



ESAP

Mato Grosso do Sul

Escola Superior da
Advocacia Pública



PGE

Mato Grosso do Sul

Procuradoria-Geral
do Estado

ARTIGOS

DA APLICAÇÃO DE MULTA COERCITIVA CONTRA AGENTE PÚBLICO EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA

OF THE APPLICATION OF A COHERCTIVE FINE AGAINST PUBLIC AGENT IN A WRIT OF MANDAMUS

Pablo Henrique Garcete Schrader¹

RESUMO

O objetivo deste trabalho é proceder ao estudo alusivo à possibilidade de aplicação de multa coercitiva contra agente público em sede de mandado de segurança. Para tanto, será levado em consideração o posicionamento favorável da doutrina e da jurisprudência pátria atual a esse respeito, inclusive do Superior Tribunal de Justiça. Outrossim, utilizar-se-á como marco legal o novo Código de Processo Civil de 2015 e a Lei do Mandado de Segurança, mormente nos casos em que, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado equivalente, o juiz poderá determinar as medidas necessárias ao cumprimento da decisão judicial, sobretudo em sede de mandado de segurança, em cuja demanda a autoridade impetrada possui posição *sui generis*. Ao final, será demonstrado que, em casos nos quais a autoridade apontada como coatora mostrar-se renitente, desidioso ou recalcitrante ao cumprimento de determinação judicial dirigida contra a pessoa jurídica da qual integra, o próprio agente público é quem deverá sofrer eventuais sanções, dentre as quais, a aplicação de multa coercitiva, sob pena de a sociedade ter que arcar com um ônus do qual efetivamente não deu causa.

Palavras-chave: Multa coercitiva; agente público; mandado de segurança.

ABSTRACT

The aim of this paper is to proceed to the study alluding to the possibility of imposing a coercive fine against a public agent in the writ of mandamus. To this end, consideration will be given to the favorable position of current doctrine and case law in this regard, including the Superior Court of Justice. In addition, the new Code of Civil Procedure 2015 and the Writ of Mandamus Law will be used as a legal framework, especially in cases where, for the performance of specific protection or obtaining protection for the equivalent result, the judge may to determine the measures necessary to comply with the judicial

¹ Bacharel em Direito pela União da Associação Educacional Sul-Mato-Grossense Faculdades Integradas de Campo Grande (FIC-UNAES). Pós-graduado em Direito do Estado e das Relações Sociais pela UCDB/ESMAGIS (lato sensu). Pós-graduado (especialista) em Advocacia Pública pelo Instituto Para o Desenvolvimento Democrático – IDDE. Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul (PGE-MS).

decision, especially in the context of a writ of mandamus, in which the defendant has a *sui generis* position. In the end, it will be demonstrated that, in cases in which the appointed co-authority appears to be reluctant, disloyal or recalcitrant to comply with a court order directed against the legal entity of which it is a member, it is the public agent himself who should be subject to any sanctions, among others. which, the imposition of coercive fine, under penalty of the society having to bear a burden of which it effectively did not cause.

Keywords: coercive fine; public agent; writ of mandamus.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceito de agente público. 1.1 Da diferença entre agente público e autoridade pública. 1.2 Da autoridade coatora e da legitimidade passiva em sede de mandado de segurança. 2. Das medidas coercitivas de ordem patrimonial previstas no Código de Processo Civil. 3. Da aplicação de multa coercitiva contra agente público em sede de mandado de segurança. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Em prolegômenos, o presente artigo científico, tendo como metodologia a pesquisa bibliográfica, buscará abordar tema alusivo à possibilidade de aplicação de multa coercitiva contra agente público em sede de mandado de segurança.

Para tanto, ao longo do texto, será demonstrado que a aplicação da sobredita penalidade deverá ser impingida, exclusivamente, à autoridade coatora/impetrada, em casos nos quais este agente público mostrar-se renitente, desidioso ou recalcitrante ao cumprimento de determinação judicial dirigida contra a pessoa jurídica de direito público da qual integra, sob pena de a sociedade ter que responder por um ônus do qual efetivamente não deu causa.

Ademais, será levado em consideração o posicionamento favorável da doutrina e da jurisprudência pátria atual a esse respeito, inclusive do Superior Tribunal de Justiça.

Outrossim, utilizar-se-á como marco legal o novo Código de Processo Civil de 2015 e a Lei do Mandado de Segurança, mormente nos casos em que, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado equivalente, o juiz poderá determinar as medidas necessárias ao cumprimento da decisão judicial, sobretudo em sede de mandado de segurança, em cuja demanda a autoridade impetrada possui posição *sui generis*.

Por derradeiro, por ocasião da conclusão, demonstrar-se-á que a aplicação de multa coercitiva, de forma exclusiva, contra agente público, em sede de mandado de segurança, além de ter escoro legal, doutrinário e jurisprudencial, importará em um efeito pedagógico a qualquer autoridade estatal, pois, ciente da sua própria responsabilidade, atuará de modo a respeitar-se o erário e o ente público do qual é parte integrante.

1 CONCEITO DE AGENTE PÚBLICO

É assente que a expressão *agente público* é bastante elástica, para determinar, de forma específica, os sujeitos que exercem funções públicas. Desse modo, qualquer pessoa que age em nome do Estado é agente público, independentemente de vínculo jurídico, ainda que atue sem remuneração e transitoriamente.

Assim sendo, uma vez que o Estado está atuando por via do sujeito, responderá pelos atos praticados, sendo a responsabilidade objetiva do Estado, nos moldes do disposto no art, 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Neste sentido, a Lei 8.429/92 estabelece que:

Reputa-se agente público, para fins desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Logo, por intermédio do agente público, o Estado se faz presente, manifestando sua vontade nas esferas de Governo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), em quaisquer dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Outrossim, pode-se afirmar que agente público é a pessoa física que presta serviço ao Estado *lato sensu* (União, Estado, distrito Federal e Municípios – Administração Direta) e às pessoas jurídicas da Administração Indireta (autarquias, fundações públicas empresas públicas e sociedades de economia mista), ainda que de forma transitória ou sem remuneração.

Inclusive, o Código Penal confere a mesma abrangência ao definir *funcionário público*. É cediço que a expressão *funcionário público* já está superada no Direito Administrativo, sendo substituída pela expressão *agente público*. Entretanto, o Código Penal estabelece, em seu artigo 327, que “Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”.

Sendo assim, nas palavras de Matheus Carvalho (CARVALHO, 2016, p. 734):

podem ser considerados agentes públicos aqueles que exercem função pública em virtude de relação trabalhista, em qualquer dos entes da Administração Pública Direta ou Indireta, seja este em regime estatutário, mediante a nomeação de servidores que se submetem às regras definidas em estatuto próprio, seja um regime de emprego, por meio de contratação de empregados, sob o regime da Consolidação das Leis Trabalhistas para prestarem serviços, mediante regime de emprego público. Da mesma forma, todos os particulares contratados sob regime de cargo temporário, nos moldes definidos pelo art. 37, IX da Constituição Federal, ainda são considerados agentes públicos e exercem função pública.

Também podem ser considerados agentes públicos aqueles que, mesmo não possuindo qualquer vínculo de natureza administrativa ou política com o ente estatal, atuam no exercício de funções públicas, tais como, por exemplo, o mesário no dia da eleição ou o jurado, no dia em que presta o serviço de atuação no júri popular, ou, ainda, os agentes das concessionárias e permissionárias de serviços públicos e os titulares das serventias de cartório, autorizados, após aprovação em concurso público, para execução de serviços notariais e registrais, mediante delegação.

Celso Antônio Bandeira de Mello (DE MELLO, 2008, p. 242) assim se manifesta acerca dos agentes públicos:

Os servidores públicos são uma espécie dentro do gênero “agentes públicos”. Para bem distinguir tal espécie, apartando-a claramente das demais, é útil, primeiramente, examinar o panorama dentro do qual ela se encaixa. É o que se fará apresentados o amplo quadro compreensivo das variedades tipológicas de agentes por meio dos quais o Estado se manifesta.

Esta expressão – *agentes públicos* – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.

E, em todos os casos, o Estado responde pelos atos praticados pelo sujeito, se ele causar dano a alguém no exercício da função pública, haja vista o fato de que, naquele momento, ostenta a qualidade de agente público atuando em nome do ente estatal. De fato, a Administração Pública os habilita para atuarem em seu nome.

Impende asseverar, por oportuno, que, por exercerem função pública, os atos ou omissões perpetrados pelos agentes público são imputados à pessoa jurídica que integram e se sujeitam ao controle judicial, que se pode dar por meio dos remédios constitucionais, tais como Mandado de Segurança e Ação Popular.

Neste comenos, os agentes públicos, considerados amplamente, podem figurar como autoridade coatora, para prestação de informações em Mandado de Segurança, somente não sendo admitida, nos moldes da Lei n. 12.016/2009, em seu artigo 1º, §2º, a impetração do *writ* constitucional contra os atos de gestão comercial, praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

Logo, como por exemplo, é possível que o *mandamus* seja impetrado em face de atos praticados pelo diretor de uma universidade particular, ante a função pública por este exercida.

Por derradeiro, em razão do exposto no art. 37, §6º, da Lei Maior, o poder público se responsabiliza objetivamente por todos os atos praticados pelos agentes públicos, neste caso, considerados amplamente, sendo que, após o pagamento de eventual indenização que se entenda devida, é cabível a propositura de ação regressiva em face do sujeito, desde que reste demonstrada que sua participação no evento danos se deu a título de dolo ou, ao menos, que ele agiu culposamente para a ocorrência do dano causado a outrem.

1.1 DIFERENÇA DE AGENTE PÚBLICO E AUTORIDADE PÚBLICA

Como visto acima, os agentes públicos, considerados amplamente, podem figurar como autoridade coatora, para prestação de informações em Mandado de Segurança, a teor do disposto no art. 1º, § 1º, da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009 – a qual regula o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências -, senão vejamos:

Art. 1º [...]

§ 1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

2 Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

[...]

§ 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

Logo, o termo legal *autoridade coatora* pode ser entendida como sinônimo de autoridade pública, a qual é a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída, de forma legal.

Ademais, consoante apregoam Mário Lúcio Quintão Soares e Lailson Baeta Neves, ao diferir-se a autoridade pública do agente público, tem-se o seguinte quadro, *verbis* (SOARES; NEVES, 2019, p. 12):

O que difere a autoridade pública do simples agente público é que o primeiro tem poder de decisão dentro de uma ordem hierárquica, ou seja, demonstra-se competente para praticar atos administrativos decisórios.

Casos tais atos sejam praticados, com abuso ou de forma ilegal, dão azo à impetração do mandado de segurança. Por isso, segundo a doutrina, o agente público não responde por meros atos executórios.

Por ato de autoridade (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2010, p. 33), conclui-se que:

Ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade, entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal. Deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Aquela detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança, quando ferem direito líquido e certo; este não pratica atos decisórios, mas simples atos executórios e, por isso, não está sujeito ao mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem superior.

Com efeito, para fins de Mandado de Segurança, consideram-se autoridades públicas aquelas pessoas físicas investidas de poder de decisão dentro de sua esfera de competência atribuída por meio de lei. Também, podem ser classificados no mesmo sentido os administradores ou representantes de autarquias e de entidades paraestatais ou ainda pessoas naturais ou jurídicas, com funções delegadas ou enquanto concessionários de serviços de utilidade pública no que concerne a essas funções.

1.2 DA AUTORIDADE COATORA E DA LEGITIMIDADE PASSIVA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA

A Lei do Mandado de Segurança (Lei Federal n.º 12.016/2009) prescreve que o impetrante deverá, quando do ajuizamento do *writ* mandamental, integrar o polo passivo da relação processual não só com a autoridade coatora, mas, também, com a pessoa jurídica de direito pública a qual esta se encontra vinculada, senão vejamos:

Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

Igualmente, a referida lei reza que o juiz, ao despachar a inicial, deverá intimar o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, bem como, ao final do processo, intimá-lo da decisão que conceder a segurança. Veja-se os preceitos:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

Art. 13. Concedido o mandado, o juiz transmitirá em ofício, por intermédio do oficial do juízo, ou pelo correio, mediante correspondência com aviso de recebimento, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada.

Consoante se infere, a nova lei mandamental tentou pôr fim a uma infundável controvérsia tanto na doutrina³ como na jurisprudência⁴ sobre o tema. E, nesse tanto, a parte final do precitado dispositivo legal, ao criar a obrigatoriedade de inclusão da pessoa jurídica de Direito Público, trouxe para a relação jurídica processual o real responsável pelo ato violador do direito líquido e certo do impetrante.

A corroborar tal assertiva, leia-se o ensinamento de Rafael Vêras de Freitas (FREITAS, 2015, p. 597):

Isso se justifica porque o ente público é, sem dúvida, o titular da manifestação de vontade do servidor - neste caso, a da autoridade coatora impetrada -, bem como será o responsável por eventuais ônus patrimoniais decorrentes de condenações no feito.

Ademais, resta saber se o novo diploma fez surgir um litisconsórcio passivo necessário, ou seja, se se estipulou a obrigatoriedade de apresentação de contestação, ou se criou, tão-somente, a obrigatoriedade de uma intimação do representante fazendário para a participação no feito.

Ora, vê-se que não parece se tratar de um litisconsórcio passivo necessário, mas, sim, da obrigatoriedade de indicação da pessoa jurídica no polo passivo do mandado de segurança para fins de intimação, na medida em que a autoridade coatora encontra-se vinculada funcionalmente à pessoa jurídica de direito público.

Essa interpretação compatibiliza-se com a celeridade própria do rito mandamental, porquanto não seria razoável que a pessoa jurídica de direito público tivesse que ser citada para apresentar contestação. Contudo, deve tal entidade se manifestar, quando da sentença de concessão da segurança, em observância à *mens legis* de manter-se a celeridade da ação mandamental.

Ainda, reforça o entendimento de que, no âmbito mandamental, até a prolação da sentença, a comunicação dos atos processuais deve ser feita à autoridade impetrada, que é quem detém a obrigação legal de prestar informações⁵, e não à pessoa jurídica de direito público.

Todavia, tal como adverte Rafael Vêras de Freitas (FREITAS, 2015, p. 598):

É evidente, pois, que, se antes de prolação da sentença de concessão da segurança, ficar evidenciada a atuação culposa ou dolosa da autoridade coatora no Mandado de Segurança, deverá a pessoa Jurídica

3 De um lado, Hely Lopes Meirelles já afirmava que: Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída. (MEIRELES, Hely Lopes. Mandado de Segurança 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 33); de outro, José Antonio Remédio traz a seguinte ponderação: sujeito passivo, por outro lado, é o ente que irá suportar os efeitos da decisão judicial procedente. (REMÉDIO, José Antonio. Mandado de Segurança individual e coletivo. São Paulo: Saraiva, 2002, p.260)

4 Toda esta ceulema pode ser resumida no seguinte excerto da lavra do Superior Tribunal de Justiça: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA. PESSOA JURÍDICA. 1. A doutrina e a jurisprudência não são pacíficas quanto à possibilidade de a pessoa jurídica ser parte legítima para figurar no pólo passivo da ação mandamental. 2. Parte da doutrina considera que o mandado de segurança deve ser impetrado não contra o ente público, mas sim contra a autoridade administrativa que tenha poderes e meios para a correção da ilegalidade apontada. Outra parte, enveredando por caminho totalmente oposto, afirma que a legitimidade passiva é da pessoa jurídica e não da autoridade administrativa. 3. Não é possível reclamar da parte o conhecimento da complexa estrutura da Administração Pública, de forma a precisar quem será a pessoa investida de competência para corrigir o ato coator. 4. A pessoa jurídica de direito público a suportar os ônus da sentença proferida em mandado de segurança é parte legítima para figurar no pólo passivo do feito, por ter interesse direto na causa. 5. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp 547235 / RJ RECURSO ESPECIAL2003/0048934-0)

5 REsp nº 1051886 / RS RECURSO ESPECIAL 2008/0089537-4.

dica de Direito Público intervir no processo, no estado em que se encontra, de forma a coibir eventuais ilegalidades já praticadas, tudo isso dentro do seu dever de autotutela (Súmula 473 do STF). Ora, se a pessoa jurídica de direito público será colocada no polo passivo da relação jurídica processual, é imprescindível que o seu órgão de representação jurisdicional seja intimado para atuar no feito, para defesa dos interesses secundários do Estado. Trata-se, em última análise, de um corolário do devido processo legal, notadamente nas vertentes do contraditório da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da CRFB). Além disso, esta ciência prévia do ajuizamento do *writ*, certamente, contribuirá para o fortalecimento da atuação da Advocacia de Estado (artigos 131 e 132 da CFRB), como órgãos que devem exercer, na mesma medida, o controle da legalidade dos atos do Poder Público.

Além do mais, Carlos Alberto Garcete (GARCETE, 2010, p. 45) entende que a pessoa jurídica a que esteja a autoridade coatora (impetrada) vinculada é quem figura no polo passivo do remédio heroico, *verbis*:

No nosso entendimento é no sentido de que a pessoa jurídica a que esteja a autoridade coatora (impetrada) vinculada é quem figura no polo passivo do remédio heroico. A sabendas, note-se – pelo procedimento adotado pela Lei Federal nº 12.016/2009 – que a atuação do coator se cinge a prestar as informações necessárias ao esclarecimento do ato tido por viciado – porquanto é quem está mais bem preparado para relatar e explicitar o ocorrido – e a cumprir a ordem eventualmente determinada pelo juiz da causa.

No mais, a pessoa jurídica a que esteja vinculado é quem se manterá no polo passivo, suportando todos os ônus e exercendo o devido processo legal, inclusive para interpor os recursos necessários. Além disso, será quem, em eventual ação (posterior) de indenização que decorra do reconhecimento judicial da ilegalidade do ato de autoridade, figurará no polo passivo e, em caso de procedência da pretensão, será condenada.

Logo, não parece escoreito o entendimento de que a autoridade coatora deva ser considerada com a titular do polo passivo.

No mesmo trilho, Leonardo Carneiro da Cunha (CUNHA, 2014, p. 561) pontua que “a legitimidade passiva para o mandado de segurança é da pessoa jurídica a cujos quadros pertence a autoridade de quem emanou o ato impugnado”.

Frise-se que esse posicionamento – o qual entende-se escoreito – está firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça⁶.

Ora, a identificação da autoridade coatora é de suma importância, pois serve para definir a competência do juízo, além de precisar quem deve, especificamente, sofrer o comando judicial e cumpri-lo.

Outrossim, deve ser indicada como autoridade, no mandado de segurança, aquele agente público com competência para desfazer o ato atacado ou para cumprir a segurança. Neste passo, assim reza a Súmula 627 do STF⁷.

Lado outro, não obstante a existência das regras contidas nos artigos 6º e 7º da Lei nº

6 REsp. nº 647.409-MA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux. Por unanimidade. J. em 7.12.2004: “Em sede de *mandamus* a parte é a entidade pública a que pertence a autoridade coatora, de regra, carente de *legitimatío ad processum*, tese que reforça a necessidade de intimação da pessoa de direito público para recorrer e apresentar contra-razões, máxime à luz da novel Carta Federal, que privilegia sob a fórmula pétrea a ampla defesa, o contraditório e o *due processo of law*. ‘1. A parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a que se vincula a autoridade apontada como coatora. Os efeitos da sentença se operam em relação à pessoa jurídica de direito público, e não à autoridade. 2. A opção legislativa, com a finalidade de manter a celeridade da ação mandamental, limita-se a determinar a notificação para informações e à comunicação da sentença (Lei nº 1.533/51, arts. 7º e 11). Todavia, apresentado recurso pela impetrante, a intimação, para contra-razões, deve ser feita ao representante judicial da própria pessoa jurídica’ (REsp. nº 619.461/RS, Relator Ministro Teori Zavascki). 3. Precedentes jurisprudenciais desta Corte: REsp. nº 619.461/RS, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 06.09.2004 e ROMS nº 14.176, Ministro Félix Fischer, DJ 12.08.2002. 4. Recurso especial provido para anular o acórdão recorrido, determinando a intimação do Estado do Maranhão para oferecer contra-razões ao recurso de apelação interposto pela empresa impetrante”.

7 No mandado de segurança contra a nomeação de magistrado da competência do Presidente da República, este é considerado autoridade coatora, ainda que o fundamento da impetração seja nulidade ocorrida em fase anterior do procedimento.

12.016/2009, que determinam a indicação da pessoa jurídica com sua posterior intimação, tal situação não modifica o entendimento segundo o qual a legitimidade passiva para o mandado de segurança é da pessoa jurídica, cabendo à autoridade coatora apenas prestar informações e, em caso de concessão de segurança, cumprir a ordem impingida pelo órgão judicial.

Como diz Leonardo Carneiro da Cunha (CUNHA, 2014, p. 562) “A autoridade *presenta* a pessoa jurídica, prestando informações. Além disso, cumpre dar ciência à pessoa jurídica dos termos da demanda mandamental, a fim de que possa oferecer alguma manifestação tida como relevante”.

Na verdade, a autoridade, no mandado de segurança, é a pessoa jurídica presente em juízo, ou seja, ela, na linguagem de Pontes de Miranda, *presenta* a pessoa jurídica. Significa que a pessoa jurídica está no processo, desde o início, na pessoa da autoridade, cuja função é, apenas, prestar informações (DIER JR, 2002, p. 369-370).

2 DAS MEDIDAS COERCITIVAS DE ORDEM PATRIMONIAL PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O art. 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, estabelece que o juiz poderá lançar mão de medidas indutivas e coercitivas, as quais são utilizadas basicamente para o cumprimento de ordens judiciais em decisões interlocutórias ou finais com natureza condenatória, mandamental ou executiva.

A princípio, tem-se que os provimentos declaratórios e constitutivos finais não necessitam de imposição de medidas indutivas ou coercitivas para seu cumprimento, sendo que a declaração positiva ou negativa bem como a constituição positiva ou negativa de uma relação jurídica esgotam, por si sós, o objeto da tutela jurisdicional, conforme escólio de Fabio Caldas de Araújo (ARAÚJO, 2016, p. 640).

As medidas indutivas podem estar previamente contidas no comando legal que preenche o suporte fático da decisão judicial. Tais medidas agregam à decisão judicial um incentivo ao cumprimento espontâneo do comando, inclusive com o fim de evitar medidas coercitivas pessoais e patrimoniais próprias da execução indireta ou, mesmo, a aplicação da técnica sub-rogatória, que revela a execução direta, citando-se, como exemplo, o disposto nos artigos 701, § 1º, e 827, § 1º, ambos do CPC (ARAÚJO, 2016, p. 642).

Por seu turno, as medidas coercitivas de ordem pessoal (prisão civil) ou patrimonial (multa diária = *astreintes*) podem ser concedidas na tutela provisória ou definitiva, no âmbito cognitivo, executivo ou cautelar.

Por oportuno, vale destacar que no Código de Processo Civil de 1973 não havia previsão expressa da aplicação de medidas coercitivas de ordem patrimonial para ações condenatórias cujo objeto fosse prestação pecuniária. Essa previsão foi consagrada pelo novo CPC, na parte final do art. 139, IV.

8 Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

§ 1º O réu será isento do pagamento de custas processuais se cumprir o mandado no prazo.

9 Art. 827. Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado.

§ 1º No caso de integral pagamento no prazo de 3 (três) dias, o valor dos honorários advocatícios será reduzido pela metade.

Já as ordens judiciais oriundas de ações condenatórias e mandamentais permitem a aplicação de medidas coercitivas de pressão (*moyen de pression*), representadas pelas *astreintes* e pela prisão civil.

Segundo Renato Montans de Sá (SÁ, 2019, p. 1128):

[...] as peculiaridades do direito material, especialmente no tocante às tutelas específicas, em que se necessita muito mais de um “agir” do obrigado do que propriamente uma intervenção estatal na sua esfera patrimonial (execução direta por sub-rogação), levaram o legislador a permitir, em obrigações não representadas por dinheiro, medidas atípicas, ora estabelecidas de maneira genérica pela lei, ora desenvolvidas pelo próprio magistrado à luz das circunstâncias do caso concreto.

Tal atipicidade, outorgada pela lei, encontra-se prevista num microssistema compreendido pelos arts. 139, IV, 297, 536, §§ 1º a 3º, e 537 do CPC:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no [art. 846, §§ 1º a 4º](#), se houver necessidade de arrombamento.

§ 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincente ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

Como se extrai do comando legal, tem-se que as medidas coercitivas não visam à substituição do executado, mas à pressão para que cumpra com a determinação judicial. Além do mais, tais medidas assumem papel de relevo na execução indireta, sendo aplicadas como medidas de apoio ao cumprimento da tutela específica (obrigações de fazer, não fazer e dar coisa), as quais não prescindem da participação do réu para a satisfação da ordem judicial.

Com efeito, como medidas coercitivas para o auxílio ao cumprimento de decisões judiciais na execução indireta nosso sistema prevê medidas de coerção patrimonial ou pessoal. Como medida de coerção patrimonial é possível a fixação de multa diária (*astreintes*) em caso de descumprimento de ordem judicial, nos termos do disposto nos precitados artigos 139, IV, 536, § 1º e 537, todos do Código de Processo Civil de 2015.

2.1 DA MULTA DIÁRIA COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA

As *astreintes* (multa diária) não dependem de pedido da parte e poderão ser aplicadas de ofício pelo juiz, o qual, também, poderá disciplinar seu período de incidência, aumento ou diminuição. A multa pode ser aplicada na tutela provisória, na sentença e na fase de execução.

Nesse compasso, pode-se afirmar que, dentre as medidas coercitivas de apoio, certamente, a mais importante é a multa diária (*astreintes*). E, na linha do que defende Renato Montans de Sá (SÁ, 2019, p. 1139), conclui-se que:

a multa prevista no art. 537 do CPC/2015 não seja sancionatória, pois não visa apenar o devedor que não cumpriu a obrigação. Muito pelo contrário, para que se obtenha a tutela *in natura*, é fundamental que a multa não tenha função retrospectiva, mas prospectiva, pois o interesse é no cumprimento da obrigação e a multa tem a função de exercer essa coerção indireta sobre o obrigado, estimulando-o ao cumprimento.

N'outro passo, para a melhor compreensão sobre da estrutura da multa coercitiva, e a fim de evitar distorções na sua aplicação, é de vital importância trazer a sua diferença com a multa indenizatória prevista no art. 77, incisos V e VI, e §§ 1º a 5º¹⁰, do CPC/2015, a denominada *Contempt of Court*, consoante demonstrado por Renato Montans de Sá (SÁ, 2019, p. 1140):

Multa coercitiva (CPC, art. 537)	Multa sancionatória (CPC, art. 77)
Natureza meramente processual: objetiva efetiva uma decisão judicial	Natureza processual-administrativa: punição pelo descumprimento de uma ordem
Função constrictiva (é prospectiva, pois visa impor uma conduta para o futuro)	Função punitiva (é retrospectiva, pois visa sancionar uma conduta ou omissão pretérita)
O valor é variável e periódico de acordo com o magistrado	O valor é fixo. As bases estão estabelecidas em lei
Não se limita ao valor da obrigação, podendo excedê-la	Não pode ultrapassar o valor da obrigação
Beneficiário da multa é a parte contrária	Beneficiário da multa é o Estado

10 Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

[...]

V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

§ 3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97.

§ 4º A multa estabelecida no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, § 1º, e 536, § 1º.

§ 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

<p>“A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitindo o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte” (art. 537, § 3º, CPC/2015)</p>	<p>“Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97” (art. 77, § 3º, CPC/2015)</p>
---	--

As *astreintes* representam um meio coercitivo de caráter patrimonial, destinado a pressionar a vontade do réu para que ele cumpra o mandamento jurisdicional, sujeitando-se então à multa diária, sendo também um mecanismo de preservação da autoridade do juiz, de modo a constranger o devedor a satisfazer a obrigação, ou seja, a cumprir a prestação devida pelo não cumprimento.

O valor da multa coercitiva deverá ser fixado pelo magistrado, buscando servir como mecanismo de pressão sobre a vontade do devedor, sempre em montante razoável, adequado e apto a abalar o devedor na sua determinação de permanecer desatendendo a ordem judicial. A multa coercitiva tem o seu fato gerador no descumprimento do comando judicial pelo réu.

