção de prova pericial poderá se tornar positiva na medida em que a favoreça. Na atualidade, como visto, pela falta de acordos, a prova pericial acaba por contribuir e compor a ordinarização do rito. Contudo, a ideia da Lei nº 12.153/2009 foi utilizá-la como instrumento facilitador de acordos, tanto que prevê a possibilidade de sua produção antes mesmo da audiência de conciliação e, portanto, da resposta do réu (“Art. 10. Para efetuar o **exame técnico necessário à conciliação** ou ao julgamento da causa, o juiz nomeará pessoa habilitada, que apresentará o laudo até 5 (cinco) dias antes da audiência.”).

À toda evidência, o que se quer é ter um quadro fático já bem delineado no momento da conciliação, de forma a incentivá-la e propiciá-la, o que fica ainda mais evidente quando se conjuga a regra do artigo 10 com a do artigo 9º – este pertinente à produção de prova documental –, ambos da Lei nº 12.153/2009.

Daí, propõe-se dar especial destaque à abertura de debates em torno da otimização da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no que tange à face pouco explorada da conciliação, capaz de permitir o reencontro desse ramo da Justiça com a celeridade, a oralidade e a informalidade. ❖

A Responsabilidade Civil do Estado em Desastres Ambientais: Ensaio sobre a Construção da Responsabilidade Civil Objetiva da Administração Pública¹

Pedro de Oliveira Coutinho

Promotor de Justiça/RJ, mestre em Direito Público (UERJ), professor de Direito Administrativo (UCP/RJ).

1. Introdução. 2. Responsabilidade Civil por Danos Ambientais. 3. Responsabilidade Civil do Estado por Omissões. 4. Modificações do Contexto Jurídico. 5. Mutações Constitucionais e seus Limites. 6. Legitimidade das Mutações Constitucionais. 7. Possíveis Omissões na Tragédia de Petrópolis. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas.

1. No dia 15 de fevereiro de 2022, a cidade de Petrópolis/RJ sofreu sua maior tragédia humanitária em decorrência das fortes chuvas que a atingiram, provocando inundações, quedas de barreiras e uma destruição jamais vista. Registraram-se 234 mortes, com um prejuízo material incalculável. Cerca de um mês depois, no dia 20 de março de 2022, novas chuvas fortes atingiram a cidade, agravando as consequências nefastas dos eventos.²

¹ Este artigo é uma versão ligeiramente modificada da intervenção ocorrida no dia 09 de maio de 2022, de 09h as 12h, no seminário REPERCUSSÕES JURÍDICAS DA TRAGÉDIA EM PETRÓPOLIS, evento realizado de forma remota pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, com apoio da Universidade Católica de Petrópolis. Tentou-se manter a fluidez característica da intervenção oral, deixando para notas de rodapé as referências e citações diretas.

² Este artigo é dedicado à memória de Olga Sorgini e João Carlos de Melo Montes.

A lembrança das tragédias que com alguma regularidade atingem a região serrana do Estado do Rio de Janeiro nos transporta para as chuvas do dia 05 de fevereiro de 1988, ocasião em que teriam sido ceifadas as vidas de até 171 pessoas.³ Naquele ano, em pleno curso do processo constituinte, o jornal O Globo de 11 de fevereiro mencionava anúncio de recursos federais para construção de um túnel para escoamento do Rio Quitandinha, assim como o Ministro do Interior alertava o então presidente José Sarney sobre a necessidade de alteração da lei sobre uso e ocupação do solo em Petrópolis, sob pena de novas tragédias.

Muita coisa mudou no país, no Estado e na cidade nesse intervalo, mas muitas coisas persistem. É assim com tudo na vida. Esta intervenção no debate sobre as tragédias em Petrópolis não tem por objetivo tratar da responsabilidade pessoal de gestores públicos, seja no âmbito político, criminal ou da improbidade administrativa. Nosso objetivo será fornecer um breve panorama do Estado como causador de desastres ambientais (dano ambiental e dano causado a partir do dano ambiental) e do Estado como infrator do dever de impedir o resultado danoso (responsabilidade por omissão), com especial atenção ao modo como se construiu o sistema de responsabilização a partir da interpretação constitucional, de modo a permitir a conscientização do papel do intérprete, especialmente o juiz, na formulação das normas jurídicas.

Serve de norte a essa intervenção a lúcida crítica ao ensino jurídico no Brasil formulada pelo professor da UnB Marcus Faro de Castro, para quem: a) existe um descolamento entre o intelecto do jurista e a realidade social, dada sua complexidade; b) há uma dificuldade de avaliar de maneira responsável as políticas públicas; c) a orientação intelectual dos juristas é voltada para a preservação da ordem posta, sem criticá-la ou reformá-la.⁴

³ Os dados recentemente publicados são conflitantes. Jornais de Petrópolis indicam “apenas” 134 mortos, mas uma consulta aos arquivos do jornal O Globo permite concluir pelo número indicado no texto. Naquele ocasião, porém, houve prolongamento das chuvas pelos dias seguintes.

⁴ *Formas Jurídicas e Mudança Social: Interações entre o Direito, a Filosofia, a Política e a Economia*, São Paulo: Saraiva, 2012, prefácio.

2. Inicialmente, e com menor profundidade por não se tratar da situação vivida em Petrópolis, abordaremos o Estado como causador, direto ou indireto, do dano ambiental. Nesse campo jurídico, incide o regramento estabelecido no art. 14, § 1º, da Lei nº 6938/81, que prevê a responsabilidade civil objetiva. Observa-se, da redação do dispositivo mencionado, que o poluidor, aquele responsável pela degradação ambiental, responde pelo dano causado ao meio ambiente “independentemente da existência de culpa”. Ora, isso significa que não só fica afastada a necessidade de demonstração da culpa ou dolo do agente (público) no desempenho da função pública como também não se cogita da excludente de responsabilidade por culpas outras, como a da própria vítima ou de terceiro, que tecnicamente constituiriam fatores de quebra do nexo de causalidade. A culpa é elemento desimportante na fixação da responsabilização do causador do dano ambiental.⁵

Esse regime de responsabilidade civil objetiva é definido pela teoria do risco integral e recebe plena admissão pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Quando o Estado, porém, é responsabilizado de forma indireta, como quando licencia indevidamente empreendimento poluidor, o STJ aplica a responsabilidade objetiva por solidariedade (art. 942 do Código Civil), mas com execução subsidiária, de modo a determinar a preferência da execução contra o causador direto do dano ambiental. De outro lado, também aqui se aplica a responsabilidade civil do Estado por omissão, como quando se verifica o dever do ente público de impedir o evento danoso ao meio ambiente, especialmente no manejo do poder de polícia ambiental.⁶

⁵ É importante salientar que, mais recentemente, o STJ vem ressaltando que a responsabilidade ambiental não pode ser reconhecida sem que fique demonstrado o nexo de causalidade com a atividade poluidora.

⁶ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. OMISSÃO DO ENTE FEDERADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO ALINHADO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. O Tribunal de origem, ao reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado por danos ambientais, em razão de conduta omissiva do ente público, alinhou-se à jurisprudência deste sodalício, que se firmou no sentido de que “A legitimidade por dano ambiental alcança, imediatamente, aquele que, por ação ou omissão, causou ou permitiu que fosse causado dano ao patrimônio ambiental. Essa responsabilidade de quem assim procede se define da maneira mais objetiva possível, mediante a simples resposta à pergunta ‘quem causou’, ‘quem provocou’ ou ‘quem permitiu que o dano ocorresse’” (AgRg no AREsp 796.146/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 25/8/2017). 2. Agravo interno não provido.

Segundo a doutrina do Direito Ambiental, esse regime agravado de responsabilização civil foi recepcionado pelo texto constitucional a partir da redação do art. 225, § 3º.⁷ Contudo, de sua leitura, não se depreende imediatamente o acolhimento de tal forma de responsabilização. A construção interpretativa que foi feita prende-se ao termo infrator, utilizada no dispositivo constitucional para a aplicação de sanções penais e administrativas, o que indicaria, nesse caso, um ato ilícito caracterizado pela conduta culposa, afastada essa conduta para a reparação dos danos, na fórmula empregada no final do dispositivo (“independentemente”).⁸

Não deixa de ser curioso observar que a mesma fórmula utilizada pelo legislador de 1981 foi empregada pelo constituinte na fixação da responsabilidade civil por dano nuclear, conforme art. 21, inciso XXIII, alínea “d”, na redação dada pela EC 49/2006. E isso porque a legislação que ainda serve para regulamentar esse dispositivo, a arcaica Lei nº 6453/77, se aproxima da teoria do risco integral, reforçando os vínculos de responsabilização, mas não a abraça de todo, na medida em que ainda admite excludentes de responsabilidade em seu art. 8º, como em caso de guerra civil, ataque estrangeiro ou excepcional fato da natureza. A utilização desse conceito jurídico indeterminado causaria controvérsias se o acidente que ocorreu na cidade japonesa de Fukushima⁹ tivesse lugar em Angra dos Reis, já que, aceitando-se as excludentes legais, seria forçoso discutir se um tsunami no Brasil seria um excepcional fato da natureza, afastando a responsabilidade da União Federal, o que provavelmente não receberia a mesma interpretação no Japão, país que se situa sobre falhas geológicas e sofre constantes efeitos de abalos sísmicos.¹⁰

(AgInt no REsp nº 1.205.174/PR, relator ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 1/10/2020.)

7 Art. 225, § 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

8 MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 233.

9 A central nuclear de Fukushima foi atingida por um tsunami em março de 2011, causando o derretimento de três dos seis reatores nucleares da usina.

10 Em janeiro de 2018, a Suprema Corte Chilena confirmou condenação do Estado do Chile por cancelamento de alerta de tsunami sem bases científicas em fevereiro de 2010, determinando que a população

Por tudo isso, parece efetivamente mais protetivo ao meio ambiente e aos seres humanos que poderão vir a sofrer danos que atinjam o meio ambiente o acolhimento da teoria do risco integral, como efetuado pela jurisprudência do STJ, em virtude da magnitude dos riscos envolvidos nas questões ambientais, marcadas pela dificuldade inerente de reparação integral.¹¹ Resta, porém, saber se o Supremo Tribunal Federal irá acolher essa recepção, estabelecendo a admissibilidade de uma teoria que reforça de tal maneira os laços entre a atividade de risco e os danos causados, de modo a, quem sabe, impedir que futura intervenção do legislador altere o regramento do art. 14, § 1º, da Lei nº 6938/81 para admitir excludentes de responsabilidade, da mesma forma que se admite na teoria do risco administrativo, sob o prisma da vedação do retrocesso socioambiental.¹²

Vale acrescentar, ainda, que a redação do dispositivo da Lei nº 6938/81 protege também o particular, pessoa física ou jurídica, que venha a sofrer prejuízos de qualquer natureza decorrentes do dano ambiental, de modo que, nesse caso, o fundamento da responsabilidade civil envolvendo a Administração Pública não seria aquele do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, e sim o já referido art. 225, § 3º.¹³

3. O tema da responsabilidade civil do Estado por omissões despertou o interesse de inúmeras contribuições doutrinárias ao longo dos últimos anos por configurar um verdadeiro problema

retornasse às suas casas, vindo a ocorrer um óbito em razão da cessação do estado de alerta.

11 Até em função disso, o STF definiu como imprescritível o dano ambiental.

12 Princípio expressamente reconhecido pelo STF na ADI 4717, em abril de 2018.

13 Os temas ambiental e social podem embrincar-se, como bem demonstra recente decisão do Superior Tribunal de Justiça: ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIZAÇÃO POR DANO AMBIENTAL. RISCO DE DESLIZAMENTOS EM ENCOSTAS HABITADAS. RECUPERAÇÃO AMBIENTAL DA ÁREA DEGRADADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

1. Este Superior Tribunal tem asseverado que, nas demandas que objetivam a reparação e a prevenção de danos ambientais causados por deslizamentos de terra em encostas habitadas, a responsabilidade dos entes federativos é solidária.

2. Nada obstante o reconhecimento de que é dever do município regularizar a ocupação e o uso do solo, observa-se que, na hipótese vertente, restou demonstrado que a condenação imposta pela instância ordinária apresenta, também, o intuito de proteção ambiental e de prevenção de desastres ecológicos, motivo pelo qual há que se reconhecer a possibilidade de condenação solidária do Estado do Rio de Janeiro no cumprimento das obrigações de fazer estabelecidas no acórdão recorrido.

3. Agravo interno não provido. (AglInt no REsp nº 1.573.564/RJ, relator ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 11/2/2021.)

hermenêutico, situado no vértice de três grandes ramos do Direito: o Direito Civil, o Direito Administrativo e o Direito Constitucional. O que se pretende demonstrar aqui é que o dispositivo constitucional estabelecido no art. 37, § 6º da Constituição Federal, não tem mais – nem deveria continuar a ter – a leitura interpretativa da época da promulgação da Constituição de 1988, estabelecida meses depois daquela anterior tragédia petropolitana. Se a demonstração da mudança de interpretação parece evidente, diante da atual jurisprudência do STF, os fatores que levaram à tal mudança não estão de todo aparentes, e aqui tentaremos estabelecer uma explicação para essa mutação.

Ao longo dos anos, formaram-se três correntes sobre o tema: a corrente subjetivista, que entendia que a responsabilidade civil da Administração Pública por omissão exigia a demonstração da culpa, ainda que anônima; a corrente intermediária, que distinguia a omissão própria, em que havia um dever de agir por parte da Administração Pública, e então a responsabilidade por omissão era objetiva, e a omissão, imprópria, em que o dever de agir era meramente genérico, não se configurando a responsabilização; e a corrente objetivista, que pregava um regime uniforme de responsabilidade para ações e omissões.¹⁴ Ao tempo da promulgação da Constituição de 1988, prevalecia a teoria subjetivista, capitaneada, entre outros, por Celso Antônio Bandeira de Mello, que sustentava que causa de um dano só podia ser uma ação, enquanto a omissão era mera condição para um evento, de modo que as omissões não se enquadravam no dispositivo constitucional como causa de dano. Por sua vez, a teoria objetivista, sustentada, entre outros, por Gustavo Tepedino, afirmava que o intérprete constitucional não poderia distinguir o tratamento das ações e omissões quando o constituinte não o fizera,¹⁵ e foi a que terminou por prevalecer no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como estabeleceu o Plenário em março de 2016, ao apreciar

14 NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de, A Resolução do Tema 366 (STF) e sua repercussão sobre a responsabilidade omissiva do Estado, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 56, nº 223, jul.-set. 2019.

15 TEPEDINO, Gustavo. A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 191. Ver as notas de rodapé 22 e 23 para a evolução do tema na doutrina e na jurisprudência.

o Recurso Extraordinário nº 841.526/RS, fixando o tema 592 de repercussão geral: “*Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento.*”

Para melhor compreensão do que foi estabelecido, vejamos a ementa do julgado:

1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o poder público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso.

Pela leitura do voto do ministro relator Luiz Fux, verifica-se a referência a anteriores acórdãos daquela corte no mesmo sentido (de 2010, 2012 e 2013), mas o fato é que, na década anterior, havia uma divisão firme entre as duas turmas, tanto que, no ano anterior ao citado julgamento, em 2015, afirmava a professora Odete Medauar que “reina certa nebulosidade na doutrina e jurisprudência pátrias quanto à responsabilidade por omissão.”¹⁶

Quanto ao dever legal de agir, podemos dizer que o aresto foi tímido em reconhecer as possibilidade de configuração da responsabilidade por omissão apenas por dever legal, parecendo correto dizer que tal dever específico de agir surgirá quando a lei fixa termo ou preveja fato que exija imediata ação estatal (limpeza de bueiros em épocas chuvosas); haja ciência inequívoca de que a administração deve agir (notificação do poder público sobre árvore que ameaça cair, ou sobre má conservação de ponte); circunstâncias propiciadas pelo Estado em que o nexo de causalidade surge pelo desequilíbrio dos encargos (guarda de explosivos ou de animais enfermos). O STF acabou por caminhar no sentido dessa expansão nos anos seguintes, pois, em março de 2020, fixou nova tese de repercussão geral no tema 366: “**Para**

¹⁶ *Direito Administrativo Moderno*, 19ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 433.

que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais, ou quando for de conhecimento do Poder Público eventuais irregularidades praticadas pelo particular.”

Desse modo, em lugar de apegar-se à teoria da culpa anônima para casos de dever genérico, implicando uma dualidade de teorias para a omissão, como pretendia a corrente intermediária, melhor ficou a questão ao prender-se a jurisprudência à questão do dano específico no caso concreto, até porque a teoria da culpa anônima constitui fase intermediária de evolução da teoria da culpa para a teoria do risco.¹⁷ A mesma evolução jurisprudencial se deu na definição do tema 362, em setembro de 2020, quando o STF decidiu que a simples fuga de detento não implica responsabilidade do Estado por crime por ele praticado se a conduta ocorre após a consolidação dessa fuga, afastando o nexo de causalidade.

Portanto, o conjunto de decisões permite concluir que haverá dever de indenizar por parte do Estado quando houver: a) dano; b) dever de agir por parte do Estado; c) conduta omissiva; d) nexo de causalidade. Admite-se o rompimento do nexo de causalidade pela conduta de terceiros, da própria vítima ou por força maior, como consagrado na teoria do risco administrativo, ressaltando-se a possibilidade de somatório de causas.

4. Antes de passar à aplicabilidade prática desse entendimento jurisprudencial, é preciso compreender o que de fato ocorreu nessa uniformização de compreensão, tendo por objeto a construção normativa que se deu a partir do dispositivo constitucional analisado. Ao examinar historicamente a forma como o constituinte originário construiu o dispositivo do art. 37, § 6º, da Constituição de 1988, percebe-se que o texto normativo não difere muito daquele previsto também no art. 194 da Constitui-

¹⁷ O que não significa a completa ausência de hipóteses de responsabilização da Administração Pública por culpa, como ocorre no caso de imputação de erro médico, e não mera falha do sistema de saúde, ou em casos de responsabilidade contratual subsidiária ou solidária.

ção de 1946,¹⁸ nos art. 105 da Carta de 1967 e art. 107 com a EC n° 1/69, todos reconhecidamente configuradores da teoria do risco administrativo, estabelecendo a responsabilidade objetiva do Estado. A grande novidade estabelecida pelo constituinte de 1988 residia, é consenso, na previsão da extensão da responsabilidade civil objetiva às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Para entender o processo construtivo efetuado pelo Supremo Tribunal Federal, é preciso reconhecer que, historicamente, o tema da responsabilidade civil do Estado tem sido resolvido a partir da utilização do denominado argumento “*a contrario*”. O professor da Universidade de Gênova Riccardo Guastini explica que o uso dessa argumentação permite chegar a duas posições opostas:¹⁹ ou o legislador (constituinte, no nosso caso) não deixou qualquer lacuna, pois quis implicitamente o contrário do que não foi explicitado, ou ele de fato deixou o tema sob uma lacuna, e o argumento serve para explicitar tal situação, devendo o intérprete procurar meios de sua colmatação. Um exame apurado dos textos legais e constitucionais, desde o art. 15 do Código Civil de 1916, irá demonstrar que jamais houve redação explícita sobre a presença ou ausência da culpa na responsabilização do Estado.