A multa coercitiva é desvinculada da obrigação principal, ou seja, é vinculada à ordem judicial com prazo, que não se cumpriu, incidindo a multa independentemente do resultado da ação, pois a multa não se fia necessariamente no direito do autor e sim no descumprimento da ordem judicial.

Por derradeiro, importa anotar que o sujeito passivo da multa é aquele que deve arcar com a prestação, isto é, o devedor inadimplente, seja a pessoa física ou jurídica executada no processo judicial, ao passo que o sujeito ativo – o beneficiário para o qual o valor da multa é revertido – é a parte contrária da demanda.

3 DA APLICAÇÃO DE MULTA COERCITIVA CONTRA AGENTE PÚBLICO EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA

Nesse particular, chega-se à questão versada no presente artigo, qual seja, se existe a possibilidade de, no âmbito do mandado de segurança, a multa coercitiva poder recair diretamente na pessoa física da própria autoridade coatora.

Ab initio, impende destacar a inexistência de controvérsia no Superior Tribunal de Justiça quanto à possibilidade de a imposição de multa diária (*astreinte*) incidir sobre o ente público a que vinculada a autoridade impetrada.

Exemplificativamente, no RMS 43.654/GO, 2ª Turma, Rel.^a Min.^a Assusete Magalhães, assinalou-se que:

É possível o bloqueio de verba e a imposição de multa, com fundamento no art. 461, §§ 4º e 5º do Código de Processo Civil¹¹, para compelir o réu a cumprir obrigação de fazer ou não fazer, norma que o STJ tem aplicado subsidiariamente ao mandado de segurança (DJe 14/5/2014).

Semelhante entendimento também se encontra na decisão proferida no AgRg nos EDcl no

¹¹ O artigo 461, do CPC/1973 corresponde aos atuais artigos 497, 536, 537 e 538, do Código de Processo Civil de 2015.

RMS 41.734/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 24/2/2014¹².

Por outro lado, no âmbito das ações civis públicas, cumpre registrar que o STJ hospeda julgados contrários à imposição de *astreintes* ao agente público que, por não ser réu na relação processual, não teve assegurada a ampla defesa (p.ex.: REsp 1.433.805/CE, 1ª Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 24/6/2014, REsp 1.315.719/SE, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18/9/2013 e AgRg no AREsp 196.946/SE, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 16/5/2013).

Todavia, quando se cuida da ação constitucional do mandado de segurança – regulada pela Lei nº 12.016/09 -, por se tratar de procedimento especialíssimo, as coisas tomam um rumo diferente. Ou seja, apercebe-se que a autoridade coatora, embora não figure como parte material ou formal, participa ativamente da relação jurídico-processual, incumbindo-lhe, para além de prestar as informações, dar efetivo cumprimento às decisões proferidas pelo juízo.

E, na linha do que consignado no art. 14, § 2º, da Lei nº 12.016/09¹³, pode-se afirmar que a autoridade impetrada, por sua relevante atuação processual, ganha contornos de parte *sui generis*¹⁴, pois a ela foi estendido o direito de recorrer.

Ademais, diante do caráter constitucional do qual se reveste o *writ of mandamus* (CF, art. 5º,

12 Demais julgados da Corte Superior de Justiça nos quais é defendido o cabimento da multa coercitiva diretamente para a Fazenda Pública, não obstante o ato de desobediência advir de falta de conduta de um de seus agentes:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO DE SAÚDE E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A NECESSITADO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FAZENDA PÚBLICA. INADIMPLEMENTO. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA.

ASTREINTES. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO.

1. Ação Ordinária c/c pedido de tutela antecipada ajuizada em face do Estado objetivando o fornecimento de medicamento de uso contínuo e urgente a paciente portadora de cirrose biliar primária.

2. A função das astreintes é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação e incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalitrância.

3. In casu, consoante se infere dos autos, trata-se obrigação de fazer, consubstanciada no fornecimento de medicamento a pessoa portadora de cirrose biliar primária, cuja imposição das astreintes objetiva assegurar o cumprimento da decisão judicial e conseqüentemente resguardar o direito à saúde.

4. “Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública.” (AGRGRES 189.108/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.04.2001).

5. Precedentes jurisprudenciais do STJ: RES 490228/RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 31.05.2004; AGRGRES 440686/RS, Felix Fischer, DJ de 16.12.2002; AGRESP 554776/SP, Relator Ministro Paulo Medina, DJ de 06.10.2003; AgRgREsp 189.108/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 02.04.2001 e AgRgAg 334.301/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 05.02.2001.

6. Recurso especial provido.

(REsp 715.974/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 28/11/2005, p. 217)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES.

APLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. EXTENSÃO DA MULTA DIÁRIA AOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO.

IMPOSSIBILIDADE.

1. Conforme jurisprudência firmada no âmbito desta Corte, a previsão de multa cominatória ao devedor na execução imediata destina-se, de igual modo, à Fazenda Pública. Precedentes.

2. A extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública, ainda que revestida do motivado escopo de dar efetivo cumprimento à ordem mandamental, está despida de juridicidade.

3. As autoridades coatoras que atuaram no mandado de segurança como substitutos processuais não são parte na execução, a qual dirige-se à pessoa jurídica de direito público interno.

4. A norma que prevê a adoção da multa como medida necessária à efetividade do título judicial restringe-se ao réu, como se observa do § 4º do art. 461 do Código Instrumental.

5. Recurso especial provido.

(REsp 747.371/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010)

13 Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

[...].

§ 2º Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.

14 Essa afirmação foi dada pelo Ministro Sérgio Kukina, do STJ, ao proferir seu voto, como relator, no julgamento do REsp nº 1.399.842/ES, Primeira Turma, Julgamento: 25/11/2014, DJe: 03/02/2015

LXIX¹⁵ e LXX¹⁶), resta justificada a possibilidade de o magistrado impor medidas coercitivas – dentre elas, a *astreinte* - ao agente coator que, de forma injustificada, omissa e/ou recalcitrante, cause embaraço ou se recuse a dar cumprimento às decisões judiciais proferidas no curso do *mandamus*.

Igualmente, vê-se que o artigo 26, da Lei nº 12.016/09, diz constituir crime de desobediência (CP, art. 330) o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079/50 (crimes de responsabilidade), quando cabíveis.

Nesse sentido, José Henrique Mouta Araújo (MOUTA ARAÚJO, 2019, p. 326) assim se manifesta:

Logo, a autoridade coatora, mesmo não sendo *parte* no mandado de segurança, pode estar sujeita a uma ordem judicial e, em decorrência do descumprimento, será atingida pela multa, responsabilidade criminal por crime de desobediência (art. 26, da Lei 12.016/09), e as demais medidas atípicas previstas no CPC/15. A rigor, não há qualquer impedimento para aplicação do art. 139, IV, do CPC, no âmbito do mandado de segurança. (destaque no original)

Com efeito, denota-se que a autoridade coatora recalcitrante, ao sujeitar-se a esse plexo de reprimendas, também revela aptidão para atrair, até mesmo cumulativamente, a responsabilidade pessoal pelo pagamento de multa diária que lhe seja aplicada com esteio nos artigos 139, IV, 536, § 1º e 537, todos do Código de Processo Civil de 2015.

A corroborar tal assertiva, há autores que defendem que o não atendimento da ordem judicial, nas causas em que o Estado seja parte, decorre da vontade desviante do agente público que o representa, justificando-se, por isso, o apenamento do próprio gestor.

Nessa toada, anota Jorge de Oliveira Vargas (VARGAS, 2001, p. 125) que:

a desobediência injustificada de uma ordem judicial é um ato pessoal e desrespeitoso do administrador público; não está ele, em assim se comportando, agindo em nome do órgão estatal, mas sim, em nome próprio, porque o órgão, como parte que é da administração pública em geral, não pode deixar de cumprir determinação judicial, pois se assim agir, estará agindo contra a própria ordem constitucional, que o criou, ensejando inclusive a intervenção federal ou estadual, conforme o caso; seria a rebeldia da parte contra o todo. Quando a parte se rebela contra o todo, ela, a parte, deixa de pertencer àquele.

Igualmente, elucida Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2004, p. 662) que:

Não há cabimento na multa recair sobre o patrimônio da pessoa jurídica, se a vontade responsável pelo não-cumprimento da decisão é exteriorizada por determinado agente público. Se a pessoa jurídica exterioriza sua vontade por meio da autoridade pública, é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão jurisdicional.

Uma vez mais, leia-se o que diz a respeito do tema José Henrique Mouta Araújo (MOUTA ARAÚJO, 2019, p. 330):

Como conclusão, é fácil perceber que o correto direcionamento, por parte do magistrado, da penali-

15 Art. 5º.

[...]

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

16 LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

dade de desobediência de ordem judicial no mandado de segurança, faz com que a decisão judicial tenha maior estímulo para ser cumprida. Logo, se a multa (e as demais medidas atípicas do art. 139, IV, do CPC) for dirigida à autoridade e não ao ente público, alcançará mais facilmente seu caráter educativo-sancionados, fazendo com que as ordens judiciais sejam efetivadas dentro de um limite temporal razoável e necessário à garantia do direito líquido e certo discutido no *writ of mandamus*.

Ainda, os autores Aylton Bonomo Júnior e Hermes Zaneti Júnior (BONOMO JR; ZANETI JR, 2019, p. 285) asseveram que:

O meio mais usual na prática forense para pressionar o devedor a cumprir a ordem judicial é a fixação de multa diária (*astreinte*) em caso de descumprimento da ordem no prazo assinalado judicialmente, com fundamento no art. 537 do CPC, a recair, por se tratar de mandado de segurança, sobre a autoridade pública (e não o ente público), sendo que o valor da multa será revertido em favor do exequente (art. 537, § 2º, do CPC)

No mesmo tom, o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de que, na ação de mandado de segurança, como a pessoa jurídica exterioriza a sua vontade no processo por meio da autoridade pública, que é notificada pessoalmente para prestar informações e para cumprimento da ordem concessiva, a multa coercitiva (*astreinte*) seja imposta em face da autoridade pública.

Nesse sentido, colaciona-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA À PRÓPRIA AUTORIDADE COATORA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 461, §§ 4º e 5º DO CPC. RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DESPROVIDO.

1. É pacífica, no STJ, a possibilidade de aplicação, em mandado de segurança, da multa diária ou por tempo de atraso prevista no art.

461, §§ 4º e 5º do CPC. Precedentes.

2. Inexiste óbice, por outro lado, a que as astreintes possam também recair sobre a autoridade coatora recalcitrante que, sem justo motivo, cause embaraço ou deixe de dar cumprimento a decisão judicial proferida no curso da ação mandamental.

3. Parte *sui generis* na ação de segurança, a autoridade impetrada, que se revele refratária ao cumprimento dos comandos judiciais nela exarados, sujeita-se, não apenas às reprimendas da Lei nº 12.016/09 (art. 26), mas também aos mecanismos punitivos e coercitivos elencados no Código de Processo Civil (hipóteses dos arts. 14 e 461, §§ 4º e 5º).

4. Como refere a doutrina, “a desobediência injustificada de uma ordem judicial é um ato pessoal e desrespeitoso do administrador público; não está ele, em assim se comportando, agindo em nome do órgão estatal, mas sim, em nome próprio” (VARGAS, Jorge de Oliveira.

As conseqüências da desobediência da ordem do juiz cível. Curitiba: Juruá, 2001, p. 125), por isso que, se “a pessoa jurídica exterioriza a sua vontade por meio da autoridade pública, é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão jurisdicional” (MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2004, p. 662).

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1399842/ES, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 03/02/2015)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRESTAÇÃO DE MEDICAMENTO. ASTREINTES. POSSIBILIDADE.

1. É possível a fixação de astreintes em mandado de segurança, inexistindo óbice à sua imposição sobre a autoridade coatora se esta, sem justo motivo, causar embaraço ou deixar de cumprir a obrigação de fazer. Precedentes.

2. Na hipótese, a insurgência limita-se apenas ao cabimento da medida nessa ação. Por isso, deverá a instância inferior avaliar sua necessidade e a configuração dos requisitos legais.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1703807/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em

14/08/2018, DJe 20/08/2018)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ASTREINTES. AGENTE POLÍTICO QUE FOI PARTE NO POLO PASSIVO DA AÇÃO, BEM COMO TEVE SUA RESPONSABILIDADE PESSOAL ATESTADA NA ORIGEM. CABIMENTO DA MULTA DIÁRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVO TIDO COMO VIOLADO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF, APLICÁVEIS POR ANALOGIA. COISA JULGADA. PRETENSÃO DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA.

1. O ora agravante, à época Secretário de Estado da Administração e dos Recursos Humanos do Governo do Rio Grande do Norte, foi condenado, ante sua responsabilidade pessoal, pela Corte de origem ao pagamento de astreintes devido ao não cumprimento imediato de determinação judicial no bojo de mandado de segurança do qual ele foi, efetivamente, parte impetrada.

2. A matéria não analisada no julgado a quo cujo debate não foi suscitado pela oposição de embargos declaratórios naquela instância encontra óbice nas Súmulas 282 e 356 do STF, aplicáveis por analogia.

3. As astreintes podem ser direcionadas pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais, em particular quando eles foram parte na ação.

Precedentes: AgRg no AREsp 472.750/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 9/6/2014; e REsp 1.111.562/RN, Rel.

Min.

CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 18/9/2009.

4. O reexame de violação da coisa julgada implica nova análise do acervo fático-probatório, sendo obstado pela Súmula 7/STJ.

5. A divergência jurisprudencial é incognoscível quando o caso não apresenta similitude com as situações fáticas descritas nos paradigmas colacionados.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1388716/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 30/10/2014)

EMENTA PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REVISÃO DE PENSÃO. DEFERIMENTO DE LIMINAR. MULTA DIÁRIA DIRECIONADA À AUTORIDADE IMPETRADA. POSSIBILIDADE.

1. A questão nos autos indaga saber se pode a multa cominatória ser direcionada ao agente público que figura como impetrado na ação mandamental.

2. Segundo o Tribunal de origem, “a imposição da multa pessoal cominada ao Presidente do RIO-PREVIDENCIA, vez que em consonância com o parágrafo único do art. 14 do CPC, [...] tem por finalidade reprimir embaraços a efetivação do provimento judicial”.

3. A cominação de astreintes pode ser direcionada não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais. (Precedente: REsp 1111562/RN, da relatoria do Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, publicado em 18/09/2009).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no ARES 472.750/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 03/06/2014, DJe 9.6.2014).

Alessandro Dantas, Leonardo Garcia e Roberval Rocha em obra alusiva ao mandado de segurança (DANTAS; GARCIA; ROCHA, 2019, p. 524-5), ao tratarem do tema em exame, manifestam-se no mesmo sentido, *verbis*:

“Basicamente, a situação é a seguinte: definir que é a pessoa jurídica que deve arcar com os custos da incidência da multa é tomá-la inútil como meio efetivo de coerção, visto que a mesma somente poderá se reverter negativamente contra o Estado muito tempo depois, talvez valendo até a pena para o Poder Público descumprir o que o Judiciário determinar (caso faça um juízo de valor estritamente relacionado ao benefício econômico em não respeitar o comando decisório do Estado-juiz).

No mesmo sentido: A efetividade da sanção pecuniária, como forma de garantir a efetividade da decisão mandamental, será muito maior caso seja o patrimônio da pessoa física aquele acionado se a mesma incidir (ou seja, em caso de descumprimento). Qualquer um pensará duas vezes antes de assumir um risco ao seu próprio patrimônio, desrespeitando provimento jurisdicional”. (KLIPPEL, Rodrigo e NEFFA JUNIOR, José Antônio. Comentários à lei de mandado de segurança. (Lei nº 12.016/09): Artigo por artigo, doutrina e jurisprudência, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 390).

Multa devida pela pessoa física. Mais eficaz.

“Quem pratica o ato omissivo ou comissivo de desrespeitar a decisão judicial assume um risco pessoal e não institucional, devendo, pois, ter sua esfera particular sancionada. Embora seja realmente difícil separar quais atitudes de um administrador são tomadas em caráter pessoal ou institucional, a própria teoria geral do estado impõe-nos um raciocínio de que, no caso em tela, a motivação seria particular e, portanto, os efeitos deletérios dela advindos devem ser arcados pelo patrimônio da pessoa.” (KLIPPEL, Rodrigo e NEFFA JUNIOR, José Antônio. Comentários à lei de mandado de segurança. (Lei nº 12.016/09): Artigo por artigo, doutrina e jurisprudência, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 390).

[grifos no original]

Com efeito, diante do rito especialíssimo de que se reveste a ação constitucional de mandado de segurança, tendo em conta que a pessoa jurídica é *presentada* em juízo pela autoridade impetrada/coatora, bem assim diante do disposto nos artigos 139, IV, 536, § 1º e 537, todos do Código de Processo Civil de 2015, e do que reza o art. 26, da Lei nº 12.016/09, pode-se concluir ser plenamente possível a aplicação de multa coercitiva (*astreintes*) diretamente em face do agente público, e não em desfavor da pessoa jurídica, em casos nos quais reste manifesta a desídia, omissão ou recalcitrância daquela autoridade pública em cumprir a ordem judicial contra si dirigida, sob pena de a própria sociedade ser apenada por um ato comissivo ou omissivo perpetrado do qual não deu causa diretamente, posto que advindo do agente público que a representa.

Ademais, tem-se que tal medida terá um efeito altamente pedagógico, ou seja, a autoridade coatora que apresenta a pessoa jurídica em juízo, em sede de *mandamus*, pensará duas vezes antes de descumprir uma ordem judicial emanada em seu desfavor, de modo a que o erário reste protegido e indene de responsabilização, sobretudo em casos patentes de manifesta recalcitrância infundada e injustificada do agente público.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, assevera-se que as *astreintes* (multa diária como medida coercitiva) podem, sim, ser aplicadas diretamente em desfavor do agente público em sede de mandado de segurança, na condição de autoridade coatora, se esta, de maneira recalcitrante, imotivada, injustificada ou embaraçosa, deixar de cumprir a decisão judicial contra si dirigida.

Resta demonstrado que, no caso do mandado de segurança, regulado pela Lei nº 12.016/2009, tem-se que a autoridade coatora, embora não figure como parte material ou formal, participa ativamente da relação jurídico-processual, incumbindo-lhe, para além de prestar as informações, dar efetivo cumprimento às decisões proferidas pelo juízo da causa.

Torna-se lícito, então, afirmar que a autoridade impetrada, por sua relevante atuação processual-

al, ganha contornos, quando menos, de parte *sui generis*, a ponto de a vigente Lei nº 12.016/09, de modo expresso, prever que a ela se estende “o direito de recorrer” (art. 14, § 2º).

Por outro viés, a dignidade constitucional de que se reveste o *mandamus* (art. 5º, LXIX e LXX, da CF) justifica e legitima o conjunto de medidas sancionatórias imponíveis ao indigitado agente coator que, de forma injustificada, cause embaraço ou se recuse a dar cumprimento às decisões judiciais proferidas no curso do *writ*.

A tanto, cabe destacar as consequências contempladas no art. 26 da Lei nº 12.016/09, que diz constituir crime de desobediência o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079/50 (crimes de responsabilidade).

Certamente, então, que a autoridade coatora recalitrante, sujeitando-se a esse plexo de reprimendas, também revela aptidão para atrair, até mesmo cumulativamente, a responsabilidade pessoal pelo pagamento de multa diária que lhe seja aplicada com apoio nos artigos 139, IV, 536, § 1º, 537 e 538, todos do Código de Processo Civil de 2015.

Por derradeiro, com fulcro na doutrina *sus* mencionada, estribado, ainda, na atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, arremata-se que o não atendimento da ordem judicial, nas causas em que o Estado seja parte, decorre da vontade desviante do agente público que o representa, justificando-se, por isso, o apenamento da própria autoridade coatora ou impetrada, a qual integra e apresenta a pessoa jurídica na ação constitucional de mandado de segurança, mormente pelo efeito pedagógico de tal medida e como forma de salvaguardar o interesse e os cofres públicos de um ato omissivo do qual a sociedade não deu causa diretamente.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Curso de processo civil: parte geral** – atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Mandado de Segurança**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

BONOMO JÚNIOR, Aylton; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Mandado de Segurança individual e coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2019.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2014.

DANTAS, Alessandro; GARCIA, Leonardo; ROCHA, Roberval (Organiz.) **Mandado de Segurança**. Salvador: JusPodivm, 2019.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. Malheiros: São Paulo, 2008.

DIDIER JR., Fredie. Natureza Jurídica das Informações da Autoridade Coatora no Mandado de Segurança. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança**. São Paulo: RT, 2002.

FREITAS, Rafael Vêras de. Aspectos de Direito Público na nova lei de Mandado de Segurança. *In*: GUERRA, Sérgio; FERREIRA JUNIOR, Celso Rodrigues (Coord.). **Direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Marcos Juruena Villela Souto**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 589-607.

GARCETE, Carlos Alberto. **A nova lei do mandado de segurança** (de acordo com a Lei Federal nº 12.016, de 7.8.2009). Rio de Janeiro: GZ, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004.

MEIRELES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e ações constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

REMÉDIO, José Antonio. **Mandado de Segurança individual e coletivo**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÁ, Renato Montans de. **Manual de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOARES, Mário Lúcio Quintão; NEVES, Lailson Baeta. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VARGAS, JORGE DE OLIVEIRA. **As conseqüências da desobediência da ordem do juiz cível**. Curitiba: Juruá, 2001.

APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE DO JUIZ NA APRECIÇÃO DAS PROVAS SEGUNDO MICHELE TARUFFO

Julizar Barbosa Trindade Júnior¹

RESUMO

O presente trabalho dedica-se ao estudo da liberdade do juiz na apreciação das provas segundo a obra do professor italiano Michele Taruffo. Será aqui analisada a diferença de perspectiva do juiz e das próprias partes na busca da comprovação da veracidade dos fatos alegados. Ver-se-á que a verdade, em sua compreensão epistêmica, há de ser o ideal regulador da atividade do juiz, diferentemente do que sucede com as partes e com seus advogados, nem sempre comprometidos com a confirmação dos enunciados de fato da causa. Em face da função de garantir que o processo seja ambiente adequado à apuração da verdade, abordar-se-á a liberdade do juiz na admissão e na produção da prova para, então, adentrar-se no tema da liberdade do juiz na valoração da completude das provas admitidas e produzidas, especialmente na atribuição de credibilidade ou de confiabilidade aos vários elementos de prova constantes dos autos.

Palavras-chave: Liberdade. Juiz. Provas. Michele Taruffo.

ABSTRACT

The present work is dedicated to the judge freedom study in the appraisal of the evidence according to the Italian Professor Michele Taruffo. It will be analyzed here the difference between the perspective of the judge and the parties themselves in the seeking of the truth. It will be seen that the truth, in its epistemic understanding, must be the ideal regulative of the judge's activity, unlike the parties and their lawyers, who are not always committed to confirming factual statements of the case. In view of the function of ensuring that the process is an appropriated environment for truth-telling, the judge's freedom in admission and in the production of evidence to enter in the subject of the judge's freedom in evaluating completeness already accepted and produced, especially in the attribution of credibility or reliability to the various evidence contained in the judicial process.

Keywords: Freedom. Judge. Evidence. Michele Taruffo.

¹ Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS. Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe a debate o tema da liberdade do juiz no que se refere à avaliação das alegações de fato da causa.²

Nas disposições gerais do capítulo sobre *provas*, o artigo 371 do novo diploma processual enuncia que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

O ordenamento revogado, a propósito, assim expressava no seu artigo 131, então inserido na seção atinente a poderes, deveres e responsabilidade do magistrado: “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

A exclusão do advérbio “livremente” no novo CPC conferiu destaque aos questionamentos atinentes à liberdade judicial na valoração da prova.

Lenio Luiz Streck, por exemplo, em prefácio à obra *O Fim do Livre Convencimento Motivado*³, sustenta que, desde o dever de fundamentação das decisões previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, já não existiria espaço à liberdade judicial na apreciação da prova, porque livre convencimento, discricionariedade e ausência de fundamento jurídico para a decisão judicial poderiam ser lidos todos como sinônimos, o que agora teria sido colocado fora de qualquer dúvida com a nova codificação processual.⁴

Para afirmar essa ausência de liberdade do juiz, defende-se que não se pode admitir que o magistrado primeiro decida segundo a sua livre convicção para, só depois, buscar fundamentar a escolha adotada. Entende-se que essa postura tornaria a decisão judicial refém da boa ou má vontade do julgador e que o próprio processo, ademais, prestar-se-ia a apenas maquilar prévias escolhas discricionárias e arbitrárias.

Com a mesma finalidade, argumentos focados no significado atual da relação entre direito e democracia são também utilizados para deslegitimar a ideia de liberdade judicial no exame da prova, ao fundamento de que toda manifestação do poder em ambiente democrático exigiria justificação pública sem exames particularistas ou solipsistas.⁵

Em contraponto ao que se expôs, Michele Taruffo ensina que a livre apreciação da prova está presente em quase todos os códigos processuais dos países de *civil law* e é a regra fundamental que dirige

2 No processo, são os fatos alegados pelas partes o objeto da prova. Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira assim anotam: “Enfim, rigorosamente, o objeto da prova é a *alegação de fato*”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 2 v., p. 58). No mesmo sentido, Jordi Ferrer Beltrán expressa que, no processo, “dever-se-ão provar os enunciados formulados pelas partes sobre os fatos”. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 74.

3 NUNES, Dierle (org.); LEITE, George Salomão (org.); STRECK, Lenio (org.). *O fim do livre convencimento motivado*. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 07.

4 Como ensina Jordi Ferrer Beltrán, “uma concepção da prova vinculada à convicção psicológica é incompatível com uma concepção forte da motivação (justificação) das decisões”. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 71.

5 Argumenta-se, ainda, que defender a ideia de liberdade (livre convencimento) na apreciação da prova resgataria uma anacrônica separação entre fato (prova) e Direito (norma). Ainda, aduz-se que, a partir do movimento ontológico-linguístico, assumiria relevo o conceito de intersubjetividade, a exigir compartilhamento dos sentidos e reinserção do sujeito na temporalidade. NUNES, Dierle (org.); LEITE, George Salomão (org.); STRECK, Lenio (org.). *O fim do livre convencimento motivado*. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 11-26, 49-71, 189-205 e 257-273.

a tomada de decisão sobre os fatos da causa.⁶ O núcleo comum dessa liberdade, ademais, significa que o valor probatório deve ser estabelecido caso a caso pelo julgador, conforme *standards* flexíveis e critérios racionais, isto é, sem pesos apriorísticos característicos do antigo sistema de prova legal ou tarifário.⁷

O professor italiano esclarece ainda sobre a existência de duas vertentes do livre convencimento motivado: de acordo com a primeira, o juiz não estaria limitado a regras de prova legal e a qualquer critério racional de valoração; já para a segunda vertente, o juiz seria dotado de um poder discricionário na valoração das provas, mas não desvinculado das regras de racionalidade. E conclui então Taruffo que não haveria antítese entre liberdade de convencimento e emprego de critérios racionais de valoração. Ao contrário, é a discricionariedade da valoração que impõe ao juiz a aplicação das regras da razão para se chegar numa decisão intersubjetivamente válida e justificável.⁸

A ser assim, tem-se que, se se partir das premissas de que o CPC/2015 não atribui determinados pesos aos meios de prova e de que ao juiz cabe dar valor, caso a caso, aos elementos informativos produzidos nos autos, conforme critérios racionais que devem ser expostos para permitir a compreensão do raciocínio adotado, chega-se à conclusão de que há, e sempre haverá, inegável espaço de liberdade ao magistrado para (re)construir os fatos da causa, obviamente que uma liberdade regrada e limitada não apenas por normas processuais, mas também por preceitos de lógica e epistemologia.⁹ Por certo, contudo, a existência de regras e limites não importa pôr termo à liberdade judicial!

Fernando Gajardoni¹⁰ inclusive alerta para a incoerência de quem propugna uma tal negativa de liberdade, redarguindo que, se assim fosse, não haveria razão para o CPC, por exemplo, preceituar no artigo 372 que ao juiz cabe dar o valor que considerar adequado à prova emprestada.

Mas, enfim, conquanto falem em inexistência de liberdade judicial na construção dos fatos da causa, mesmo os defensores do rompimento do livre convencimento motivado reconhecem que isso não implicaria no retorno do sistema da prova legal e permitem-se também dedicar ao estudo de modelos ou *standards* probatórios, que, em verdade, podem ser considerados instrumentos regulatórios da liberdade do juiz.

Por isso, verifica-se que, *mais importante do que discutir pura e simplesmente a existência ou não de liberdade judicial na valoração da prova*, parece crucial estudar propostas ou modelos tendentes a auxiliar o seu exercício e, ao mesmo tempo, permitir o *controle* dessa atividade conferida ao magistrado.

De fato, na medida em que se verticalizem e aperfeiçoem padrões de coerência lógica e de raciocínio inferencial como instrumentos para a análise dos enunciados de fato e da prova, estar-se-á, por

6 Étienne Vergès, Géraldine Vial e Olivier Leclerc anotam que: “*Tous les contentieux sont gouvernés par le principe de libre appréciation des preuves*”. VERGÈS, Étienne; VIAL, Géraldine; LECLERC, Olivier. *Droit de la preuve*. Paris: Puf, 2015, p. 434.

7 TARUFFO, Michele. A prova. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 132-134.

8 TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 189.

9 Para Susan Haack, a epistemologia é a parte da filosofia encarregada de “articular o que é uma prova e o que a torna melhor ou pior”. HAACK, Susan. *Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito*. Org. Adriano N. de Brito e Vicente Barreto. Tradução André de Godoy Vieira e Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2015, p. 152. Relevante também a anotação de Vitor de Paula Ramos, citando Alvin Goldman: “A epistemologia dedicou muito de seus escritos, nos últimos anos, a entender e criticar um fenômeno que assolou a cultura, em geral, e a cultura do direito, especificamente: a *veriphobia*, definida como um ‘profundo ceticismo ou um completo repúdio da verdade como um critério viável para o estudo de fenômenos epistêmicos’: *veritas odium parit*”. RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 23.

10 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015>. Acesso em: 27 nov. 2019.

consequência, oferecendo contribuição ao controle da liberdade do julgador. A propósito, uma liberdade margeada ou emoldurada, como já se viu, mas que não deixa de ser liberdade.

Dentro desse contexto, assume relevância o estudo das lições de Michele Taruffo, que há tempos se dedica profundamente a questões acerca da tarefa de (re)construção dos fatos da causa e, portanto, da valoração da prova dos autos.

Como diz Taruffo, aliás, “a maior parte dos casos difíceis (*hard cases*) o são justamente porque as questões de fato são difíceis de resolver, sendo as provas disponíveis complexas e incertas”.¹¹ E, sem que se tenha uma adequada avaliação da situação fática discutida em juízo, compromete-se a própria *justiça* da decisão, que estaria sendo aplicada a uma realidade diversa da verificada no mundo fenomênico. Enfim, uma decisão baseada em fatos que não ocorreram nunca será uma decisão justa.

Daí a importância de se conhecer os instrumentais estruturados por Michele Taruffo para aperfeiçoar e moldar a liberdade judicial em matéria de prova, o que exigirá o perpasso antecedente por temas como os da verdade processual, da natureza da atividade probatória do juiz e da atividade probatória das partes, bem como da liberdade judicial desde a fase de admissão e de produção de provas, e não só somente no estágio final de sua valoração.

Admita-se, entretanto, que não se tem aqui a pretensão de exaurir o tema, o que exigiria espaço incompatível com o formato deste artigo.

1 A PROVA NA PERSPECTIVA DO JUIZ E NA PERSPECTIVA DAS PARTES

Segundo Michele Taruffo, a visão pós-modernista¹² não se prestou senão a desconstruir a ideia de verdade, como de resto as de razão, de história e de conhecimento, tudo ao argumento cético de que a *verdade*, em sentido absoluto, jamais poderia ser objetivamente alcançada e de que haveria uma infinidade de verdades, conforme os pontos de vista adotados e os grupos sociais e culturais envolvidos.

Esse fenômeno de relativização de conceitos acarretou que termos como conhecimento e realidade se tornassem produtos exclusivos da linguagem e que a noção de verdade fosse reduzida a um consenso ou a um acordo minimamente aceito.

Para além de repudiar uma tal forma de pensamento¹³, Taruffo¹⁴ adota claramente uma “concepção *correspondentista* de verdade”, a partir da qual a realidade externa existe e deve consistir na medida de referência que determina a veracidade ou a falsidade dos enunciados que dela se ocupam. Trata-se da admissão de um conceito epistêmico, bem representado, como diz o autor, pelo “clássico critério proposto por Tarski, segundo o qual o enunciado <a neve é branca> é verdadeiro se, e somente se, a neve é branca”.¹⁵

11 TARUFFO, Michele. A prova. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 129.

12 Chamada por muitos epistemólogos de embriaguez pós-moderna, *deconstructionist vortex*, *New Cynics*, entre outros termos a que se refere Taruffo. (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 95-104).

13 Difundida em vários setores, especialmente na Filosofia, como, por exemplo, em Jurgen Habermas, com a obra *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 20, para quem a verdade não se descobre, mas se constrói, por meio da argumentação.

14 TARUFFO, op. cit., p. 101 e 104.

15 Assim já dizia Balmes: “A verdade é a realidade das coisas. Conhecer as coisas tais como são em si é possuir a verdade; de modo diferente, é erro. (...) Enfim, se tomamos uma coisa por outra, como, por exemplo, um vestido amarelo por branco, alteramos (...) a verdade”. BALMES, James. *O Critério*. São Paulo: Anchieta, 1948, p. 07-09.

Sob esse prisma epistemológico, sustenta então Taruffo¹⁶ que a verdade em termos gerais em nada se diferencia, quanto à substância, da verdade judicial.¹⁷ Para ele, em todo processo científico ou investigativo – incluindo os judiciais –, há que se entendê-la e buscá-la como correspondência ao mundo real.¹⁸

Isso não significa que se deva considerar a verdade aqui em seu caráter absoluto. Para qualquer atividade de conhecimento, a verdade é – destaca Taruffo – de natureza relativa, já que resulta do contexto em que surge, do método utilizado para a pesquisa e da quantidade e da qualidade de informações de que se dispõe. Em outras palavras, é o *conhecimento da verdade* que se apresenta *relativo*: basta lembrar que, por certo tempo, acreditou-se que a Terra era plana, até que uma nova informação conhecida veio a demonstrar o contrário, sucedendo tantos outros acontecimentos similares ao largo da história.¹⁹ Enfim, “afirma-se possível *conhecer* melhor ou pior a verdade, mas sem que isso afete minimamente sua existência e sua objetividade”.²⁰

E tanto quanto deve orientar a atividade do historiador e do cientista, *a verdade*, em sua compreensão epistêmica, há que ser o ideal regulador da atividade do juiz.²¹

Diferentemente do que sucede com as partes e com seus advogados, que nem sempre estão comprometidos com a confirmação dos enunciados de fato que correspondam à efetiva realidade do mundo empírico²², a posição do juiz, em face das narrativas fáticas e das provas, é de inegável vetor cognitivo tendente a recuperar o passado tal qual ocorrido.²³

Disso resulta que ao juiz cumpre a função – eminentemente epistêmica – de garantir que o processo seja ambiente adequado à apuração da verdade, desde a postura tomada por ocasião da admissão e da produção das provas até sua respectiva valoração.

E não se cuida de tarefa simples, porque, ao contrário do que se dá com a obra do historiador e do cientista, no âmbito do processo há sujeitos com interesses diversos e, não raro, antagônicos à busca da verdade.²⁴

16 TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 24 e 26.

17 Carnelutti já expressava que, “em substância, é bem fácil observar que a verdade não pode ser mais que uma, de tal maneira que, ou a verdade formal ou a jurídica coincide com a verdade material, e não é mais que a verdade, ou discrepa dela, e não é senão uma não verdade”. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 4. ed. Tradução Lisa Pari Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005, p. 48.

18 “Para pensar bem, busque-se conhecer a verdade, isto é, a realidade das coisas. De que serve discorrer com subtileza, ou aparentar profundidade, sem o pensamento conforme a realidade?” BALMES, James. *O Critério*. São Paulo: Anchieta, 1948, p. 08.

19 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 105-106.

20 RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 23.

21 Tanto mais nos dias atuais, em que se assiste a uma inegável evolução tecnológica de aperfeiçoamento e de precisão dos meios de prova. Nesse sentido, pontua Augusto Jorge Cury: “Atualmente, porém, com a mencionada evolução tecnológica e o consequente aperfeiçoamento dos meios de prova, é inconcebível o entendimento de que a instrução probatória é sempre inapta a alcançar a verdade real”. CURY, Augusto Jorge. *Ônus da prova e sua inversão no novo direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 67.

22 “O trabalho do advogado é argumentar, da forma mais consistente possível, que tal resposta – a de nosso lado – é a verdadeira; logo, ele será mais eficiente se selecionar e enfatizar quaisquer provas favoráveis à proposição em apreço e ignorar ou subestimar o resto”. HAACK, Susan. *Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito*. Org. Adriano N. de Brito e Vicente Barreto. Tradução André de Godoy Vieira e Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2015, p. 154.

23 “*En todas estas cuestiones, el deber del juez es el obtener las pruebas de una y otra parte, en la mejor forma posible, compararlas, y decidir, segun su fuerza comprobante. Así, pues, el arte de enjuiciar no es en substancia sino el arte de producir las pruebas*”. BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Obra extraída de los manuscritos de M. Jeremías Bentham. Escrita em Francês por Estevan Dumont. Traduzida ao castellano por C.M.V. Paris: Bossange Frères, 1825, Tomo I, p. 4.

24 *Ibid.*, p. 196-197.

É que a atividade da parte tende a convencer o juiz sobre a veracidade de suas afirmações e sobre a falsidade das alegações do adversário.²⁵ Esses sujeitos processuais, embora também protagonistas, assumem funções diversas das do magistrado, pois perseguem mais a coerência do discurso ou da argumentação desenvolvida, ainda que em bases empíricas falsas, do que propriamente a verdade dos fatos, para fins de influência na decisão final da causa. Para as partes, enfim, importa mais o êxito do resultado do que um julgamento fundado em análise adequada da completude da prova disponível.

Pode-se dizer então que as partes usam os meios de prova como argumento persuasivo para produzir a ideia de credibilidade de seus relatos, ao passo que o magistrado deles se utiliza como recurso heurístico.

Dentro dessa (diferente) perspectiva, a verdade para o juiz é – e deve ser – epistêmica, enquanto que, para as partes e seus advogados, a verdade, se é que assim se poderia falar, tem vinculação àquela noção linguística e retórica de coerência da narrativa, característica das correntes pós-modernistas.²⁶

Para Taruffo, o grave perigo de confundir essas posições, de molde a tomar o processo como simples meio dialético e argumentativo para resolução de conflitos, está em que existem narrativas criativas, complexas e extremamente coerentes e persuasivas, que, contudo, não espelham a realidade dos fatos ocorridos. Assim, é necessário ao juiz envidar esforços para estabelecer a distinção entre narrativas boas e narrativas verdadeiras, conceitos que nem sempre são coincidentes.²⁷

Não é por outra razão que o professor italiano²⁸ salienta que o livre confronto dialético entre as partes não constitui um bom método para a descoberta da verdade, já que os litigantes podem manipular, distorcer ou ocultar a verdade dos acontecimentos, como podem ocultar, criar ou manipular provas a seu interesse. Ora, se conveniente for, a parte pode preferir, por exemplo, que determinada prova não seja carreada ao processo, o que é inadmissível sob o ponto de vista epistêmico, que, antes de tudo, assenta-se no pilar da completude das informações para a formação do conhecimento.²⁹

No processo, a exigência epistêmica corresponde ao *princípio da relevância* das provas. Comumente – leciona Taruffo –, o princípio da relevância é lembrado em seu conteúdo negativo ou de exclusão (de que não devem ser admitidas provas sem capacidade de influir na decisão da causa), mas não

25 “Parece razoável sustentar que o êxito da intervenção das partes na fase da prova, aportando meios de prova etc., ocorre se essas conseguem convencer o juiz de que sua ‘descrição’ dos fatos (sua história, se assim preferir) é verdadeira. Com isso, terão boas condições de ganhar o caso. Entretanto, não parece possível dizer, nesse caso, e sem mais, que tenha funcionado com êxito o instituto jurídico da prova”, BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 76.

26 TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26-28.

27 Taruffo destaca que a melhor narrativa para o juiz é aquela que corresponde em descrição à realidade (porque emerge da análise das provas) e que também é coerente, plausível e completa. Nesses casos, pode-se falar em coincidência entre a verdade epistêmica e a chamada verdade como coerência; todavia, situações ocorrem em que o exame das provas não permite chegar à descrição completa de uma série de eventos concatenados, senão a uma descrição parcial, de dados fragmentados, hipótese em que os enunciados de fato acolhidos pelo magistrado representam uma narrativa ruim sob o aspecto da coerência, mas que, contudo, é verdadeira. (TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 27-28 e TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 88-93).

28 Para tanto, Taruffo cita lições dos epistemólogos DAMASKA, HAACK, entre outros. (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 199).

29 Aludindo a GOLDMAN, LAUDAN e SUSAN HAACK, Taruffo ensina que se trata “de uma aplicação do *total evidence principle*, segundo o qual a racionalidade de um convencimento deve fundar-se – justamente – em todos os dados cognoscitivos existentes, ou do análogo critério de *comprehensiveness*, ou ainda de *completeness*, pelo qual as provas que fundam uma afirmação devem ser completas”. (Ibid., p. 166-167).

sob a sua função positiva ou inclusiva (de que todas as provas potencialmente úteis para fundamentar o julgamento devem ser admitidas).³⁰

Com efeito, porque o juiz é o único sujeito entre os protagonistas da trama processual que desenvolve atividade efetivamente epistêmica, pois deve atuar de forma neutra e imparcial na busca do conhecimento dos fatos, tem ele o dever de admitir todas as provas potencialmente úteis à descoberta da verdade, típicas ou atípicas, a menos que se esteja em face de uma regra de exclusão.

Ademais, em virtude também dessa atividade, tem o juiz a obrigação de, em casos de dúvida, vislumbrando um elemento de prova ainda não transportado ao processo, determinar a sua produção ou o seu aporte aos autos³¹, conferindo, obviamente, oportunidade às partes de exercer seu papel dialético por meio do contraditório e da ampla defesa.³²

A partir do que foi exposto, não resta dúvida de que a compreensão epistêmica da verdade é um conceito que se irradia para todo o espectro da atividade judicial no que tange às provas e que dirige a conduta do juiz nas diversas etapas processuais a serem cumpridas, constituindo ideal regulador da liberdade do magistrado desde a fase de admissão e de produção da prova, como será adiante analisado.

2 A LIBERDADE DO JUIZ NA ADMISSÃO E NA PRODUÇÃO DA PROVA

A epistemologia tem como princípio a completude das informações disponíveis, cujo significado obriga o cientista a reunir e avaliar todos os elementos de conhecimento acessíveis por ocasião de sua pesquisa.

Em termos jurídicos, esse fundamento epistêmico é representado processualmente pelo princípio inclusivo da relevância, que exige do juiz a admissão de todas as provas potencialmente úteis à descoberta da verdade.

Ocorre que o processo judicial, nada obstante sua função epistêmica de busca da verdade, acaba por revelar-se mais complexo do que uma mera atividade de pesquisa científica. Taruffo³³ ensina, a propósito, que:

“o processo, na verdade, é também um <lugar> comum em que normas são aplicadas, valores são postos em prática, garantias são asseguradas, direitos são reconhecidos, interesses são tutelados, escolhas econômicas são feitas, problemas sociais são enfrentados, recursos são alocados, o destino das pessoas é determinado, a liberdade dos indivíduos é tutelada, a autoridade do Estado é manifestada... e controvérsias são resolvidas por decisões pretensamente justas”.

30 Esclarece ainda Taruffo que, epistemicamente falando, apenas quando sua finalidade for cumulativa, de repetição de conteúdo já suficientemente provado, deveria a prova ser limitada pelo juiz, ao passo que, se sua função for em tese de contrastar com algo já produzido, deve a prova ser permitida. (p. 168-169). Daí se infere a importância da atitude de colaboração das partes, relativamente ao devido e prévio esclarecimento quando da postulação de determinada prova, por meio da indicação do enunciado de fato tendente a ser provado, tanto mais quando se trata de prova cuja produção é demorada. (Ibid., p. 167)

31 Conforme anota Picó i Junoy, “a maioria das legislações processuais europeias posteriores à mencionada etapa de ideologia liberal adotam estes postulados socializadores do processo e, limitando o alcance do princípio de aportação da parte, atribuem aos juízes e tribunais, com distintos matizes, importantes iniciativas probatórias (...)”. PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: Estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

32 TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 201-202.

33 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 160.

Não sem razão, essa pluralidade de fenômenos leva a que, em todos os sistemas processuais, preexistam normas reguladoras da atividade probatória, que visam de alguma forma a restringir a liberdade judicial inerente ao campo de avaliação dos fatos da causa.

Taruffo³⁴ leciona que tais normas são condicionadas muitas vezes não só por abordagem da ciência processual, mas também por escolhas ideológicas de determinada época. No mais das vezes, essas normas são tratadas sob o título da admissibilidade da prova, porém se traduzem em autênticas regras de exclusão, haja vista que previamente vedam o ingresso no mosaico probatório de alguma informação relevante que, à primeira vista e sob a perspectiva epistêmica, deveria ser admitida, não fosse a respectiva proibição do ordenamento jurídico.

De modo geral, as regras de vedação de prova se dividem, para Taruffo, em duas categorias, sob o critério da função a que visam desempenhar: uma categoria destinada a exercer função epistêmica e outra desprovida de qualquer finalidade nesse sentido.³⁵

O primeiro conjunto visa a prevenir erro ou evitar incompreensões por ocasião da valoração futura de certas provas pelo julgador. Dentro dele se encontram regras como a exclusão do testemunho de quem ainda não haja alcançado certa idade ou de quem mantenha relações de parentesco com uma das partes, assim como as que, originárias da tradição francesa, vedam igualmente prova testemunhal para demonstrar contratos acima de determinada importância, por exemplo.

Regras como essas são construídas sob a base epistêmica de que se devem preferir provas seguras e confiáveis a elementos dúbios e pouco confiáveis. Logo, quanto menor for a confiança do legislador na ideia de que o juiz tem plenas condições de analisar de maneira adequada a credibilidade dos diversos elementos probatórios, tanto maior é a quantidade de tais regras proibitivas de provas, a reduzir de antemão a liberdade judicial na avaliação dos enunciados de fato da causa.³⁶

Para Taruffo, o problema dessas normas é que, ao limitar o fundamento cognitivo sobre os fatos da causa, elas inviabilizam que informações relevantes sejam inseridas no processo e, por conseguinte, adequadamente avaliadas dentro do contexto probatório. Com isso, regras que seriam, *a priori*, de finalidade epistêmica passam a ser epistemologicamente contraproducente, porque podem dificultar ou impedir a descoberta da verdade no caso concreto.

Na visão do processualista italiano, a solução para evitar esse paradoxo está em abolir tais regras de vedação de prova dos sistemas processuais, ao menos nos modelos que se baseiam em julgamento por juiz profissionalmente preparado³⁷, já que, entende Taruffo, o magistrado profissional deve ser hábil a valorar a confiabilidade dos diversos meios de prova produzidos, inclusive daqueles que, à primeira vista, podem parecer de menor credibilidade ou de confirmação mais frágil.³⁸

34 Taruffo segue aqui lição de Susan Haack. (Ibid., p. 160-161 e 170).

35 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 171.

36 Ibid., p. 171 a 174

37 Não nos países da *common law*, em que os julgamentos são realizados por júri ou pessoas leigas, que, além disso, não precisam fundamentar suas decisões.

38 Ademais, ressalta Taruffo, muitos ordenamentos abrem exceções mesmo em casos tais, à vista da extrema necessidade de colheita de declarações de parente da parte ou de demonstração de determinado fato contratual sem documento, cabendo ao magistrado, no caso concreto, atribuir valor a tais elementos de prova. (TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 47 e TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 177-178).

Já o outro grupo de regras de exclusão de provas não desempenha tarefa endoprocessual e epistêmica, mas se volta a proteger interesses relevantes que se localizam fora dos autos. Essas regras correspondem à categoria dos chamados sigilos em razão de cargo, função ou profissão ou em virtude de parentesco com a parte, os quais asseguram desde a privacidade individual até segredos profissionais e de Estado.

Um tal conjunto de normas é igualmente limitativo da liberdade do juiz por ocasião da busca da verdade sobre os enunciados de fato discutidos na causa, já que implica uma restrição sobre a base de dados a ser avaliada. Assim o é, por exemplo, toda vez que uma testemunha se vale da faculdade de abstenção fundada em sigilo, a relativizar o princípio epistêmico de completude das informações de conhecimento disponíveis.³⁹

Sucedem que problemas sensíveis de tensão entre valores podem decorrer da existência dessas regras de exclusão de provas sem finalidade epistêmica: de um lado, a busca da verdade, base para a aplicação da justiça; e, de outro, a proteção do bem conferida pelo sigilo, o que, para Taruffo, exige ponderação nas circunstâncias do caso concreto, especialmente quando possível que o julgador tome conhecimento da prova sem violar sensivelmente o sigilo, tal qual ocorre no modelo processual alemão, que prevê, por exemplo, a possibilidade de interrogatório de testemunhas em audiência privada, sem acesso do público.⁴⁰

De resto, não apenas normas de vedação de provas atuam no âmbito de liberdade e conformação da atividade judicial inerente aos enunciados de fato da causa. Há, ainda, toda uma disciplina legal que tangencia a fase de produção probatória, a exigir, portanto, devida atenção por parte do magistrado.

Em linhas gerais, pode-se falar em duas espécies de sistemas probatórios: os centrados nas partes e os focados no juiz. Nos primeiros, a produção das provas origina-se da iniciativa principal ou exclusiva das partes. Nos sistemas focados no juiz, as provas dependem, em sua maior parte, ou por completo, do papel ativo do julgador. Pela tradição, diz-se que os sistemas centrados na atividade das partes são chamados adversariais ou dispositivos e os centrados no juiz, inquisitoriais.⁴¹

A tal respeito, Taruffo⁴² tece crítica com o seguinte teor:

Nenhum dos dois modelos fundamentais de produção de provas que se formam no processo parece, por conseguinte, constituir um método epistemicamente válido e capaz de consentir uma produção objetiva, completa, controlada e confiável dos fatos cognoscitivos necessários para uma apuração verídica dos fatos. No modelo baseado no juiz faltam ou são reduzidos os efeitos positivos de uma participação ativa das partes, não obstante o fato de que a produção das provas sob o controle do juiz responde melhor às exigências de uma perquirição racional e desinteressada. No modelo baseado na inquirição cruzada⁴³, pelo contrário, falta a função de controle e perquirição objetiva que deveria ser desenvolvida pelo juiz.

Fato é que os sistemas probatórios modernos têm oportunizado iniciativa ilimitada às partes

39 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 179.

40 Ibid., p. 179-180.

41 TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 107.

42 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 187.

43 Também chamado “cross-examination”, o depoimento cruzado é técnica característica dos sistemas adversariais de tradição da *common law*, por meio da qual os advogados das partes inquiram diretamente as testemunhas com vistas a obter declarações que lhe sejam favoráveis ou a gerar descrédito da testemunha, caso tenha essa sido arrolada pelo adversário. O juiz assume comportamento passivo no momento da inquirição e apenas intervém quando necessário a garantir o respeito a regras que disciplinam a inquirição (Ibid., p. 183).

para apresentar todos os meios de provas admissíveis e relevantes à demonstração dos fatos da causa. Já no formato dos poderes do juiz, e muito embora ainda possam ser apontadas diferenças entre determinados países, o que se observa atualmente é também uma forte tendência – inclusive nos modelos de origem adversarial típicos da *commom law* – de se prestigiar o papel diretivo do magistrado na produção das provas, a fim de permitir valoração que se funde, antes de tudo, no pilar epistêmico da completude dos elementos cognitivos disponíveis.⁴⁴

Para Taruffo, a epistemologia influencia não apenas a produção probatória no aspecto da exigência de máxima amplitude do leque de provas disponíveis, mas também é por influxo da epistemologia que o juiz sofre um outro limitador de sua liberdade ainda durante a colheita da prova no processo, que o obriga a, desde então, assumir comportamento adequado a permitir a posterior validação das informações produzidas.

Como ensina Taruffo, em toda atividade de busca do conhecimento ou de busca da verdade, as conclusões somente serão confiáveis se forem fundadas em informações ou elementos “conhecidos e verificáveis, além de – quando possível – repetíveis”. Tanto é assim que um cientista ou um historiador que não revela as informações utilizadas nem tampouco o método que seguiu para encontrá-las e avaliá-las não alcança respeito ou consideração quanto ao que produziu. E isso vale igualmente para o magistrado, que deve se respaldar em pilares epistêmicos *desde* o momento da produção dos elementos de prova, a fim de que seja ao final possível validá-la.⁴⁵

Então, o que merece atenção especial aqui não são as provas simplesmente trazidas ao processo, as chamadas provas pré-constituídas, formadas antes e fora dos autos, como sucede com os documentos. Isso porque o procedimento de produção dessas provas dá-se, como ressalta Taruffo, de forma bastante simples, por mera inserção no processo. Ademais, eventual impugnação de autenticidade sujeita-as a procedimento técnico de verificação da falsidade ou não do documento.⁴⁶

Bem mais complexa, porém, é a produção das provas ditas *constituende*, que se formam dentro do processo, tal qual sucede com a prova testemunhal. Para que um método epistêmico de busca do conhecimento funcione com eficiência, Taruffo⁴⁷ destaca cinco pilares que devem nortear a conduta do juiz por ocasião da colheita da prova:

- a) é necessário que o juiz seja ativo na busca da verdade,
- b) que ele disponha de hipóteses adequadas sobre os fatos a serem apurados,
- c) que ele verifique efetivamente a credibilidade da testemunha e a confiabilidade de suas declarações,
- d) que ele aprofunde o exame da testemunha para além das indicações fornecidas pelas partes, e
- e) que ele obtenha, no curso da inquirição, todos os elementos que posteriormente ser-lhe-ão necessários para valorar a eficácia probatória da testemunha.

44 TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 109-111.

45 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 180.

46 *Ibid.*, p. 180-181.

47 *Ibid.*, p. 182.

Daí se infere que o juiz, como todo investigador ou cientista comprometido com a verdade, não deve ser passivo⁴⁸ por ocasião da colheita de provas, mas há que se preocupar desde então em obter dados importantes para posteriormente avaliar a credibilidade da prova produzida.

De fato, eventual descuido do juiz nesse *iter* procedimental pode comprometer epistemicamente a colheita da prova, já que acarretará déficit ou insuficiência de informações necessárias que permitam posterior atribuição de valor à credibilidade das declarações prestadas pela testemunha.

Assim sucederá, por exemplo, se o juiz não lograr obter detalhes quando da inquirição de testemunha de ação de reparação de danos fundada em acidente de trânsito, deixando de questionar acerca do motivo de se encontrar no local do acidente, da posição geográfica em que estaria no momento da colisão, do que fazia na ocasião, do porquê de o nome da testemunha não estar arrolado no boletim de ocorrência policial do acidente, se estava ou não acompanhada no momento, se os envolvidos no acidente estavam ou não acompanhados, se ela já conhecia antes alguma das partes etc.

Sem esses questionamentos relevantes para efetivamente verificar a confiabilidade da testemunha, a prova então produzida pode não gerar validade epistêmica, de modo que poderá não ser viável valorá-la adequadamente na etapa subsequente.

Por conseguinte, é inegável que as lições de Taruffo servem a regular o comportamento do magistrado desde as fases iniciais de admissão e de produção da prova, bem como reforçam que a epistemologia é o vetor que deve conformar a liberdade judicial no tratamento dos enunciados de fato da causa, não só na etapa última de valoração da prova, mas em todo o curso processual.

3 A LIBERDADE DO JUIZ NA VALORAÇÃO DA PROVA

O juiz não adquire contato com os fatos da causa em sua realidade empírica, mas, sim, por meio da narrativa, das alegações e dos enunciados apresentados pelas partes.

O fato, assim, ingressa no processo por meio da linguagem construída pelas partes e por seus advogados. E todos os demais sujeitos do processo mantêm essa mesma relação com os fatos: são, pois, narradores. A testemunha também o é, por meio de suas declarações em juízo. Com o juiz, não é diferente. Na sentença, o que o julgador faz é construir a sua narrativa dos fatos da causa, mas valorando os elementos de prova admitidos e produzidos.⁴⁹

No tema da valoração da prova, Taruffo esmiúça um modelo analítico a ser observado pelo juiz no momento de (re)construção dos fatos da causa.