De fato, além da questão mencionada sobre as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, a grande diferença redacional entre o art. 194 da Constituição de 1946 e o art. 37, § 6º, da Constituição de 1988 está na divisão dos enunciados normativos, em que a questão do regresso contra o servidor público por culpa ou dolo consta do parágrafo único do dispositivo da primeira Constituição. Naquela época, entendeu-se, como agora, que a ausência de referência à culpa ou dolo no enunciado que tratava da responsabilidade do Estado implicava na absorção da teoria do risco administrativo. Assim, o argumento *a contrario* fora utilizado para evitar uma lacuna. Mas, no que se

18 Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

19 *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, Trad. Marina Gascón e Miguel Carbonell, 7ª ed., Ciudad de México: Porrúa/UNAM, 2006, p. 28-30.

refere à omissão da Administração Pública, o uso do argumento *a contrario* se dava em sentido inverso. A doutrina e a jurisprudência majoritárias entenderam que, ao tratar da causa de um dano, o constituinte não se referia a omissões, pois, fisicamente, uma omissão não gera um resultado, só uma ação pode implicar um resultado no mundo da mecânica dos corpos. Duas soluções seriam possíveis: ou o constituinte não quis tratar das omissões, e a lacuna seria preenchida com a aplicação da legislação civil, que previa na época (art. 15 do Código Civil de 1916), como prevê hoje (art. 927, *caput*, do Código Civil de 2002), a responsabilidade subjetiva como regra; ou o constituinte quis, por contrariedade, que a omissão fosse tratada de forma subjetiva, e não haveria opção legislativa que não consagrar a responsabilidade culposa.

Quaisquer que fossem as soluções então possíveis, o fato é que, se a redação dos dispositivos constitucionais continuou similar ao longo do tempo, é lícito concluir que o constituinte de 1988 quis manter a sistemática da responsabilidade civil subjetiva por omissão. Então o que ocorreu de 2016 em diante configurou verdadeira mudança informal da Constituição, processo conhecido como “mutação constitucional”. É o que aqui se sustenta e procura explicar, efetivamente em razão de duas grandes mudanças na sistemática geral do Direito: uma no Direito privado, outra no Direito público.

No âmbito do direito público, a grande transformação se deu com a Emenda Constitucional nº 19/1998, que instituiu a eficiência como princípio geral da Administração Pública. Eficiência tomada aqui como ação que conduza à ocorrência de resultados de modo rápido e preciso; de onde se obtenha o máximo de resultado em um programa a ser realizado, opondo-se à lentidão, descaso, negligência e omissão.²⁰ As exigências lícitas a serem feitas à Administração Pública são ampliadas extraordinariamente a partir do momento em que se consagra a necessidade de um Estado eficiente, não tolerando omissões causadoras de danos a terceiros.²¹

20 Medauar, Odete. *Op. cit.*, p. 161.

21 DROMI, Roberto. El Tránsito al Derecho Público de la Posmodernidad, estudio preliminar a ALFONSO,

No âmbito do direito privado, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil estabelece um campo vasto para o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva, a verificar-se quando definida em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, o que vem a ampliar o tema já vasto determinado pela responsabilidade civil objetiva estabelecida no Código de Defesa do Consumidor. A regra, que cada vez é menos regra, mostra que a teoria culposa enfraquece a proteção de direitos fundamentais como a vida, a saúde e a propriedade privada. Estão, pois, estabelecidos os novos contextos culturais e políticos para a mudança de entendimento sobre a solução constitucional para as omissões estatais.

5. Mutação constitucional, conceito desenvolvido no início do século XX por Georg Jellinek, consiste na modificação informal da Constituição por meio da interpretação, alterando o sentido, significado ou alcance da norma constitucional. Segundo Karl Loewenstein, esse processo de atualização do sentido da norma constitucional ocorre em todos os países que possuem Constituição escrita.²² O limite de tal atividade (que deve existir por não se tratar de reforma, submetida apenas às cláusulas pétreas) está no “texto e na vontade da lei”²³ ou no “quadro do sentido e finalidade da norma”²⁴, ou seja, na finalidade original da norma objeto de interpretação. Vejamos se a mutação discutida observou os dois limites apontados.

No caso sob exame, o dispositivo constitucional do art. 37, § 6º, da CF de 1988 consagra a teoria do risco administrativo como forma de proteger o indivíduo (ou pessoa jurídica) que so-

Luciano Parejo. *Crisis y Renovación en el Derecho Público*. 2ª ed., Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2003, p. 68: “La eficiencia es también un principio jurídico del que surge para la Administración un *deber positivo de actuación* conforme a las exigencias públicas. Es un bien o interés jurídico que reviste calidad de valor, por lo que debe garantizarse su existencia y la capacidad de cumplirlo o alcanzarlo; porque traduce un mandato vinculante para la Administración a propósito de su idoneidad para cumplir con sus fines.”

22 *Teoría de la Constitución*, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª ed., Barcelona: Ariel, 1976, p. 165.

23 BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A Interpretação como Fator de Desenvolvimento e Atualização das Normas Constitucionais, in SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 161.

24 QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: As instituições do Estado Democrático e Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 161.

fra prejuízos em razão da atuação estatal, voltada ao benefício do grupo social (repartição de encargos públicos). Ainda que todos respondam pelo prejuízo causado a uma pessoa individualizada, a futura projeção desse prejuízo sobre cada um de nós demonstra o caráter protetivo da norma. E a verdade é que a responsabilidade subjetiva por omissões já não protegia suficientemente o cidadão diante dos riscos da atividade administrativa.

Do ponto de vista léxico, o dispositivo constitucional não menciona ações, mas simples causa, daí a possibilidade que a mutação permite de inserção da distinção da causa entre atos comissivos e atos omissivos, superando a vetusta discussão sobre causa e condição, pois o Direito trata com ficções, não importando se, do ponto de vista da Física, a omissão não produza um resultado. De outro lado, não há nenhuma definição expressa de que as omissões seriam regidas pela teoria da culpa, foi justamente a sua ausência expressa no texto que levou a essa construção, como demonstrado.

De um modo geral, a doutrina reconhece que, quanto mais distante se encontra o fenômeno da interpretação/aplicação da norma, menor o vínculo que se estabelece com a *mens legislatoris*.²⁵ Mas os cuidados acima indicados são relevantes para evitar que a mutação constitucional se transforme naquilo que se poderia denominar de “manipulação constitucional”, caracterizada pelo uso da Constituição em proveito particular, mediante a prática de um ardil, artifício ou manobra retórica.²⁶

6. Mas se se trata de um fenômeno natural às Constituições escritas, se a mutação traz o benefício de atualização dos dispositivos normativos da Constituição para as novas realidades desafiadoras, se hoje não mais predomina a compreensão de que o juiz descobre o direito no texto normativo, e sim participa da criação de sentido da norma a partir desse texto e do exame dos fatos, então por que motivo o STF não admitiu ou expressou que

25 ORTEGA, Manuel Segura. *Sobre la Interpretación del Derecho*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2003, p. 70.

26 SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La Interpretación Judicial de la Constitución*, 2ª ed., Buenos Aires: LexisNexis, 2006, p. 166.

realizou tal mutação? A resposta está no fato de que todo o fenômeno da interpretação e aplicação da Constituição pelo Poder Judiciário implica um problema de legitimidade democrática, especialmente delicado quando se trata do controle de constitucionalidade das leis.²⁷ De fato, não é simples admitir publicamente – extrapolando o universo dos operadores do Direito – que o Judiciário participa do processo de construção das normas, inclusive constitucionais, retirando parte do tradicional papel atribuído ao Poder Legislativo pelo princípio da separação de poderes.

Por consciência das implicações sensíveis de tal método informal de atualização constitucional é que as cortes constitucionais, quando a realizam, não explicitam a mudança de atitude ou a derivação do intérprete para novos argumentos jurídicos, ao contrário, costumam apontar para a continuidade interpretativa de todas as normas,²⁸ como aliás se viu no voto do ministro Luiz Fux antes referido. Há, pois, uma questão importante sobre a legitimidade democrática desse papel dos tribunais. Todavia, afastando uma primeira resposta negativa que intuitivamente ressalta do senso comum, podemos admitir que a mutação constitucional “silenciosa” ou “tácita” é, muitas das vezes, mais democrática que a reforma formal do texto constitucional. Tomando a referência à abertura do processo de interpretação constitucional indicado por Peter Häberle no sentido de que “todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos” estão envolvidos no processo de interpretação constitucional,²⁹ seria possível concluir, com Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-Pflug, que “não é apenas uma minoria, representante da sociedade, que irá deliberar sobre a mutação do texto constitucional, mas sim uma grande parcela da população.”³⁰ Em sentido similar, o professor Juarez Freitas afirma que “a reforma

27 BRITO, Miguel Nogueira de. Originalismo e Interpretação Constitucional, in SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*, 1ª ed., 2ª tir., 2007, p. 59.

28 CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, Madrid: Tecnos, 1997, p. 34.

29 HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica Constitucional*, Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997, p. 13.

30 *Op. cit.*, p. 163.

textual funciona como processo agressivo, de sorte que se mostra preferível deixar que o intérprete atue como o reformador por excelência, extraindo as ricas e extraordinárias possibilidades oriundas da indeterminação, **voluntária ou não**, dos conceitos e das categorias constitucionais.³¹

Todavia, essa mutação não pode ser cotidiana, como num processo. Herman Heller afirmava que toda Constituição deve ser em parte estática, em parte dinâmica, sob pena de não haver enraizamento social.³² Por sua vez, a professora portuguesa Cristina Queiroz afirma que a mutação constitucional não pode converter-se num princípio “normal” de interpretação constitucional, pois isso esvaziaria a própria força normativa da Constituição, enfraquecendo sua função de estabilidade e ordem.³³ Juarez Freitas afirma que a estabilidade, sobretudo a constitucional, afigura-se como condição para a justiça e vice-versa – o que implica confiar ao intérprete a concomitante missão de conservar e de inovar.³⁴

7. A situação vivenciada em Petrópolis corporificou duas formas essenciais de discussão sobre a responsabilidade por omissão do Estado: a enchente causada pelo transbordamento dos diversos rios que cortam a cidade, cobrindo ruas e atingindo construções situadas à margem das pistas, bem como as quedas de barreiras, afetando casas e ruas da cidade.

Parece fora de dúvida que o fator primário gerador dos inúmeros danos ocorridos na cidade de Petrópolis em razão dos eventos do dia 15/02/2022 foi o índice pluviométrico extraor-

31 A Melhor Interpretação Constitucional Versus a Única Resposta Correta, in SILVA, Virgílio Afonso da (org.), *Interpretação Constitucional*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 335, com grifo nosso.

32 *Teoria do Estado*, Trad. Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 296, com grafia atualizada pelo autor: “O conhecimento do Estado e do Direito não deve esquecer nunca, certamente, o caráter dinâmico do seu objeto. Porém, menos ainda deve esquecer que só cabe falar de uma Constituição se for afirmada, não obstante a dinâmica dos processos de integração constantemente mutáveis e, neles, com um caráter relativamente estático. A Constituição do Estado não é, por isso, em primeiro lugar, processo mas produto, não atividade mas forma de atividade; é uma forma aberta através da qual passa a vida, vida em forma e forma nascida da vida. Assim como em uma melodia ‘transportada’ mudaram os ‘elementos’ e, não obstante, a melodia se considera idêntica, assim também na sucessão e na coexistência dos cooperadores que mudam vê-se como a Constituição persiste como unidade indiferençável.”

33 *Op. cit.*, p. 160.

34 *Op. cit.*, p. 336.

dinário, configurando-se como força maior (evento irresistível). Não há que se cogitar de uma atuação estatal causadora dos eventos que atingiram a cidade, daí porque sobreleva considerar se, ao lado desse fator natural, há concorrência de causalidades, consubstanciadas em omissões estatais.

Nos casos dos rios que cortam a cidade e que necessitam de um trabalho eficiente e constante de desassoreamento para evitar que transbordem no período de verão, seria necessário demonstrar que não houve atuação estatal na realização de tal tarefa. Surge, porém, um fator complicador para o estabelecimento das responsabilidades, que é o da definição da competência, já que parte dos cursos d'água afetados são de titularidade estadual, e não municipal, como muitas vezes se imagina (art. 26, I, da CF).

Quanto à limpeza e conservação de bueiros, ou sistemas de captação das águas pluviais, não há dúvida quanto à responsabilidade do poder público municipal. A não realização do serviço de limpeza, permitindo que as chuvas se acumulem nas pistas e, com isso, invadam construções situadas às margens, é tema recorrente na jurisprudência nacional. No nosso caso, teria de restar demonstrado que foi o fator determinante para certos danos, já que toda a parte central da cidade submergiu.

O tema das quedas de barreiras também é complexo. A não aplicação da teoria do risco integral afasta a simples invocação da competência municipal para promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, inciso VIII, da CF). Necessário demonstrar que havia dever de agir, com possibilidade concreta de impedir o resultado danoso.

Novamente o tema se bifurca, pois tanto pode haver queda de barreiras sobre construções irregulares, em que poderá haver contribuição da(s) vítima(s) para o resultado, como quando fica demonstrado que o solo cedeu em função da desproteção provocada pela construção irregular em área imprópria,³⁵ sem

35 Art. 182, § 2º, da Constituição Federal: "A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor."

que isso exclua, definitivamente, a possibilidade de responsabilização estatal, como pode haver queda de barreira sobre área regularmente ocupada.

Nenhuma das situações é nova na cidade de Petrópolis ou inédita na jurisprudência. Se a primeira situação é mais delicada por envolver a contribuição da vítima ou lesado para o dano e por admitir eventual visão discriminatória contra despossuídos, atribuindo-lhes desde sempre as causas de seus infortúnios, a segunda é de mais fácil caracterização, como ocorre quando o poder público é notificado sobre iminência de queda de pedra, ou sobre outras construções irregulares ou depósito irregular de lixo à montante das construções regulares, e sua inércia permite que os danos se avolumem em razão das fortes chuvas. O descumprimento do poder de polícia em situações de possibilidade de agir implica a responsabilidade do poder público municipal.

Mais uma vez, é preciso lembrar que o caso concreto irá fornecer os detalhes fáticos para a solução justa do problema, evitando-se apego a visões simplistas e definitivas, na medida em que é possível ao Estado comprovar a excludente de responsabilidade.

E, já que estamos a tratar de omissões do Estado, não custa lembrar que o panorama de descontrole na ocupação de encostas em Petrópolis e em várias regiões metropolitanas do Brasil se deve também a uma inicial omissão legislativa, eis que o tema do parcelamento do solo urbano só veio a ser regulamentado no Brasil através do DL 58/1937, que não conferia aos municípios instrumentos para frear os loteamentos irregulares nem previa punições aos loteamentos clandestinos, situação que perdurou até a edição tardia do DL 271/67, quando o país já enfrentava longo período de êxodo rural, sobretudo após a industrialização promovida nos anos 1950. Somente em 1979 foi editada a Lei nº 6766, que atualmente regula o controle do parcelamento do solo urbano, configurando atraso crucial para o problema atual.³⁶ É verdade que Petrópolis sofreu esse fenômeno um pouco mais tarde, segundo se diz até com a cumplicidade, quando não o estí-

36 LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 186-190.

mulo do poder público, especialmente quando se tem em mente as vedações de parcelamento em áreas sujeitas a inundações, terrenos com declividade superior a 30%, terrenos com condições geológicas desfavoráveis e em áreas de preservação ecológica (art. 3º, parágrafo único).

Assim, Petrópolis tem o dever de pautar a ocupação do solo urbano em conformidade com suas peculiaridades históricas e geográficas, tal como determina o art. 182, § 2º, da Constituição Federal. O poder de polícia não pode se limitar à aprovação do projeto de loteamento, mas deve acompanhar a sua execução.³⁷ A lei confere instrumentos para o município promover a regularização do loteamento (arts. 38 e 40), com embargo de novos loteamentos para evitar maiores prejuízos, além da possibilidade de promover demolições. A instituição de zonas habitacionais de interesse social facilitaria a regularização de loteamentos antigos e permitiria novos para combater o *déficit* de moradia popular. Contudo, há de se reconhecer que os loteamentos clandestinos muitas vezes fogem a tais instrumentos ao serem realizados por preços módicos e pagamentos à vista (fora o fato de muitas vezes envolver organizações criminosas, ou se utilizar de terrenos invadidos). A conclusão é uma insuficiência crônica da legislação para lidar com os modernos problemas da ocupação desordenada do solo urbano.

Há que registrar que existe todo um dever estatal de desenvolver políticas públicas que protejam o direito fundamental de moradia, com política habitacional (SFH) e facilitação de mecanismos de garantia de moradia (aluguel), aí incluídos Estados e União Federal como responsáveis pela sua implementação,³⁸ outro tema em que estamos bastante atrasados.

À omissão legislativa pode também ser adicionada eventual omissão jurisdicional (essa, inclusive, pela violação da razoável

37 O desembargador gaúcho Rogério Gesta Leal sustenta que, na situação de tomar conhecimento de vendas irregulares, o município deveria opor-se pela via administrativa ou judicial. Sobre a propaganda de alienação de lotes irregulares, ele sugere a contrapropaganda, para evitar que terceiros de boa-fé sejam lesados.

38 Sobre o tema, confira-se SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à Moradia e de Habitação*: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, capítulo 9.

duração do processo – art. 5º, inciso LXXVIII, da CF).³⁹ De fato, em situações de imposição da necessidade de obras públicas, da retirada de moradores de áreas de risco ou outras obrigações relacionadas à proteção ambiental, seria possível que o Estado viesse a ser *responsabilizado* pela demora na prestação jurisdicional.⁴⁰

8. Vistas tais possíveis situações de omissão do poder público na atuação para evitar danos a particulares, ou ao menos minorar os efeitos dos danos causados pelas fortes chuvas, resta concluir no sentido da aprovação da mutação constitucional desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, por entendermos que as mudanças operadas no sistema jurídico de direito público (princípio da eficiência) e no sistema de direito privado (ampla aplicação da responsabilidade objetiva), desde a edição da Constituição de 1988, determinavam uma revisão do sentido construído ao longo de mais de 50 anos da teoria do risco administrativo, para permitir que também as omissões administrativas fossem reguladas pelo sistema da responsabilidade independente de culpa, embora admitindo excludentes de responsabilidade.