Antes de tudo, o julgador deve estruturar um conjunto ordenado de enunciados em quatro níveis distintos.⁵⁰

48 Imparcialidade não é sinônimo de passividade, destaca Taruffo; ao contrário, a imparcialidade exige postura ativa acerca da iniciativa e da produção de provas pelo juiz, a fim de que seja assegurada a correção do procedimento por sujeito comprometido com a descoberta da verdade. (TARUFFO, Michele. *Ensaio sobre o processo civil: Escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 129).

49 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 59-73.

50 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 237-238.

No primeiro nível, deve-se identificar os enunciados descritivos dos fatos principais da causa, isto é, as hipóteses a serem analisadas, que consistem no conjunto das narrativas dos fatos constitutivos do direito alegado pelo autor e o conjunto dos enunciados dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos afirmados pelo requerido. Ambos os conjuntos têm de abranger fatos relevantes à tomada de decisão.⁵¹

Assim, se é postulado em juízo o cumprimento de obrigação contratual, como o pagamento de aluguel vencido, os enunciados de fato relevantes articulados pelo autor serão os relativos à existência dessa obrigação e ao respectivo inadimplemento; já para o réu, se alegar pagamento, os enunciados relevantes estarão relacionados aos fatos atinentes ao adimplemento sustentado, que podem corresponder, apenas como exemplo, a um depósito em conta, à entrega de dinheiro, a uma dação em pagamento ou ao desconto de caução prestada.

Em segundo nível, o juiz deve atentar-se aos enunciados que descrevem os fatos secundários da causa, assim entendidos aqueles que, embora não principais, se confirmados, poderão, por meio de raciocínio inferencial, levar à conclusão de veracidade ou falsidade dos enunciados de fato principais. São os fatos característicos de indícios ou fontes de presunções. Como exemplo, pode-se citar o fato de o autor estar em outra localidade na data da assinatura do contrato, indício que pode servir para demonstrar a alegação principal da falsidade do documento.

No terceiro nível, ao magistrado cumpre considerar os enunciados que resultam das provas produzidas. Não se trata aqui, ainda, de apreciar o valor das provas, mas apenas de descrever narrativamente o conteúdo de cada uma delas. Assim, se o título de crédito descreve a existência da obrigação, a testemunha que afirma ter presenciado a quitação descreve o adimplemento.

No quarto nível, por fim, o juiz deve apurar as circunstâncias a partir das quais podem ser feitas inferências sobre a credibilidade ou a confiabilidade dos enunciados do terceiro nível, que são os que resultam da mera descrição das provas.⁵²

O relacionamento entre os quatro níveis de narrativas do juiz dissecado por Taruffo⁵³ dá-se por meio de inferências probatórias que podem ser assim esquematizadas:

- a) os enunciados do segundo nível representam premissas para inferências probatórias idôneas à produção de conclusões concernentes a enunciados do primeiro nível. Os fatos secundários, com efeito, são levados em consideração se se apresentam logicamente relevantes como fontes de prova indireta de um fato principal; no caso contrário, esses não entram na narrativa dos fatos;
- b) os enunciados do terceiro nível representam informações úteis para a apuração dos fatos descritos no primeiro nível (é o caso de prova direta de um fato principal), ou ainda informações úteis para a apuração de fatos descritos no segundo nível (é o caso da prova de um fato secundário, ou seja, da prova indireta de um fato principal);

51 Não passa despercebido a Taruffo a complexa conexão entre fato e direito no contexto da tomada da decisão judicial, haja vista que reconhece que o fato em litígio somente pode ser identificado de acordo com a norma jurídica usada como critério para decidir, problema que, relembra ele, ser algo tradicional e bem conhecido em toda cultura jurídica, acenando para Engisch, Lorenz e outros que já abordaram o tema. (TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 16).

52 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 237-238.

53 *Ibid.*, p. 238.

- c) por fim, os enunciados do quarto nível representam informações úteis para o controle da confiabilidade dos enunciados probatórios que se colocam no terceiro nível, eventualmente dando fundamento a que se façam inferências com o intuito de verificar o valor de tais informações”.

Para explicar a característica fundamental das inferências que devem ligar ou “colar” os diversos níveis das narrativas do juiz, Taruffo parte de um modelo geral de argumentação proposto há tempos por Stephen Toulmin, mais tarde revisitado por Susan Haack e recentemente explorado, entre outros, por Gonzáles Lagier.⁵⁴

Trata-se do conceito de *warrant*, termo adaptado ao português à palavra confirmação, que consiste em um modelo geral e útil a qualquer atividade científica destinada a estabelecer a veracidade de uma assertiva, inclusive ao processo, portanto.

A fórmula é assim representada: $W = E \rightarrow H$ ($W =$ *warrant* ou confirmação, $E =$ provas ou *evidence* e $H =$ hipótese em questão).⁵⁵

Segundo tal método, o juiz deve observar que uma hipótese (uma alegação de fato) é sujeita a graus de confirmação (forte, fraco ou mesmo inexistente) em função da quantidade, qualidade e coerência das provas que a sustentam.⁵⁶

A dizer de outro modo, a confirmação da veracidade de um enunciado de fato depende da credibilidade ou da confiabilidade que se pode atribuir à prova ou às provas demonstrativas da narrativa processual em questão. Aqui se encontra, pois, um importante regramento à liberdade do juiz por ocasião da valoração das provas.

É importante destacar que, para Taruffo, o grau de confirmação probatória não é mensurado em termos probabilísticos, como muitos pretendem, especialmente nos Estados Unidos, por meio da aplicação do teorema de Bayes. Ao reverso, a atribuição de confirmação deve ser realizada por critérios de racionalidade lógica, e não por cálculos ou frequência estatística.⁵⁷

Dentro desse arquétipo, ao juiz não é conferida a liberdade de mencionar na sentença apenas as hipóteses a cujo respeito ele infere existir forte confirmação probatória – e simplesmente deixar de expor as razões por que entende que as outras narrativas fáticas, não acolhidas como verdadeiras, seriam desprovidas do mesmo *status* epistêmico.⁵⁸

Se assim o faz, o magistrado deixa de observar o quarto nível de narrativa, que exige a exposição fundamentada, na sentença, das inferências tomadas quanto à completude dos elementos de prova dos autos, inclusive quanto à parcela de informações que o julgador entende de fraca ou mesmo de nenhuma confirmação probatória, tanto mais se destinavam, em tese, a contrastar a narrativa fática que restou aco-

54 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 238-240.

55 Ibid., p. 239.

56 Ibid., p. 252.

57 Ibid., p. 251.

58 TARUFFO, Michele. *Ensaio sobre o processo civil: Escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 155-156.

lhida (avaliação negativa).

Mas, para além de um imperativo ao juiz, que deve expor sua convicção sobre cada enunciado fático discutido e sobre todos os elementos de prova na sentença, assunto de grande relevância está também na qualidade das inferências probatórias a serem tomadas pelo julgador⁵⁹, matéria em cujo âmago ainda mais se aflora o tema da liberdade judicial na apreciação da provas.

Como visto, o que faz gerar o raciocínio de confirmação das hipóteses, em regra, são as inferências entre as *afirmações de fato* e as *provas* admitidas e produzidas. Em outras palavras, o raciocínio inferencial constitui o elo que indica o grau de credibilidade da prova, ou seja, a sua aptidão para confirmar ou não a alegação fática em exame. Cuida-se do que Stephen Tolmin tratou de chamar de *backing* do *warrant*.⁶⁰

Tem-se aqui assunto bastante complexo, que por vezes exige o uso de construções culturais dotadas de indeterminação, a que muitos ordenamentos jurídicos chamam de *regras do senso comum, resultado do que ordinariamente acontece* ou de *máximas de experiências*.⁶¹

Não é sem motivo que Twining alerta que as generalizações baseadas no senso comum ou nas máximas de experiência, embora necessárias, podem ser perigosas.⁶²

Mas, então, como se deve delimitar a liberdade judicial dentro de tão sensível tema?

Para Taruffo, a problemática está em verificar quais critérios devem ser aceitos e quais não devem ser acolhidos quando da inferência e da avaliação de sua credibilidade. E, dentro desse contexto, três critérios de inferência hão de ser discernidos.

Sabe-se que, em alguns raros casos, as generalizações do senso comum ou as noções de experiência estarão representadas por “leis científicas ou generalizações válidas produzidas pela ciência”, como “a experiência de que corpos pesados caem de cima para baixo, ainda que a lei de Newton seja mais precisa e formulada em termos universais”, situação em que não haverá dúvida de que a inferência a partir daí realizada se envolve de elevado grau de confiabilidade.⁶³

De outro lado, certas vezes, as noções de experiência comum estarão a refletir generalizações *não universais*, embora estatisticamente possam apresentar grande probabilidade de ocorrer, como “X produz Y em 98% dos casos”, de maneira que a conclusão resultante do raciocínio inferencial será aqui também altamente confiável.⁶⁴

59 É importante lembrar que a palavra prova é dotada de mais de um sentido: ora é utilizada como meio de prova (testemunha, documento, perícia etc.) e ora, como resultado probatório, isto é, como o raciocínio que se faz por inferência acerca da credibilidade ou do grau de confirmação da prova. Na *common law*, essa distinção não existe, já que prova como meio é chamada *evidence* e prova como resultado, *proof*. (TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 33).

60 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 241.

61 No Código de Processo Civil de 2015, há, por seu turno, o artigo 375, segundo o qual “o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

62 TWINING, W., *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. 2. ed. Cambridge, 2006 *apud* TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 78-84 e 241.

63 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 80-81 e 241-242.

64 *Ibid.*, p. 81 e 242.

Contudo, a par desses dois critérios, em inúmeros outros casos as noções de senso comum ou de máximas de experiência serão baseadas no mero conceito de normalidade, isto é, naquilo que ordinariamente acontece. Nessas situações, não haverá generalizações de cunho universal nem quase-universal a serem seguidas de modo confiável. Não dispondo então de outros critérios para avaliar a credibilidade da prova, cumprirá ao magistrado servir-se de generalizações que façam parte do que Humberto Eco denomina Enciclopédia Média ou do que, na *common law*, pode ser referido como *stock of knowledge* ou *background knowledges*. É dizer, tais generalizações deverão efetivamente pertencer ao senso comum ou à cultura média, constituindo parcela de um conjunto de conhecimentos que possam ser compartilhados pelo julgador com o homem médio na época e no local em que vive.⁶⁵

Mas, definir o que estaria dentro desse estoque de conhecimento não se trata de tarefa fácil. Como defende Taruffo, não há algo claro, ordenado e coerente dentro desse conjunto de saber do homem médio. Há, sim, contradições, mitos, provérbios e, especialmente, conhecimentos em rápida e constante mutação, tanto mais se consideradas as sociedades plurais de cultura globalizada.⁶⁶

Assim, sob a premissa de que *normalidade e cultura* são conceitos imbuídos de larga margem de incerteza, com referência mais prescritiva do que descritiva, é de rigor ao juiz observar que as conclusões produzidas por inferências fundadas nessa espécie de máxima de experiência deverão, *quando muito*, receber um grau apenas modesto de confirmação ou de credibilidade.⁶⁷

A propósito, Taruffo⁶⁸ alerta enfaticamente para o perigo em que pode incorrer o magistrado quando se vale de inferências provenientes de critérios de senso comum ou de máximas de experiências. Haverá, pois, sempre sério risco de se incidir em generalizações espúrias, preconceituosas e sem fundamento empírico, especialmente quando em jogo elementos como raça, gênero, sexo ou religião. Tal é o que se dá com raciocínios como “policia corrupto”, “motorista negro”, “marido infiel” etc. Ao menos nesses exemplos, é evidente que não haverá espaço de liberdade ao juiz para produzir critérios de inferências probatórias, pois não aceitáveis as fontes respectivas.

Portanto, e como o juízo sobre a credibilidade da prova depende da qualidade dos critérios de inferência adotados, o magistrado deve estar ciente dos riscos de erro quando aplica critérios de máximas de experiência não fundados em ciência nem tampouco em probabilidade matemática de quase certeza, mas intrínsecos ao conceito cultural do homem médio no tempo e espaço.

Em casos tais, sempre que possível, deve verificar o juiz se a confirmação obtida – sempre em grau fraco – a partir da prova analisada com fundamento em máxima de experiência respalda-se em outros meios probatórios de maior confiabilidade, para então firmar convicção mais segura sobre os enunciados de fatos da causa e, assim, evitar o recurso a regras legais de ônus de prova.

Já se disse aqui que, para valorar a prova, o juiz deve, antes de mais, procurar desenvolver um

65 TARUFFO, Michele. *Ensaio sobre o processo civil: Escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darcí Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 159-160.

66 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 83-84.

67 Ibid., p. 79 e 242.

68 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 78-81 e 242-243.

grupo de enunciados em quatro níveis. Falou-se também que cada enunciado de fato, seja principal, seja secundário, deve ser analisado diante de todos os elementos de prova produzidos, segundo critérios de inferência, a fim de receber determinado ou nenhum grau de confirmação, confiabilidade ou credibilidade.

Importa esclarecer então que esses graus de confirmação, para Taruffo, podem ser esquematizados, *a priori*, de seis maneiras (devendo aqui ser considerada a letra H como uma hipótese ou, em termos jurídicos, como uma determinada alegação de fato):⁶⁹

1. H não teve nenhuma confirmação;
2. H teve confirmação fraca;
3. H teve confirmação forte;
4. a falsidade de H não teve nenhuma confirmação;
5. a falsidade de H teve confirmação fraca; e
6. a falsidade de H teve confirmação forte.

A partir desse esquema analítico, tem-se que, ocorridos 1 e 6, cabe ao juiz considerar a hipótese ou o fato principal não provado.

Se verificados 2, 4 e 5, o magistrado deve reputar que a veracidade do enunciado não foi demonstrada nem tampouco a sua falsidade, caso em que poderá necessitar recorrer a regras de ônus de prova.

Por fim, resta a situação 3, em que H obteve confirmação forte, quando, à primeira vista, deverá ser considerada provada a alegação de fato, a não ser que esse grau forte ainda não seja suficiente a cumprir o respectivo *standard* probatório aplicável.⁷⁰

Com efeito, ultrapassado o esquema acima exposto, torna-se imperioso ao magistrado analisar qual é o grau de confirmação que o respectivo enunciado de fato deve possuir para fins de ser considerado provado.

Em processo penal, sabe-se que o ordenamento da maioria dos países, ao menos os democráticos, exige um grau de confirmação probatória particularmente elevado, a fim de sustentar um juízo de condenação. É o que, nos Estados Unidos, chama-se *beyond any reasonable doubt*, que pode ser entendido como algo “para além de qualquer dúvida razoável”. Com semelhante sentido, pode-se indicar a expressão latina do *in dubio pro reu*. Mas, quando não existem normas que determinem o *standard* de confirmação adequado – o que constitui a regra no processo civil –, cabe ao juiz utilizar-se de critérios racionais para verificar se o enunciado de fato deve ou não ser considerado provado.⁷¹

É bem verdade que o juiz aqui pode, em tese, valer-se de alguns pilares advindos também do direito estadunidense, como o da *preponderance of evidence* (segundo o qual o juiz deve optar pelo enunciado com suporte relativamente maior em relação a todas as outras hipóteses) ou o do critério da proba-

⁶⁹ Ibid., p. 250.

⁷⁰ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 250-251.

⁷¹ TARUFFO, Michele. *Ensaio sobre o processo civil: Escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 197.

bilidade preponderante (pelo qual deve o julgador analisar se seria mais provável a veracidade da hipótese ou a sua falsidade).⁷²

A análise por meio dessa última ferramenta racional, também chamada de juízo “mais provável do que não”, pode ser necessária quando, por exemplo, algumas testemunhas confiáveis confirmam um determinado enunciado e outras, também confiáveis, confirmam um enunciado contrário àquele. Cabe então ao juiz analisar quais são os graus de confiabilidade e, verificando a existência de um grau mais elevado que o outro, optar pelo de maior confirmação. Mas, se tal não for possível, a situação de incerteza, muito provavelmente, obrigará o juiz a aplicar regras de ônus de prova.⁷³

Após atribuir o grau de confirmação probatória a cada enunciado e analisar o *standard* eventualmente aplicável ou recomendável, cumpre então ao juiz a tomada da decisão final sobre os fatos da causa, quando deve tecer um conjunto de narrativas que abranja a completude dos enunciados de fato discutidos, a amplitude das provas e a sua aptidão para comprovar ou não aqueles enunciados. Em outras palavras, deverá ser considerada e exposta globalmente a situação de fato objeto de apuração.

Apesar de defender um comportamento analítico do julgador em relação à tarefa de (re)construção do fatos, haja vista que cada enunciado de fato deve receber inicialmente sua confirmação própria e específica, Taruffo não ignora que, por ocasião da tomada de decisão final, o julgador possa ter de adotar também uma percepção holística, e não apenas atomista.

É que, como ressalta o professor italiano, constitui princípio hermenêutico fundamental o de que “cada parte singular de um discurso adquire significado próprio em função de sua colocação no todo a que pertence, com a consequência de que o todo é mais do que a simples somatória das partes que o compõe.”⁷⁴

Para tanto, vale-se Taruffo da metáfora do mosaico (tal qual Susan Haack⁷⁵ se vale da analogia do jogo de palavras cruzadas) para destacar que, caso todos os enunciados de fato tenham recebido confirmação adequada, o juiz poderá ao final encaixar de modo devido e seguro todas as peças necessárias e, assim, montar a figura que decorre dessa agregação de elementos, isto é, o mosaico, de forma a verificar o significado que cada enunciado representa no contexto da narrativa dos fatos.⁷⁶

Entretanto, se, ao final, nem todos os enunciados tiverem alcançado confirmação suficiente, a reconstrução da completude dos fatos da causa – ou da figura representada no mosaico – poderá restar prejudicada. Nessas situações, defende Taruffo que o magistrado deverá optar pela versão dos fatos que, sob o viés holístico, afigure narrativamente mais coerente, dentro do contexto global examinado.⁷⁷

72 Ibid., p. 198.

73 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 254-255.

74 Ibid., p. 257.

75 Para Haack, “o quão razoável é uma palavra num jogo de palavras depende de quanto essa palavra é apoiada pela dica e por quaisquer palavras entrecruzadas completas; de quão razoáveis são essas outras palavras, independentemente da palavra em questão; e de quantas palavras já foram completadas”. HAACK, Susan. *Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito*. Org. Adriano N. de Brito e Vicente Barreto. Tradução André de Godoy Vieira e Nélcio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2015, p. 154 e 291. Com isso, a filósofa inglesa radicada nos EUA defende ser possível, em alguns casos, que uma compilação de peças de prova possa atingir conjuntamente o grau exigido de prova, apesar de, individualmente, essas mesmas peças serem incapazes de fazê-lo, o que sucede por vezes em processos com alegações de fatos complexos.

76 Ibid., p. 257-258.

77 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 258.

Ao que parece, apenas nas situações acima descritas é que admite Taruffo que a coerência da narrativa, defendida por correntes pós-modernista como um ideal de verdade, deva ser vetor a ser considerado pelo juiz na avaliação dos fatos da causa, mesmo porque esgotados talvez se encontrem, em casos tais, os aspectos heurísticos e epistemológicos da prova.

De fato, para finalizar, cabe tecer o quão crítico é Taruffo das correntes puramente narrativistas, haja vista que, prezando apenas pela coerência do discurso, como muitas vezes prezam as partes, pode-se correr sério risco de colmatar ou preencher lacunas probatórias por fatos sem confirmação adequada e, portanto, falsos, embora narrativamente coerentes, porque, no conjunto, refletem uma boa estória. É por essa razão que a teoria holística, apesar de meritória em algumas situações, não deve regular a aceitação dos fatos no campo da decisão judicial.⁷⁸

Enfim, pelo quanto exposto, verifica-se que a liberdade do juiz, na temática da avaliação dos fatos da causa, deve ser moldada pelo dever epistemológico de analisar cada narrativa fática ante a cada meio de prova produzido nos autos. Um dever de completude, portanto.

Não se trata também de apenas analisar descritivamente a prova. Cuida-se, sim, de examiná-la por meio de critérios de inferência adequados que indiquem o respectivo grau de confirmação probatória e, por conseguinte, de verificar se ela é idônea ou não a gerar credibilidade ou confiabilidade, sempre comparada aos demais elementos, dados ou informações que compõem todo o *mosaico* processual.

Não é demais mencionar que, por consequência, o juiz tem o dever de expor e explicitar a amplitude desse raciocínio, de modo a permitir o controle externo sobre a justificação da decisão, valor político irrenunciável nas sociedades democráticas.⁷⁹

CONCLUSÃO

O presente trabalho propôs-se a estudar as contribuições de Michele Taruffo na análise da liberdade do juiz na apreciação das provas, tema reinserido a debate com o atual Código de Processo Civil.

Inicialmente, foi destacado o que seria a *verdade processual* para Taruffo, a qual não difere da verdade da ciência ou de qualquer outra atividade que vise à investigação de fatos. Trata-se, pois, da adoção de um conceito epistêmico, para o qual a verdade é – e deve ser – a correspondência com o mundo real. Nada mais, nada menos!

Cuidou-se, após, de apontar desdobramentos que, para o professor italiano, provêm da assertiva acima. Assim é que, se a verdade está na representação exata dos fatos, ela deve ser o ideal regulador do juiz. Diferentemente das partes, que não raro compreendem as provas como um recurso hábil a persuadir sobre aquilo que lhes é favorável, o juiz utiliza-se das provas a fim de tentar reconstruir o passado tal qual ocorrido. A atividade do juiz é, assim, epistêmica por excelência, o que o obriga a observar padrões epistemicamente adequados em todas as etapas de contato com as provas.

⁷⁸ Ibid., p. 87-88.

⁷⁹ TARUFFO, Michele. *Ensaio sobre o processo civil: Escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 157-158.

Salientou-se, ainda, que a produção do conhecimento, a partir da necessária análise da completude das informações disponíveis, constitui uma premissa epistemológica. No processo, essa exigência dá-se pelo princípio inclusivo da relevância, segundo o qual o magistrado deve admitir e determinar a produção de todas as provas potencialmente úteis à descoberta da verdade.

Foi observado que a epistemologia é o vetor da liberdade judicial não só na admissão de provas, mas também na fase de sua produção, a fim de permitir que a prova colhida seja suscetível de correta valoração. Anotaram-se aqui quais as condutas que, segundo preconiza Taruffo, o juiz deve então adotar, especialmente quando se tratar de prova testemunhal.

No item seguinte, adentrou-se, enfim, no tema da valoração da prova.

Em um primeiro plano, foi abordado como Taruffo entende deva o juiz iniciar o desenvolvimento de sua própria narrativa com o objetivo de alcançar a reconstrução dos fatos. Para isso, foi explicado que o julgador há de elaborar seu raciocínio por meio de enunciados em quatro níveis, que compreendam (1) os fatos principais da causa, (2) os fatos secundários, (3) o conteúdo das provas produzidas e (4) a valoração dessas provas.

Ressaltou-se que o elo que interliga essas narrativas é o raciocínio inferencial do julgador, em decorrência do qual podem ser atribuídos graus de confirmação para cada enunciado de fato a partir da análise das provas.

Frisou-se aqui a problemática da qualidade do raciocínio inferencial, especialmente quando não se adota, como critério, generalizações universais respaldadas pela ciência, mas, sim, máximas de experiência que não se fundam em dados objetivos, como juízos baseados no senso comum ou em mera normalidade.

Foi destacado ainda que, atribuído o respectivo grau de confirmação para cada alegação de fato (forte, fraco ou nenhum), o juiz deve analisar se a confirmação obtida atende ou não ao *standard* de prova necessário para reputar a narrativa verdadeira. Não havendo *standard*, pontuou-se existir maior espaço ao magistrado para valer-se de ferramentas racionais, como o critério da probabilidade preponderante.

Anotou-se que, ultrapassada essa tarefa, cabe ao juiz passar finalmente à tomada de decisão, quando haverá de explicitar a confirmação de cada enunciado fático e, assim, formar o conjunto da narrativa reputada como verdadeira.

Foram também apresentadas aqui a metáfora do mosaico, utilizada pelo professor italiano, e a admissão da importância de se atribuir valor à coerência da narrativa, mas apenas quando esse mosaico comportar mais de um desenho possível.

Enfim, e como reiteradamente registrado, a verificação da verdade dos fatos é – e sempre será – condição essencial para a justiça de toda e qualquer decisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALMES, James. *O Critério*. São Paulo: Anchieta, 1948.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Obra extraída de los manuscritos de M. Jeremías Bentham. Escrita em Francês por Estevan Dumont. Traduzida ao castellano por C.M.V. Paris: Bossange Frères, 1825. Tomo I.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 4. ed. Tradução Lisa Pari Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005.

CURY, Augusto Jorge. *Ônus da prova e sua inversão no novo direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 2 v.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015>. Acesso em: 27 nov. 2019.

HAACK, Susan. *Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito*. Org. Adriano N. de Brito e Vicente Barreto. Tradução André de Godoy Vieira e Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2015.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

NUNES, Dierle (org.); LEITE, George Salomão (org.); STRECK, Lenio (org.). *O fim do livre convencimento motivado*. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: Estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TARUFFO, Michele. *Ensaio sobre o processo civil: Escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *Processo civil comparado: Ensaio*. Apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

VERGÈS, Étienne; VIAL, Géraldine; LECLERC, Olivier. *Droit de la preuve*. Paris: Puf, 2015.

O ARTIGO 139, INCISO IV DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS (POSSÍVEIS) DIRETRIZES PARA SUA APLICAÇÃO.

Juliane Schimidt Damiazo¹

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar as novidades trazidas pela inserção do art. 139, inciso IV do Código de Processo Civil, que passou a ter uma previsão expressa da possibilidade de aplicação de medidas coercitivas atípicas como forma de se garantir a efetividade da tutela jurisdicional. Nesse ínterim, passará a analisar e avaliar as diretrizes para a sua aplicação, diante das inúmeras posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o novo tema.

Em razão das discussões que envolvem a aplicação das medidas coercitiva atípicas, faremos um compilado de requisitos e diretrizes que se observados podem garantir a aplicação adequada das medidas, sem que haja excessos e que a obtenção da tutela jurisdicional seja garantida.

PALAVRAS-CHAVES: execução, medidas coercitivas atípicas, efetividade, garantias e tutela jurisdicional.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe grandes mudanças para o ordenamento jurídico processual brasileiro e, além de reparar lacunas e problemas existentes sob a égide do Código de 1973, tiveram o objetivo de trazer ao jurisdicionado um sistema mais justo, efetivo e célere.

Dentre as alterações, houve a previsão do art. 139, inciso IV, que trouxe à baila uma cláusula geral executiva, sem quaisquer outros detalhes. Tão somente, incorporou ao sistema a possibilidade de o Magistrado, a fim de garantir a efetividade da tutela jurisdicional, à adoção de medidas que entender adequadas ao cumprimento.

No entanto, é necessário que sejam estabelecidos parâmetros e padrões para a sua utilização, com o fim de se atender a segurança jurídica e, também ao devido processo legal. A partir desse ponto, a doutrina e jurisprudência vêm buscando criar mecanismos e diretrizes para que as medidas coercitivas atípicas sejam aplicadas sem ofender outros princípios processuais e constitucionais.

E a partir dessa questão é que se busca no presente artigo, demonstrar, em observância ao sistema processual e as decisões do Superior Tribunal Justiça, quais seriam essas diretrizes para garantir que as medidas atípicas sejam realmente efetivas e, que garantam ao jurisdicionado um processo justo, sem decisões surpresas e pautado no modelo constitucional de processo civil.

¹ Mestranda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Advogada.

1. A cláusula geral executiva e a busca pela efetividade da tutela jurisdicional.

O artigo 139, inciso IV do Código de Processo Civil, sem dúvida se tornou uma das alterações mais discutidas e com caráter de novidade, em que pese já existir no diploma processual revogado dispositivos que permitiam a aplicação de medidas coercitivas atípicas para satisfação da tutela executiva².