Tal atualização do sentido constitucional da responsabilidade do Estado teve suporte na realidade enfrentada no país e ateuve-se aos métodos legítimos de atualização da Constituição Federal, sem desbordar dos limites que a doutrina propõe para tal tarefa, mostrando-se legítima por ser resultado da longa maturação dos julgados e da sensível modificação das posições da doutrina sobre o tema, que caminhavam no sentido da objetivação. Nesse sentido, vale lembrar a importante observação formulada pelo professor Jacques Chevalier acerca do papel da interpretação na legitimidade do Estado de Direito:

³⁹ O princípio da eficiência vem especialmente previsto no art. 8º do CPC. Apesar da resistência judicial (comprovando o caráter de construção da norma jurídica retirada do dispositivo constitucional), a doutrina admite a aplicação da responsabilidade objetiva também aos demais poderes no exercício de suas funções características.

⁴⁰ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*, Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 430: “Não é o ativismo judicial, mas a morosidade do aparelho judicial, a causa de graves danos à sociedade. A estrutura do Poder Judiciário passará a receber mais atenção e investimentos no dia em que o Estado for chamado a responder por omissão na prestação de serviços judiciais, apesar de que as indenizações terão que ser cobradas por meio do próprio Poder Judiciário.”

“Ora, a dinâmica social e política não podem ser fixadas na objetividade das formas jurídicas: os enunciados jurídicos assumem a sua verdadeira significação somente através das interpretações que lhe são dadas e dos usos concretos que lhe são dados; e lutas incessantes opõem os diferentes atores que procuram impor as suas interpretações. Destarte, o texto constitucional em si mesmo não tem eficácia, nem significação, em si, independentemente das práticas políticas concretas: produto das transações entre atores políticos, a Constituição vê o seu alcance evoluir ao bel-prazer de seus intercâmbios; como toda norma jurídica, as normas constitucionais não podem ser abordadas sem referência ao seu substrato político e às relações de força que elas contribuem a objetivar. E o Estado de Direito não pode ser confundido com o ‘reinado do direito’”⁴¹

Esperamos, assim, ter demonstrado que, por trás dos fenômenos jurídicos, há fenômenos políticos que lhes dão fundamento, e que a importância da responsabilização do Estado por omissões neste século XXI não poderia ser resolvida sem uma apreciação histórico-política da atuação do Poder Judiciário na construção do Direito, que se quer justo e eficiente. ❖

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A Interpretação como Fator de Desenvolvimento e Atualização das Normas Constitucionais, in SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 2007.

BRITO, Miguel Nogueira de. Originalismo e Interpretação Constitucional, in SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*, 1ª ed., 2ª tir., 2007.

CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, Madrid: Tecnos, 1997.

CASTRO, Marcus Faro de. *Formas Jurídicas e Mudança Social: Interações entre o Direito, a Filosofia, a Política e a Economia*, São Paulo: Saraiva, 2012.

41 *O Estado de Direito*. Trad. Antonio Araldo Ferraz dal Pozzo e Augusto Neves dal Pozzo, Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 123.

CHEVALIER, Jacques, *O Estado de Direito*. Trad. Antonio Araldo Ferraz dal Pozzo e Augusto Neves dal Pozzo, Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DROMI, Roberto. El Tránsito al Derecho Público de la Posmodernidad, estudio preliminar a ALFONSO, Luciano Parejo. *Crisis y Renovación en el Derecho Público*. 2ª ed., Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2003.

FREITAS, Juarez. A Melhor Interpretação Constitucional Versus a Única Resposta Correta, in SILVA, Virgílio Afonso da (org.), *Interpretação Constitucional*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 2007.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, Trad. Marina Gascón e Miguel Carbonell, 7ª ed., Ciudad de México: Porrúa/UNAM, 2006.

HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica Constitucional*, Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

HELLER, Herman. *Teoria do Estado*, Trad. Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, 1968.

LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª ed., Barcelona: Ariel, 1976.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 19ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*, Belo Horizonte: Fórum, 2005.

NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. A Resolução do Tema 366 (STF) e sua repercussão sobre a responsabilidade omis-

siva do Estado, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 56, n° 223, jul.-set. 2019.

ORTEGA, Manuel Segura. *Sobre la Interpretación del Derecho*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2003.

QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La Interpretación Judicial de la Constitución*, 2ª ed., Buenos Aires: LexisNexis, 2006.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à Moradia e de Habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal*, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Arbitragem de Investimentos: Um Breve Panorama

Rodrigo Vieira Farias

Professor do curso de pós-graduação lato sensu em Direito Processual do CEPED/UERJ. Professor concludista na Universidade Estácio de Sá. Mestrando em Direito Processual pela UERJ. Assessor de Conselheiro no Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

RESUMO: o presente artigo busca trazer um breve panorama a respeito da denominada “arbitragem de investimentos”. De início, discute-se a respeito da própria admissão da arbitragem no ordenamento pátrio para, na sequência, tratar de sua aplicação à administração pública. Por fim, cuida-se da arbitragem de investimentos e, por fim, de sua aplicação no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: arbitragem; arbitragem de investimentos; arbitralidade subjetiva; arbitragem e administração pública.

ABSTRACT: this article aims to provide a brief overview of the so-called investment arbitration. At first, it is argued about the very admission of arbitration in the homeland order to, subsequently, deal with its application to the public administration. Finally, it deals with investment arbitration and, finally, its application in Brazil.

KEYWORDS: arbitration; investment arbitration; subjective arbitrality; arbitration and public administration.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Arbitragem e administração pública; 1.1. A arbitragem no Direito brasileiro – da inefetividade à Lei nº 9.307 de 1996; 1.2. Arbitragem e administração pública – um longo, polêmico e tormentoso caminho; 2. A arbitragem de inves-

timentos no Brasil; 2.1. Uma introdução necessária ao tema; 2.2. A Convenção de Washington – breves notas; 2.3. O Brasil e a arbitragem de investimentos; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A arbitragem de investimentos tem sido, desde meados do século XX, um dos principais mecanismos de proteção a investidores estrangeiros em face de condutas estatais lesivas a seus bens e interesses, diante das naturais dificuldades em se buscar a reparação destes danos por meio do Direito interno, seja no país receptor do investimento, seja no país do investidor.

Em 1965, no contexto de surgimento de tratados e convenções internacionais em matéria de proteção a investimentos, por iniciativa do Banco Mundial, foi editada a Convenção de Washington, tratado internacional responsável pela criação do Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID), instituição que busca facilitar a mediação e a arbitragem de litígios entre Estados signatários e entre investidores estrangeiros e esses mesmos Estados.

A Convenção de Washington se trata, com efeito, da principal norma internacional reguladora da proteção do investimento internacional entre os mais de 160 Estados que a assinaram, e, por sua vez, o ICSID constitui, ainda hoje, o principal centro de resolução de litígios daquela natureza¹. A par de sua grande atratividade, porém, grandes economias não assinaram ou ratificaram o tratado, dentre elas, o Brasil, sobre o que se discorrerá adiante.

Antes de se cuidar do tema com os detalhes a que esse faz jus, porém, faz-se necessário tratar da possibilidade de a administração pública brasileira se submeter, segundo as regras de seu próprio ordenamento jurídico e no âmbito do Direito interno, a este meio de solução de litígios para, por fim, tratar da arbitragem de investimentos e de sua aceitação (ou não) pelo Brasil.

¹ BARROCAS, Manuel Pereira. Crise na arbitragem de investimento na União Europeia? A questão vista segundo a ótica europeia. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 58, p. 278, jul./set. 2018.

1. ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 A arbitragem no Direito brasileiro – da inefetividade à Lei nº 9.307 de 1996

Do ponto de vista conceitual, de maneira bastante sintética e abrangente, pode-se dizer que a arbitragem é um mecanismo de resolução privada de litígios, mediante o qual as partes em conflito, consensualmente, outorgam o poder de decidir a controvérsia a um terceiro imparcial, denominado “árbitro”.

No Direito brasileiro, a submissão de conflitos ao meio arbitral é admitida desde a Constituição de 1824, que autorizava a sua instituição para as causas de natureza cível e penal em seu artigo 160, no que foi seguida pelo Código Comercial e pelo Regulamento 737, ambos de 1850, pelo Decreto nº 3.900 de 1867, pelo Código Civil de 1916 e pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973². Isso não produziu, de outro giro, adesão significativa ao juízo arbitral durante este largo período da história nacional.

Além dos obstáculos comumente levantados em desfavor do instituto, tais como o custo de sua instituição e a (suposta) baixa aplicabilidade, à luz da redação originária do Código de 1973, exigia-se a homologação do laudo arbitral pelo Poder Judiciário, de forma a lhe atribuir executoriedade (artigos 1097 e 1098), bem como o descumprimento da cláusula compromissória por qualquer dos contratantes ensejava, tão somente, o direito à reparação pecuniária pelo inadimplemento contratual.

Este cenário começou a ser modificado a partir da edição da Lei nº 9.307 de 1996, conhecida como “Lei de Arbitragem”, a qual revogou integralmente as disposições do Código Civil de 1916 e do Código de Processo Civil de 1973, que cuidavam do assunto.

A lei, no ponto, atribuiu eficácia de título executivo judicial à sentença arbitral (artigo 31), dispensando a sua ho-

² Para estudo aprofundado a respeito da história da arbitragem no Brasil, remetemos o leitor à obra de LOBO, Carlos Augusto da Silveira. História e perspectivas da arbitragem no Brasil. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 50, p. 79 – 94, jul./set. 2016.

mologação, pelo Poder Judiciário, como requisito de eficácia, bem como conferiu, em favor da vítima do descumprimento contratual, a tutela específica da obrigação de instituição da arbitragem, permitindo que a sentença que julgar procedente o pedido produza os mesmos efeitos da cláusula compromissória inadimplida (artigo 7º, § 8º)³.

Frise-se, no ponto, que a possibilidade de concessão de tutela específica para instituir a arbitragem – e, de maneira geral, do próprio instituto – teve sua constitucionalidade questionada durante certo período de tempo após a promulgação da Lei nº 9.307 de 1996. Argumentava-se, em prol da inconstitucionalidade, que a arbitragem ofenderia o direito fundamental de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, por, supostamente, estar-se subtraindo do jurisdicionado a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário para prevenir ou sanar lesão a direito⁴.

3 Tal previsão, inovadora à época da promulgação da Lei nº 9.307 de 1996 – considerando que a primazia da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer somente foi introduzida, de maneira geral, em nosso Direito Processual, com o advento da Lei nº 8.952 de 1994, que alterou o artigo 461 do Código então vigente –, não passou imune a críticas, ainda na fase de tramitação do Projeto de Lei do Senado nº 78 de 1992. Neste sentido, Otto Eduardo Vizeu Gil apontou que “[a] execução judicial da cláusula compromissória, ainda que sujeita, até a sentença que fixará as dimensões da arbitragem, a um rito presumidamente célere, não vai impedir todos os incidentes que podem vir a ocorrer no curso desse processo e nem obstar a interposição dos recursos autorizados na lei processual, com todas as delongas imagináveis.” (GIL, Otto Eduardo Vizeu. A nova regulamentação das arbitragens: Projeto de Lei do Senado nº 78/92, do Senador Marco Maciel. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 30, nº 118, p. 429, abr./jun. 1993).

4 Argumento este que não se sustenta, como bem apontado, em doutrina, por Sálvio de Figueiredo Teixeira, em artigo publicado logo após a promulgação da Lei nº 9.307 de 1996: “[t]enho não justificar-se, contudo, esse temor, mais que inquietação, na medida em que o modelo de arbitragem adotado pela Lei 9.307/96 dele não exclui o Judiciário. E isso por múltiplas razões. A uma, porque a nova lei é explícita (art. 33 da Lei 9.307/96) em assegurar aos interessados o acesso ao Judiciário para a declaração da nulidade da sentença arbitral nos casos que elenca, em procedimento hábil, técnico e de maior alcance do que o criticado procedimento homologatório do sistema anterior. A duas, pela igual possibilidade de arguir-se nulidade em embargos à execução (art. 33, § 3º, da Lei 9.307/96 c/c art. 741, CPC). A três, porque a execução coativa da decisão arbitral somente poderá ocorrer perante o Judiciário, constituindo a sentença arbitral título executivo judicial, assim declarado na nova redação dada (pelo art. 41) ao inc. III do art. 584 do CPC. De igual forma, a efetivação de eventual medida cautelar deferida pelo árbitro reclamará a atuação do juiz togado, toda vez que se fizerem necessárias a coerção e a executio. A quatro, porque, para ser reconhecida ou executada no Brasil (art. 35 da Lei 9.307/96), a sentença arbitral estrangeira se sujeitará à homologação do Supremo Tribunal Federal (ou de outro órgão jurisdicional estatal – v.g., o Superior Tribunal de Justiça –, se a Constituição, reformada, assim vier a determinar). A cinco, porque do Judiciário é o controle ‘sobrevindo no curso da arbitragem controversia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento’. A seis, porque também caberá ao Judiciário decidir por sentença acerca da instituição da arbitragem na hipótese de resistência de uma das partes signatárias da cláusula compromissória (art. 7º da Lei 9.307/96).” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 735, p. 40-42, jan./1997).

A controvérsia somente foi pacificada no final de 2001, quando o Supremo Tribunal Federal⁵, em controle difuso de constitucionalidade exercido no âmbito de processo de homologação de sentença arbitral estrangeira – à época, de sua competência, por força do revogado artigo 102, inciso I, alínea *h*, da Constituição Federal –, declarou a constitucionalidade do artigo 31 da Lei da Arbitragem.

Superadas tais polêmicas, verificou-se paulatino incremento na utilização da arbitragem no Direito brasileiro, com significativo incremento nos valores envolvidos e no número de matérias submetidas. A título de exemplo, na década de 2010, verificou-se aumento de 114,84% no número de procedimentos instaurados em algumas das principais câmaras arbitrais brasi-

5 Confira-se a ementa do julgado: 1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis – a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida, que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem – a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral – não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no Direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31) e sua consequente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no Direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal – dado o seu papel de “guarda da Constituição” – se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte – incluído o do relator – que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória – dada a indeterminação de seu objeto – e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, consequentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX, do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade – aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). (SE 5206 AgR, Relator(a): min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00059 EMENT VOL-02149-06 PP-00958) (original não grifado).

leiras⁶, passando de 128 casos novos ao ano em 2010 para 275 novas arbitragens em 2017.

Feitas estas breves notas, passa-se a cuidar da aplicabilidade da arbitragem à administração pública, no âmbito do Direito interno brasileiro.

1.2 Arbitragem e administração pública no Brasil – um longo, polêmico e tormentoso caminho

A possibilidade de submissão da administração pública pátria à arbitragem – e, de modo geral, a mecanismos de solução de controvérsias que não o Poder Judiciário, tais como a conciliação e a mediação – suscitou enormes controvérsias, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais, ao longo do século XX e neste começo de século XXI.

Erigia-se, contrariamente de tal possibilidade, os seguintes princípios reitores da atividade administrativa⁷:

i. *O princípio da legalidade*: previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, tal princípio traduz uma vinculação positiva do administrador público à lei, impondo sua atuação ou autorizando a prática de atos em seus estritos limites. Posta a questão em outros termos, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza⁸.

Partindo de tal premissa, à administração pública somente seria lícito participar de procedimento arbitral nas hipóteses previstas em lei, como ocorria, *e.g.*, na Lei de Concessões (artigo 23-A da Lei n° 8.987 de 1995), diante da inexistência, até 2015, de regra geral autorizativa na Lei n° 9.307 de 1996.

6 Conforme dados levantados por Selma Ferreira Lemes (LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem em Números e Valores. Seis Câmaras. 8 anos, Período de 2010 (jan./dez.) a 2017 (jan./dez.). Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns.%20e%20Valores-%202010%20a%202017%20-final.pdf>. Acesso em 01/08/2019). As câmaras pesquisadas foram o Centro de Arbitragem da AMCHAM – Brasil (AMCHAM), o Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), a Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem de São Paulo - CIESP/FIESP (CAM-CIESP/FIESP), a Câmara de Arbitragem do Mercado - CAM-BOVESPA, a Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas (CAM-FGV) e a Câmara de Arbitragem Empresarial - Brasil (CAMARB).

7 Enunciação seguida, a título de exemplo, por RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. Rio de Janeiro: GEN, 2016, p. 386.

8 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 93.

ii. *A indisponibilidade do interesse público*: tal princípio é considerado, por parcela da doutrina⁹ em conjunto com o princípio da supremacia do interesse público, como binômio fundante do regime jurídico de direito público. Veicularia a ideia de que, em razão de o administrador público gerir bens e interesses pertencentes à coletividade, destinados à persecução do interesse público, a disponibilidade daqueles bens e interesses não poderia ocorrer senão nas hipóteses em que a lei outorgasse ao gestor poderes para renunciar, dispor ou transigir a seu respeito.

iii. *O princípio da publicidade*: constante do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal desde sua redação originária, tal princípio entraria em rota de colisão com a confidencialidade¹⁰, a qual, embora não seja impositiva, é costumeiramente utilizada na arbitragem entre particulares, com vistas à proteção das informações constantes do procedimento e do procedimento em si.

Assim sendo, para aqueles autores adeptos de tal corrente, haveria incompatibilidade lógica entre o princípio da publicidade, pelo qual o sigilo é tido como exceção para a atividade administrativa, e a confidencialidade, que prestigia o sigilo no procedimento arbitral, inviabilizando sua utilização pela administração pública.

A Lei nº 13.129 de 2015 espancou quaisquer questionamentos a respeito da possibilidade do uso da arbitragem pela administração pública, referente a direitos patrimoniais disponíveis (artigo 1º, §§ 1º e 2º, da Lei de Arbitragem, incluídos pela referida

9 Nesta linha, MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 56.

10 José Antonio Fitcher, Sérgio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro fazem distinção, seguida por parcela da doutrina, entre confidencialidade e privacidade na arbitragem. Para estes autores, a confidencialidade seria “limitador a que partes, árbitros, instituição arbitral e terceiros eventualmente participantes do processo divulgassem publicamente as informações obtidas durante a arbitragem, o que englobaria dados, documentos, provas e decisões. Trata-se, pois, de um dever imposto aos sujeitos da arbitragem em relação a eles mesmos. A privacidade na arbitragem, por outro lado, se referiria apenas e tão somente à proibição de estranhos ao conflito de participar do processo arbitral, notadamente da audiência arbitral, que se realiza a portas fechadas (*in camera*). Trata-se, nesse caso, de um direito das partes de manter a privacidade do procedimento em relação a estranhos ao conflito. A distinção terminológica tem servido para que parte da doutrina afirme que a privacidade seria inerente e indeclinável na arbitragem, admitida implicitamente, enquanto que a confidencialidade, enquanto dever, exigiria previsão legal ou convencional expressa.” (FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. *In: Revista de Direito Privado*, vol. 49, p. 229, jan./mar. 2012).

lei), e obedecidos os princípios da legalidade e da publicidade (artigo 2º, § 3º). Tal alteração não foi precedida de caminho simples, porém.