Neste íterim, verifica-se que, em verdade, as medidas coercitivas atípicas não se tratam de novidades, propriamente ditas, uma vez que no diploma revogado, já havia a previsão de sua utilização. No entanto, talvez pela alteração da localização topográfica e, pela previsão de uma cláusula geral, aplicável à todas as espécies de cumprimento de sentença ou execução, como se verá adiante, é que esse dispositivo legal tenha ganhado tanto interesse.

Assim, o dispositivo sob análise surge na égide do Código de Processo Civil de 2015 como uma cláusula geral executiva. A técnica legislativa de cláusulas gerais consiste em contraponto de técnica casuística, contudo, ambas as técnicas não se excluem em ordenamento. Um sistema eventualmente calçado somente em cláusulas gerais acarretaria interessante sensação de insegurança jurídica e, por outro lado, um sistema exclusivamente composto por regras casuísticas certamente seria rígido e inflexível e, por conseguinte, tendente a falhar com as demandas da complexa vida social contemporânea³.

Ainda, sobre o conceito de cláusula geral executiva, como ensina Fredie Didier⁴, é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composta por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado, havendo, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa.

A existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo da atividade jurisdicional, de forma que o órgão julgador é chamado a interferir mais ativamente na construção do ordenamento jurídico, a partir da solução de problemas concretos que lhe são submetidos. As cláusulas gerais servem para a realização da justiça do caso concreto⁵.

E é justamente através da adequação das normas jurídicas ao caso concreto que se é possível buscar a efetividade da tutela jurisdicional. A preocupação para essa garantia é algo com o que o legislador já demonstra certa atenção há tempos, como se verifica nas críticas da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939⁶ e 1973⁷.

2 Art.461, §5º, CPC/1973: Para a efetivação da tutela específica ou da obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

3 BORGES, Marcus Vinícius Mottes. Medidas Coercitivas Atípicas nas Execuções Pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015 – 1ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 85.

4 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito processual civil: execução – 9ª Ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p. 104.

5 Ibidem 4

6 “O processo era mais uma congêrie de regras, de formalidades e de minúcias rituais e técnicas a que não se imprimira nenhum espírito de sistema e, pior, a que não mais animava o largo pensamento de tornar eficaz o instrumento de efetivação do direito. Incapaz de colimar o seu objetivo técnico, que é o de tornar precisa em cada caso a vontade da lei, e de assim tutelar os direitos que os particulares deduzem em juízo, o processo decaía da sua dignidade de meio revelador do direito e tornara-se uma arma do litigante, um meio de protelação das situações ilegítimas, e os seus benefícios eram maiores para quem lesa o direito alheio do que para quem ocorre em defesa do próprio.” (Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939).

7 “Na reforma das leis processuais, (...) cuida-se, de modo todo especial, em conferir aos órgãos jurisdicionais os meios de que necessitavam para que a prestação da justiça se efetue com a presteza indispensável à eficaz atuação do Direito. Cogita-se, pois, de racionalizar o procedimento, assim na ordem civil como na penal, simplificando-lhe os termos de tal sorte que os trâmites processuais levem à prestação da sentença como economia de tempo e de despesas para os litigantes. Evitar-se-á assim, o retardamento na decisão das causas ou na execução dos direitos já reconhecidos em juízo. No tutelar-se por essa forma o interesse das partes e a dignidade da justiça, seguir-se-á, aliás, o caminho facultado pela Constituição vigente.”

De forma diferente não foi na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015⁸, que, ainda, demonstrou certa elevação na preocupação de se garantir a efetividade jurisdicional.

Ainda, merece atenção o princípio da máxima utilidade da execução, eis que normalmente se aponta como peculiaridade do direito processual executivo a diretriz pela qual a execução deve redundar, em proveito do credor, no resultado mais próximo que se teria caso não tivesse havido transgressão de seu direito. No entanto, essa orientação, em verdade, nada mais é do que um desdobramento do princípio da máxima utilidade da atuação jurisdicional, sintetizada na célebre afirmação de que o processo deve dar a quem tem direito tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito, inerente à garantia da inafastabilidade da adequada tutela jurisdicional. Ocorre que, este princípio assume especial importância na execução, uma vez que nesta, a atuação da sanção e da satisfação do credor só são concretamente atingidas mediante obtenção de resultados materiais, fisicamente tangíveis: só se estará dando a quem tem direito tudo aquilo e exatamente aquilo que lhe cabe quando se consegue, mediante meios executivos, modificar a realidade, fazendo surgir situação concreta similar, quando não idêntica, à que se teria com a observância espontânea das normas⁹.

A atividade jurisdicional nem sempre se completa com a mera declaração do direito. Da mesma forma, o dever de probidade processual das partes e terceiros (geralmente do vencido) não se esgotam com o simples participar do processo na fase cognitiva. Sejam de que natureza for, é necessário que as decisões jurisdicionais, provisórias ou finais, sejam cumpridas, isto é, efetivadas. Efetivação essa que, quando depender de comportamento de uma das partes, deve se dar sem embaraços, isto é, sem o emprego de expedientes que retardem ou dificultem o cumprimento da decisão (art. 77, IV, do CPC/2015). A parte não conta com ninguém mais, a não ser o magistrado, para fazer a decisão judicial valer. Ou seja, os juízes devem se conscientizar que a efetivação é tão, ou até mais importante, do que a própria declaração do direito¹⁰.

Portanto, tem-se que o artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil trouxe ao ordenamento jurídico uma garantia de busca pela efetividade da tutela jurisdicional, atendendo aos anseios dos operadores do direito e das partes no processo.

Além do art. 139, inciso IV, do CPC, existem outras previsões de cláusulas gerais, quais sejam o art. 297, que serve à tutela provisória e garante que sua efetivação dar-se-á também atipicamente. Sucede que a atipicidade da tutela provisória segue, necessariamente, a atipicidade da tutela definitiva. Ou seja, a efetivação da tutela provisória será atípica na mesma medida da atipicidade da tutela definitiva. E o art. 536, §1º, inicialmente, aplicado as obrigações de fazer ou não fazer e, que por força do disposto no §3º do art. 538, também se aplicam as obrigações de entrega de coisa e, por fim, nas obrigações de fazer ou não fazer e entrega de coisa, distinta de dinheiro, no casos de execuções por título extrajudicial.

8 “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.” – Disponível em: http://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC_EXPOSICAO_DE_MOTIVOS.pdf.

9 WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil, Volume 3 – 16ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 193-194.

10 CABRAL, Antônio do Passo e CRAMER, Ronaldo. Comentários ao Código de Processo Civil – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 251;

2. Necessidade de pedido expresso *versus* a possibilidade de determinação das medidas coercitivas atípicas *ex officio*.

Durante o trâmite do projeto do Código de Processo Civil no legislativo, houveram inúmeras alterações e evolução em relação a redação dos dispositivos legais. E, no que tange ao teor do art. 139, IV¹¹, houve uma alteração que criou espaço para grandes discussões.

Essa questão diz respeito à necessidade de provação do Judiciário pelo exequente para a aplicação de medidas coercitivas atípicas. Isto porque, a expressão “de ofício ou a requerimento da parte”, que não estava presente no anteprojeto, foi incluída na versão da Câmara dos Deputados¹²e, no retorno do projeto à Casa Legislativa originária, foi suprimida da versão definitiva e promulgada.

Assim, as discussões se intensificaram e, houve divisão de opiniões, no sentido de que a cláusula geral executiva sob análise está inserida dentro do capítulo do Código de Processo Civil que trata dos poderes-deveres do Magistrado, de forma que a aplicação do dispositivo deve ser interpretada não como uma faculdade, mas como um poder-dever do juiz de utilizar a medida executiva adequada ao caso concreto¹³.

No entanto, não nos parece ser este o entendimento adequado para a aplicação do inciso IV, do art. 139. Isto porque, a execução se faz sob o interesse do exequente, conforme disciplina o art. 797 do CPC, a quem cabe escolher, requerer e impulsionar os atos executivos e, principalmente, porque a responsabilidade do exequente é objetiva e, responderá por eventuais prejuízos causados ao devedor de forma injustificada¹⁴.

Nessa linha são os ensinamentos de Olavo de Oliveira Neto¹⁵:

“Diante da opção sistêmica de não se permitir a reprimenda da execução por *officium iudicis*, a qual também se submete o Poder Geral de Coerção, torna-se possível afirmar que é vedado ao magistrado determinar medidas coercitivas atípicas sem expresso requerimento da parte (art. 2º do CPC), a não ser quando a lei autorize textualmente tal conduta, como se dá na hipótese prevista no art. 537 do CPC.”

Sabe-se que o tema em análise neste item, ainda estará na pendência de analisar as aplicações diante do caso concreto, atualmente, a questão vem sendo enfrentada pela jurisprudência sem maiores delongas. A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça¹⁶, julgando recurso em *habeas corpus*, manteve a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação do devedor e revogou a determinação para apreensão de seu passaporte, no caso em questão, houve pedido expresso do exequente para aplicação das medidas atípicas,

11 Redação do Anteprojeto e da Versão Final do CPC/2015: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.”

12 Redação do substitutivo da Câmara dos Deputados (PL 8046/2010): “: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV – determinar, de ofício ou a requerimento, todas as medidas coercitivas ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão judicial e a obtenção da tutela do direito.”

13 BORGES, Marcus Vinícius Mottes. Medidas Coercitivas Atípicas nas Execuções Pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015 – 1ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 249;

14 BARROS NETO, Geraldo Fonseca. Notas sobre a execução indireta da obrigação de pagar quantia. IN: Lucón, Paulo Henrique dos Santos; Oliveira, Pedro Miranda de. (Coordenadores). *Panorama Atual do Novo CPC*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

15 OLIVEIRA NETO, Olavo de. O poder geral de coerção – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 262.

16 Superior Tribunal de Justiça – RHC 97.876/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão – unânime – Quarta Turma, Brasília, DF, j. 05.06.2018.

no entanto, no v. voto não houve maiores comentários sobre a possibilidade da determinação da medida ser oficiosa ou não.

O grande cerne da questão gira em torno da possibilidade do exequente vir a ser responsabilizado por eventuais prejuízos causados ao executado em decorrência da adoção de medidas atípicas que não tenham sido previamente pleiteadas no curso da execução. Não é paliável imputar a alguém que não pediu uma medida o ônus de reparar os danos dela decorrentes. Neste caso, poder-se-ia cogitar a responsabilidade do Magistrado, forma do art. 143 do Código de Processo Civil, no entanto, a hipótese não se coaduna com o rol ali previsto¹⁷.

4. Contraditório prévio ou diferido?

Além da já citada preocupação com a busca pela efetividade da tutela jurisdicional, é certo que o legislador também se preocupou em afastar do cenário do judiciário a questão da insegurança jurídica e das chamadas decisões surpresas.

Tal conduta se verifica do teor do disposto no art. 10 do Código de Processo Civil:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

O artigo supra se trata de prestígio ao princípio do contraditório, previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, o qual decorre do princípio do devido processo legal e, finalisticamente, da própria noção de Estado de Direito, guardando forte relação com o princípio da igualdade¹⁸.

No caso sob análise, verifica-se que a doutrina é praticamente uníssona no sentido de que há necessidade de observância ao contraditório, por se tratar de garantia processual e constitucional, como ensina Didier¹⁹:

“Considerando que a escolha da medida executiva atípica pressupõe a análise de enunciados normativos de conteúdo semântico aberto, bem como a consideração de distintos pontos de vista, é essencial a observância do contraditório (arts. 7º e 9º, CPC), ainda que diferido para momento posterior – a defesa na fase de cumprimento, o recurso cabível ou mesmo eventual pedido de reconsideração.”

No entanto, há discussão sobre em que momento deverá ocorrer o contraditório: de forma prévia ou diferida?

Parcela da doutrina defende que o contraditório pode ser diferido, sem importar em qualquer prejuízo ao executado, ou seja, o contraditório poderá ser exercido em momento posterior à aplicação da medida coercitiva. Os argumentos, em geral, proclamam que a postergação da manifestação do executado

17 BORGES, Marcus Vinícius Mottes. Medidas Coercitivas Atípicas nas Execuções Pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015 – 1ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 261

18 NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 11ª Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 220-221.

19 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito processual civil: execução – 9ª Ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p. 104.

sobre a medida não fere o contraditório e que existiria a possibilidade de o executado frustrar a medida caso tivesse conhecimento prévio²⁰.

Porém, em que pesem os respeitáveis fundamentos expostos, entende-se que parece ser mais acertado o entendimento no sentido de que o contraditório deve ser prévio.

Isto porque, inicialmente, a justificativa para o contraditório prévio, reside no objetivo da coerção. O desígnio de qualquer meio coercitivo, como realçado, não repousa sobre a aplicação da sanção, mas sim sobre a ameaça de piora da situação de seu destinatário. Seu caráter é acessório. Espera-se do executado, diante do anúncio de agravamento na sua esfera de direitos, que cumpra a determinação. Pode-se afirmar que o contraditório prévio é a essência da coerção na medida em que se almeja o cumprimento da determinação e não a aplicação da sanção²¹.

Nesse aspecto, sem a prévia comunicação do executado, a coerção propriamente dita resta comprometida: a ordem natural dos fatores é evidente; primeiro se ameaça e, depois – ante o descumprimento – se pune. Por isso, postergar o contraditório para momento posterior à aplicação da sanção, por certo subverte a lógica e os desígnios das medidas coercitivas²².

Ainda, verifica-se uma necessidade de prestígio a garantia constitucional do contraditório. O código de processo civil, como já ressaltado, previu de forma expressa o contraditório substancial, o dever de informação e a vedação das “decisões-surpresa”.

Nesse sentido é o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em julgado do RHC 97.876/SP²³:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS. CPC/2015. INTERPRETAÇÃO CONSENTÂNEA COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL. SUBSIDIARIEDADE, NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. RETENÇÃO DE PASSAPORTE. COAÇÃO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM. SUSPENSÃO DA CNH. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

6. Nesse sentido, para que o julgador se utilize de meios executivos atípicos, a decisão deve ser fundamentada e sujeita ao contraditório, demonstrando-se a excepcionalidade da medida adotada em razão da ineficácia dos meios executivos típicos, sob pena de configurar-se como sanção processual.

4. Aplicação das medidas coercitivas atípicas em Cumprimento de Sentença e Execução de Título Extrajudicial

Além da questão acerca da aplicação de ofício das medidas coercitivas atípicas, que como já explicado anteriormente, travou uma discussão em razão do enunciado do dispositivo, surgiu, também, outra ponderação acerca da possibilidade ou não da aplicação das medidas em execuções lastreadas em título executivo extrajudicial.

20 BORGES, Marcus Vinícius Mottes. Medidas Coercitivas Atípicas nas Execuções Pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015 – 1ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 265.

21 BORGES, Marcus Vinícius Mottes. Medidas Coercitivas Atípicas nas Execuções Pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015 – 1ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 266.

22 Ibidem 21

23 https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85939494&num_registro=201801040236&data=20180809&tipo=5&formato=PDF

Tal fato se deve a expressão “ordem judicial” que consta no dispositivo em análise e que poderia remeter à limitação do âmbito de incidência das medidas coercitivas atípicas à execução de título executivo judicial. O principal argumento levantado consiste viés protetivo do legislador para com os devedores de títulos extrajudiciais, pelo fato de o título executivo não ser oriundo de antecedente atividade jurisdicional, o que gera certa insegurança jurídica²⁴.

No entanto, esse entendimento nos parecer superado pelo teor do enunciado 48 do ENFAM²⁵ e 12 do FPPC²⁶, somado ao fato, de que as medidas coercitivas atípicas surgiram para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional e, essa efetividade, também é garantida para as execuções lastreadas em título executivo extrajudicial, a fim de garantir a paridade entre os procedimentos.

5. Critérios para a aplicação de medidas coercitivas atípicas: postulados, princípios e requisitos.

A análise de critérios para a aplicação adequada das medidas coercitiva atípica ganha relevo quando se está diante de uma cláusula geral, como é o caso do art. 139, IV do Código de Processo Civil. A atividade do julgador consistirá em enfrentar as circunstâncias da questão *in concreto* pelos prismas dos postulados da razoabilidade, proporcionalidade e da proibição do excesso²⁷.

Como ensina Humberto de Ávila²⁸, o postulado é uma norma que atua sobre a aplicação de outras normas. A proporcionalidade e razoabilidade seriam postulados normativos, e não princípios, segundo essa concepção.

O postulado da proporcionalidade se manifesta nas situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivos do direito fundamental afetado?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)²⁹.

O postulado da razoabilidade também deve presidir a escolha da medida executiva a ser utilizada. Trata-se de postulado que se revela de três formas: (a) como dever de equidade, a exigir a harmonização da norma geral com o caso individual, impondo a consideração daquilo que normalmente acontece em detrimento das especificidades do caso concreto ante a generalidade da norma; (b) como dever de congruência, a exigir que a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação (isto é,

24 BORGES, Marcus Vinícius Mottes. Medidas Coercitivas Atípicas nas Execuções Pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015 – 1ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 218.

25 Enunciado 48, ENFAM: O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, 2 permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.

26 A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em 1 qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação ao contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, §1º, I e II.

27 BORGES, Marcus Vinícius Mottes. Medidas Coercitivas Atípicas nas Execuções Pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015 – 1ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 323.

28 ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 5ª Edição – São Paulo: Editora Malheiros, 2006 – p. 121.

29 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito processual civil: execução – 9ª Ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p. 113.

com a realidade com base em que foram editadas) e (c) como dever de equivalência, a exigir uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona³⁰.

Assim, como dever de congruência, o postulado da razoabilidade impõe a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação, bem como, passa a exigir uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada, ou seja, busca-se impedir a desvinculação do meio elegido com a realidade e, ainda, a utilização de razões arbitrárias e a subversão dos procedimentos institucionais³¹.

O último dos postulados a ser observado é a proibição do excesso, que se trata de parâmetro de determinação e ponderação das medidas coercitivas atípicas. A proibição do excesso invoca que a efetivação de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir a restrição de um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia. Portanto, estabelece-se um núcleo rígido e inviolável de direitos fundamentais, o qual não poderá sofrer nenhuma restrição ou invasão, independentemente da finalidade almejada³².

Insta salientar que, a diferença que se verifica entre a atuação do postulado da proporcionalidade e a da proibição do excesso reside no fato de que aquele opera entre o núcleo essencial do direito fundamental envolvido – mas sem tangenciá-lo ou tocá-lo – e a linha que representa o menor grau de restrição deste direito, ou seja, o postulado da proporcionalidade atua num âmbito a partir do qual o núcleo essencial do princípio fundamental restringido está preservado.³³

Ainda, é necessário também se observar o princípio da eficiência, previsto no art. 37 da Constituição Federal e art. 8º do Código de Processo Civil. A sua aplicação no processo jurisdicional, impõe condução eficiente de um determinado processo pelo órgão jurisdicional. Pode-se sintetizar a “eficiência”, meta a ser alcançada por esse princípio, como o resultado de uma atuação que observa dois deveres: (a) o de observar o máximo de um fim com o mínimo de recursos e (b) o de, com um meio, atingir o fim máximo³⁴.

Ou seja, o princípio da eficiência deve ser aplicado de forma a garantir que a medida coercitiva atípica adotada no trâmite do processo, seja o de satisfazer a tutela jurisdicional e, não a de apenas onerar o executado³⁵.

Além dos postulados e do princípio já citado, o órgão julgador deverá sempre e necessariamente observar o princípio da menor onerosidade na execução, previsto no artigo 805 do Código de Processo Civil: havendo duas opções igualmente eficazes para permitir alcançar o resultado pretendido (satisfação do crédito), deverá o órgão julgador valer-se daquela que menos onere a situação do executado. Esse prin-

30 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito processual civil: execução – 9ª Ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p. 114.

31 BORGES, Marcus Vinícius Mottes. Medidas Coercitivas Atípicas nas Execuções Pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015 – 1ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 339.

32 Ibidem 31

33 Ibidem 32

34 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito processual civil: execução – 9ª Ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p. 115.

35 RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL E REPARAÇÃO POR DANO MATERIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. QUANTIA CERTA. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO. DELINEAMENTO DE DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA SUA APLICAÇÃO.[...] **6. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade. [...].** Precedentes. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. - REsp nº 1.782.418

cípio protege a ética processual, a lealdade, impedindo o comportamento abusivo do exequente que, sem qualquer vantagem, possa beneficiar-se de meio executivo mais danoso ao executado³⁶.

Por fim, também, verifica-se a necessidade de observância a dois requisitos para a aplicação das medidas coercitivas atípicas, a necessidade e a pertinência, como explica Olavo de Oliveira Neto³⁷:

“O primeiro requisito que deve estar presente para que o juiz determine a aplicação de uma medida coercitiva é a necessidade de sua utilização, representada pela exigência da aplicação de coerção como meio apto à obtenção da alteração do mundo empírico e, conseqüentemente, da satisfação da prestação não adimplida. [...] As razões que levam a aquilatar a presença dessa necessidade, em se tratando de medida coercitiva inominada ou atípica, que não está prevista pela Lei, mas que vai modificar ou preparar a modificação do mundo empírico devem obrigatoriamente estar indicadas pelo exequente na petição que pleiteia a medida e constar do pronunciamento judicial que a determina, tudo no sentido de justificar a sua aplicação no caso concreto. Em outras palavras, a decisão que aplica a medida deve versar sobre a necessidade do emprego de um meio de forçar o destinatário a cumprir com a prestação não adimplida ou com a determinação judicial, sem o que não seria alcançada a efetividade da tutela prestada.”

(...)

“O segundo requisito é a pertinência da medida, que deve ser plenamente adequada à situação de fato que autoriza a sua imposição, isto é, deve ser uma “justa medida” ou uma “exata medida” em face do caso concreto. Na visão da tradicional e notória lição de Giuseppe Chiovenda a medida constritiva deve “dar aquilo e exatamente aquilo” que se demonstrar necessário à efetivação da prestação não adimplida ou da determinação judicial. Se der menos estará subtraindo do seu requerente parte do seu direito e, em consequência, negando tutela jurisdicional e ofendendo o princípio do Acesso à Justiça, mas se der mais estará convertendo o processo em causa de enriquecimento sem causa, o que também ofende o ordenamento jurídico. [...] Se medida não surtir resultado prático em prol da satisfação parcial ou total da atividade executiva, então não será adequada para aplicação no caso concreto. É o que se dá, por exemplo, com a fixação de multa diária para forçar o cumprimento da prestação pecuniária em face daquele que não tem patrimônio, já que tal circunstância torna inócuo o potencial de coercibilidade da medida.”

Verifica-se que a orientação do exposto acima é o sentido no qual o Superior Tribunal de Justiça³⁸ vem adotando para justificar a aplicação das medidas coercitivas atípicas, utilizando-se como um dos requisitos “indícios de que o devedor esteja ocultando patrimônio”, justamente com o fito de garantir a efetividade da medida aplicada, haja vista que em se tratando de devedor insolvente a coerção terá finalidade, exclusiva, de sanção e não de obtenção da tutela jurisdicional.

6. Medidas coercitivas típicas e atípicas.

O sentido de tipicidade das medidas coercitivas indica que se trata do conjunto dos meios expressamente previstos pela lei, cuja aplicação tem finalidade de forçar o destinatário da medida a cumprir com uma prestação não adimplida ou atender uma determinação judicial. Em outros termos, se uma medida está prevista na lei ela é classificada como uma medida coercitiva típica, enquanto as que decorrem do Poder Geral de Coerção, objeto do art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, que não estão expressamente disciplinadas pela lei, são denominadas de medidas coercitivas atípicas³⁹.

36 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito processual civil: execução – 9ª Ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p. 115.

37 OLIVEIRA NETO, Olavo de. O poder geral de coerção – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 235-236.

38 RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL E REPARAÇÃO POR DANO MATERIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. QUANTIA CERTA. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO. DELINEAMENTO DE DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA SUA APLICAÇÃO.[...] 6. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade. [...]. Precedentes. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. - REsp nº 1.782.418

39 OLIVEIRA NETO, Olavo de. O poder geral de coerção – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 263.

O art. 139, IV do Código de Processo Civil, trata-se de uma regra que demonstra que o CPC/2015 passou a admitir de forma expressa, uma verdadeira regra de flexibilização das técnicas executivas, permitindo ao magistrado, consoante as peculiaridades do caso concreto, modificar o modelo preestabelecido pelo Código, determinando a adoção, sempre de forma fundamentada, dos mecanismos que se mostrem mais adequados para a satisfação do direito⁴⁰.

No entanto, há entendimento na doutrina no sentido de que a adoção de medidas coercitivas atípicas, ou seja, sem previsão no texto legal, importam em inconstitucionalidade, conforme defende Araken de Assis:

“O direito brasileiro consagra o princípio da tipicidade dos meios executórios. Não pode ser diferente, porque a CF/1988 tem feição garantista e o art. 5º, LIV, exige que a privação de bens obedeça ao devido processo legal. A tese da relativa atipicidade, defendida com base na regra equivalente ao atual art. 536, §1º, esbarra na fatal de exemplos práticos convincentes e, ainda, nos valores consagrados na CF/1988. (...) O art. 139, IV, parece ter ampliado o imperium judicial, autorizando o órgão judicial a adotar “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias” tendentes ao cumprimento dos pronunciamentos, “inclusive nas ações que tenham por objeto a prestação pecuniária”. Em relação ao art. 536, §1º, a novidade consiste na extensão dessas medidas à execução das obrigações de pagar quantia certa. É duvidosa, senão patente, a inconstitucionalidade do dispositivo. É bem de ver que, nos casos de coerção pessoal (prisão) ou patrimonial (astreinte), os efeitos jurídicos são predeterminados: (a) prisão por determinado tempo e (b) formação de crédito pecuniário, por sua vez exequível à medida que hajam bens penhoráveis no patrimônio do executado. Essa predeterminação torna essas medidas compatíveis com o art. 5º, LIV, da CF. Ao invés, a aplicação do art. 139, IV, a par de gerar abusos dificilmente controláveis (v.g. a privação do sono, para induzir a desocupação de imóvel; a apreensão de passaporte de quem trabalha no exterior e a carteira nacional de habilitação do motorista profissional), carece dessas características. E, a mais das vezes, traduzirá pena civil, sem precisão específica, em razão do inadimplemento “culposo” e arrogantemente ostensivo. (...) E não parece exato que, além da pressão psicológica da prisão ou da multa, outras medidas atinjam a pessoa e, não, o patrimônio do executado.”

7. Necessidade de esgotamento das medidas típicas para aplicação das medidas coercitivas atípicas.

7.1. Nas obrigações de fazer ou não fazer e entrega de coisa distinta de dinheiro.

A controvérsia quanto à subsidiariedade da aplicação das medidas atípicas gira em torno da possibilidade, ou não, de utilização dessas medidas antes de esgotadas as tentativas de recebimento da obrigação pecuniária por meio das medidas típicas expropriatórias.

No entanto, não nos parece ser o caso para as obrigações de fazer ou não fazer e entrega de coisa distinta de dinheiro.

Isto porque, o procedimento executivo para esses tipos de obrigações, se mostra legalmente atípico pelo teor dos artigos 536, §1º e 538 do CPC, *in verbis*:

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§1º Para atender o disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedi-

⁴⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil – 3ª Edição – São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 192.

mento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Art. 538. Não cumprida a obrigação de entregar coisa no prazo estabelecido na sentença, será expedido mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse em favor do credor, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

(...)

§3º Aplicam-se ao procedimento previsto neste artigo, no que couber, as disposições sobre o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer.

7.2. Nas obrigações de pagar quantia:

A controvérsia acerca da aplicação subsidiária ou não das medidas coercitivas atípicas, trava-se no espinhoso campo das execuções de obrigações pecuniárias.

Como em todo tema polêmico, existem entendimentos doutrinários em ambos os sentidos. A parcela da doutrina que entende pela ausência de necessidade de esgotamento dos meios típicos, sustenta que o artigo 139, IV rompeu a lógica da tipicidade como regra.

A defesa da aplicação da técnica processual mais adequada ao cumprimento do direito fundamental à tutela efetiva dos direitos do credor é a nota mais marcante deste entendimento, de forma que o juiz não estaria adstrito ao uso primário das medidas típicas, sendo inconcebível a ausência de isonomia entre credores de diferentes tipos de obrigações no tocante à disponibilidade de técnicas processuais executivas⁴¹.

No entanto, por outro lado é defensável a aplicação subsidiária das medidas coercitivas atípicas nas obrigações pecuniárias, os argumentos que sustentam essa posição são os seguintes: (a) para as execuções de pagar, por expressa previsão legal, o meio executório a ser inicialmente utilizado é o da expropriação; (b) se assim não fosse, o legislador não teria sido tão detalhista ao pormenorizar as formas de expropriação, bem como as formalidades para sua utilização; (c) não pode ser desprezado o fato de que o Código de Processo Civil, ter criado o procedimento executivo pecuniário obedecendo à tradição da técnica expropriatória; (d) pelo Código de Processo Civil não resta claro que a atipicidade dos meios executórios pode ser considerada regra geral para as execuções pecuniárias.

Nesse sentido é o entendimento firmado por Marcus Vinicius Motter Borges⁴² em sua obra que se dedica a estudar o tema:

“Mesmo respeitando os abalizados entendimentos doutrinários no sentido de ser desnecessária a subsidiariedade na aplicação das medidas atípicas, parece mais correta a tese da utilização supletiva e residual de referidas medidas nas obrigações pagar.

(...)

Não se pode olvidar que o CPC/1939 e o CPC/1973, este na sua redação original, foram influenciados pelos ideais, surgidos no Estado Liberal e disseminados pelo mundo nos séculos seguintes, de segurança jurídica e de preservação da autonomia dos indivíduos. E, para tanto, sobretudo em sede de atividade executiva, a previsibilidade dos meios executórios e seu enlace a um determinado tipo

41 BORGES, Marcus Vinicius Mottes. Medidas Coercitivas Atípicas nas Execuções Pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015 – 1ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 236.

42 BORGES, Marcus Vinicius Mottes. Medidas Coercitivas Atípicas nas Execuções Pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015 – 1ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 239

de obrigação eram essenciais. Para cada tipo de obrigação inadimplida, existia um respectivo meio executório previsto: o sistema processual executivo nacional se configurou assim.

As reformas processuais ocorridas no CPC/73, como analisado, foram paulatinamente alterando essa concepção exclusivamente típica, mas é impossível negar a influência dessa lógica até os dias de hoje. As mencionadas alterações legislativas trouxeram a atipicidade para as obrigações específicas, mas nada dispuseram acerca das obrigações pecuniárias. Nesse contexto, encerrou-se o sistema processual do CPC/1973 com a expropriação sendo técnica quase que exclusiva para as obrigações pecuniárias, à exceção da multa de 10% no cumprimento de sentença.

Em que pese a expressa literalidade da redação do art. 139, inciso IV, no tocante às obrigações pecuniárias, não parece crível entender que o CPC/2015 tenha rompido obliquamente – em todos os sentidos, mas em especial quanto à execução pecuniária – com o sistema anterior. A consequência disso é que, na concepção do atual sistema executivo – justamente pelo não rompimento e pela influência dos sistemas anteriores –, foi mantido o enlace entre as execuções pecuniárias e os meios de expropriação. Aliás, se assim não fosse, talvez o legislador não estivesse tão preocupado em se atrelar a execução pecuniária ao meio de expropriação, nas suas formalidades e nos seus meandros.”

Dessa forma, antes de pleitear pela adoção de qualquer medida coercitiva atípica, em se tratando de obrigação pecuniária, deve a parte exequente demonstrar que houve frustração da satisfação da execução pelos meios da expropriação.

Ou seja, como conclui Geraldo Fonseca de Barros Neto ⁴³sobre o tema:

“O uso das medidas atípicas não serve para todas as execuções; não deve tomar o lugar do caminho previsto para lei. Há necessidade de o exequente demonstrar a excepcionalidade do caso concreto em seu requerimento de adoção das medidas atípicas, como o esgotamento dos meios próprios e evidências de que o executado tem condições e patrimônio para responder pela dívida, mas não o faz maliciosamente.”.

Por fim, insta salientar que a jurisprudência brasileira⁴⁴ vem se consolidando no sentido de que há necessidade de prévio esgotamento das medidas coercitivas típicas, para que então se faça a adoção e aplicação do art. 139, inciso IV do Código de Processo Civil.

43 BARROS NETO, Geraldo Fonseca. Notas sobre a execução indireta da obrigação de pagar quantia. *IN*: Lucón, Paulo Henrique dos Santos; Oliveira, Pedro Miranda de. (Coordenadores). *Panorama Atual do Novo CPC*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

44 RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL E REPARAÇÃO POR DANO MATERIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. QUANTIA CERTA. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO. DELINEAMENTO DE DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA SUA APLICAÇÃO.! 1. Ação distribuída em 10/6/2011. Recurso especial interposto em 25/5/2018. Autos conclusos à Relatora em 3/12/2018.! 2. O propósito recursal é definir se, na fase de cumprimento de sentença, a suspensão da carteira nacional de habilitação e a retenção do passaporte do devedor de obrigação de pagar quantia são medidas viáveis de serem adotadas pelo juiz condutor do processo.! 3. O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV).! 4. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção indiscriminada de qualquer medida executiva, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos.! 5. De acordo com o entendimento do STJ, as modernas regras de processo, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Precedente específico.! 6. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade.! 7. Situação concreta em que o Tribunal a quo indeferiu o pedido do exequente de adoção de medidas executivas atípicas sob o singular fundamento de que a responsabilidade do devedor por suas dívidas diz respeito apenas ao aspecto patrimonial, e não pessoal.! 8. Como essa circunstância não se coaduna com o entendimento propugnado neste julgamento, é de rigor – à vista da impossibilidade de esta Corte revolver o conteúdo fático-probatório dos autos – o retorno dos autos para que se proceda a novo exame da questão.! 9. De se consignar, por derradeiro, que o STJ tem reconhecido que tanto a medida de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação quanto a de apreensão do passaporte do devedor recalcitrante não estão, em abstrato e de modo geral, obstadas de serem adotadas pelo juiz condutor do processo executivo, devendo, contudo, observar-se o preenchimento dos pressupostos ora assentados. Precedentes. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

8. As hipóteses (mais comuns) de medidas coercitivas atípicas:

8.1. A prisão civil

Como se sabe a Constituição Federal proíbe a prisão civil por dívida, havendo possibilidade, tão somente, para os casos de dívida alimentar. No entanto, a discussão sobre o tema tem relação com o significado do termo “dívida” utilizada pelo dispositivo constitucional, sobre a problemática explica Marcelo Lima Guerra⁴⁵:

“O inciso LVII do art. 5º da CF dispõe que ‘não haverá prisão civil, por dívida, salvo...’. Não se pode ignorar que a expressão “dívida” admite ser compreendida em dois significados, distintos, a saber: como obrigação de pagar quantia e como obrigação civil. Também não se pode desconhecer que, dependendo do significado a ser atribuído a expressão “dívida” o sentido e o alcance do referido dispositivo legal variará radicalmente:

- (a) Compreendendo-se “dívida” como obrigação de pagar quantia, a vedação imposta no inciso LVII do art. 5º da CF não exclui a possibilidade de ser admitida no ordenamento o uso de prisão civil para tutela de outras obrigações, sobretudo de fazer ou não fazer;
- (b) “Compreendendo-se “dívida” como obrigação civil, então a vedação do dispositivo em questão é absoluta, isto é exclui o uso de prisão civil fora das hipóteses ali indicadas.”

A questão possui grande controvérsia uma vez que se esta diante de um dos direitos mais importantes do ser humano, o direito à liberdade, de forma que a aplicação desta medida é algo que demanda grande discussão.

Neste momento, temos que a conclusão é a de Fredie Didier Junior⁴⁶, no sentido de ser possível a prisão civil do devedor, como forma excepcional e fixados alguns parâmetros:

“Daí a nossa conclusão de que, excepcionalmente, é possível a utilização da prisão civil como medida coercitiva atípica. Essa opção não representa, em absoluto, desprezo à liberdade individual. Apenas significa dizer que a liberdade individual não é (e não pode ser) um valor absoluto, de modo que ela deve, sim, ser protegida, mas pode também ser restringida nos casos em que a prisão civil se mostrar o único meio idôneo necessário e razoável à realização de outros direitos fundamentais.

É preciso, no entanto, delimitar alguns parâmetros:

- a) Somente se pode falar em prisão civil como medida coercitiva atípica quando o bem que por meio dela se pretende tutelar mostrar-se no caso concreto, mais relevante que a liberdade pessoal do devedor. Assim, a excepcionalidade da medida impõe que ela só possa ser aplicada em casos onde haja colisão concreta com a liberdade individual do devedor e direito como a vida, a saúde, a integridade física ou psicológica, igualdade de raça e gênero, dentre outros. A ponderação de interesses deve ser feita e modo claro e profundo na fundamentação da decisão
- (...)
- c) Não cabe prisão civil como medida coercitiva para forçar o cumprimento de obrigação com conteúdo patrimonial, ainda que não pecuniário, ou extracontratual. (...).”

8.2. A multa como medida coercitiva atípica na execução de pagar quantia.

Questiona-se a possibilidade de fixação de multa – astreinte – como força de medida de coerção atípica nas obrigações pecuniárias como forma de se buscar a satisfação do débito.

No entanto, em análise ao caso, não nos parece adequada à aplicação de multa, a qual se trata

45 GUERRA, Marcelo Lima. Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil. Cit., p. 135.

46 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito processual civil: execução – 9ª Ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2019; p. 133-134.

de medida coercitiva típica apenas as execuções de fazer ou não ou de entrega de coisa distinta de dinheiro conforme expressa previsão na legislação processual brasileira⁴⁷.

Isto porque nas execuções de obrigações pecuniárias, a imposição de multa revela-se como medida punitiva. A imposição de multa, nesses casos, tem o efeito de aumentar o valor da dívida cobrada. Somado ao fato de que já há uma multa para casos de inadimplemento nas obrigações pecuniárias, que se trata da multa de 10% do artigo 523 do Código de Processo Civil⁴⁸.

Ainda, é certo que a fixação de uma multa com base no artigo 139, IV do CPC nas obrigações pecuniárias importa em inobservância ao princípio da proibição do excesso como acentua Fredie Didier⁴⁹:

“Permitir que o juiz, com base no art. 139, IV, do CPC imponha outra multa, a pretexto de compelir o devedor de quantia ao pagamento, viola o princípio da proibição do excesso, por constituir *bis in idem* punitivo.

(...)

Além disso, a multa coercitiva do art. 523, §1º do CPC, é medida de execução típica. Não pode o órgão julgador determinar, como medida executiva atípica, essa multa típica, regulada pela lei, de outro modo.”

No entanto, Didier⁵⁰ pontua uma forma de possibilidade de fixação da multa, como medida atípica, em execução pecuniária, como forma de impor o cumprimento de deveres processuais do executado, mas não do dever de quantia. Nesse caso, como não se trata de efetivação do crédito executado (prestação pecuniária), mas de prestações de diversa natureza (fazer ou não fazer) a medida atípica pode ser usada diretamente e, não subsidiariamente.

Verifica-se, inclusive, que é nesse sentido que a jurisprudência⁵¹ vem se firmando, afastando-se a possibilidade de imposição de multa em execuções pecuniárias, diante da possibilidade de se agravar a situação do devedor e, de que a medida coercitiva, acabe por não surtir o efeito prático pretendido.

Ainda, é certo que há discussões em torno da destinação do valor arrecado a título de multa, haja vista que caso o destinatário do montante venha a ser a parte de forma exclusiva, a medida coercitiva atípica pode ter sua eficácia reduzida, uma vez que o valor da multa pode se tornar realmente mais importante do que a satisfação da própria execução que ensejou a fase executória⁵².

47 Artigos 536, §1º e 537, CPC c.c art. 538, §3º do CPC.

48 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito processual civil: execução – 9ª Ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2019; p. 128.

49 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito processual civil: execução – 9ª Ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2019; p. 129.

50 Ibidem 49

51 AGRADO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO COMINATORIA. TRATAMENTO MÉDICO. PAGAMENTO PELO USUÁRIO. REEMBOLSO. OBRIGAÇÃO DE PAGAR. ASTREINTES. DESCABIMENTO.

1. As astreintes constituem medida de execução indireta e são impostas para a efetivação da tutela específica perseguida ou para a obtenção de resultado prático equivalente nas ações de obrigação de fazer ou não fazer. Logo, tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, é inaplicável a imposição de multa para coagir o devedor ao seu cumprimento, devendo o credor valer-se de outros procedimentos para receber o que entende devido.

2. Não são devidas astreintes quando a obrigação de fazer é satisfeita tempestivamente, seja pelo usuário, seja pela operadora de plano de saúde, não podendo a multa do art. 461 do CPC/1973 incidir nas hipóteses de obrigação de pagar quantia certa, a exemplo do reembolso de tratamento médico.3. Agravo interno não provido. Agravo Interno no Recurso Especial 1.324.029/MG - publicação 16.06.2016:

52 OLIVEIRA NETO, Olavo de. O poder geral de coerção – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 297.

8.3. Apreensão de documentos pessoais do devedor: passaporte e carteira nacional de habilitação.

Dentre as medidas coercitivas atípicas que atingem a liberdade individual e a livre circulação, a que ganhou mais atenção no cenário jurídico, foi a possibilidade de apreensão do passaporte, cuja finalidade é forçar o destinatário da medida a satisfazer uma pretensão ou a cumprir uma determinação judicial, sob pena de ficar impedido de realizar viagens internacionais.

Há dentro do tema, grandes discussões no sentido de que a apreensão de um documento como o passaporte atinge a órbita dos direitos e garantias constitucionais, de forma se trataria de uma medida coercitiva atípica exagerada, contudo, Olavo de Oliveira Neto⁵³ defende a aplicação:

“A proibição de sair do Brasil, efetivada mediante a apreensão do passaporte, com o devido respeito àqueles que pensam em sentido contrário, não ofende nem o modelo constitucional do processo nem a legislação infraconstitucional. Não se trata de limitação à liberdade, mas sim de limitação à livre circulação, o que ocorre corriqueiramente por parte da própria lei e de posturas administrativas. Assim não fosse a restrição à livre circulação que decorre do direito de propriedade, vedando a invasão de domicílio, seria inconstitucional, uma vez que o direito fundamental à liberdade normalmente prevalece sobre o direito fundamental à propriedade.

Mas mesmo que se tratasse de uma restrição à liberdade, repita-se, assim como se dá com todos os demais direitos fundamentais, também o direito fundamental à liberdade não é absoluto e comporta restrições decorrentes de sua harmonização com outros direitos fundamentais. Em um país como o Brasil, no qual um quarto da população ainda vive abaixo da linha miséria, quem são as pessoas que viajam para o exterior? Nessa ínfima parcela da população encontramos pouquíssimas pessoas que viajam por motivos de ordem profissional e a esmagadora maioria que viaja para fazer turismo em outros países. Como aqueles que têm renda suficiente para realizar esse tipo de viagem com certeza também têm renda suficiente para pagar aos seus credores.”

Em que pese à jurisprudência sobre o tema ainda não ser uníssona, o Superior Tribunal de Justiça⁵⁴ já decidiu pela impossibilidade de apreensão do passaporte do devedor, sob justificativa de que tal medida se revelaria ilegal e arbitrária por atingir uma esfera de direitos constitucionais.

No entanto, entendimento diverso é adotado para os casos em que se pretende a cassação da Carteira Nacional de Habilitação do devedor, isto porque, entende-se que proibir o indivíduo de dirigir veículo automotor não fere seu direito constitucional de ir e vir, haja vista que existem outros meios de transporte que possam garantir a locomoção do executado. Ademais, verifica-se que essa medida não revela de imediato, efeitos práticos e nem demonstra que o executado possua de alguma forma bens capazes de satisfazer a execução, sendo certo que essa medida apenas obteria resultado no sentido de causar algum incômodo ao devedor para que este realizasse a satisfação da obrigação.

8.4. Proibição de frequência a determinado local.

Ainda dentro das medidas coercitivas atípicas que possam ser limitadores a livre circulação, o que atinge diretamente a liberdade individual do devedor, seria a possibilidade de proibição de se frequen-

53 OLIVEIRA NETO, Olavo de. O poder geral de coerção – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 284.

54 RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 97.876 - SP (2018/0104023-6) - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS. CPC/2015. INTERPRETAÇÃO CONSENTÂNEA COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL. SUBSIDIARIEDADE, NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. RETENÇÃO DE PASSAPORTE. COAÇÃO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM. SUSPENSÃO DA CNH. NÃO CONHECIMENTO.

tar determinados locais, assim como ocorre no âmbito penal com a proibição de frequentar estádios de futebol ou de transitar em distância inferior pelo juízo no caso de violência doméstica.

Esse tipo de medida atípica ganhou destaque, principalmente, em execuções que tenham por obrigação o adimplemento de taxas condominiais e, já havia decisões do Superior Tribunal de Justiça⁵⁵ no sentido de que a proibição do condomínio ao condômino inadimplente de frequentar às áreas comuns do edifício, era uma vedação ilegal.

No entanto, já há entendimento doutrinário no sentido de que a ofensa ao direito fundamental da propriedade do condomínio, somente teria eficácia em relação às áreas comuns de uso essencial, não se aplicando as áreas comuns de recreação ou de lazer⁵⁶.

9. Negócio jurídico processual e as medidas coercitivas atípicas.

Além das grandes discussões que envolvem o teor do art. 139, IV do Código de Processo Civil, outro dispositivo, que também trouxe novidade ao Processo Civil Brasileiro, diz respeito possibilidade de as partes firmarem negócios jurídicos processuais sobre questões de procedimento, a fim de adequarem as suas necessidades, desde que sejam observados os requisitos para tanto.

E diante deste cenário, surgiu a indagação acerca da possibilidade de as partes celebrarem negócio jurídico que tenha por objeto a adoção de medidas coercitivas atípicas no âmbito de determinado processo.

A possibilidade de celebração de negócio jurídico está vinculada aos direitos disponíveis, não, podendo, portanto, as partes por meio de convenção, impedir que o Magistrado sancione os ilícitos processuais relacionados aos descumprimentos de decisões judiciais e ao embaraço da atividade executiva⁵⁷.

Porém, segundo Didier⁵⁸ haveria a possibilidade de firmar negócio jurídico processual, por exemplo, para que não houvesse a incidência de multa coercitiva em determinada obrigação, além de outras medidas executivas que podem vir a ser ou não aplicadas. Tal possibilidade é justificada no fato da execução ser pautada no interesse do credor, e dessa forma, ele pode estabelecer seus limites.

CONCLUSÃO

Como abordado ao longo dos capítulos do presente trabalho, verificou-se que a positivação de um artigo que trouxe a baile fase executória a possibilidade de se adotar medidas coercitivas atípicas, ou seja, que não possuem expressa previsão legal, para se buscar a efetividade da prestação jurisdicional.

No entanto, em decorrência de se tratar de uma cláusula geral executiva, ou seja, de teor vago e, dessa forma, de resultados inesperados, a aplicação dessas medidas deve ser dar com a observância a algumas diretrizes, com o objetivo de se impedir que sejam adotadas medidas que se mostrem extremamente prejudiciais e ineficazes e, que ainda, não se coadune com a obrigação que se pretende satisfazer.

55 STJ – Resp 1.564.030.

56 OLIVEIRA NETO, Olavo de. O poder geral de coerção – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 286.

57 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito processual civil: execução – 9ª Ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2019; p. 141.

58 Ibidem 58.

Assim, buscaram-se pontuar os principais requisitos, princípios e postulados que se observados, podem vir a garantir a aplicação adequada das medidas coercitivas atípicas. Bem como, também, apresentaram-se os principais pontos que se mostram controvertidos para adoção das medidas, quais sejam: a aplicação subsidiária nas obrigações de pagar, o contraditório prévio, as espécies de medidas coercitivas atípicas, entre outros.

Não se poder negar que o artigo sob análise se trata de grande aliado dos operadores do direito para ceifar do ordenamento jurídico as recalcitrâncias de descumprimento de determinações judiciais, a ocultação de bens de forma leviana, haja vista que haverá a possibilidade de se atingir à liberdade da vida privada do executado, o que vai além de se atentar contra o seu patrimônio.

Por essas razões, é que existem tantas diretrizes para que a aplicação dessas medidas, que devem ser feitas com as devidas cautelas, sob pena de se prejudicar ou beneficiar demais alguma parte. Por fim, é certo que somente com as decisões futuras dos órgãos jurisdicionais brasileiros é que será possível firmar maiores entendimentos sobre o tema e, assim, definir critérios a serem observados com vistas à garantir a aplicação adequada e legal do art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil.

BIBLIOGRAFIA

- DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito processual civil: execução – 9ª Ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2019;
- CABRAL, Antônio do Passo e CRAMER, Ronaldo. Comentários ao Código de Processo Civil – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016;
- BORGES, Marcus Vinícius Mottes. Medidas Coercitivas Atípicas nas Execuções Pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015 – 1ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019;
- OLIVEIRA NETO, Olavo de. O poder geral de coerção – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil – 3ª Edição – São Paulo: Editora Saraiva, 2017;
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, Volume III – 50ª Edição – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017;
- WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil, Volume 3 – 16ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017;
- ASSIS, Araken de. Manual da Execução – 20ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018;
- BARROS NETO, Geraldo Fonseca. Notas sobre a execução indireta da obrigação de pagar quantia. *IN*: Lucón, Paulo Henrique dos Santos; Oliveira, Pedro Miranda de. (Coordenadores). *Panorama Atual do Novo CPC*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 5ª Edição – São Paulo: Editora Malheiros, 2006
- NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 11ª Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

A CONSENSUALIDADE NO ÂMBITO DO PODER PÚBLICO: UM PODER-DEVER DE ORDEM PROCESSUAL E CONSTITUCIONAL

Kemi Helena Bomor Maro¹

RESUMO

O presente trabalho apresenta a evolução do conceito do princípio do acesso à justiça, as alterações legislativas que objetivaram a desjudicialização e o estímulo à adoção de meios alternativos para a resolução dos conflitos. Destaca-se a inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 e pela Lei Federal n. 13.140/2015 para criação de câmaras de autocomposição de conflitos envolvendo a Administração Pública. Partindo do fato de que o Poder Público figura como um dos maiores litigantes do país, faz-se a reflexão quanto ao papel a ser desempenhado pelos advogados públicos na consensualidade da Administração Pública.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Desjudicialização. Meios Alternativos. Administração Pública. Consensualidade. Câmaras de Autocomposição. Advogado Público.

ABSTRACT

The present work presents the evolution of the concept of the principle of access to justice, the legislative changes that aimed at the dejudicialization of certain themes and the encouragement of the adoption of alternative means for resolving conflicts. The innovation brought by 2015 Civil Process Code and Federal Law n. 13.140/2015 for the creation of self-composition chambers of conflicts involving Public Administration stands out. Starting from the fact that the Public Power appears as one of the biggest litigants in the country, the reflection is made regarding the role played by public lawyers in the consensus of Public Administration.

Keywords: Access to Justice. Dejudicialization. Alternative Means. Public Administration. Consensuality. Self-Composing Chambers. Public Attorney.

SUMÁRIO

Introdução – 1. O princípio do acesso à justiça e as ferramentas de desjudicialização. 1.1 Acesso à justiça. Conceito e evolução. 1.2 Ferramentas de desjudicialização - 2. O sistema multiportas no CPC/2015. 2.1. Conceito e distinção dos meios alternativos de composição de conflitos. 2.2 A Política

¹ Especialista em Direito Tributário pela UNAES - Centro Universitário de Campo Grande-MS. Especialista em Advocacia Pública pelo IDDE - Instituto para o Desenvolvimento Democrático de Belo Horizonte-MG. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Bacharel em Direito pela UNAES - Centro Universitário de Campo Grande. Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul.

Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos - 3. Câmaras de autocomposição na Administração Pública - 4. Fundamentos para a consensualidade na Administração Pública - 5. Peculiaridades da mediação envolvendo o Poder Público. 5.1 Confidencialidade. 5.2. Autonomia da vontade. 5.3 Irretratabilidade – 6. Casos práticos de adoção de medidas consensuais pelo Poder Público no Brasil - 7. O papel do advogado público na condução da consensualidade da Administração Pública – Conclusão – Referências.

INTRODUÇÃO

De longa data, o congestionamento processual no Poder Judiciário tem prejudicado os cidadãos que depositam na justiça os seus anseios em busca de uma prestação jurisdicional justa, célere e eficaz.

E o Poder Público tem contribuído para esse assolamento de causas judiciais, consoante se extrai dos dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) intitulado “100 Maiores Litigantes”, do ano de 2012, tendo sido responsável por 39,26% (trinta e nove vírgula vinte e seis por cento) dos processos que chegaram à Justiça no ano de 2011².

No relatório “Supremo em Ação”, produzido pelo CNJ no ano de 2018, verifica-se que as pessoas jurídicas de direito público estão entre os dez maiores litigantes do Supremo Tribunal Federal³.

Assim, dada a cultura demandista enraizada no país, desponta a necessidade de mudança de paradigma em relação à atuação do Poder Público.

Com efeito, o acesso à ordem jurídica justa não se satisfaz com o simples ingresso nos órgãos judiciais, de modo que os conflitos devem ser tratados por meio de outros mecanismos.

Nessa toada, as recentes reformas legislativas, as quais foram empreendidas no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) e na Lei Federal n. 13.140/2015 (Lei de Mediação), trouxeram para o arcabouço legal uma permissão expressa de utilização de medidas consensuais como forma alternativa de composição de conflitos nas causas envolvendo a Administração Pública.

O presente trabalho parte do estudo de princípios constitucionais e processuais, da doutrina e da jurisprudência, aliado a uma interpretação sistemática da legislação com o fito de desmistificar o receio dos agentes públicos em empreender uma cultura em prol de uma Administração Consensual. Destaca-se que o estudo se atém a uma análise normativa, sem adentrar em questões econômicas, sociais e financeiras que possam ser consideradas pelo gestor.

Busca-se demonstrar, destarte, que a consensualidade nas relações do Poder Público é, não apenas constitucionalmente possível, recomendável, de maneira a concluir que a função administrativa, tão atrelada à legalidade, deve obediência às prescrições insertas no CPC/2015 e na Lei de Mediação.

Por fim, são pontuadas algumas peculiaridades do regime jurídico administrativo para a adoção da mediação no seio da Administração Pública como forma alternativa de solução de seus conflitos, destacando-se a importância do papel do advogado público nesse mister.

² Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 21 jan. 2020.

³ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2017/06/fd55c3e8cece47d9945bf147a7a6e985.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2020.

1 O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA E AS FERRAMENTAS DE DESJUDICIALIZAÇÃO

1.1 Acesso à justiça. Conceito e evolução.

O direito de acesso à justiça é garantido constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXXV, no qual se preconiza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O acesso à justiça, contudo, não pode se limitar ao seu aspecto formal, ou seja, a simples possibilidade de ingresso em juízo para a defesa de um direito de que se diz titular; ao revés, deve abarcar o aspecto material, qual seja, o acesso a um processo e a uma decisão justa.

A importância que se dá ao direito de acesso à justiça decorre do fato de que a ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas, de conteúdo e de função mistificadores.⁴

O CPC/2015, em seu artigo 3º, trouxe previsão semelhante ao disposto na Constituição da República de 1988 “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

Enquanto a Constituição da República de 1988 faz referência ao Poder Judiciário, o CPC/2015 alude à apreciação jurisdicional. Esta diferença é interpretada por alguns doutrinadores como remissão a uma categoria mais ampla capaz de solucionar os conflitos fora do Poder Judiciário.

Na visão de Stacanti, o dispositivo passa a permitir outras formas positivas de composição, pautadas no dever de cooperação das partes e envolvendo outros atores⁵.

Adotando o conceito teleológico da jurisdição, Guerrero afirma:

[...] há um entendimento de que a jurisdição seja considerada a partir de uma visão teleológica de aplicação do direito ao caso concreto como atividade central, independentemente da atuação direta do Estado. Pode-se dizer, a partir dessa interpretação, que a jurisdição é realizada por aquele que aplica o texto legal a uma situação concreta, seja sua função decorrente de uma função institucional ou da vontade das partes, desde que sejam respeitados alguns requisitos como o contraditório e a ampla defesa. É o conceito conhecido como teleológico de jurisdição.⁶

Dinamarco apresenta o conceito de “justiça parajurisdicional” no sentido de que a tutela jurisdicional fornecida pelo Estado não é o único meio de alcançar a ordem jurídica justa⁷.