É relevante destacar que, mesmo antes do advento da Lei nº 13.129 de 2015, já se encontravam manifestações favoráveis, em doutrina e em jurisprudência, à adoção da arbitragem pela administração pública. Neste sentido, reconhece-se o pioneirismo do denominado “Caso Lage” no tema, julgado em 1973 pelo Supremo Tribunal Federal¹¹, o qual reconheceu a constitucionalidade da instituição de juízo arbitral tendo o Estado em um de seus polos.

Frise-se, porém, que a submissão do litígio entre a União e o espólio de Henrique Lage à arbitragem foi determinada pelo artigo 11 do Decreto-Lei nº 9.521 de 1946, de sorte que o julgado não cuidou de hipótese em que inexistente previsão legal de possibilidade de uso do procedimento arbitral. Houve, assim, coerência do entendimento exarado pela Suprema Corte com os óbices anteriormente levantados, notadamente, com o princípio da legalidade.

A controvérsia somente começa a ter novos contornos com a ressignificação do princípio da legalidade e com os questionamentos quanto à subsistência do princípio da supremacia do interesse público à luz da Constituição Federal de 1988, os quais ganham força ao longo da década de 1990 e encontram seu apogeu na década de 2000.

De início, a legalidade administrativa deixa de ser vista como a exigência de vinculação, pura e simples, do administrador e da administração pública à lei formal, a quem caberia prever os limites de sua atuação. A experiência demonstrou a insuficiência do processo legislativo ordinário – diante de sua natural morosidade e da incompletude deste ato legislativo primário – para atender às necessidades públicas buscadas pelo Estado.

11 AI 52181, Relator min. BILAC PINTO, Tribunal Pleno, julgado em 14/11/1973, DJ 15-02-1974 PP-00720 EMENT VOL-00936-01 PP-00042.

Paulatinamente, passa-se a reconhecer que a administração e seus agentes se encontram vinculados, em diferentes graus, ao ordenamento jurídico, de maneira global. Surge, neste contexto, o princípio da juridicidade administrativa¹². E, adotando a juridicidade como fundamento, poder-se-ia reconhecer que, independente de previsão legal expressa autorizando sua utilização, a arbitragem se mostre, no caso concreto, o mecanismo que melhor promova o interesse público subjacente ao conflito.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado igualmente sofreu grandes questionamentos, especialmente no que tange à sua compatibilidade com a teoria dos princípios e a proteção aos direitos e garantias fundamentais dos administrados.

Neste sentido, apontou-se que a supremacia do interesse público inexistiria, não havendo norma constitucional que lhe embasasse¹³, bem como a impossibilidade de, aprioristicamente,

12 Nas palavras de Gustavo Binbenbojm: “Com efeito, a vinculação da atividade administrativa ao direito não obedece a um esquema única, nem se reduz a um tipo específico de forma jurídica – a lei formal. Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico como uma *unidade* (Constituição), leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), expressando-se em *diferentes graus e distintos tipos de normas*, conforme a disciplina estabelecida na matriz constitucional. A vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse *bloco de legalidade* (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico), a que aludia Hariou, que encontra melhor enunciação, para os dias de hoje, no que Merkl chamou de *princípio da juridicidade administrativa*.” (BINBENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 140-141).

13 Seguindo esta linha, Humberto Ávila sustenta: “rigorosamente, um princípio jurídico ou norma-princípio: – conceitualmente ele não é uma norma-princípio: ele possui apenas um grau normal de aplicação, sem qualquer referência às possibilidades normativas e concretas; – normativamente ele não é uma norma-princípio: ele não pode ser descrito como um princípio jurídico-constitucional imanente; – ele não pode conceitualmente e normativamente descrever uma relação de supremacia: se a discussão é sobre a função administrativa, não pode ‘o’ interesse público (ou os interesses públicos), sob o ângulo da atividade administrativa, ser descrito separadamente dos interesses privados. As ponderações feitas tornam também claro que este ‘princípio’ não pode ser havido como um postulado explicativo do Direito Administrativo: – ele não pode ser descrito separada ou contrapostamente aos interesses privados: os interesses privados consistem em uma parte do interesse público; – ele não pode ser descrito sem referência a uma situação concreta e, sendo assim, em vez de um ‘princípio abstrato de supremacia’ teríamos ‘regras condicionais concretas de prevalência’ (variáveis segundo o contexto). Dessa discussão orientada pela teoria geral do Direito e pela Constituição decorrem duas importantes consequências. Primeira: não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro. A administração não pode exigir um comportamento do particular (ou direcionar a interpretação das regras existentes) com base nesse ‘princípio’. Aí incluem-se quaisquer atividades administrativas, sobretudo aquelas que impõem restrições ou obrigações aos particulares. Segundo: a única ideia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais. Como isso deve ser feito, é assunto para outra oportunidade.” (ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Inte-

colocar-se o interesse público acima de todo e qualquer interesse privado, o que se chocaria com a proteção aos direitos fundamentais e, notadamente, com o dever de proporcionalidade enquanto mecanismo de análise das restrições impostas a tais direitos¹⁴.

Todo este caldo teórico trouxe novos influxos ao Direito Administrativo como um todo, espalhando-se por toda a disciplina. Com isso, a possibilidade de submissão da administração pública a mecanismos outros de solução de controvérsias que não apenas aquela outorgada pelo Poder Judiciário encontrou reconhecimento como compatível não apenas com a juridicidade administrati-

resse Público sobre o Particular". In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 213-214). Remete-se o leitor à crítica de Fábio Medina Osório ao texto de Humberto Ávila (OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? In: *Revista dos Tribunais*, vol. 770, p. 53-92, dez./1999).

14 Na lição de Gustavo Binenbojm: "[e]mbora decantado pela literatura brasileira como fundamento e princípio normativo do direito administrativo, sua inconsistência teórica e sua incompatibilidade visceral com a sistemática constitucional dos direitos fundamentais são patentes. Com efeito, uma norma que preconiza a supremacia a priori de um valor, princípio ou direito sobre outros não pode ser qualificado como princípio. Ao contrário, um princípio, por definição, é norma de textura aberta, cujo fim ou estado de coisas para o qual aponta deve sempre ser contextualizado e ponderado com outros princípios igualmente previstos no ordenamento jurídico. A prevalência apriorística e descontextualizada de um princípio constitui uma contradição em termos. Por outra via, a norma de supremacia pressupõe uma necessária dissociação entre o interesse público e os interesses privados. Ocorre que, muitas vezes, a promoção do interesse público – entendido como conjunto de metas gerais da coletividade juridicamente consagradas – consiste, justamente, na preservação de um direito individual, na maior medida possível. A imbricação conceitual entre interesse público, interesses coletivos e interesses individuais não permite falar em uma regra de prevalência absoluta do público sobre o privado ou do coletivo sobre o individual. Na verdade, o conceito de interesse público é daqueles ditos juridicamente indeterminados, que só ganham maior concretude a partir da disposição constitucional dos direitos fundamentais em um sistema que contempla e pressupõe restrições ao seu exercício em prol de outros direitos, bem como de metas e aspirações da coletividade de caráter metaindividual, igualmente estampadas na Constituição. Ao Estado Legislador e ao Estado Administrador incumbe atuar como intérpretes e concretizadores de tal sistema, realizando as ponderações entre interesses conflitantes, guiados pelo postulado da proporcionalidade. Assim, o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento deste raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade. Veja-se que não se nega, de forma alguma, o conceito de interesse público, mas tão-somente a existência de um princípio da supremacia do interesse público. Explica-se: se o interesse público, por ser um conceito jurídico determinado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstâncias concretas, qual o sentido em falar-se num princípio jurídico que apenas afirme que, no final, ao cabo do processo ponderativo, se chegará a uma solução (isto é, ao interesse público concreto) que sempre prevalecerá? Em outras palavras: qualquer que seja o conteúdo deste "interesse público" obtido em concreto, ele sempre prevalecerá. Ora, isso não é um princípio jurídico. Um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia. Daí se propor que é o postulado da proporcionalidade que, na verdade, explica como se define o que é o interesse público, em cada caso. O problema teórico verdadeiro não é a prevalência, mas o conteúdo do que deve prevalecer." (BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 239, p. 29-30, jan./mar. 2005).

va como, igualmente, com a proteção do interesse público, para aqueles ramos em que não havia previsão legal expressa¹⁵.

Como antes mencionado, a Lei nº 13.129 de 2015 espancou quaisquer questionamentos a respeito da possibilidade do uso da arbitragem pela administração pública, tornando superada a discussão quanto à necessidade (ou não) de lei autorizando a prática.

Fixadas tais premissas, passa-se a discorrer a respeito da arbitragem de investimentos para, na sequência, abordar o posicionamento do Brasil no tema.

2. A ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS

2.1 Uma introdução necessária ao tema

Como exposto na introdução a este trabalho, a arbitragem de investimentos tem sido, desde meados do século XX, um dos principais mecanismos de proteção a investidores estrangeiros em face de condutas estatais lesivas a seus bens e interesses. O segundo pós-guerra, com a expansão dos Estados de Bem-Estar Social (*welfare state*), somado aos esforços de reconstrução dos países vitimados pelo conflito, fez com que a busca por capitais externos tivesse incremento significativo.

Inúmeros países – em especial, aqueles ditos como subdesenvolvidos – não dispunham de recursos financeiros necessários para custear o implemento e manutenção da infraestrutura necessária para a prestação de inúmeros serviços públicos essenciais, tais como transporte ferroviário e energia elétrica, sem recorrerem ao dinheiro estrangeiro, ora de instituições financeiras privadas, ora de organismos internacionais (*e.g.*, o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD e o Fundo Monetário Internacional – FMI).

Além disso, naquele período, verificou-se grande incremento nos investimentos externos de particulares, buscando aproveitar oportunidades em economias em expansão, dentre os

15 Nesta linha, AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 60-61.

quais, o Brasil. Neste cenário, empresas buscaram criaram filiais em outros países; houve aumento da importação de bens de capital com vistas a reforçar o parque industrial, quadro este que somente veio a encontrar maior dificuldade com a primeira crise do petróleo, ocorrida em 1973¹⁶.

Dinheiro, porém, sempre foi e será um bem escasso e caro. Desta forma, o investidor – seja aquele que empresta dinheiro a um Estado, seja aquele que aporta capitais em outro Estado – conferirá primazia às nações que prestigiarem a segurança jurídica, em especial, no que tange a mecanismos para proteção do seu investimento, seja para prevenir, seja para obter a reparação de eventuais lesões a ele infligidas.

Por tal motivo, começa a surgir, ainda no âmbito dos ordenamentos jurídicos internos, as primeiras normas de proteção ao investimento estrangeiro, com vistas a incrementar a atratividade daquele país para tais investimentos. No Brasil, a título de exemplo, foi promulgada a Lei nº 4.131 de 1962, a qual disciplina a aplicação do capital estrangeiro (reinvestimento) e as remessas de valores para o exterior.

A Constituição Federal, posterior à edição deste ato normativo, confere à lei a disciplina, com base no interesse nacional, dos investimentos de capital estrangeiro, de incentivo aos reinvestimentos e a regulamentação da remessa de lucros (artigo 172).

Ainda que previsto, pelo Direito interno, mecanismos de proteção a investimentos estrangeiros, há inúmeras dificuldades em se prevenir ou buscar a reparação de danos sofridos por investidores externos, especialmente perante o Poder Judiciário do país autor do ato ilícito ou do próprio país ao qual pertence o investidor.

16 Como aponta Vital Moreira, “[o] fenômeno mais marcante das últimas décadas no campo das relações econômicas internacionais foi o crescimento exponencial do investimento estrangeiro, incluindo o investimento direto estrangeiro, ou seja, o estabelecimento ou aquisição de uma empresa noutro país ou a tomada de uma participação no capital que assegure uma influência ativa e/ou duradoura na sua gestão.” (MOREIRA, Vital. A política de investimento estrangeiro da UE depois do Tratado de Lisboa. In: *Revista de Direito Público da Economia*, nº 48, p. 207, out./dez. 2014). Pondera o autor, porém, que “[t]odavia, ao contrário do que sucede com as trocas comerciais internacionais – ou seja, no comércio internacional de bens e serviços –, o investimento externo não é, em geral, objeto de regulação internacional multilateral, nomeadamente ao nível da Organização Mundial do Comércio (OMC). Apesar do enorme crescimento do volume do investimento estrangeiro e da sua crescente interligação com o comércio internacional, aquele continua no essencial imune a uma regulação jurídica internacional plurilateral.” (*op. cit.*)

Tanto neste como naquele caso, dúvidas quanto à imparcialidade do órgão julgador seriam suscitadas, bem como os tribunais estariam sujeitos a pressões políticas, que tenderiam a se acentuar em proporção direta ao montante em discussão¹⁷, especialmente no caso do Poder Judiciário do país autor do ilícito, diante da repercussão de eventual condenação em suas próprias contas públicas.

Caso o investidor buscasse o Judiciário de seu próprio país, haveria, ainda, dificuldade adicional: a imunidade de jurisdição, a qual impede o exercício da atividade jurisdicional por um Estado sobre atos de império de outro¹⁸. O Brasil, seguindo entendimento predominante no Direito Internacional, confere natureza absoluta à imunidade de jurisdição¹⁹, salvo renúncia expressa do Estado, seja no caso posto em juízo, seja por meio de instrumento de Direito Internacional.

Além de costume internacional, a imunidade de jurisdição encontra previsão em diversos tratados internacionais, como a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, internalizada no Brasil pelo Decreto n° 56.435 de 1965. Como regra, atos estatais lesivos aos interesses de investidores estrangeiros são, justa-

17 GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond Caçado. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a Convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 7, p. 50-51, out./dez. 2005. Em idêntico sentido, Leonardo de Campos Melo relata o caso do Banco Hipotecário e Agrícola de Minas Gerais. Em 1943, o governo de Minas Gerais, sob a alegação de que a França – a instituição financeira foi fundada com capital francês – se encontrava ocupada pelos nazistas, expropriou as ações do banco. A última decisão judicial a respeito do caso foi proferida em 18.03.2002, quando do julgamento do RE 38.644, rel. min. Néri da Silveira, sendo certo que a indenização somente foi paga aos investidores estrangeiros na década de 1970 (MELO, Leonardo de Campos. Introdução às arbitragens de investimentos perante o Sistema ICSID. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 34, p. 56, jul./set. 2012).

18 Nas palavras de Celso Duvivier Albuquerque Mello, ao comentar a imunidade de jurisdição: “[a] grande tendência nos dias de hoje é a de se distinguir entre os atos praticados pelo Estado ‘jure imperii’ e os atos ‘jure gestionis’. Esta distinção surge nos tratados de paz após a Iª Guerra Mundial, mas a sua primeira consagração em um tratado multilateral foi no citado Código Bustamante. Os primeiros gozariam de imunidade, o que não aconteceria com os segundos. Esta restrição à imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro se originou no fato de que os Estados se dedicam cada vez mais a atividades comerciais (“jure gestionis”). Os atos “jure imperii” podem ser considerados (Lalive) os seguintes: a) atos legislativos; b) atos concernentes à atividade diplomática; c) os relativos às forças armadas; d) atos da administração interna dos Estados; e) empréstimos públicos contraídos no estrangeiro.” (MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 1º Vol. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 429).

19 A título de exemplo, ACO 543 AgR, Relator(a): min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2006, DJ 24-11-2006 PP-00061 EMENT VOL-02257-01 PP-00044 RDDT n° 138, 2007, p. 135-150.

mente, atos de império, notadamente, expropriações, subtraindo do Poder Judiciário a competência para decidir a respeito.

Tomando esses e outros problemas em conta, na segunda metade do século XX, começa-se a transferir, para o Direito Internacional, a atribuição de regulamentar o investimento estrangeiro, bem como de prever meios para a sua tutela. Busca-se, assim, expandir a tutela do investimento externo além do recurso à diplomacia ou às forças militares, instrumentos que, ao longo da História, se revelaram os mais utilizados para tanto²⁰.

A primeira iniciativa de destaque, na matéria, ficou por conta da Carta de Havana (1948), tratado internacional responsável pela criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) e por trazer regras a respeito do comércio internacional. A disciplina atinente ao investimento estrangeiro, porém, não vingou.

Emergiu, como um dos principais mecanismos de proteção ao investimento externo, previstos em tratados e convenções internacionais²¹, a previsão da possibilidade de submissão do litígio entre o estado-receptor do investimento e o investidor à arbitragem.

É importante destacar que, no costume e nos tratados internacionais ligados a investimento, a via arbitral, tendencialmente, não se mostra impositiva; o investidor estrangeiro, como regra, poderá levar o conflito ao Poder Judiciário local ou à arbitragem, à sua escolha. A decisão sobre o foro, contudo, será considerada

20 "A forte onda de políticas nacionalistas adotadas pelos Estados recém-independentes no período pós-colonial impelia o investidor estrangeiro a recorrer ao seu Estado de origem para solicitar a proteção do seu investimento. Este, por sua vez, intervinha em favor de seu nacional tanto por meio da proteção diplomática quanto pelo uso de força militar (também conhecida como *gunboat diplomacy*). Ambas as alternativas eram questionáveis e suscitavam grande número de controvérsias entre Estados exportadores e Estados importadores de capital, provocando particular insatisfação entre os Estados latino-americanos. Nesse contexto, o estabelecimento de um regime internacional concebido em termos multilaterais para regular os investimentos estrangeiros afigurava-se como a melhor opção." (FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. Os ACIFIs e os BITs assinados pelo Brasil: uma análise comparada. In: Revista de Informação Legislativa, n° 208, p. 248, out./dez. 2015).

21 Dentre outros mecanismos e/ou garantias ao investimento estrangeiro, assegurados por tratados internacionais, pode-se apontar "(a) O tratamento nacional e da nação mais favorecida; (b) A proibição de expropriações e nacionalizações com caráter discriminatório e sem indenização e (c) A livre transferência do capital e dos rendimentos do investimento" (VICENTE, Dário Moura. Arbitragem de investimento: a Convenção ICSID e os tratados bilaterais. In: Revista da Ordem dos Advogados de Portugal, ano 71, Vol. III, p. 753, jul./set. 2011).

definitiva e irreversível em alguns textos, havendo, em outros, a possibilidade de mudança de foro no decorrer do processo²².