De modo semelhante, posiciona-se Didier, para quem, as formas de solução de conflitos fora do Poder Judiciário são denominadas *equivalentes jurisdicionais*, porque, não sendo jurisdição, funcionam como técnica de tutela dos direitos, resolvendo conflitos ou certificando situações jurídicas.⁸

Na mesma linha de raciocínio, Marinoni afirma que a jurisdição é qualificada pelo poder do Estado e, dentro de um Estado de Direito, somente pode ser exercido pelos juízes. Assim, várias atividades

4 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Processo de Conhecimento*. V. 2. 7.ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 33.

5 PINHO, STACANTI, 2016, p. 20 *apud* DALLA, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 62.

6 GUERRERO, Luis Fernando. *Os métodos de solução de conflitos e o processo civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 18.

7 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V.1. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 121-122.

8 DIDIER JR, Freddie. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. V.1. 9.ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2008, p.74.

privadas podem levar à pacificação social, sem, contudo, serem qualificadas como jurisdicionais⁹.

Cândido Rangel Dinamarco destaca, desde há muito, a relevância de se emprestar “interpretação evolutiva aos princípios e garantias constitucionais do processo civil”, reconhecendo que “a evolução das ideias políticas e das fórmulas de convivência em sociedade” repercute necessariamente na leitura que deve ser feita dos princípios processuais constitucionais a cada época¹⁰.

Com propriedade, ensina Watanabe:

A busca da pacificação social não deve ser pensada como mera resolução de conflitos de maneira estanque, nem isolada ou unidirecional, mas como forma de alterar comportamentos, ser transformativa e multifacetada. Assim, o tratamento dos conflitos não deve se limitar à decisão adjudicada do juiz, cabendo notar que, em certas circunstâncias, pode ser mais adequado o uso de outros mecanismos (como a mediação, a conciliação ou a arbitragem), inclusive aqueles desenvolvidos por entidades públicas não pertencentes ao Poder Judiciário. Esse raciocínio contempla a ideia de atualização do conceito de acesso à justiça, qual seja, de acesso à ordem jurídica justa, que não se concretiza com o simples ingresso aos órgãos judiciais.¹¹

Desta feita, o acesso à via judicial deve ser preservado, mas não significa que deva ser a primeira e tampouco a única solução. O sistema judiciário deve ser usado em caráter subsidiário para evitar sua sobrecarga e, conseqüentemente, atender aos comandos de efetividade e de celeridade da prestação jurisdicional.

1.2 Ferramentas de desjudicialização.

O fenômeno da desjudicialização na sociedade brasileira vem sendo adotado pelo legislador, de modo sutil, desde a década de 70.

Com efeito, com a edição da Lei Federal n. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) houve a desjudicialização de ritos presentes nessa Lei.

Ao longo dos anos, o legislador brasileiro desjudicializou várias situações antes dependentes da prolação de decisão jurisdicional. Tome-se, como exemplo, a Lei Federal n. 8.560/1992 que permitiu o reconhecimento de paternidade direto no registro de nascimento; a consignação em pagamento extrajudicial, permitida com a Lei Federal n. 8.951/1994; o divórcio e o inventário extrajudiciais introduzidos pela Lei Federal n. 11.441/2007; o registro de nascimento tardio permitida com a Lei Federal n. 11.790/2008; dentre outros.

E o CPC/2015 manteve e acrescentou novas hipóteses de desjudicialização, como a usucapião (artigo 1.071); a demarcação e a divisão de terras (artigo 571); a homologação de penhor legal (artigo 703, §2º); dentre outros.

Pedroso¹² traz o seguinte esquema para explicar a desjudicialização, dividindo-a em três ramos:

9 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Processo de Conhecimento*. V 2. 7.ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 35.

10 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. I, p. 246.

11 WATANABE, Kazuo; SANTANA, Daldice; TAKAHASHI, Bruno. *A solução consensual do interesse público*. In: MO-RAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida (Coord.). *Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 343-353.

12 PEDROSO, 2002, p.14 *apud* DALLA, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. Op. cit, p. 65.

- a) a deslegalização;
- b) a informalização da justiça, onde se encontram os ADRs¹³; e
- c) a desjudicialização, que pode ser de três formas:
 - c.1) meios informais e recurso a não juízes nos processos em tribunal;
 - c.2) transferência de competência de resolução de litígios para instâncias não judiciais; e
 - c.3) transferência de resolução de litígios para velhas e novas profissões.

Para o mencionado autor a desjudicialização refere-se à resolução de litígio. As velhas questões devem ser desjudicializadas, de modo que as novas questões sejam judicializadas, permitindo, dentro do Poder Judiciário, que sejam abertas para novos debates.

Explica, ainda, que a desjudicialização surgiu como um dos meios alternativos de resolução de conflitos, ao lado da conciliação, mediação e arbitragem, sendo inicialmente um quarto modelo.

Percebe-se, pois, que é de longa data a preocupação do legislador com a redução das demandas submetidas ao crivo do Poder Judiciário.

2 O SISTEMA MULTIPORTAS NO CPC/2015

Embora de um ponto de vista cultural possam ser vistos como sintomas de crises relativas à verdade e à certeza, os meios autocompositivos (que entram no gênero *Alternative Dispute Resolution*) são normalmente apresentados como tendências gerais em termos de direito comparado e são bastante incentivados no CPC/2015¹⁴.

O CPC/2015 consagra o sistema de Justiça Multiportas no direito brasileiro, ao prescrever como norma fundamental do processo civil a solução consensual dos conflitos pelo Estado (§2º do artigo 3º) e afirmar no §3º do seu artigo 2º que *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*.

Percebe-se que a adoção dessa sistemática no processo civil brasileiro não implica dizer que há o fechamento da porta do judiciário, tendo em conta o princípio da inafastabilidade jurisdicional.

Ocorre que nem sempre a via jurisdicional apresenta-se como a melhor opção para resolução do conflito, razão pela qual o legislador estimula a adoção de métodos alternativos que sejam mais adequados para determinadas situações.

A concepção do modelo Multiportas ou Tribunal Multiportas (Multi-door Courthouse), desenvolvido por Frank Sander, no final dos anos de 1970, revela uma forma de organização do acesso à justiça e de organização do próprio Poder Judiciário, na qual este se torna um centro de resolução de conflitos, capaz de oferecer às partes diversos métodos, hipóteses e procedimentos de solução de demandas, cada um com suas vantagens e desvantagens, que devem ser levadas em consideração no momento da escolha, “em

¹³ *Alternative Dispute Resolution*, isto é, meios autocompositivos de resolução de conflitos.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. Op. Cit.V1, p. 140-141.

função das características específicas de cada conflito e das pessoas nele envolvidas”.¹⁵

No Tribunal Multiportas os processos distribuídos no Poder Judiciário são encaminhados para os mais adequados métodos de resolução de conflitos, economizando tempo e dinheiro, tanto para os tribunais quanto para os litigantes. Seu maior mérito é o de fazer imperar a pacificação, afastando a cultura da sentença e das soluções adjudicadas.¹⁶

Assim, na medida em que os próprios contendores conseguem chegar a um consenso, enxergando a percepção do outro sobre o problema e, reconhecendo, por vezes, os equívocos de seus atos, atinge-se a pacificação social, numa sistemática de ganha-ganha, na qual há colaboração das partes.

De outra banda, quando há prolação de decisão judicial, há uma imposição estatal, uma decisão que não agrada a ambos, em uma sistemática ganha-perde ou perde-perde, na qual se mantém a divergência entre as partes e não se alcança, de fato, a pacificação do conflito que pode perdurar por outras futuras relações entre os envolvidos.

Assim, é preciso assentar a ideia de um Estado-juiz minimalista. Cabe ao juiz assumir seu novo papel de gerenciador do conflito, de modo a orientar as partes, mostrando-lhes o mecanismo mais adequado para tratar aquela lide específica.¹⁷

2.1 Conceito e distinção dos meios alternativos de composição de conflitos.

A autocomposição pode ocorrer de forma espontânea (transação, reconhecimento jurídico do pedido e renúncia ao direito) ou de forma estimulada (conciliação e mediação).

O CNJ traz a seguinte definição de conciliação:

A conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes.¹⁸

A conciliação pressupõe a imparcialidade do conciliador, porém se permite que esse interfira na resolução do conflito, de modo a sugerir soluções.

Na negociação, os conflitantes encontram-se diretamente e, de acordo com as próprias estratégias e estilos, procuram resolver uma disputa ou planejar uma transação, mediante discussões que incluem argumentação e arazoamento¹⁹.

Na negociação, portanto, não há a figura de um terceiro interventor. As partes envolvidas, por si só, chegam a uma solução para a contenda.

15 LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta, 2014, p. 306 *apud* ALVAREZ, Anselmo Prieto; PIERONI, Fabrizio de Lima; SERPA, Luciane. *Estratégias do CPC/2015 para conter a litigiosidade repetitiva: expectativa e limites*. Revista dos Tribunais on line, vol. 276/2018, fev.2018, p. 8.

16 ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli, 2012, p. 247 *apud* ALVAREZ, Anselmo Prieto; PIERONI, Fabrizio de Lima; SERPA, Luciane. *Idem*.

17 HOFFMAN, 2006, p. 23 *apud* DALLA, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 63.

18 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/>. Acesso em: 6 jan. 2020.

19 TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 42.

Já a mediação de um conflito pode ser definida como intervenção construtiva de um terceiro imparcial junto às partes nele envolvidas, com vistas à busca de uma solução pelas próprias partes²⁰.

Para Maria de Nazareth Serpa:

A mediação é um processo informal, voluntário, em que um terceiro interventor, neutro, assiste os disputantes na resolução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através de neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso funciona como catalisador de disputas ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância desta.²¹

O legislador processual também apresenta algumas balizas para adoção da conciliação e da mediação.

O §2º do artigo 165 prevê que o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Busca-se atingir o consenso entre os envolvidos que, geralmente, não têm outra relação além do conflito posto. O resultado almejado é um acordo simples que coloque fim à disputa e que permita que cada um siga seu caminho com alguma satisfação²².

Na conciliação, o conciliador poderá “sugerir soluções para o litígio”. Na mediação, o mediador, “auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito”, conforme estabelecido pelo CPC/2015²³.

Por fim, a arbitragem afigura-se como outra forma heterocompositiva admitida no direito brasileiro, regulada por meio da Lei Federal n. 9.307/1996²⁴.

Consiste em uma alternativa ao sistema jurídico convencional formal em que um terceiro, capacitado tecnicamente, é eleito pelas partes com o intuito de mediar e de dirimir o conflito, estabelecendo aquilo que é o mais justo para o caso em apreço²⁵.

20 SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 55.

21 SERPA, Maria Nazareth. *Mediação, processo judicioso de resolução de conflitos*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito UFMG, 1997, p. 105.

22 SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Mediação e conciliação, produtividade e qualidade*. *Revista do Advogado da AASP: mediação e conciliação*, São Paulo, Ano XXXIV, n. 123, p. 40-47, ago. 2014. p. 42.

23 Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a auto-composição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

24 A lei de Arbitragem anuncia no seu art. 1º que “as pessoas capazes de contratar poderão valer -se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Esses litígios, segundo essa lei, podem ser julgados por “qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes” (art. 13, caput). Mais adiante, diz, ainda, que “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral” (art. 3.º). Além disso, tal lei deixou claro que a decisão do árbitro não precisa ser homologada pelo Judiciário e não pode ser nele novamente posta em discussão.

25 GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual de arbitragem e mediação: conciliação e negociação*. 4.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 44.

2.2 A Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos.

O CPC/2015 estimula formas autocompositivas de resolução de conflitos seja prevendo que, como regra, a citação do demandado no procedimento comum é para o comparecimento em audiência (e não mais para defender-se em juízo, com o que desestimula a formalização do litígio no processo logo em seu início, consoante posto no artigo 334), seja destacando a categoria dos conciliadores e dos mediadores, prevendo-os expressamente como auxiliares do juízo (artigos 165 a 175) e prevendo espaços apropriados para o desempenho de suas funções ao longo do procedimento (por exemplo, artigo 334)²⁶.

O CNJ instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, por meio da Resolução n. 125/2010.

No ápice está o CNJ, com algumas atribuições de caráter geral e nacional; abaixo dele estão os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) de cada tribunal, responsáveis pelo desenvolvimento da Política Pública nos Estados e pela instalação e fiscalização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs); os CEJUSCs são as “células” de funcionamento da Política Pública, nas quais atuam os grandes responsáveis pelo seu sucesso, suas “peças-chave”, que são os conciliadores, mediadores e demais facilitadores de solução de conflitos, bem como os servidores do Judiciário, aos quais cabem a triagem dos casos, a prestação de informação e a orientação aos jurisdicionados para garantia do legítimo direito ao acesso à ordem jurídica justa.²⁷

São objetivos da Política Judiciária Nacional: 1) o acesso à justiça como “acesso à ordem jurídica justa”; 2) a mudança de mentalidade dos operadores do Direito e das próprias partes, com a redução da resistência de todos em relação aos métodos consensuais de solução de conflitos; 3) a qualidade do serviço prestado por conciliadores e mediadores, inclusive da sua capacitação.

A política consensual instituída no seio do próprio Poder Judiciário é, sem nesga de dúvida, de grande valia, constituindo-se como mola propulsora à necessária mudança cultural dos cidadãos e, especialmente, dos operadores do direito.

3 Câmaras de autocomposição na Administração Pública

O Poder Público, como grande litigante que é, deve cumprir sua parte nesse desenho de tratamento adequado de conflitos, incentivado pelo CPC/2015.

O artigo 174 do CPC/2015 preconiza que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e de conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo.

O dispositivo traz um rol de competências da câmara a ser instituída pelo ente federado, tais como: dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

²⁶ Idem.

²⁷ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/>. Acesso em: 19 fev. 2020.

O rol é meramente exemplificativo, ficando a cargo de cada ente a sua regulamentação, conforme competência legal.

A utilização da câmara dá-se no âmbito administrativo, portanto, fora do Poder Judiciário.

Trata-se de mecanismo de resolução consensual de conflitos, cujo acordo, reduzido a termo, constitui título executivo extrajudicial (§3º, do artigo 32, da Lei Federal n. 13.140/2015).

Importa asseverar que, dentro do poder regulamentar de cada ente federado, é possível inserir no âmbito de atuação da câmara, a competência para tratar de conflitos judicializados, de modo que eventual composição terá o condão de extinguir a demanda.

Na forma da Lei Federal n. 13.140/2015, compreende-se na competência da câmara de autocomposição, a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Entretanto, não se incluem na competência dos órgãos mencionados, as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo (§4º do artigo 32).

Outra relevante competência conferida à câmara de mediação a ser criada pela Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é o procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos (artigo 33).

Sobre os modelos de câmara de autocomposição e instrumentos de solução consensual, pondera Diego Faleck que não se pode pensar em um modelo único para solução de disputas com a Administração Pública, pois os problemas da Administração Pública não vêm em “tamanho único”:

O corolário da teoria da resolução de disputas reside na construção de soluções sob medida para as tipologias de disputas e conflitos que se busca gerenciar ou resolver. Câmaras de mediação e arbitragem não são um modelo único e capaz de lidar com a miríade de situações conflituosas com que a administração pública lida. É necessário que se conduza um devido diagnóstico sobre a situação conflituosa que se procura resolver, avaliando-se quais são os temas das disputas, como estas são resolvidas, quais os custos e riscos jurídicos de cada um destes temas, tanto em termos de mérito quanto processo, quem são as partes interessadas e afetadas, quais são seus interesses e alternativas, como funciona, quais são as vantagens e desvantagens do sistema existente, entre outros. Deve-se envolver as partes interessadas e afetadas e deve-se pensar a construção de modelos adequados, contando com os métodos adequados, devidamente sequenciados, inclusive os híbridos. Uma disposição que meramente estipula a obrigação para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios de criar câmaras de mediação e conciliação nos parece ter pouca eficácia.²⁸

A legislação prevê a criação das câmaras dentro da estrutura da Advocacia Pública, a qual fora inicialmente concebida para atuação no contencioso e na consultoria jurídica do ente público.

A implementação da autocomposição de conflitos e mediação envolve custos, destinação de espaços físicos, pessoal, além da necessária capacitação e formação continuada na área.

Cabe rememorar que, muito antes da previsão legal para a criação de câmaras de autocomposição pela Fazenda Pública, a Advocacia Geral da União instituiu, por meio do Ato Regimental AGU nº

28 FALECK, Diego. Comentários ao artigo 174. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coord.). *Código de Processo Civil anotado*. Curitiba: OAB/PR; São Paulo: AASP, 2019. p. 307. Disponível em: https://cdn-ab43.kxcdn.com/wp-content/uploads/2019/02/CPC_annotado25.2.2019_atual.pdf. Acesso em: 20 fev. 2020.

5/20007, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF.

Criada inicialmente com competência restrita aos conflitos não judicializados entre órgãos da Administração Pública Federal, passou a admitir a submissão de conflitos envolvendo a Administração Federal e Estados ou Municípios e, posteriormente os conflitos judicializados, porém entre entes públicos.

Nessa toada, é prudente que a Administração Pública no âmbito Estadual apresente inicialmente um projeto-piloto, com delimitação de poucas matérias para assunção das Câmaras ou preveja a instituição de câmaras *ad hoc*.

A implantação e funcionamento adequado das câmaras de autocomposição exige uma mudança cultural, envolvimento dos órgãos da Administração Pública com poder decisório e poder para implementação de acordos.

Assim, tratando-se de uma inovação na atuação da advocacia pública, apenas com o tempo e aquisição de experiência é que será possível vislumbrar o panorama das resoluções de conflitos travados com o Poder Público e, conseqüentemente, poder-se-á traçar novos rumos para a consensualidade.

4 Fundamentos para a consensualidade na Administração Pública

Daniel Augusto Mesquita assevera que nem mesmo os princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público impossibilitam a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos. Muito ao contrário, pois “obrigam o Estado a pesar os princípios da legalidade, a boa-fé e a eficiência à luz da juridicidade administrativa para que o melhor interesse público seja atingido no caso concreto”²⁹:

Assim, o respeito ao interesse público não impede a participação e a resolução de conflitos por meios alternativos, pelo contrário, o princípio da indisponibilidade será devidamente cumprido quando da realização de acordo em que sejam observados os princípios da administração pública, especialmente os da legalidade e da eficiência (art. 37, caput, da CF/1988) e da economicidade (art. 70, caput, da CF/1988). Ou seja, o princípio da indisponibilidade do interesse público materializa-se, no caso concreto, a partir da ponderação de valores constitucionais.

Nesse quadro, frise-se que o próprio Direito Administrativo brasileiro autoriza certo grau de discricionariedade para que a Administração possa valorar os interesses em conflitos buscando a melhor solução diante da controvérsia, seja ela efetiva ou potencial, pois há casos em que os prejuízo do Estado será maior se o advogado público agarrar-se ao princípio da indisponibilidade do interesse público e deixar de fazer acordo no qual a parcela de posição do Estado cedida ao adversário é insignificante diante de sentença que julgue totalmente procedentes os pedidos do cidadão.

Como afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “no âmbito do Direito Administrativo jamais se cogita de negociar o interesse público, mas de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência”. E, logo a seguir:

É que coexiste, com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo. Esse interesse de dirimir o conflito, e retomar a normalidade nas relações sujeitas à disciplina administrativa, é indubitavelmente da maior importância, tanto na esfera social como na econômica, justificando que sejam encontrados modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, que não aqueles que deveriam ser unilateralmente aplicados pelo Poder Público.³⁰

29 MESQUITA, Daniel Augusto. *A participação do advogado público em mediações: parâmetros para a celebração de acordo que atenda ao interesse público*. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 41, n. 2, jul./dez. 2016, p. 17 e 18.

30 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa*. Revista de Direito Administrativo 231/154. Rio de Janeiro: FGV, 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/45108>. Acesso em: 30 jan. 2020.

A respeito da aplicabilidade da mediação em conflitos nos quais as partes em litígio estejam em posições desiguais ou que versem sobre direitos indisponíveis, Antônio Rodrigues de Freitas Júnior refuta os questionamentos contrários à sua adoção:

[...] se relações entre sujeitos constituídos desigualmente não comportassem intervenção mediadora, mediação não teria lugar em nenhum tipo de relação intersubjetiva concreta. Bem ao contrário do que afirmam esses céticos, é precisamente a intervenção direta do mediador no equilíbrio intersubjetivo, por intermédio de técnicas a que se convencionou denominar “empoderamento”, que permite o tratamento menos desigual na confecção comum de uma pauta reconhecida pelos sujeitos enquanto substancialmente justa e equilibrada. Por outro lado, a dogmática processual predominante, caudatária do enaltecimento do princípio-regra da “ampla defesa” e da “igualdade formal” dos contendores, em lugar de atenuar, tende para o aprofundamento das assimetrias intersubjetivas.³¹

Prosseguindo, o referido autor faz a seguinte consideração a respeito da indisponibilidade dos direitos fundamentais, considerado impasse para alguns na utilização da mediação:

A linha de inferências expressa por Lília Sales, é de se dizer, orienta-se pela formulação ainda dominante na dogmática jurídica dos países de tradição romano-germânica, e de predominância latina. Se nos voltarmos para a literatura norte-americana ou canadense, por exemplo, notaremos que essa ortodoxia publicista, já em declínio até mesmo entre os autores mais recentes no direito público brasileiro, não integra sua agenda de interrogações. Mayer (2000:123-125), por exemplo, relata em detalhes uma de suas experiências como mediador em conflitos públicos, num caso entre defensores da vida selvagem e proprietários agrícolas. Em outra passagem (2000:65), relata como atuou enquanto mediador durante o ano de 1992 em Boulder, Colorado, num conflito acerca da destinação orçamentária da receita proveniente de um tributo sobre fato de comércio, trazendo notícias de como os grupos sociais organizados podem interferir na formulação de políticas públicas, de modo mais eficaz, na medida em que preconizem uma agenda legitimada pelo interesse público, antes que por vieses corporativos.

Diga-se nessa perspectiva que a mediação pode constituir um extraordinário instrumento de calibração responsável na implementação da agenda da democracia participativa, compondo, por exemplo, um quadro de viabilidade para experimentos análogos aos do chamado orçamento participativo e outros de semelhante inspiração.³²

Os métodos não adversariais de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública aproximam-se muito do que se pode compreender como Estado Democrático de Direito, eis que determinam que os Poderes Públicos ouçam e façam-se ouvir pelas pessoas privadas, de modo público e impessoal.

Desta feita, se no passado a Administração Pública apresentava-se distante do administrado, a legislação atual impõe ao Estado uma nova postura em prol da consensualidade.

Assim, aplicando-se o princípio da legalidade, na atualidade, não se pode litigar sem antes tentar conciliar, sob pena de ver o Poder Público assumir conduta *contra legem*.

5 Peculiaridades da mediação envolvendo o Poder Público

5.1 Confidencialidade.

O CPC/2015 reconhece o princípio da confidencialidade como um dos que informa a mediação, impondo, também, sigilo profissional aos mediadores³³. O dever de confidencialidade é objeto dos artigos

31 FREITAS JÚNIOR, 2009, p. 524 *apud* SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Op. cit. p.67-68.

32 FREITAS JÚNIOR, 2009, p. 526 *apud* SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Op. cit. p.68.

33 Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia

30 e 31 da Lei de Mediação, que admitiram exceções a esse dever,³⁴ que estão expressamente previstas na referida Lei e contemplam: acordo entre as partes, divulgação exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação e a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

O dever de confidencialidade e a imposição de sigilo aos mediadores, partes aos documentos e informações trazidos no âmbito da mediação, bem como a privacidade das sessões desse procedimento garantem o sucesso da mediação no âmbito privado.

Contudo, quando se trata de mediação envolvendo o Poder Público, surge a indagação quanto à aplicabilidade da confidencialidade, tendo em vista o princípio constitucional da publicidade³⁵ que deve nortear os atos administrativos.

Ademais, a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal n. 12.527/2011) regulamenta o direito constitucional de o cidadão solicitar e receber dos órgãos públicos e de todos os entes e Poderes informações públicas por eles produzidas ou custodiadas, prescreve o sigilo como exceção e define o que é informação sigilosa³⁶.

da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

34 Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

§ 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando:

I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito;

II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação;

III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador;

IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

§ 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial.

§ 3º Não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

§ 4º A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no caput prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

Art. 31. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.

35 Conforme previsto no artigo 37, *caput* do Constituição Federal.

36 Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;

IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;

V - desenvolvimento do controle social da administração pública.

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - informação: dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato;

II - documento: unidade de registro de informações, qualquer que seja o suporte ou formato;

III - informação sigilosa: aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado;

IV - informação pessoal: aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável;

V - tratamento da informação: conjunto de ações referentes à produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transporte, transmissão, distribuição, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação, destinação ou controle da informação;

VI - disponibilidade: qualidade da informação que pode ser conhecida e utilizada por indivíduos, equipamentos ou sistemas autorizados;

VII - autenticidade: qualidade da informação que tenha sido produzida, expedida, recebida ou modificada por determinado indivíduo, equipamento ou sistema;

VIII - integridade: qualidade da informação não modificada, inclusive quanto à origem, trânsito e destino;

IX - primariedade: qualidade da informação coletada na fonte, com o máximo de detalhamento possível, sem modificações.

Luciane Moessa de Souza defende que a regra é a publicidade “ao menos no que diz respeito às sessões conjuntas, em que efetivamente se debate e se decide a melhor solução para o problema”.³⁷ Admite, entretanto, a confidencialidade no *caucus*, que são as sessões individuais e privadas entre o mediador e uma das partes, por entender que são meramente preparatórias, sem conteúdo decisório, ressaltando a confidencialidade nesses casos quando o mediador tiver conhecimento de crime ou ato “contrário ao interesse público”.

Humberto Dalla Bernadina de Pinho e Marcelo Mazzola também defendem a inaplicabilidade do princípio da confidencialidade, afirmando que “deve ser garantida a transparência nas sessões de mediação da qual alguma pessoa jurídica de direito público faça parte, com a exceção dos casos em que apropriada Lei Federal n. 12.527/2011 preserve o sigilo das informações”³⁸.

Admitindo a confidencialidade nos conflitos envolvendo entes públicos, Roberta Maria Rangel afirma que “o que o princípio da publicidade impõe é a transparência da atividade administrativa, que não se confunde com a confidencialidade das informações manipuladas”.³⁹

Silvia Helena Di Salvo reconhece a necessidade de conciliar a confidencialidade com o dever de publicidade administrativa, ressaltando que “não existe publicidade absoluta nos atos da Administração Pública”,⁴⁰ citando a Lei de Acesso à Informação, bem como afirmando que “informações sensíveis podem ser cobertas pelo manto da confidencialidade, a fim de que possam fazer as negociações avançar de modo estratégico e benéfico para o interesse público”.⁴¹

Nesse ponto, defende-se aqui a posição adotada por Leila Cuéllar e Egon Bockmann Moreira no sentido de se aplicar uma “suspensão provisória” da publicidade da mediação, nos seguintes termos:

Como as mediações precisam ser resolvidas em curto prazo dentro da maior harmonia possível, o que aqui se defende é a suspensão provisória de sua publicidade, para que, imediatamente quando ela chegar ao fim, seja tornada pública em sua integralidade – e, assim, submetida ao escrutínio popular, jurídico, político e dos órgãos de controle. Quando muito, pode se tornar imediatamente pública a existência da mediação – a sua instalação local e parâmetros de desenvolvimento, mas não o seu conteúdo e atos formais. Ao final (qualquer que seja a sua conclusão), reitere-se, tudo é levado à luz do dia.⁴²

Isso porque não se afigura possível conceber a democracia e o Estado Democrático de Direito sem publicidade, que segundo Fabrício Motta:

[...] parece efetivar-se em quatro vertentes:
 a) direito de conhecer todos os expedientes e motivos referentes à ação administrativa, bem como seus desdobramentos e resultados, em razão do direito fundamental à informação;
 b) garantia frente ao processo de produção de decisões administrativas, em contraposição ao segredo procedimental, por meio da audiência dos envolvidos e interessados, em razão do princípio da ampla defesa;

37 SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Op. Cit. p. 97.

38 DALLA, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. Op. Cit. p. 168.

39 RANGEL, Roberta Maria. As regras da lei de mediação (Lei 13.140/2015) para a administração pública. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luís Felipe (Coord.). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 274.

40 SALVO, Silvia Helena Picarelli Gonçalves Johanson di. *Mediação na administração pública brasileira: o desenho institucional e procedimental*. São Paulo: Almedina, 2018, p.93.