Neste contexto, em 1965, por iniciativa do Banco Mundial (instituição integrante das Nações Unidas), foi editada a Convenção de Washington, tratado internacional responsável pela criação do Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID), instituição que busca facilitar a mediação e a arbitragem de litígios entre Estados signatários e entre investidores estrangeiros e esses mesmos Estados.

Diante de sua importância no sistema de arbitragem internacional de investimentos, a Convenção de Washington será vista de maneira apartada, no item seguinte, em breves linhas.

2.2 A Convenção de Washington – breves notas

A Convenção de Washington se trata, com efeito, da principal norma internacional reguladora da proteção do investimento internacional entre os mais de 160 estados que a assinaram, e, por sua vez, o ICSID constitui, ainda hoje, o principal centro de resolução de litígios daquela natureza²³.

A estrutura do ICSID é bastante complexa, e seu estudo aprofundado foge aos limites deste trabalho. Algumas observações, porém, se fazem necessárias, com vistas a trazer algumas linhas a respeito de seu funcionamento.

De início, deve-se apontar que as funções do ICSID são de administração dos procedimentos de arbitragem por lá instaurado, consistindo no registro de disputas, comunicações processuais e eventuais nomeações de árbitros e de membros de Comitês

22 “Todos facultam ao investidor a escolha do foro: os tribunais locais ou a arbitragem internacional. A decisão sobre o foro, contudo, será considerada definitiva e irreversível em alguns textos, havendo em outros a possibilidade de mudança de foro no decorrer do processo (tendo optado pela jurisdição nacional, o investidor pode, ainda assim, recorrer à arbitragem internacional se antes de emitida decisão sobre a matéria ele declarar que renuncia a prosseguir com sua ação perante os tribunais nacionais).” (AZEVEDO, Débora Bithiah de. Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil. In: Estudos das Consultorias Legislativas da Câmara dos Deputados – mai./2001. Disponível em <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2542>. Acesso em 01.08.2019).

23 BARROCAS, Manuel Pereira. Crise na arbitragem de investimento na União Europeia? A questão vista segundo a ótica europeia. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 58, p. 278, jul./set. 2018.

ad hoc de apreciação de recursos contra sentenças arbitrais²⁴. O Centro, com efeito, não arbitra o conflito, cabendo tal função ao árbitro ou ao comitê arbitral, limitando-se a cuidar do desenrolar do procedimento.

Quanto à manifestação do consentimento do estado contratante, o artigo 25 da Convenção, com efeito, não prevê formalidade específica para manifestação de tal consentimento²⁵. Esse pode se dar, *e. g.*, por meio da previsão de cláusula compromissória em contrato de investimento ou em tratado de investimento em que haja consentimento à jurisdição do ICSID.

Frise-se, no ponto, que a escolha pela via arbitral do ICSID – uma vez deflagrado o procedimento perante o órgão – por força do artigo 26 da Convenção de Washington implica renúncia a qualquer outra via de solução do litígio, seja essa a via judicial, seja essa outra via arbitral. De outro giro, a parte final do artigo autoriza que o Estado estabeleça condições para seu consentimento para com o procedimento arbitral, tais como o esgotamento das instâncias judiciais ou administrativas locais.

O direito aplicável à arbitragem de investimentos submetida ao ICSID segue o princípio da autonomia da vontade, por força do artigo 42.1 da Convenção, o qual confere ampla liberdade às partes para sua escolha. O dispositivo confere prestígio à escolha expressa, seja essa direta ou indireta²⁶. Os artigos 42.2 e

24 MELO, Leonardo de Campos. Introdução às arbitragens de investimentos perante o Sistema ICSID. *Op. cit.*

25 Analisado o histórico do dispositivo, Larissa Maria Lima Costa aponta que “a grande maioria da doutrina e da jurisprudência, até o final dos anos 80, considerasse que a formulação do art. 25 da Convenção significava o reconhecimento da necessidade de um acordo bilateral, no qual o consentimento estaria explicitamente dado, seja através de uma cláusula integrada ao contrato, seja através de um compromisso arbitral. Examinando o histórico do surgimento da Convenção de Washington, verifica-se que o seu ‘pai fundador’, Aron Broches, defendeu uma nova forma de manifestação do consentimento que ele mesmo admitia ser difícil de alcançar. Broches considerava a existência de três modalidades de consentir à arbitragem do Centro: a inserção de uma cláusula num contrato; a assinatura de um compromisso arbitral referente a um litígio já surgido e a manifestação unilateral do Estado numa lei nacional de proteção de investimentos ou num documento, por meio do qual o mesmo declararia submeter ao Centro uma determinada classe de disputas.” (COSTA, Larissa Maria Lima. *A arbitragem do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI)*: uma análise sobre a autonomia do consentimento dos Estados. Dissertação submetida à Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de mestre em Direito. Santa Catarina: 2006, não publicado, p. 95-96).

26 “Na forma direta, as partes incluem no instrumento contratual que celebram disposições sobre direito aplicável, sendo esta modalidade conhecida como cláusulas de lei aplicável (*Choice of Law clause*). Na forma indireta, a escolha expressa surge de diploma normativo a qual o investimento se submete, podendo ser a própria legislação do Estado-hospedeiro ou tratados bi-ou multilaterais dos quais tanto o Estado-hospe-

42.3, por sua vez, tornam o julgamento por equidade a exceção, exigindo anuência expressa das partes para tanto, bem como vedam o *non liquet* (alegação de lacuna jurídica como fundamento para não decidir o litígio, constante, no Direito interno brasileiro, no artigo 140 do Código de Processo Civil).

Quanto às espécies de litígios passíveis de serem submetidos ao ICSID, o artigo 25 da Convenção de Washington prevê que o sistema é competente para dirimir conflitos decorrentes de um investimento. Não há na Convenção, contudo, definição do que seja “investimento”, para fins de ensejar a submissão do conflito ao ICSID.

Tal definição, com efeito, costuma ser trazida pelo tratado de investimento, bem como precedentes arbitrais do ICSID procuram estabelecer critérios objetivos para tal definição.

Nesta linha, no caso *Salini Construttori S.p.A and Italstrade S.p.A x Kingdom of Morocco*, de 2001, os parâmetros trazidos pelo ICSID para definir um investimento foram os seguintes: (a) existência de uma contribuição; (b) durante certo período; (c) marcado pelo risco assumido pelo investidor; e (d) apta a auxiliar no desenvolvimento do estado-receptor²⁷.

A sentença arbitral, nos termos do artigo 48 da Convenção de Washington, será proferida por maioria de votos, bem como deverá ser fundamentada. O artigo 50, a seu turno, admite o denominado pedido de interpretação, com vistas a sanar controvérsia quanto à interpretação do laudo, de legitimidade das partes e dirigida ao secretário-geral.

Sua função, com efeito, é semelhante àquela exercida pelos embargos de declaração no Direito interno brasileiro, embora não haja coincidência perfeita entre ambos.

deiro como o Estado-nacionalidade do investido façam parte e que proveem como elemento de conexão para obrigações/investimentos a vontade das partes (...). Independente da forma da manifestação, a liberdade das partes na escolha do direito aplicável continua bem ampla, a ponto de admitir a aplicação de mais de um Direito para solução da disputa, fenômeno comumente conhecido como *depeçage*.” (WEBERBAUER, Paul Hugo; FRAGA, Vitor Galvão; EVANGELISTA, Érica Pinto. O art. 42(1) da Convenção de Washington 1965: a escolha do direito aplicável no ICSID. In: *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, vol. 89, n° 02, p. 165, jul./dez. 2017).

27 Como aponta MELO, Leonardo de Campos. Introdução às arbitragens de investimentos perante o Sistema ICSID. *Op. cit.*

Proferido o laudo arbitral e não sendo este objeto de revisão ou anulação, nos termos dos artigos 51 e 52 da Convenção de Washington, aquele poderá ser objeto de execução no estado-contratante, visando a recomposição dos danos sofridos pelo investidor. O artigo 54 lhe assegura, no ponto, eficácia de sentença transitada em julgado, bastando sua apresentação à autoridade do estado-contratante para lhe dar cumprimento.

2.3 O Brasil e a arbitragem de investimentos

A par de sua grande atratividade, por se tratar, como mencionado, do principal tratado internacional ligado à arbitragem de investimentos, bem como da segurança jurídica que traz ao investidor e ao Estado, o Brasil, até os dias de hoje, não assinou a Convenção de Washington. Com isso, a maior nação de língua portuguesa contratante é Portugal, que é signatário da Convenção desde 1984.

Dentre inúmeros fatores que vêm ensejando a não adesão do Brasil à Convenção de Washington, pode-se apontar a controvérsia quanto à possibilidade ou não de submissão da administração pública a procedimentos arbitrais. Afinal, se ainda era incerta a arbitrabilidade subjetiva do Estado sob a ótica do Direito interno brasileiro, a prudência recomendava que a República Federativa do Brasil aguardasse a solução da disputa para decidir ou não aderir a um instrumento de Direito Internacional que previa, justamente, a utilização da arbitragem pelo Estado brasileiro.

Com o advento da Lei nº 13.129 de 2015, a discussão já se encontra pacificada: União, estados e municípios podem, quanto a direitos patrimoniais disponíveis, submeter-se à arbitragem (artigo 1º, § 1º, da Lei nº 9.307 de 1996), sobre o que já se discorreu longamente no item anterior.

Para o futuro, espera-se que a alteração legislativa produza reflexos no que tange à posição brasileira em relação à Convenção de Washington e, de modo geral, à arbitragem internacional de investimentos. Embora inexistente exigência de compatibili-

dade lógica entre o Direito interno e o Direito Internacional neste ponto²⁸, é inegável a influência que aquele gerou neste.

É importante destacar, no ponto, que a possibilidade de submissão do Brasil ao sistema ICSID foi objeto de consulta ao Itamaraty, em 1964, a qual encontrou resposta negativa. Para a assessoria jurídica do órgão, o Brasil não deveria curvar-se à arbitragem de investimentos e, por conseguinte, rejeitar peremptoriamente o ICSID. Conforme o texto, além de consagrar a tensão entre economias dominantes e economias dominadas a arbitragem de investimentos, seria instrumento para perpetuar o imperialismo econômico e financeiro disfarçado²⁹.

Frise-se que a inexistência de adesão do Brasil à Convenção de Washington não impediu, ao longo das décadas de 1960 e 1980, tanto diversos investimentos estrangeiros em nosso território quanto a celebração de diversos contratos de financiamento externo entre estatais brasileiras e bancos estrangeiros, com aval do Tesouro Nacional, em que contida cláusula compromissória sem que o Brasil, no entanto, renunciasse à sua jurisdição³⁰.

Não se olvide, no ponto, que a inexequibilidade específica da cláusula compromissória antes da vigência da Lei nº 9.307 de 1996, sem dúvidas, constituía fator de insegurança jurídica e, em última análise, de encarecimento do contrato de mútuo em razão do aumento da taxa de juros, com prejuízo ao erário federal, diante do maior risco a que o mutuante estrangeiro se sujeitava.

Destaque-se, ainda, que a falta de adesão do Brasil à Convenção à Washington não impede o uso da arbitragem internacional por nosso Estado. Com efeito, inclusive, é cláusula comum

28 Em texto escrito antes da Lei nº 13.129 de 2015, Gilberto Giusti e Adriano Drummond Caçado Trindade apontam que “[a] obrigação de o Governo Brasileiro submeter-se à arbitragem relacionada a investimentos em nada tem a ver com sua legislação nacional, mas sim com seu posicionamento adotado espontaneamente perante a comunidade internacional. Assim é que as restrições da Lei de Arbitragem não poderão ser alegadas para fugir às obrigações da Convenção de Washington e de tratados de investimento que o Brasil venha a fazer parte.” (GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond Caçado. *As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a Convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil*. *Op. cit.*).

29 Tal como constante do Parecer nº 138/DAJ, noticiado em COSTA, José Augusto Fontoura; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. A proteção dos investidores nos Acordos de Cooperação e Favorecimento de Investimentos: perspectivas e limites. *In: Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 49, p. 127, abr./jun. 2016.

30 MARTINS, Pedro Antonio Batista. Arbitragem e atração de investimentos no Brasil. *In: Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 32, p. 102, jan./mar. 2012.

em tratados internacionais de investimento – vários celebrados pelo Brasil – a previsão de seu uso para dirimir conflitos entre investidor e estado-receptor do investimento. O que se fecha, no caso, é a possibilidade de uso do sistema ICSID pelo Brasil e pelo investidor, não havendo óbice, porém, que o litígio seja dirimido por câmara arbitral diversa.

Na hipótese, inclusive, não haveria maior dificuldade para homologação do laudo arbitral, tendo em vista ser o Brasil signatário da Convenção de Nova York de 1958, atinente ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, internalizado pelo Decreto nº 4.311 de 2002.

CONCLUSÃO

A proteção internacional ao investimento estrangeiro ganhou força ao longo da segunda metade do século XX. Além da previsão de diversas garantias ao investidor estrangeiro no Direito interno e no Direito Internacional, houve a criação e/ou desenvolvimento de mecanismos para instrumentalizar tal proteção, notadamente, por meio da arbitragem internacional dos investimentos.

A Convenção de Washington, de 1965, no ponto, criou o Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID), hoje, principal organismo internacional para processamento de arbitragens de investimento, tendo em vista que a referida Convenção foi assinada por cerca de 160 países até o ano de 2019.

Embora de grande recepção pelos Estados, o Brasil não aderiu à Convenção de Washington e, portanto, se encontra fora do sistema criado pelo ICSID. Apontou-se que um dos principais motivos para tanto foi a longa controvérsia, no Direito interno brasileiro, quanto à possibilidade ou não de a administração pública se submeter a procedimento arbitral, sanada com o advento da Lei nº 13.129 de 2015.

Espera-se que a referida lei lance novos ares sobre o Estado brasileiro para que, enfim, o Brasil se torne signatário da Con-

venção de Washington, o que, certamente, constituirá fator de segurança jurídica para os investidores externos e de aumento da atratividade de investimentos.

Frise-se, por fim, que a ausência de adesão do Brasil à Convenção de Washington não impede o uso da arbitragem de investimentos por nosso Estado. Esta, porém, não será realizada pelo sistema ICSID, e sim por câmara arbitral outra. Neste caso, a homologação do laudo arbitral seguirá o disposto na Convenção de Nova York de 1958, que trata do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 171-215.

AZEVEDO, Débora Bithiah de. Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil. In: *Estudos das Consultorias Legislativas da Câmara dos Deputados* – mai./2001. Disponível em <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2542>. Acesso em 01.08.2019.

BARROCAS, Manuel Pereira. Crise na arbitragem de investimento na União Europeia? A questão vista segundo a ótica europeia. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 58, p. 277-285, jul./set. 2018.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005.

_____. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COSTA, Larissa Maria Lima. *A arbitragem do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI): uma análise sobre a autonomia do consentimento dos Estados*. Dissertação submetida à Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de mestre em Direito. Santa Catarina: 2006, não publicado.

COSTA, José Augusto Fontoura; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. A proteção dos investidores nos Acordos de Cooperação e Favorecimento de Investimentos: perspectivas e limites. *In: Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 49, p. 127-155, abr./jun. 2016.

FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. Os ACIFIs e os BITs assinados pelo Brasil: uma análise comparada. *In: Revista de Informação Legislativa*, nº 208, p. 247-276, out./dez. 2015.

GIL, Otto Eduardo Vizeu. A nova regulamentação das arbitragens: Projeto de Lei do Senado nº 78/92, do Senador Marco Maciel. *In: Revista de Informação Legislativa*, ano 30, nº 118, p. 427-434, abr./jun.1993.

GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond Cançado. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a Convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. *In: Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 7, p. 49-78, out./dez. 2005.

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem em Números e Valores. Seis Câmaras. 8 anos Período de 2010 (jan./dez) a 2017 (jan./dez.). Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns.%20e%20Valores-%202010%20a%202017%20-final.pdf>. Acesso em 01/08/2019.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. História e perspectivas da arbitragem no Brasil. *In: Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 50, p. 79-94, jul./set. 2016.

MARTINS, Pedro Antonio Batista. Arbitragem e atração de investimentos no Brasil. *In: Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 32, p. 101-108, jan./mar. 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. Atualizado por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELO, Leonardo de Campos. Introdução às arbitragens de investimentos perante o Sistema ICSID. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 34, p. 55-94, jul./set. 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 1º Vol. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA, Vital. A política de investimento estrangeiro da UE depois do Tratado de Lisboa. In: *Revista de Direito Público da Economia*, nº 48, p. 207-273, out./dez. 2014.

FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. In: *Revista de Direito Privado*, vol. 49, p. 227-285, jan./mar. 2012.

RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. Rio de Janeiro: GEN, 2016, p. 386.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 735, p. 39-48, jan./1997.

VICENTE, Dário Moura. Arbitragem de investimento: a Convenção ICSID e os tratados bilaterais. In: *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*, ano 71, Vol. III, p. 752-770, jul./set. 2011.

WEBERBAUER, Paul Hugo; FRAGA, Vitor Galvão; EVANGELISTA, Érica Pinto. O art. 42(1) da Convenção de Washington 1965: a escolha do direito aplicável no ICSID. In: *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, vol. 89, nº 02, p. 161-183, jul./dez. 2017.

Qual é o Valor Básico para a Reparação Moral por Inclusão Indevida em Cadastro de Inadimplentes?

Wilson Marcelo Kozlowski Junior

Doutorando em Teoria e Filosofia do Direito na Universidade de Lisboa. Mestre em Teoria do Direito e Filosofia do Direito pela Universidade de Lisboa. Especialista em Teoria do Direito e Filosofia do Direito pela Universidade de Lisboa. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Atualmente é juiz de direito no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, investigador em Teoria e História do Direito do Centro de Investigação da ULisboa registrado na Fundação para a Ciência e a Tecnologia de Portugal e professor de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Ética da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

RESUMO: A partir do levantamento de casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça em um período de 20 (vinte) anos, o estudo propõe o valor básico para fins de reparação moral em casos de inclusão indevida em cadastro de inadimplentes. Com base nos dados processuais relativos aos valores atualizados das condenações, foi possível elaborar três cenários com a quantificação da média anual dos pagamentos, os quais confirmavam a tendência de queda na valoração da reparação moral, indicando o que se pode esperar em novas demandas. O estudo levanta algumas hipóteses a serem testadas quanto às causas da tendência de redução dos pagamentos por “negativação indevida”.

PALAVRAS-CHAVE: Dano moral. Jurimetria. Método bifásico.

ABSTRACT: From the survey of cases judged by the Superior Court of Justice over a period of 20 (twenty) years, this study proposes the basic value for purposes of moral reparation in cases of undue inclusion in a defaulter's list. Based on the procedural data regarding the updated values of the convictions, it was possible to elaborate three scenarios with the quantification of the annual average of payments, which confirmed the tendency for a decrease in the value of moral reparation, indicating what can be expected in new lawsuits. The study raises some hypotheses to be tested as to the causes of the downward trend in payments.

KEYWORDS: Pain and suffering damages. Jurimetry. Biphasic method.

I - INTRODUÇÃO

A fixação do valor da reparação moral está entre os temas mais controversos e menos disciplinados no cenário jurídico. Em qualquer demanda que verse sobre a matéria, sempre há divergência quanto ao montante estipulado, dando espaço para insatisfações e questionamentos acerca do julgamento. Para resolver esse quadro de instabilidade, algumas iniciativas legislativas¹ e jurisprudenciais surgiram nos últimos anos, sendo o intuito deste trabalho investigar o funcionamento da primeira fase do chamado “método bifásico” de fixação de reparação moral, adotado pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.152.541², nos seguintes termos:

1 Como o Projeto de Lei n. 3872, de 2015, que se propõe a alterar o artigo 944 do Código Civil, o qual passaria a vigorar com a seguinte redação: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. §1º Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. §2º Nas ações de reparação por dano moral, poderá o juiz, de ofício, sopesando o grau de culpa ou dolo do infrator, bem como seu potencial econômico, fixar, além da justa indenização para a vítima, uma prestação pecuniária a ser destinada às entidades de benemerência da comarca ou a fundo de interesses difusos. §3º Na fixação do valor indenizatório, o juiz levará em consideração: I – a angústia e o sofrimento da vítima, com a finalidade de compensar o constrangimento advindo da injusta agressão. II – a potencialidade econômica do ofensor, para não lhe impor uma condenação tão elevada que signifique sua ruína, nem tão pequena que avilte a dor da vítima. III – a reiteração da conduta ilícita do ofensor. IV – a necessidade de demonstrar à sociedade a reprovabilidade daquela conduta lesiva e que o Estado não admite e nem permite que referidos atos sejam praticados impunemente.”

2 O referido método é fruto de trabalho doutrinário do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, delineado na obra “Princípio da Reparação Integral – Indenização no Código Civil”.

O método mais adequado para um arbitramento razoável da indenização por dano extrapatrimonial resulta da reunião dos dois últimos critérios analisados (valorização sucessiva tanto das circunstâncias como do interesse jurídico lesado).

Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam.

Na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso.

O objetivo deste estudo é responder à pergunta “qual é o valor básico ou inicial que pode ser extraído da prática judicial do Superior Tribunal de Justiça nas demandas de reparação moral por inclusão indevida em cadastro de inadimplentes?”. A escolha de tal objetivo se deve ao fato de ser uma das causas mais demandadas em juízo no país, podendo servir como parâmetro para as demais pretensões de forma comparativa. No plano das ideias, a dignidade humana é incomparável e não se reduz a pagamentos em moeda, no entanto, quando se desce ao mundo das demandas judiciais, passa a ser necessário arbitrar um valor que sirva como forma de reparar ou minorar as lesões sofridas, sem qualquer pretensão de restabelecimento da situação anterior à lesão apenas por conta de tais pagamentos. Os danos de tal ordem, por serem lesões à dignidade humana (artigo 1º, III, da CRFB/88), apenas podem ser reparados, jamais ressarcidos, visto que se trata de algo que se encontra além da força do dinheiro.

Entretanto, se cada lesão é única, não é exagerado afirmar que danos à integridade física ou psicológica das pessoas devem ser reparados com valores maiores do que violações à imagem de bom pagador que uma pessoa ostente. Por isso, tendo conhecimento de quanto se arbitra em média para uma inscrição indevida como inadimplente, pode-se argumentar e questionar reparações fixadas em patamares inferiores para lesões corporais. Apenas como exemplo, uma pessoa que sofre um acidente e se lesiona dentro de um transporte coletivo pode entender e esperar que a sua reparação deva ser estipulada, ao menos, acima do que se arbitra para quando alguém é indicado como mau pagador de forma indevida, já que se trata de uma dor imediata e, presume-se, mais intensa.

Outro efeito que se espera ao descobrir o valor base de reparação está na prevenção e manutenção de litígios além do tempo, em respeito à duração razoável do processo (artigo 5º., LXXVIII, da CRFB/88), já que as partes poderão saber qual o valor esperado em termos de condenação, o que auxilia na correta apresentação do pedido inicial, com o valor da causa mais adequado à realidade, bem como na apresentação da defesa e na oferta de eventual composição. Isso porque os atores processuais terão conhecimento de um valor base que poderá servir para ancorar a negociação de forma mais adequada, sem que uma das partes possa extrapolar em propostas irreais, do ponto de vista do máximo pretendido, ou ofensivas, quanto ao que se pretende pagar para encerrar a demanda.³ Posturas desconectadas de um valor de referência reduzem a possibilidade de composição justa da demanda, já que podem dar azo à técnica “Porta na Cara”⁴, pela qual alguém apresenta uma proposta excessiva ou ofensiva para que seja rejeitada e, só então, venha a descer ou subir para o valor que estava realmente disposto a arcar ou receber, o que poderia acontecer em uma demanda em que o réu oferecesse R\$ 300,00 (trezentos reais) como proposta inicial, quando, na

3 Sobre o viés cognitivo da ancoragem na tomada de decisões, v. TVERSKY; KAHNEMAN, 1974. pp. 1128-1130

4 Quanto à técnica “Porta na cara”, v. CIALDINI et al, 1975.

realidade, a sua verdadeira alçada de composição estava em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

II - COLHEITA E TRATAMENTO DOS DADOS

O trabalho de campo consistiu na recolha dos dados disponíveis no endereço eletrônico do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.jus.br) através das chaves de pesquisa “dano moral” + “cadastro de inadimplentes” na área reservada à pesquisa jurisprudencial, resultando em 1.404 (um mil, quatrocentos e quatro) acórdãos proferidos desde 1998, data da publicação do primeiro julgado da série, até janeiro de 2022, ponto de corte final das entradas. A escolha do STJ como fonte das informações pesquisadas se deu em razão de ser o órgão do Poder Judiciário incumbido da estabilização e da uniformização da legislação federal (artigo 105, III, da CRFB/88), com um banco de dados centralizado e de fácil acesso a qualquer jurisdicionado interessado nos dados aqui apresentados. Ademais, por ser um tribunal com jurisdição nacional, seus julgados têm o potencial de indicar a situação do tema pesquisado em uma vista panorâmica por todo o país, sem se ater a critérios regionais ou a peculiaridades locais.

Para extrair o pensamento médio do tribunal, alijando visões individuais, em prestígio à colegialidade e institucionalidade, não foram considerados na pesquisa os julgados monocráticos.

Cada decisão foi analisada em seu resultado, coletando o valor estipulado como reparação final. Após esse procedimento, foi utilizada a calculadora de débitos judiciais disponibilizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em <https://www4.tjrj.jus.br/correcaoMonetaria/faces/correcaoMonetaria.jsp>, atualizando de forma simples os valores originais desde a data da publicação do acórdão até a data de 01.02.2022, o que resultou em uma base de dados homogênea o suficiente para ser trabalhada, incluindo os impactos inflacionários no decurso do tempo, sem a inclusão de juros de mora ou outros fatores que pudessem desequilibrar o montante encontrado. A opção pela referida calculadora também decorreu da facilidade de acesso

aos jurisdicionados, o que possibilita a verificação dos resultados colhidos na pesquisa.

De posse dos dados, foram produzidos três cenários principais, utilizando a aplicação Numbers iWork: i) um com a média de todos os valores, sem a exclusão de qualquer caso; ii) outro com a média obtida após a eliminação dos casos com valores de indenização superiores a cem mil reais e inferiores a mil reais; e, por fim, iii) uma média resultante da exclusão dos casos com valores superiores a 50 (cinquenta) salários mínimos, hoje equivalente a R\$ 60.600,00 (sessenta mil e seiscentos reais), uma vez que tal referencial foi adotado como máximo em diversos dos acordos pesquisados (p. ex. AgRg no AREsp 518058/SP). Com tal expediente, é possível identificar um valor médio no decurso do tempo, bem como se há ou não impactos negativos ou positivos no montante apurado com a exclusão dos pontos extremos.

Os dados foram separados de forma gráfica, por ano de cada decisão, identificando quantidade de julgados em cada ano e a evolução do montante estipulado dentro dos três cenários acima descritos, o que permite a visualização da variação, por exemplo, em anos de início de vigência de inovações legislativas como o Código Civil de 2002 e o Código de Processo Civil de 2015 ou quando do início das medidas de combate à pandemia de COVID-19, em março de 2020.

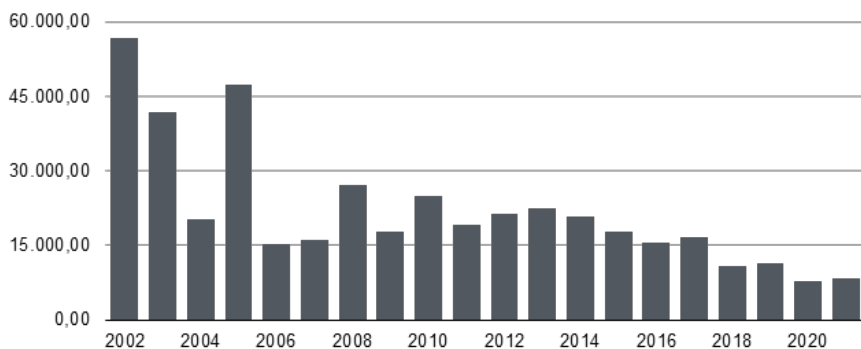
Foram excluídos os julgados relativos aos embargos de declaração ou outros recursos que não obtiveram efeito modificativo quanto ao montante estipulado pelo STJ, de sorte que a referida demanda não fosse contada em duplicidade, inflando artificialmente o quadro, como, por exemplo, o EDcl no REsp 165727/DF. Também não foram considerados aqueles feitos em que não houve apreciação do valor estipulado, os que tiveram os seus pedidos rejeitados ou que tenham sido encerrados apenas sob o ponto de vista processual, como foi o REsp 111562/MA, no qual o valor de liquidação do dano (R\$ 310.100,00 em 07.11.1994) foi considerado como uma “anomalia” pelo Ministro SALVIO DE FIGUEIREDO, relator do caso.⁵

⁵ Algumas situações que podem representar anomalias foram mantidas no primeiro cenário, com a consideração de todos os valores. Há um caso em que o valor atualizado da reparação ficou em R\$ 152.962,80

Por fim, as condenações em salários mínimos foram convertidas em moeda corrente na data da publicação do acórdão pelo valor correspondente ao salário da época, de sorte a possibilitar a uniformidade de moedas e de tratamento de atualização.

III - RESULTADOS

Após os levantamentos dos dados, excluindo os julgados relativos aos embargos de declaração, aos pedidos rejeitados e resolvidos apenas no âmbito processual, o montante de acórdãos considerados foi de 1053 (um mil e cinquenta e três). Com a aplicação da correção monetária e a separação anualizada das entradas, foi identificada a média geral de R\$ 20.192,92 (vinte mil, cento e noventa e dois reais e noventa e dois centavos) para a reparação moral aplicável aos casos pesquisados no banco de dados do Superior Tribunal de Justiça.



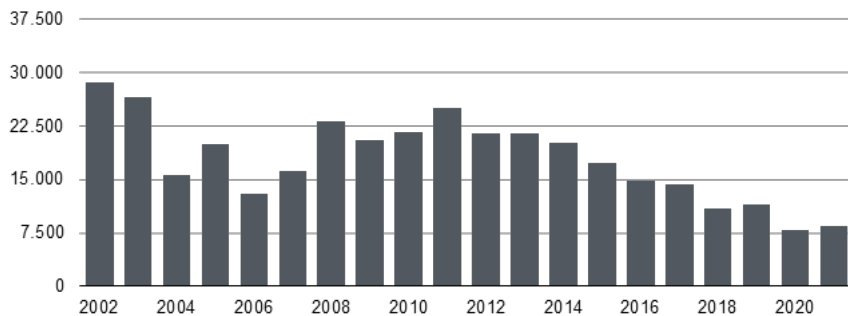
(Gráfico 3.1 - média obtida com todos os processos selecionados)

Com a exclusão dos valores superiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e inferiores a R\$ 1.000,00 (um mil reais), em razão de serem resultados anômalos no conjunto dos dados pesquisados, o número de casos apreciados passa a ser de 1041 (um mil e quarenta e um)⁶ e a média de reparação até o final

(RESP 697307); outro, em R\$ 254.938,00 (RESP 324069), chegando até R\$ 560.863,60 (RESP 651221).

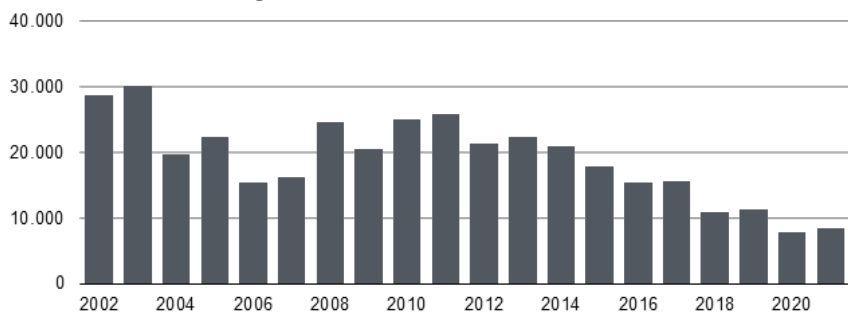
6 Foram excluídos os seguintes julgados, com os respectivos valores de condenação atualizados: AgRg no Ag 406425 / DF (R\$ 168.652,10); AgRg no Ag 507776 / RJ (R\$ 144.575,97); RESP 651221 (R\$ 560.863,60); RESP 324069 (R\$ 254.938,00); RESP 697307 (R\$ 152.962,80); RESP 857016 (R\$ 112.046,77); RESP 1061134 (R\$ 633,62); RESP 1062336 (R\$ 633,62); AG 887113 (R\$ 422,41); ARESP 532574 (R\$ 481,86); RESP 1692761 (R\$ 102.290,69).

de 2021 foi de R\$ 18.967,99 (dezoito mil, novecentos e sessenta e sete reais e noventa e nove centavos), distribuindo-se de forma anualizada conforme o gráfico 3.2.



(Gráfico 3.2 média obtida com a retirada dos valores “anômalos”)

Em um terceiro cenário, com a exclusão dos valores superiores a cinquenta salários mínimos⁷, hoje em montante de R\$ 60.600,00 (sessenta mil e seiscentos reais), valor tido como máximo reparável em diversos acórdãos (p. Ex. AgRg no AREsp 518058 / SP), que parece refletir uma tendência na Corte Superior, o resultado médio no período é de R\$ 18.142,69 (dezoito mil, cento e quarenta e dois reais e sessenta e nove centavos), anualizada na forma do gráfico 3.3.



(Gráfico 3.3 resultante de 1025 casos, excluídos os valores superiores a 60 salários mínimos)

⁷ Aqui foram desconsiderados os seguintes julgados, com seus respectivos valores de condenação atualizados: AgRg no Ag 470538 / SC (R\$ 62.047,19); AgRg nos EDcl no Ag 516275 / SP (R\$ 60.944,82); REsp 552513 / SC (R\$ 65.797,37); AG 546457 (R\$ 76.481,40); REsp 697871 (R\$ 84.276,42); EDcl no Ag 1056742 / MS (R\$ 81.088,04); AG 1292102 (R\$ 60.816,03); REsp 1252125 (R\$ 67.067,48); REsp 1354574 (R\$ 68.004,65); ARESP 347266 (R\$ 85.005,81); ARESP 456673 (R\$ 63.284,69); ARESP 521771 (R\$ 63.284,69); ARESP 509905 (R\$ 60.634,44); ARESP 498493 (R\$ 66.383,71); ARESP 771453 (R\$ 63.846,64); ARESP 988161 (R\$ 60.990,82).

IV - DISCUSSÃO QUANTO AOS RESULTADOS OBTIDOS

Diante dos resultados obtidos na pesquisa, pode-se constatar que: a) os valores de reparação moral decrescem com o decorrer do tempo; b) o montante médio de indenização dos últimos quatro anos apresenta-se de forma harmônica nos três cenários pesquisados, girando em torno de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o que indica uma estabilização das reparações em montantes inferiores aos das médias consideradas em sua totalidade.

a) valores de reparação moral decrescem com o decorrer do tempo

Conforme se percebe dos gráficos dos resultados, em 2002 a média de reparações foi de R\$ 56.667,10, declinando, de forma consistente, até chegar a R\$ 8.492,89 em 2021. Das várias hipóteses que podem ser levantadas quanto às razões que levaram a essa linha descendente de reparações, o presente estudo traz para a discussão a possibilidade de “naturalização” do dano no decorrer do tempo. Quer isso dizer que o passar dos anos e o acréscimo de casos julgados pelos tribunais pode influenciar em sentido negativo o montante da reparação, algo que deve ser investigado em suas causas por pesquisas de campo que tratem das fundamentações das decisões judiciais. Tal fenômeno não seria desconhecido no cenário capitalista, onde a descoberta de um campo profissional, no caso a advocacia consumerista relativa às reparações morais por inclusão indevida em cadastro de inadimplentes, tende a premiar com remunerações maiores aqueles que primeiro se estabelecem e conseguem se manter no novo mercado, declinando no curso do tempo à medida em que a atividade econômica se difunde, sendo exercida por um sem número de pessoas, e passa a ser entendida como algo normal e sem o efeito de novidade.

Por outro lado, reforçando a tendência de declínio nas reparações, à medida em que surgem mais casos para serem julgados, os decisores podem passar a ver a questão como mais um evento no ambiente avassalador de casos, não sendo demasiado rememorar a alta taxa de litigiosidade da população brasileira, existindo 75,4 milhões de casos pendentes de julgamento, com

25,8 milhões de novos casos propostos somente em 2020, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça no “Relatório Justiça em Números de 2021” (<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>). Nesse ponto, ainda em desdobramento da pesquisa em termos de trabalho de campo junto aos magistrados, pode-se aventar a hipótese, pendente de confirmação, de que o número de novas demandas possa influenciar a “política judicial”, na medida em que valores de reparações muito acima de um determinado patamar podem servir como incentivo ou desincentivo à judicialização de determinada causa. Isso dizer que, tendo em vista a imensa quantidade de situações lesivas na sociedade de consumo massificada, a estipulação de valores de reparação mais atrativos pode incentivar⁸ a propositura de mais demandas, o que poderia inviabilizar o serviço judicial. Tais considerações, no entanto, são objeto de estudo pela linha de pesquisa do Direito e Economia (cf. p.ex. COASE, 1960 e LEAL, 2010) e desbordam do âmbito do presente estudo.

Dessa forma, a perspectiva que se depreende dos julgados do STJ é de que as demandas mais recentes por inclusão em cadastro de inadimplentes não são reparadas como no início da série histórica, sendo que as duas hipóteses causais aqui aventadas indicam uma possível “naturalização” do evento danoso, incorporado que foi ao cenário jurídico, ou por conta de medidas de “política judicial” de contenção e proliferação de novas demandas.

b) o montante médio de indenização dos últimos quatro anos apresenta-se de forma harmônica nos três cenários pesquisados. Estabilização em patamar inferior ao de todas as médias apuradas.

8 Outro fator de incentivo para a propositura de novas demandas está na baixa perspectiva de prejuízo financeiro para o litigante em caso de insucesso, especialmente para os beneficiários da gratuidade de justiça, assertiva que vem sendo objeto de estudo dos pesquisadores que seguem a linha de Direito e Economia, p. ex. BECKER, 2018. p. 147. É de se pontuar, ainda, que o próprio Conselho Nacional de Justiça elaborou um estudo com consultas semelhantes no campo da litigiosidade recursal através de seu Departamento de Pesquisas Judiciais (https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/relatorio_custas_processuais2019.pdf)

Conforme se colhe dos gráficos dos resultados, entre 2018 e 2021, os valores de reparação são idênticos, já não havendo que se falar na presença de casos anômalos ou mesmo de valores superiores a cinquenta salários mínimos. Tal assertiva indica que há uma tendência à padronização dos valores a serem considerados para fins de reparação moral para as demandas relativas à inclusão indevida no cadastro de inadimplentes, o que pode refletir um ponto de estabilidade a ser considerado para fins da primeira fase do método bifásico de reparação moral, uma vez que não é extravagante considerar tal média como sendo o “valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes” (REsp 1.152.541). O ponto médio nos últimos quatro anos foi de algo perto de dez mil reais, variando entre um limite máximo de R\$ 11.376,32 (onze mil, trezentos e setenta e seis reais e trinta e dois centavos) em 2019 e um limite mínimo de R\$ 7.912,53 (sete mil, novecentos e doze reais e cinquenta e três centavos) em 2020, dois anos com cenários econômicos e sociais bem distintos, sobretudo em razão dos reflexos da pandemia de Covid-19, com efeitos no funcionamento dos serviços públicos e da economia a partir de março de 2020. Veja-se que, passado o impacto surpreendente da pandemia, os valores se recuperam em direção à média de dez mil reais, chegando a R\$ 8.492,89 (oito mil, quatrocentos e noventa e dois reais e oitenta e nove centavos) em 2021.

Em confronto com o cenário geral, os valores médios dos últimos quatro anos indicam que a reparação estipulada fica ao redor de dez mil reais (R\$ 9.690,64 – nove mil, seiscentos e noventa reais e sessenta e quatro centavos), menos da metade do valor médio geral de R\$ 20.192,92 (vinte mil, cento e noventa e dois reais e noventa e dois centavos) e bem abaixo do montante apurado com a exclusão das indenizações superiores a cinquenta salários mínimos (R\$ 18.142,69 – dezoito mil, cento e quarenta e dois reais e sessenta e nove centavos). Tendo em vista a relativa estabilidade nos últimos quatro anos, mesmo com o trauma social e econômico trazido pela pandemia de Covid-19, e a ampla

diferença para os cenários mais abrangentes, é válido se supor que o chamado “valor básico” para a reparação, nos moldes preconizados pelo método bifásico no REsp 1.152.541, pode ser admitido como R\$ 10.000,00 (dez mil reais), conforme os julgados do Superior Tribunal de Justiça analisados na pesquisa.

A identificação desse valor básico é relevante, uma vez que propicia uma maior segurança, previsibilidade e coerência das decisões judiciais, conforme preconiza o artigo 926 do Código de Processo Civil⁹, já que pode ser um ponto de partida em comum para a fixação da reparação moral, o que reduziria o espaço para o arbítrio ao apresentar um parâmetro valorativo objetivo e decorrente das decisões pretéritas do STJ.

Outro fator de relevância na descoberta do valor básico praticado pelo STJ, tribunal ao qual incumbe a uniformização da interpretação das leis federais, está em possibilitar o cumprimento mais adequado do comando inscrito no artigo 292, V, do CPC¹⁰, que determina que o valor da causa relativo à reparação moral deverá ser certo e em conformidade com a pretensão do autor. Exemplificando, entre uma petição inicial com um pleito adequado ao valor médio, algo entre dez ou vinte mil reais, e outra com um pedido na casa dos cem mil reais, resta claro que a última opção é mais arriscada em termos de sucumbência recíproca, em caso de vitória parcial, como previsto no artigo 86 do CPC¹¹, uma vez que o pedido extrapola em muito o que agora se tem como ordinariamente fixado para os casos mais corriqueiros de inclusão indevida em cadastro de inadimplentes. Na ausência de um posicionamento vinculante sobre a permanência do verbete n. 326 da Súmula da Jurisprudência do STJ¹², após a vigência do CPC, tem-se que a postura processual mais conservadora e adequada à média dos julgados pretéritos pode ser argumentada

9 Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

10 Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: (...) V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido;

11 “Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas.”

12 “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.”

como uma postura mais afinada com a boa-fé processual. Dessa forma, em termos de política judicial, a apresentação e a fixação clara das “regras do jogo” pode facilitar a identificação de demandas frívolas e exageradas, separando-as daquelas que se encontram de acordo com o já estabelecido.

Em termos de tática processual, os litigantes podem decidir, com o conhecimento dos valores considerados como piso, por resolver as suas pendências com o uso de mecanismos consensuais, como a mediação e a conciliação, facilitando a atuação dos magistrados e dos demais atores processuais na estimulação desses mecanismos¹³, o que impacta no número de feitos a serem resolvidos pelo órgão judicante, liberando a força de trabalho para as demandas que não possam ser resolvidas de forma consensual, já que há um valor de referência para ser discutido em termos de acordo ou composição, inibindo a apresentação de propostas ultrajantes, com valores diminutos ou exagerados, os quais, pela experiência forense, terminam por ser entraves na pacificação processual.

Tais ponderações são preliminares e demandam maiores investimentos em jurimetria, de forma a investigar e aproveitar a enorme quantidade de dados produzidos e disponibilizados pelos tribunais brasileiros, por exemplo, quanto aos valores de condenações, aos pedidos que apresentam maior frequência em juízo, aos tipos de litigantes, incluindo os contumazes¹⁴, o perfil dos demandantes, tudo em prol de prevenir litígios e direcionar melhor os recursos da Administração do Judiciário. A análise mais acurada dos dados pode indicar os locais e os tipos de demandas em que medidas como mutirões de conciliação podem produzir melhores resultados, evitando desperdício no agendamento de atos e audiências que terminam por ser infrutíferos. Outra frente que deve ser ampliada diz respei-

13 CPC Art. 3 § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

14 Sobretudo aqueles que praticamente monopolizam os esforços dos serviços judiciais figurando de forma reiterada no polo passivo com resistências meramente protelatórias, conforme se colhe das listas de maiores litigantes divulgadas pelos tribunais, como, por exemplo, a do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (<https://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6069074>)

to ao trabalho de campo na investigação dos fundamentos das decisões judiciais, especialmente com questionários e entrevistas dos magistrados.

Por fim, já se vislumbra um novo cenário para a colheita e tratamento de dados do Poder Judiciário, dado que a automatização é uma realidade em curso, conforme se avança na implementação da Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ), criada pela Resolução n. 335/2020 do Conselho Nacional de Justiça. A PDPJ é uma base institucional comum e colaborativa de aplicativos, mecanismos e sistemas que integra todo o Poder Judiciário brasileiro. Através do uso intensivo de soluções tecnológicas em Inteligência Artificial (IA), será possível apurar e refinar a imensidão de dados processuais de que o Judiciário nacional dispõe, ampliando a base de pesquisa com os demais tribunais, com destaque para os Juizados Especiais, nos quais se concentram as demandas consumeristas, identificando os padrões decisórios, como no caso do presente estudo e em diversos outros casos, beneficiando a comunidade com maior transparência e segurança nas decisões, que passarão a ser mais previsíveis. ❖

REFERÊNCIAS

BECKER, FERNANDA ELISABETH NÖTHEN. *Custas judiciais e justiça gratuita como fator de (in)eficiência da prestação jurisdicional*. 2018, Dissertação em mestrado profissional apresentada na Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis.

CIALDINI, Robert B.; VINCENT, Joyce E.; LEWIS, Stephen K.; CATALAN, Jose; WHEELER, Diane; DARBY, Betty Lee. Reciprocal Concessions Procedure for Inducing Compliance: The Door-in-the-Face Technique. *Journal of Personality and Social Psychology*, Washington DC, Vol. 31, n.º. 2, pp. 206-215, 1975.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law & Economics*, Chicago, vol. 3, pp. 1-44, 1960.

LEAL. Rogério Gesta. *IMPACTOS Econômicos e Sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2010.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, Washington DC, New Series Vol. 185, n° 4157, pp. 1124-1131, 1974.

Meio Ambiente e Cidades Resilientes¹

Reflexões sobre o Desastre em Petrópolis no Ano de 2022.

Zilda Januzzi Veloso Beck

Promotora de Justiça, em exercício na 1ª. Promotoria de Tutela Coletiva de Petrópolis, no Rio de Janeiro. Pós-graduada em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduada em Direitos da Criança e do Adolescente pelo Instituto Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

1. INTRODUÇÃO

Nos dias 15 de fevereiro de 2022 e 20 de março de 2022, a cidade de Petrópolis foi impactada por dois eventos climáticos extremos, deflagrados por chuvas intensas, que resultaram em desastres de causas naturais sem precedentes na história da cidade em termos de números de mortos e de afetados.

Não bastasse o cenário caótico gerado pelos desastres em questão, as pesquisas difundidas são no sentido de que as mudanças climáticas irão gerar fenômenos cada vez mais extremos em intervalos menores de tempo (recorrência)². Como se preparar para esses eventos extremos? Como construir uma cidade capaz de suportar as consequências das mudanças climáticas? Um dos caminhos, sem dúvida, é a busca da resiliência.

¹ Este artigo é uma versão do que foi abordado no seminário ocorrido no dia 09 de maio de 2022 “REPERCUSSÕES JURÍDICAS DA TRAGÉDIA EM PETRÓPOLIS”, evento realizado de forma remota pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, com apoio da Universidade Católica de Petrópolis.

² Disponível em: <<http://mudancasclimaticas.cptec.inpe.br/>>

Segundo a Organizações das Nações Unidas – ONU, as cidades resilientes são aquelas capazes de resistir, absorver, adaptar-se e recuperar-se dos efeitos de um perigo de maneira tempestiva e eficiente, através, por exemplo, da preservação e restauração de suas estruturas básicas e funções essenciais.

Petrópolis é uma cidade resiliente?

2. OS DESASTRES DO ANO DE 2022 EM PETRÓPOLIS

Antes de responder à provocação da reflexão feita na introdução, importante entender os desastres de 2022. Pelo que se tem de dados oficiais, fornecidos pela Secretaria Municipal de Defesa Civil, INEA e CEMADEN, os altos índices pluviométricos deram causa a diversos escorregamentos de massa severos³, além de inundações em vários trechos da cidade, que causaram verdadeiro caos urbano. A quantidade de chuva, segundo esses órgãos de monitoramento, seria capaz de causar estragos severos em qualquer parte do mundo, mesmo em países desenvolvidos, quiçá em cidades pouco resilientes.

O cenário após a cessação das chuvas no dia 15 de fevereiro era de muita destruição, inclusive em áreas do Centro Histórico. Esse cenário se repetiu em um domingo, no dia 20 de março, embora tenha sido menor o número de vítimas fatais. Muitos carros dentro das calhas dos rios, dois ônibus submersos, diversos pontos de deslizamentos, lojas inundadas, pontes destruídas, serviços públicos afetados, milhares de desalojados e mortes, muitas mortes. Tudo isso foi vivenciado duas vezes em pouco mais de um mês pelos que aqui residem. Trauma que dificilmente sairá das mentes e corações dos petropolitanos desta geração.

3 Os Fluxos de Lama e Detritos, também chamados Corridos de Massa, são movimentos de massa extremamente rápidos e desencadeados por um intenso fluxo de água na superfície, em decorrência de chuvas fortes, que liquefaz o material superficial que escoa encosta abaixo em forma de um material viscoso composto por lama e detritos rochosos. Esse tipo de movimento de massa se caracteriza por ter extenso raio de ação e alto poder destrutivo. Disponível em: <http://www2.cemaden.gov.br/deslizamentos/#:~:text=Deslizamentos%20ou%20Escorregamentos%20s%C3%A3o%20movimentos,%C3%A9%20classificado%20como%20Deslizamento%20Rotacional>. Acesso: 09/05/2022.

As vulnerabilidades da cidade ecoaram em nível internacional a partir do desastre que já é considerado o pior da história deste lugar.

É bem verdade que Petrópolis é uma cidade com propensão a eventos climáticos extremos provocados por chuvas intensas, que resultam em desastres de impactos de grande magnitude, principalmente por escorregamentos de massa e inundações, até em razão do seu relevo acentuado e das variações de declividade.

Mas, aliados aos altos índices pluviométricos experimentados no verão, há um contexto histórico de ocupação desordenada nas encostas e fundos de vale, em áreas de risco, de modo que as ameaças, aliadas às suscetibilidades e à exposição, tornam a cidade, vez por outra, palco dramático de destruição, de mortes de inúmeras pessoas afetadas. Saber que esses fenômenos irão se intensificar ante as mudanças climáticas é sem dúvida motivo de preocupação para esta e para as futuras gerações.

Esses dois desastres decorrentes dos últimos extremos climáticos e hidrológicos em Petrópolis, num espaço de tempo reduzido, demonstram que os efeitos das mudanças climáticas não são um discurso apocalíptico de ambientalistas; esses efeitos são reais. Alguém ainda tem dúvida de que os extremos climáticos são uma realidade? Vamos a alguns dados dos desastres em Petrópolis neste ano:

Apenas para que se tenha ideia da magnitude, no dia 15 de fevereiro de 2022, foram registrados 265mm (duzentos e sessenta e cinco milímetros) de chuva num acumulado de três horas, sendo que o maior registro de chuva foi de 121mm/h (cento e vinte e um milímetros por hora) e mais de 400 mm (quatrocentos milímetros) em 12h. No dia 20 de março de 2022, foram registrados 550mm/24h (quinhentos e cinquenta milímetros em vinte e quatro horas).⁴

Por causa dessa ameaça – a chuva –, tivemos os seguintes danos e prejuízos causados pelo desastre:

⁴ Dados informados pela Defesa Civil de Petrópolis

Foram aproximadamente 10.500 (dez mil e quinhentas) ocorrências registradas pela Defesa Civil; 241 (duzentos e quarenta e um) mortos; mais de 4.000 (quatro mil) famílias desalojadas e que precisaram de assistência do Poder Público; aproximadamente 20.000 (vinte mil pessoas afetadas); danos a serviços públicos importantes, como: água, luz, internet, telefonia; impactos na mobilidade urbana, com diversas vias de acesso interditadas; impactos de geração de resíduos, sendo aproximadamente 265.000 (duzentos e sessenta e cinco mil) toneladas de resíduos; impactos no turismo e no comércio; impactos na área de bem-estar animal; e ainda gerou a necessidade de uma série de obras para reconstrução em mais de 60 localidades.

A resiliência é, portanto, um dos caminhos a percorrer para se diminuir os impactos dos desastres de causas naturais em Petrópolis, e, nesse caminho, a prevenção é fundamental. Sobre prevenção e mitigação, ousaria dizer que não só Petrópolis, mas outras cidades no país, em razão da recorrência de desastres, vêm aprendendo a dar respostas e a fazer a reconstrução num cenário de pós-desastre, mas não têm dado a devida importância às medidas de prevenção, de mitigação e de preparação para o desastre.

Ora, sabendo-se que o Desastre é o resultado da ameaça e da vulnerabilidade e que a ameaça natural não pode ser evitada, parece-nos que não se poderá atingir a esperada resiliência sem buscar a prevenção, a mitigação das vulnerabilidades, a mitigação da exposição ao risco. Vejamos alguns conceitos para melhor compreender essa afirmação.

A Instrução Normativa 36/20 define **VULNERABILIDADE** como a **exposição** socioeconômica ou ambiental de um cenário sujeito à ameaça do impacto de um evento adverso natural, tecnológico ou de origem antrópica e **AMEAÇA** como **evento em potencial**, natural, tecnológico ou de origem antrópica, com elevada possibilidade de causar danos humanos, materiais e ambientais e perdas socioeconômicas públicas e privadas.

Conceitua, outrossim, o **DESASTRE** como o **resultado** de eventos adversos, naturais, tecnológicos ou de origem antrópica,

sobre um cenário vulnerável exposto a ameaça, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e o **RISCO** potencial de ocorrência de evento adverso sob um cenário vulnerável.

Parece-nos, repise-se, que se não se pode evitar a ameaça (embora se possa identificar e monitorar a ameaça), há de se reduzir a vulnerabilidade, a exposição ao risco, para que os danos causados por desastres futuros tenham o menor impacto possível sobre a vida e propriedade dos habitantes da cidade, sobre o meio ambiente, sobre a economia, entre outros.

É intrigante observar no pós-desastre grande mobilização para as ações de socorro, para o restabelecimento dos serviços essenciais, planejamento de obras emergenciais para reconstrução, a fim de que a cidade possa voltar a ter suas funções essenciais restabelecidas.

Mas é no mínimo curioso constatar que o “calcanhar de Aquiles”, i.e., a prevenção, seja constantemente esquecida e, da mesma maneira, esquecidas as medidas de mitigação e de preparação para o desastre até que um novo evento ocorra. Relegar essas medidas a um segundo plano é uma incongruência, é um erro contumaz, já que prevenir é mais barato que reconstruir. Estima-se que a cada 1(um) dólar investido em prevenção e preparação do desastre são economizados 3 (três) dólares em reconstrução.

Então a pergunta que deve ser feita é: Por que não se investe em prevenção, preparação e mitigação? Por que se insiste na velha maneira de atuar de forma reativa, no pós-desastre, na reconstrução? Ainda não temos a resposta para a indagação.

Diante do exposto, voltamos à pergunta inicial. Petrópolis é uma cidade resiliente? A resposta é negativa. Mas Petrópolis está a caminho de se tornar uma cidade resiliente? A resposta é sim. Está no caminho de buscar a sua resiliência.

Na busca da resiliência, medidas deverão ser adotadas para mitigar os impactos do desastre e para prevenir o desastre. Seria utopia dizer que os desastres não mais ocorrerão. Ao contrário, pode-se afirmar que, pelas características geomorfológicas da ci-

dade, os desastres ocorrerão mesmo após adquirir-se resiliência, entretanto, são os efeitos do desastre sobre a população o que se visa a minimizar com a resiliência.

3. O DESASTRE NÃO É CAUSA, É RESULTADO. DESASTRE NATURAL?

Como se disse alhures, o desastre é conceituado como resultado de eventos adversos, naturais, tecnológicos ou de origem antrópica, sobre um cenário vulnerável exposto a ameaça, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos.

Portanto não nos parece correto dizer que o desastre é natural. O desastre pode ter causas naturais, mas nada tem de natural. Ele é o resultado de uma ameaça, da vulnerabilidade e da exposição ao risco. É preciso “desnaturalizar” a ocorrência do desastre.

Nesse sentido:

Considerar os impactos da precipitação como fenômenos unicamente naturais é, de certo, um equívoco, já que, o processo de urbanização acelerada e (des)organizado, acaba por criar condições potencializadoras desses impactos. Como bem coloca Monteiro (1991, p.9), “desabamentos de encostas não seriam calamitosos em nossas cidades se parte de seus habitantes não fosse induzida a formas de urbanização espontânea, precária e em sítios perigosos”. Nesse sentido, considerar o sítio urbano sobre o qual cidades são edificadas e recebem as intempéries climáticas é fundamental, pois “o espaço urbano identifica-se a partir do sítio, mantendo relações íntimas com o ambiente regional imediato em que se insere” (MONTEIRO, 2003 p.20).⁵

Posto isso, a chuva intensa não pode ser considerada unicamente como causa eficiente do desastre. É uma das causas, mas não a única. O que se quer dizer é que “culpar a natureza” não é um discurso admissível.

5 TAVARES, Camila de Moraes Gomes – camila.tardeli.tavares@gmail.com Universidade Federal de Juiz de Fora UFJF
FERREIRA, Cássia de Castro Martins – cassia.castro@ufjf.edu.br Universidade Federal de Juiz de Fora / UFJF -Disponível em: <file:///C:/Users/Membro/Downloads/71123-292864-2-PB.pdf>

O que pensamos é que identificadas as ameaças e mitigadas as vulnerabilidades e a exposição ao risco, por consectário lógico, os impactos adversos de um desastre serão menos agressivos. Em outras palavras, ainda que o desastre ocorra com maior intensidade e de forma recorrente, os danos humanos, materiais, ambientais e os prejuízos econômicos dele decorrentes serão menos impactantes.

Exemplificamos para melhor compreensão: Se uma edificação está próxima a um talude inclinado sem nenhuma proteção, numa área em que chove em demasia, é possível melhorar a segurança dessa edificação com obra de contenção de encosta, aliando-se essa medida estrutural à conscientização do morador acerca do perigo a que está exposto.

Em síntese: Para que se consiga a melhora do cenário de vulnerabilidade, é imprescindível que se tome medidas preventivas, de mitigação e de preparação para o desastre.

Em simples conceito, a prevenção se traduz num conjunto de ações destinadas a **reduzir a ocorrência e a intensidade de desastres** naturais ou humanos. Repise-se: nós não podemos mudar as ameaças. A chuva virá, o solo irá escorregar, as inundações irão ocorrer, mas podemos diminuir a exposição e as vulnerabilidades com implantação de medidas de prevenção e de mitigação dos riscos e, com essas medidas, reduzir a intensidade do desastre.

De igual forma, é importante a preparação. E a preparação se concretiza através de um conjunto de ações desenvolvidas pela **comunidade e pelas instituições**, para minimizar os efeitos dos desastres, através da **difusão de conhecimentos** científicos e tecnológicos e da **formação e capacitação de pessoas** para mitigar os riscos.

Além disso, os instrumentos de planejamento para enfrentamento aos desastres devem ser comunicados de forma eficiente, seja a comunicação institucional, seja comunitária, tanto no momento que antecede ao desastre quanto no momento do desastre.

O que se quer dizer é, de forma exemplificada, que de nada adianta ter um plano de contingência se os atores das ações sistêmicas não entendem o seu papel dentro do sistema. De nada adianta ter um alerta se a população não foi capacitada para compreender o risco a que está exposta; se ela não sabe as rotas seguras de fuga; se ela não sabe o ponto de apoio para onde se deslocar. De nada adianta mapear as áreas de risco se as obras de mitigação não são executadas dentro de um universo de curto, médio e longo prazo. Enfim, o planejamento deve andar de mãos dadas com as ações e com a interlocução acessível entre o Poder Público e a comunidade.

Trabalhar em conjunto para a prevenção e a preparação aos desastres é sinônimo de reduzir as vulnerabilidades, de reduzir a exposição ao perigo, é fazer a população compreender que faz parte desse contexto e que ela precisa saber e perceber a sua exposição ao risco; saber como se proteger é fortalecer as capacidades locais, é formar resiliência, ou seja, formar comunidades que têm a capacidade de retornar ao seu equilíbrio após sofrer algum tipo de desastre. E isso só se consegue com trabalho conjunto, sistêmico, entre o Poder Público e a coletividade.

Criar a cultura de trabalhar de forma integrada, sistêmica, talvez seja um dos maiores desafios no enfrentamento das questões que envolvem os desastres. Não há falta de articulação somente entre as secretarias de governo, mas entre o governo e a população, entre governo e instituições. Há necessidade de incorporar na cidade a ideia de que prevenir, preparar, responder e reconstruir no escopo do contexto de desastre não é só tarefa da Defesa Civil, é uma tarefa de todos, cada qual fazendo a sua parte e integrando-a no todo sistêmico.

4. CIDADES RESILIENTES – MCR 2030

Rememorando o que já foi dito no início do texto, a Organização das Nações Unidas (ONU) conceitua cidades resilientes como aquelas capazes de “resistir, absorver, adaptar-se e recuperar-se dos efeitos de um perigo de maneira tempestiva e efi-

ciente⁶. Como conquistar o “sonho”, o ideal de resiliência? Uma importante iniciativa sobre a temática foi proposta pela ONU através da ação “Construindo Cidades Resilientes – Making Cities Resilient – MCR2030”.

Embora não seja o escopo do trabalho fazer um detalhamento da iniciativa MCR 2030, cabem aqui alguns comentários elementares sobre o tema. A iniciativa MCR 2030 surgiu a partir da III Conferência Mundial da ONU sobre Redução do Risco de Desastres, realizada em Sendai, Japão (2015)⁷, com objetivo de alcançar, ao longo dos próximos 15 anos, “redução substancial nos riscos de desastres e nas perdas de vidas, meios de subsistência e saúde, bem como de ativos econômicos, físicos, sociais, culturais e ambientais de pessoas, empresas, comunidades e países”, sendo então estabelecido o marco de SENDAI 2015/2030.

O objetivo do Marco de Sendai, embora focado na prevenção e redução dos riscos de desastres, acaba por contribuir com outro plano de ação global, a agenda 2030⁸, em especial com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável 11 (ODS11), em que se pretende “Desenvolver cidades e assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis” através do envolvimento das lideranças locais e com mobilização de apoio aos países em desenvolvimento através da cooperação internacional para o fornecimento de meios de implementação de acordo com as suas prioridades nacionais, além da agenda urbana⁹.

O Marco de Sendai (2015) traz sete metas para a avaliação do progresso global, que só serão alcançadas a partir do fortalecimento das lideranças e capacidades locais e que objetivam:

6 Disponível em: < [7 Disponível em: <](https://www.cprm.gov.br/publique/Noticias/Cidades-resilientes%3A-conheca-iniciativas-Brasil-afora-para-tornar-a-vida-urbana-mais-segura-frente-as-mudancas-climaticas-6944.html#:~:text=Conforme%20a%20ONU%2C%20as%20cidades,estruturas%20b%C3%A1sicas%20e%20fun%C3%A7%C3%B5es%20essenciais%E2%80%9D.></p></div><div data-bbox=)

8 Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>>

9 Disponível em: <

1. Reduzir substancialmente a mortalidade até 2030;
2. Reduzir substancialmente o número de pessoas afetadas em todo o mundo até 2030;
3. Reduzir as perdas econômicas diretas por desastres em relação ao produto interno bruto (PIB) global até 2030;
4. Reduzir substancialmente os danos causados por desastres em infraestrutura básica e a interrupção de serviços básicos, como unidades de saúde e educação, inclusive por meio do aumento de sua resiliência até 2030.

Mas também tem por escopo:

5. Aumentar substancialmente o número de países com estratégias nacionais e locais de redução do risco de desastres até 2020;
6. Intensificar substancialmente a cooperação internacional com os países em desenvolvimento por meio de apoio adequado e sustentável para complementar suas ações nacionais para a implementação deste quadro até 2030; e
7. Aumentar substancialmente a disponibilidade e o acesso a sistemas de alerta precoce para vários perigos e as informações e avaliações sobre o risco de desastres para o povo até 2030.

Ao aderir à iniciativa, Petrópolis deu um importante passo indicando que está no caminho da busca pela resiliência, que é a “chave” para a mudança de paradigma dos efeitos dos desastres na cidade, em especial na tolerância zero quanto às mortes causadas por esses eventos.

Feitas essas considerações, devemos reconhecer que a cidade de Petrópolis está a caminho de se tornar uma cidade resiliente ao aderir ao MCR 2030 (*Making Cities Resilient*), além de estar atuando no planejamento de ações prioritárias para prevenção e mitigação de riscos em cooperação com a Secretaria Nacional de Defesa Civil, o Ministério do Desenvolvi-

to Regional e a JICA (Agência de Cooperação Internacional do Japão). Destacam-se entre as iniciativas os estudos para instalação de barreiras de contenção para mitigação dos impactos por movimento de massas, com foco na ocorrência de fluxo de detritos. (projeto SABO).

Em dezembro de 2022, o Município, que está no nível de cidade implementadora nível III, da iniciativa MCR 2030¹⁰, liderada pelo escritório das Nações Unidas para Redução de Riscos (UNDRR), deverá apresentar um plano de resiliência com metas de curto, médio e longo prazo, além de instituir o monitoramento das ações.

A cidade também já tem alguns diagnósticos e planejamentos que auxiliarão na sua resiliência. Destacamos o plano Municipal de Redução de Riscos (PMRR), que está disponível a qualquer cidadão em seu site¹¹, além do Plano Local de Habitação de Interesse Social (PLHIS); Plano Municipal de Saneamento Básico (PMSB) e Plano de Contingência, tanto para a época de inundações quanto para a época de estiagem.

Além disso, a cidade possui um Centro de Monitoramento e Operações estruturado CIMOP e implantou sistema de alerta e alarme – são 18 sirenes em comunidades suscetíveis a desastres, com avisos das ameaças à população através de SMS; implantou NUDECs (Núcleos Comunitários de Defesa Civil) e tem Monitoramento pela Defesa Civil, CEMADEN e INEA, embora se perceba a necessidade de refinamento de dados no sistema de monitoramento, alerta e alarme, que precisam de maior precisão para atender as necessidades locais.

Sobre o aperfeiçoamento do sistema de alerta e alarme, observou-se nos desastres ocorridos este ano em Petrópolis que há a necessidade não só de aprimorar o sistema de monitoramento, com dados precisos, mas também de melhorar a comunicação social e o treinamento comunitário.

10 Disponível em: <https://mcr2030.undrr.org/sites/default/files/2021-04/MCR2030%20in%20Portuguese%20ver.2%20%2820210323%29.pdf>, <https://mcr2030.undrr.org/sites/default/files/2021-04/MCR2030%20in%20Portuguese%20ver.2%20%2820210323%29.pdf>

11 Disponível em: <<https://sig.petropolis.rj.gov.br/>>

Também se revelou a necessidade urgente de educação ambiental para o descarte adequado dos resíduos sólidos e destino dos efluentes sanitários e, mais que isso, é preciso implantar a cultura sistêmica do trabalho conjunto entre as Secretarias governamentais, entre estas e a população, entre estas e demais instituições, além, obviamente, planejar e executar medidas estruturais e não estruturais para diminuir a exposição ao risco, para mitigar os riscos e para planejar a ocupação do solo, além de fiscalizar de modo eficiente a ocupação desordenada do solo urbano de forma contínua.

Nesse contexto da ocupação desordenada, não se pode deixar de mencionar que a intervenção do homem na natureza, em especial no que diz respeito à devastação de áreas florestadas, tem alterado significativamente o ciclo hidrológico e contribuído para a ocorrência de desastres.

A professora Ana Luiza Coelho Netto, em estudo sobre o Maciço da Tijuca¹², que, todavia, adequa-se como uma luva ao caso concreto de Petrópolis, ensina que:

Embora possamos atestar que os movimentos de massa são fenômenos naturais característicos de sistemas montanhosos e florestados (COELHO NETTO, 1985), temos que reconhecer que a intensificação de suas ocorrências, por efeito das mudanças ambientais correntes, pode romper a capacidade de recuperação natural do ecossistema florestal. Na medida em que as cicatrizes erosivas promovem efeitos de borda capazes de levar à retração florestal, tal como foi abordado anteriormente, tornam-se elementos funcionais da paisagem e interferem na dinâmica florestal. Assim sendo, devem ser vistas como mais uma das possíveis causas da devastação florestal e, por conseguinte, da crescente vulnerabilidade das encostas.

Assim, a ocupação irregular das encostas e as queimadas são exemplo de devastação florestal que estão intimamente liga-

12 Coelho Netto, A. L. (2011). A interface florestal-urbana e os desastres naturais relacionados à água no maciço da tijuca: desafios ao planejamento urbano numa perspectiva socioambiental. *Revista do Departamento de Geografia*, 16, 46-60. <https://doi.org/10.7154/RDG.2005.0016.0005>

dos aos desastres e, que, portanto, precisam de especial atenção do Poder Público.

5. O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS DESASTRES DE 2022 EM PETRÓPOLIS

Não são recentes as inúmeras tentativas do Ministério Público de atacar as causas das questões relacionadas aos desastres naturais. A atuação vem de longa data na Promotoria de Tutela Coletiva de Petrópolis, muito antes desta Promotora assumir como titular da 1ª. Promotoria de Tutela nesta cidade. São inúmeras as ações civis públicas com a temática dos riscos; da regularização fundiária plena; das melhorias de drenagem e do saneamento de modo geral.

Na busca de medidas que possam amenizar os impactos dos desastres, o Ministério Público, através da 1ª. Promotoria de Tutela Coletiva (Meio Ambiente), obteve conquistas sociais importantes após a ocorrência dos desastres do corrente ano, que, se executadas com o devido comprometimento dos gestores, poderão resultar na melhoria da qualidade de vida e na mitigação de desastres futuros por inundações e escorregamentos de massa. Podemos citar, como exemplo:

1) Para mitigação dos impactos das inundações, obteve-se a homologação de acordo em ação civil pública para melhoria da macrodrenagem dos rios Quitandinha, Palatino e Piabanha;

2) Também judicialmente, através de ação civil pública, obteve-se o compromisso de recuperação estrutural em toda a extensão do túnel extravasador do Palatino, o que também mitigará o impacto das enchentes;

3) Em ação civil pública, obteve-se o compromisso de execução de um projeto-piloto de reconstrução e regularização fundiária plena na Comunidade 24 de maio, com melhorias sociais, urbanísticas (incluindo análise e mitigação de riscos), jurídicas e ambientais;

4) Para reduzir as vulnerabilidades de ordem socioambiental, induziu-se a implementação de projetos de recomposição flo-

restal nas áreas degradadas da bacia, como forma de diminuir o escoamento superficial e assoreamento dos rios, contribuindo para a melhoria do ciclo hidrológico, também em acordo em ação civil pública;

5) Indução de política de prevenção de desastres eficiente, com foco inicial na aquisição de radar meteorológico de alta precisão, de modo a se monitorar de forma mais precisa e confiável as ameaças, acompanhadas em sede de procedimento extrajudicial.

7) Indução da política pública de regularização fundiária plena e não só jurídica em áreas favelizadas, para incutir nos gestores a necessidade de se fazer regularização fundiária plena, conforme determina a lei da REURB, integrando-se ações ambientais, urbanísticas, sociais e jurídicas em diversas ações civis públicas já movidas e em outras ainda acompanhadas em sede de procedimento extrajudicial.

9) Fortalecimento das lideranças locais, através de sua inclusão no processo decisivo, entre outras medidas e ações, estando as associações de moradores atentas e colaborando com o Ministério Público no processo de construção de uma cidade melhor e de respostas eficientes às áreas afetadas pelo desastre.

6. CONCLUSÃO

Os eventos extremos ocorridos em Petrópolis nos dias 15 de fevereiro de 2022 e 20 de março de 2022 deixaram um rastro de destruição na cidade, com duzentos e quarenta e um mortos, milhares de afetados e milhares de ocorrências, expondo as vulnerabilidades da cidade.

Embora não se tenha dúvida da intensidade do fenômeno, fato é que esses fenômenos serão cada vez mais frequentes e mais intensos ante as mudanças climáticas, a exigir prevenção e preparação para o desastre e a busca da resiliência local.

Petrópolis ainda não é uma cidade resiliente, mas está a caminho de ser uma cidade resiliente, aderindo ao MCR 2030, participando de ações de planejamento para prevenção, preparação e mitigação de riscos, inclusive através do apoio de Agên-

cia de Cooperação Internacional do Japão (JICA), além de estar em busca de efetivar medidas para maior precisão das previsões meteorológicas.

Apesar de mazelas antigas, como a ocupação irregular das encostas e fundos de vale, sem que o Poder Público consiga dar uma resposta à altura para o enfrentamento da expansão da ocupação irregular em áreas de risco, a cidade não é de todo despida de um planejamento, na medida em que possui planos e diagnósticos que podem auxiliar na tomada de decisão.

Esforçar-se para adquirir resiliência é uma tarefa que não incumbe só à Defesa Civil, da mesma maneira que o meio ambiente equilibrado não é uma tarefa a ser perseguida apenas pelo Poder Público. É uma tarefa de todos. Somente unidos em um mesmo propósito é que vamos alcançar os objetivos e as metas de redução das mortes e de pessoas afetadas nos desastres que se seguirão.

Em suma, o esforço na busca de uma cidade resiliente deve ser de todos. Não é uma tarefa simples, mas é uma tarefa possível.

O Ministério Público, como defensor dos interesses sociais, auxilia no processo de construção da resiliência, mas os melhores resultados só se conquistarão com ações de curto, médio e longo prazo que mitiguem as vulnerabilidades, com comprometimento político, com comprometimento social, com auxílio da tecnologia, além da avaliação das ações, a fim de se verificar se as medidas tomadas atingiram os objetivos pretendidos.

Por fim, não poderíamos deixar de mencionar que a participação popular neste processo é fundamental.

Que Deus nos abençoe nesta tarefa! ❖