41 SALVO, Silvia Helena Picarelli Gonçalves Johanson di. *Mediação na administração pública brasileira: o desenho institucional e procedimental*. Op. Cit. p. 128.

42 CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Administração Pública e mediação: notas fundamentais*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 119-145, jan./mar. 2018.

- c) direito subjetivo de acesso aos arquivos e registros públicos em decorrência direta do princípio democrático;
- d) direito de exigir do Estado ações positivas para possibilitar a visibilidade, cognoscibilidade, e controle das ações administrativas.⁴³

Por outro lado, a Administração Pública deve obediência ao postulado da eficiência, também de índole constitucional, ladeado ao princípio da publicidade. Desta feita, em um juízo de ponderação de princípios, prevalece a eficiência, obtida pela confidencialidade, tendo em conta o dever de consensualidade imposto por lei à Administração Pública.

Conforme sustentado por Silvia Alves Carvalho:

Há um dever de confidencialidade *sui generis*: confidencialidade imposta ao mediador, às partes e aos advogados, confidencialidade nas sessões de mediação, no *caucus*, dos documentos, atas e propostas, que são essenciais para o sucesso de aplicação da técnica, entretanto, com necessária prévia comunicação e publicidade da existência do procedimento, bem como do resultado do procedimento, seja ele acordo ou não, sem prejuízo de eventual levantamento do sigilo, a posteriori, desses documentos e informações, desde que em tempo algum este atinja o mediador, as partes e advogados, a fim de que não sejam obrigadas a testemunhar, seja em processo administrativo ou judicial, sobre o conteúdo da mediação e o que se passou nas sessões, salvo por expressa exceção legal.⁴⁴

Portanto, revela-se possível a compatibilização dos princípios da confidencialidade na mediação com a publicidade na Administração Pública.

5.2 Autonomia da vontade.

Outro ponto que merece atenção é a autonomia da vontade, consagrada como um dos pilares do processo de mediação.

Ocorre que nos conflitos envolvendo a Administração Pública, a autonomia da vontade não pode ser alcançada nos moldes do que ocorre na esfera privada, pois a vontade administrativa não pode sequer ser classificada como vontade na acepção da palavra.

Como bem explicita Kaline Ferreira⁴⁵, a vontade administrativa nunca poderá ser livre ou autônoma, nem subjetiva, tampouco fruto de um artifício mental, interno e psicológico. A vontade administrativa é institucional, objetiva, externa e deverá ser sempre procedimentalizada para que seja alcançada pelos mecanismos de controle.

Enquanto o particular é livre para atuar, desde que não infrinja o regramento legal, o Poder Público somente pode agir de conformidade com os deveres-poderes que são conferidos pela legislação.

E é justamente no campo da discricionariedade, entendida como espaço de liberdade de atuação do administrador público, vinculado ao ordenamento jurídico, é que se encontra o fundamento para a composição por parte da Administração Pública, por meio da compatibilização e ponderação dos interesses e valores envolvidos no caso concreto.

43 MOTTA, Fabrício. *Função normativa da administração pública*. Fórum: Belo Horizonte, 2007, p. 107.

44 CARVALHO, Silzia Alves; FARIA, Carolina Lemos de. *Confidencialidade na mediação de conflitos envolvendo a Administração Pública: algumas reflexões sobre a (in)compatibilidade de aplicação considerando a realidade normativa brasileira*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 21, n. 116, p. 69-85, jul./ago. 2019.

45 FERREIRA, Kaline. *A autocomposição e as pessoas jurídicas de direito público – O que mudou depois da Lei de Mediação?* Revista da Escola da AGU, v. 9, n. 4, p. 117-127, 2017. p. 124. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/view/127/showToc>. Acesso em: 4 fev. 2020.

Para arrematar, nas palavras de Leila Cuéllar⁴⁶:

[...] cabe à Administração Pública avaliar, dentre as alternativas existentes para a solução de conflito específico (litígio judicial, mediação, arbitragem etc.) qual delas potencialmente é a mais benéfica, levando-se em consideração os riscos vinculados a cada uma das hipóteses, os resultados que poderão ser obtidos e respectivas cronologias. A análise de todas as possíveis escolhas ao alcance do administrador é sobremaneira importante, a fim de que se saiba o impacto que podem causar (inclusive em vista da eficiência e economicidade).

Trata-se da escolha fundamentada da alternativa que se afigura como a melhor disponível, oriunda do exame real da hipótese concreta em combinação com os princípios e regras legais a ela aplicáveis.

5.3 Irretratabilidade.

A irretratabilidade dos acordos firmados pela Administração Pública é consequência natural do procedimento de composição do conflito.

Valendo-se, mais uma vez, da exposição de Leila Cuéllar⁴⁷:

[...] quando a Administração Pública pratica ato administrativo negocial em que consigna expressamente que dele não se retratará nem o revogará, o que se tem é o exercício de competência discricionária exaustiva. Ela adere ao princípio da segurança jurídica e, com lastro na legalidade e na eficiência, assegura a eficácia do acordo. A Administração estará definitivamente vinculada em razão de tal ato – e somente evitada de extrema má-fé poderia tentar revogá-lo ou se retratar (o que implicaria sua responsabilidade).

Nesse passo, apenas nas situações de ilegalidade será possível anular o acordo firmado, fundado no princípio da autotutela da Administração Pública.

Do mesmo modo, nessa hipótese, caberá apreciação do Poder Judiciário, em vista da inafastabilidade jurisdicional conferida constitucionalmente⁴⁸.

6 CASOS PRÁTICOS DE ADOÇÃO DE MEDIDAS CONSENSUAIS PELO PODER PÚBLICO NO BRASIL

Antes da vigência do CPC/2015 e a Lei 13.140/2015, a AGU já promovia, por meio de suas Câmaras de Conciliação e Arbitragem - CCAF, a composição de conflitos na esfera administrativa.

Um caso de relevância envolveu a controvérsia jurídica entre a Fundação Nacional do Índio, a União e o Instituto Nacional de Colonização de Reforma Agrária, decorrente dos interesses antagônicos desses entes com relação à demarcação da Terra Indígena Guajajara Vila Real, no Município de Barra do Corda (Estado do Maranhão). Após as tratativas, a Comunidade Indígena manifestou sua vontade quanto à prevalência do atendimento de outras medidas de política pública para a satisfação de suas necessidades sociais, viabilizando a conciliação e a pacificação social na área⁴⁹.

46 CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Administração Pública e mediação: notas fundamentais*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 119-145, jan./mar. 2018.

47 CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Administração Pública e mediação: notas fundamentais*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 119-145, jan./mar. 2018.

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

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

49 TOFFOLI, José Antônio Dias. Movimento conciliatório e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF): breves considerações. Revista de arbitragem e mediação – RARB. Vol. 50, jul-set-2016.

Houve, ainda, a conciliação que permitiu a continuidade das obras do Programa de Aceleração do Crescimento na BR – 319, que liga Manaus (AM) a Porto Velho (RO), as quais foram paralisadas devido a um impasse entre o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte (DNIT) e o Ibama. A Câmara mediou as negociações e o DNIT passou a seguir as obrigações ambientais fixadas pelo Ibama durante a execução da obra⁵⁰.

Outra conciliação de destaque foi a que ocorreu entre o Ministério Público Federal (MPF) e a União, em razão de controvérsia acerca da construção pelo Comando do Exército de uma estrada no Parque Nacional do Pico da Neblina, que passaria pela terra indígena Yanomami e ligaria a BR-307 ao 5.º Pelotão Especial de Fronteira do Exército. Houve decisão da Justiça determinando a suspensão da obra e o caso foi levado para conciliação no âmbito da CCAF, resultando na assinatura de um acordo de cooperação para adoção de medidas ambientais compensatórias da parte já construída. Posteriormente, o Exército deixou de ter interesse em continuar a obra⁵¹.

Ainda, a CCAF resolveu, por meio de conciliação, diversos conflitos gerados por desacordo entre a Empresa de Correios e Telégrafos (ECT) e entidades da Administração Pública Federal Direta e Indireta em relação a cláusulas do contrato padrão de prestação de serviços postais. Foi assinado Termo de Conciliação que prevê um novo modelo de contrato a ser adotado entre a ECT e a Administração Pública Federal⁵².

No âmbito estadual, merece destaque a atuação do Estado de São Paulo após a tragédia ocorrida em 13 de março de 2019 na Escola Estadual Professor Raul Brasil, no Município de Suzano – SP.

Na ocasião, o Estado de São Paulo editou o Decreto nº 64.145, de 14 de março de 2019⁵³, autorizando o pagamento de indenização às vítimas e/ou familiares dos alunos e servidores da rede estadual de ensino vítimas do crime ocorrido no interior das instalações daquela unidade escolar.

Por meio do referido decreto, a Fazenda Pública de São Paulo, de antemão, assumiu a responsabilidade civil pelo episódio e, conseqüentemente, a obrigação de reparar os danos causados, na forma do artigo 36, §6º da Constituição da República.

A Procuradoria-Geral do Estado ficou responsável pela instituição de Comissão Executiva para delimitação dos critérios da indenização, exercendo importantíssimo papel na composição amigável entre a Fazenda Pública e os cidadãos envolvidos.

A medida evitou a judicialização do caso e promoveu a imediata assistência aos familiares das vítimas e comunidade escolar, por meio de suporte psicológico e socioafetivo, atingindo, de fato, a pacificação social.

7 O PAPEL DO ADVOGADO PÚBLICO NA CONDUÇÃO DA CONSENSUALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição da República de 1988, no Capítulo IV, do Título III, inseriu a Advocacia Pública como Função Essencial à Justiça, ressaltando, ainda, ao tratar do advogado (categoria na qual se incluem

50 Idem.

51 Idem. Ibidem.

52 Idem. Ibidem.

53 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64145-14.03.2019.html>. Acesso em: 10 fev.2020.

os advogados públicos), sua indispensabilidade à Administração da Justiça (artigo 133).

Diante desse quadro constitucional específico, o advogado público é um agente público com prerrogativas, atribuições e responsabilidades distintas, tendo o dever de participar de forma efetiva na busca do adequado acesso à justiça.

Já se viu nos tópicos anteriores que o princípio constitucional do acesso à justiça tem recebido uma nova leitura, a de *acesso à ordem jurídica justa*.

Essa concepção é compatível com o pilar sobre o qual se edificou a Constituição da República de 1988, cujo preâmbulo anuncia a instituição de um Estado Democrático destinado a assegurar, na ordem interna e internacional, a solução pacífica das controvérsias.

Nessa senda, impõe-se como exigência do princípio do acesso à justiça (artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição da República de 1988) uma atuação mais incisiva dos advogados públicos no sentido da compatibilização da sua atividade profissional, e do próprio agir administrativo, ao direito⁵⁴.

A Advocacia Pública possui o papel de orientar a atividade administrativa, conformando-a ao direito, de modo a prevenir litígios desnecessários e, quanto tal for possível, de pôr a termo demandas que se demonstram virtualmente perdidas, a par da jurisprudência consolidada nos tribunais brasileiros.

Essa postura é absolutamente indispensável a que se assegure ao cidadão um acesso adequado à justiça⁵⁵.

Consoante magistério de Rafael Schreiber:

[...] a discricionariedade – entendida com espaço de liberdade de atuação do administrador público, devidamente vinculada pelo ordenamento jurídico que possibilita a realização da transação pela Administração Pública, exatamente por meio da buscada compatibilização e ponderação dos interesses e valores envolvidos em cada caso concreto. Afinal, transacionar implica estabelecer um ponto de consenso para a resolução de controvérsias.

Com efeito, é ao administrador público, como gestor da coisa pública, que cabe o dever de efetuar a melhor escolha com vistas à otimização do interesse público. E o advogado público auxilia sobremaneira o administrador público nessa motivação.⁵⁶

Como bem observado por Kaline Ferreira:

A Administração Pública tem que utilizar a mediação como um observatório eficaz para exercer reformas de políticas públicas. A obtenção de dados precisos, concretos e atualizados das diversas relações estabelecidas com o Estado, nas suas mais variadas facetas temáticas, é uma das maiores forças da mediação. A partir da abertura e do contato com o público, a Administração evitará o litígio na sua origem, praticando reformas e modificando procedimentos.⁵⁷

Ao adotar a técnica da mediação, a Administração Pública obterá a visão das diversas facetas do conflito e as soluções viáveis à resolução da problemática.

Em uma visão macro, as observações do mediador tendem a uma melhoria na atividade

54 MADUREIRA, Claudio Penedo. *Poder público, litigiosidade e responsabilidade social*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 126, p. 9-22, ago. 2011.

55 Idem.

56 SCHREIBER, Rafael. *A importância do advogado público na efetivação de acordos como aplicador do direito administrativo contemporâneo*. In: CUNHA, Bruno Santos; NERY, Cristiane da Costa; CAMPELLO, Geórgia Teixeira Jezler. *Direito municipal em debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. v. 3, p. 17-47.

57 FERREIRA, Kaline. *A autocomposição e as pessoas jurídicas de direito público – O que mudou depois da Lei de Mediação?* Op. Cit. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/view/127/showToc>. Acesso em: 4 fev. 2020.

administrativa e do serviço público, ultrapassando o limite do conflito envolvendo o Poder Público e o cidadão.

A utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos e a imersão nas questões da Administração Pública a que se referem, em última análise, estimulam os presentantes e os consultores do Poder Público, os Procuradores, a assumirem suas legítimas posições e participarem da formulação de políticas públicas, sem olvidar que com isso estará havendo grande contribuição para redução da litigiosidade.

CONCLUSÃO

A Constituição da República de 1988 objetivou a promoção de uma sociedade pacífica apta a resolver as negociações probas.

Ocorre que a cultura adversarial assoberbou o Poder Judiciário brasileiro, trazendo prejuízos à sociedade em geral que não consegue obter uma tutela jurisdicional em tempo razoável, transformando o direito de acesso à justiça em mera declaração política.

Buscando solucionar essa problemática, o legislador tem trabalhado no sentido de desjudicializar alguns temas e de incentivar a adoção de meios alternativos de resolução de conflitos, como a conciliação, mediação e arbitragem.

O CNJ institucionalizou uma Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos e tem buscado concretizar o intento do legislador por meio de órgãos criados dentro da própria estrutura do Poder Judiciário, capacitando servidores para tal desiderato.

Cabe agora a assunção de responsabilidade por parte da Administração Pública, uma vez que essa contribuiu sobremaneira para o colapso do Poder Judiciário.

O CPC/2015 e a edição da Lei de Mediação trouxeram para o arcabouço legislativo expressa previsão de criação de câmaras de autocomposição e de mediação por parte das Administrações Públicas.

Com as mudanças sociais e econômicas não se concebe mais na atualidade uma Administração Pública impositiva, burocrática e equidistante do cidadão.

A desejada melhoria de atuação administrativa e o bem-estar social somente pode ser alcançado com a mudança de postura da Administração Pública, transformando-se em uma Administração Consensual em atendimento ao consagrado princípio constitucional da eficiência.

Esse papel somente poderá ser desempenhado a contento com a participação dos advogados públicos que possuem competência constitucional para orientar o gestor público na prática de atos administrativos em consonância com a lei.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Anselmo Prieto; PIERONI, Fabrizio de Lima; SERPA, Luciane. **Estratégias do CPC/2015 para conter a litigiosidade repetitiva: expectativa e limites**. Revista dos Tribunais on line, vol. 276/2018, p. 265-291, fev.2018.

ALVAREZ, Anselmo Prieto. **O estado social democrático de direito no Brasil e a assistência jurídica**

integral e gratuita. Revista dos Tribunais – RT, São Paulo, ano 95, vol. 848, p. 36-59, jun. 2006.

ALVAREZ, Anselmo Prieto. **Uma moderna concepção de assistência jurídica gratuita.** Revista dos Tribunais – RT, São Paulo, ano 89, vol. 778, p. 42-58, ago.2000.

BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação: uma experiência brasileira.** São Paulo: CLA Editora, 2017.

CARVALHO, Silzia Alves; FARIA, Carolina Lemos de. **Confidencialidade na mediação de conflitos envolvendo a Administração Pública: algumas reflexões sobre a (in)compatibilidade de aplicação considerando a realidade normativa brasileira.** Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 21, n. 116, p. 69-85, jul./ago. 2019.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Administração Pública e mediação: notas fundamentais.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 119-145, jan./mar. 2018.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Câmaras de autocomposição da Administração Pública brasileira: reflexões sobre seu âmbito de atuação.** Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 19-36, jan./jun. 2019.

DALLA, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DIDIER JR, Freddie. **Curso de Direito Processual Civil.** Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. V.1. 9.ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** V.1. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Tutela jurisdicional: fundamentos do processo civil moderno.** t. II, 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FALECK, Diego. Comentários ao artigo 174. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coord.). **Código de Processo Civil anotado.** Curitiba: OAB/PR; São Paulo: AASP, 2019. p. 307. Disponível em: https://cdn-ab43.kxcdn.com/wp-content/uploads/2019/02/CPC_annotado25.2.2019_atual.pdf. Acesso em: 20 fev. 2020.

FERREIRA, Kaline. **A autocomposição e as pessoas jurídicas de direito público – O que mudou depois da Lei de Mediação?** Revista da Escola da AGU, v. 9, n. 4, p. 117-127, 2017. p. 124. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/view/127/showToc>. Acesso em 4 fev. 2020.

FREITAS, Fernanda Martins. **Mediação na Administração Pública.** Revista Internacional de Direito Público – RIDP, Belo Horizonte, ano 4, n. 06, p. 189-219, jan./jun. 2019.

GUERRERO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil.** São Paulo: Atlas, 2015.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de arbitragem e mediação: conciliação e negociação.** 4.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo**

- civil: teoria do processo civil.** V 1. 3.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Processo de Conhecimento.** V 2. 7.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MESQUITA, Daniel Augusto. **A participação do advogado público em mediações: parâmetros para a celebração de acordo que atenda ao interesse público.** Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 41, n. 2, jul./dez. 2016, p. 17 e 18.
- MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. **Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa.** Revista de Direito Administrativo 231/154. Rio de Janeiro: FGV, 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/45108>. Acesso em: 30/01/2020.
- NUNES, Antonio Carlos Ozório. **Manual de Mediação: guia prático para conciliadores.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- RANGEL, Roberta Maria. **As regras da lei de mediação (Lei 13.140/2015) para a administração pública.** In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luís Felipe (Coord.). Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.
- SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johanson di. **Mediação na administração pública brasileira: o desenho institucional e procedimental.** São Paulo: Almedina, 2018.
- SERPA, Maria Nazareth. **Mediação, processo judicial de resolução de conflitos.** Belo Horizonte: Faculdade de Direito UFMG, 1997.
- SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Mediação e conciliação, produtividade e qualidade. **Revista do Advogado da AASP:** mediação e conciliação, São Paulo, Ano XXXIV, n. 123, p. 40-47, ago. 2014.
- SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- TAVARES, Fernando Horta. **Mediação e conciliação.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- TAVARES, Luiz Marcelo Cabral. **A utilização pela Advocacia Pública dos meios alternativos de resolução de conflitos como ferramenta de reafirmação do protagonismo na formulação das políticas públicas e de coautoria na busca pelo acesso ao direito e à justiça.** Revista Brasileira de Advocacia Pública – RBAP, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 41-70, jan./jun. 2016.
- TOFFOLI, José Antônio Dias. **Movimento conciliatório e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF): breves considerações.** Revista de arbitragem e mediação – RARB. Vol. 50, jul-set-2016.
- WATANABE, Kazuo; SANTANA, Daldice; TAKAHASHI, Bruno. **A solução consensual do interesse público.** In: MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida (Coord.). Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 343-353.

ANÁLISE DA *RATIO DECIDENDI* DO JULGAMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL TEMA 551 DO STF RELATIVO AO CONTRATO TEMPORÁRIO REGIDO PELO ART. 37, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUANDO NÃO OBSERVADA SUA FINALIDADE CONSTITUCIONAL

*Karine Midori Sasaki*¹

RESUMO

O presente trabalho trata sobre a *ratio decidendi* do RE 1066677/MG julgado sob a sistemática de repercussão geral, tema 551 do Supremo Tribunal Federal. Foi realizada uma análise comparativa entre esse recente julgado com os anteriores temas de repercussão geral, os quais também enfrentaram o contrato por prazo determinado regido pelo art. 37, IX, da Constituição Federal. A distinção encontrada foi a de que no tema 551 o contrato nasceu válido e, posteriormente, se tornou inválido, enquanto que, nos temas de repercussão geral anteriores, os contratos eram nulos. Assim, os efeitos jurídicos aplicados em cada situação não podem ser os mesmos.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato temporário; *ratio decidendi*; efeitos jurídicos.

ABSTRACT:

This paper analyzes the *ratio decidendi* of RE 106667/MG, judged in general repercussion by the Supreme Court, topic 551. A comparative analysis was made with this recent judged case and the precedent ones, which also involved fixed-term contracts ruled by item IX of article 37 of the Federal Constitution. The distinction found was that on topic 551 the contract emerged with validity, and subsequently, it became invalid, whereas former contracts were considered null. Therefore, the legal effects applied can't be the same for both situations.

KEY WORDS: temporary contract; *ratio decidendi*; fixed-term contracts; legal effects.

INTRODUÇÃO

De acordo com Maria Sylvia Zanello Di Pietro (2017), o conceito de servidores públicos, em sentido amplo, abrange os servidores estatutários, os empregados públicos e os servidores temporários. Com relação a esses últimos, os servidores temporários são contratados para exercer funções (não estando vinculados a cargo ou emprego público) para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, mediante regime jurídico especial a ser disci-

¹ Assessora jurídica da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Pós-graduada em Função Social do Direito: processo, constituição e novos direitos pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Aluna especial do Mestrado em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

plinado por lei em cada unidade da federação.

A respeito da função pública dos contratados por tempo determinado, Odete Medauar explica que: “(...) nem toda função pública implica em exercício de cargo. Por exemplo: exercem funções públicas os contratados por tempo determinado nos termos do art. 37, IX, da CF, os antigos admitidos a título precário.” (2020, p. 284).

De acordo com a doutrina clássica de Hely Lopes Meirelles (2002), a definição de contratação por tempo determinado é a seguinte:

Além dos servidores públicos concursados ou nomeados em comissão, a Constituição Federal permite que a União, os Estados e os Municípios editem leis que estabeleçam “os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse públicos” (art. 37, IX). Obviamente, essas leis deverão atender aos princípios da razoabilidade e da moralidade. Dessa forma, só podem prever casos em que efetivamente justifiquem a contratação. (MEIRELLES: 2002, p. 412-413)

Além disso, um outro aspecto do contrato por tempo determinado previsto no art. 37, IX, da Constituição Federal, é que se trata de uma das hipóteses de exceção prevista constitucionalmente, em que se admite a dispensa da regra do concurso público, como é o caso do cargo em comissão, no qual também há a dispensa constitucional de observância do concurso público.

Oportuno ressaltar que, em 2014, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito das cinco exceções ao princípio da acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas por meio de prévio concurso público que existem na Constituição, conforme consignou o Ministro Dias Toffoli no seu voto no RE 658.026/MG, cujo trecho do voto se transcreve:

Na Constituição Federal existem, **primus ictus oculi**, cinco exceções ao princípio da acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas por meio de prévio concurso público: a) nas nomeações para cargo em comissão declarado em lei como sendo de livre nomeação e exoneração, conforme previsto no art. 37, inciso II, **in fine**, da CF; b) quanto aos cargos eletivos a serem preenchidos pelos agentes políticos (arts. 77, 46, 45, 28, 27 e 29, inciso I, da CF); c) nas hipóteses excepcionais de acesso e de nomeação junto aos tribunais estaduais e federais, aos tribunais superiores e também aos tribunais de contas da União e dos estados, respectivamente, com fundamento nos arts. 94; 73, § 2º; 71 e 75 da CF; d) nas situações de estabilização previstas no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de garantir a segurança jurídica dos servidores públicos civis que, na data da promulgação da Constituição, contavam com pelo menos cinco anos de exercício nas funções públicas; e, por fim, e) nas contratações por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, inciso IX, da CF). (Tema de repercussão geral 612 do STF. RE 658.026. Ministro Dias Toffoli. Julgamento em 9.4.2014. Publicado em 31.10.2014. p. 10)

Assim, no caso específico do contrato por tempo determinado ele será válido se atendidos os requisitos estabelecidos no art. 37, IX, da CF, de modo que dispensa a realização de prévio concurso público.

No entanto, quando essa espécie de contrato não cumpre sua finalidade constitucional, que é, em caráter excepcional, atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, ainda assim, efeitos jurídicos são gerados, uma vez que a prestação de trabalho já ocorreu e a força de trabalho é irrepetível.

A respeito disso, a Suprema Corte nas ADI 2229 e ADI 3127 já enfrentou essa questão e, em julgamentos pela sistemática de repercussão geral, analisou o contrato temporário regido pelo art. 37, IX,

da Constituição Federal no tema de repercussão geral 191 (RE 596.478/RR); no tema de repercussão geral 308 (RE 705.140/RS); no tema de repercussão geral 612 (RE 658.026/MG); no tema de repercussão geral 916 (RE 765.320/MG) e no tema de repercussão geral 551 (RE 1066677/MG), sendo este último tema objeto do presente trabalho.

1 APONTAMENTOS A RESPEITO DA *RATIO DECIDENDI* DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Contextualiza Patrícia Perrone Campos Mello (2016), quando trata de precedentes no novo Código de Processo Civil, que nosso ordenamento jurídico tem influência romano-germânica, no qual se reconhecia decisões judiciais meramente persuasivas. Diante desse cenário histórico, destacando-se a ausência de tradição de precedentes normativos fortes, de modo que preceitua a autora que estamos “a meio caminho entre a eficácia normativa (forte) e a eficácia meramente persuasiva, diversas decisões dos tribunais produzem, hoje, em graus distintos, precedentes de eficácia intermediária” (MELLO: 2016). Assim, segundo Mello (2016), com relação aos precedentes normativos, estamos posicionados nos precedentes de eficácia intermediária.

Ao expor o sentido *lato sensu* do conceito de precedente, o autor Fredie Didier Júnior afirma que é a decisão judicial, com base no caso concreto, que traz à luz o elemento normativo que servirá como diretriz de julgamento posterior aos casos análogos (2015, p.441), portanto, remete à ideia de que um precedente trará uma diretriz para os casos futuros. Este mesmo autor observa que, embora se faça referência à eficácia obrigatória ou persuasiva do precedente, em verdade, o que é persuasivo ou obrigatório é a *ratio decidendi*, ainda que seja apenas um dos elementos que compõe o precedente (DIDIER JR: 2015, p. 441-442).

Para os norte-americanos, a *ratio decidendi* também pode ser denominada de *holding*, pois se extrai a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi (DIDIER JR: 2015, p. 442). Em sua conclusão, o autor arremata a ideia de que a *ratio decidendi* deve ser buscada com base em dois elementos: i) a partir da identificação dos fatos relevantes em que se assenta a causa, ii) os motivos jurídicos determinantes que conduzem à conclusão, por fim, orienta que é importante considerá-los em conjunto, e não isoladamente (DIDIER JR: 2015, p. 450). Desse modo, a análise em conjunto dos fatos relevantes da causa e os motivos jurídicos determinantes é que forma a *ratio decidendi* a ser perquirida.

De outro lado, na lição de Luiz Guilherme Marinoni (2009), o núcleo essencial da decisão ou os motivos determinantes constituem a *ratio decidendi*, ultrapassando as controvérsias individuais e vinculando a Administração Pública e os órgãos do Poder Judiciário (MARINONI: 2009, p. 50).

Ainda que se tenha o conceito sobre o que é a *ratio decidendi* e como se compõe, é certo que sua identificação nem sempre é tarefa fácil, a respeito disso oportuno transcrever as palavras de MARINONI (2009) comentando sobre isso, vejamos:

Não obstante, a *ratio decidendi* nem sempre é imediata e facilmente extraível de um precedente, e, em outras situações, pode exigir a consideração de várias decisões para poder ser precisada. Nestas

hipóteses é imprescindível uma decisão que, sobrepondo-se às decisões já tomadas a respeito do caso, individualize a *ratio decidendi*, até então obscura e indecifrável. (MARINONI, 2009, p. 50).

Desse modo, uma vez ressaltada a relevância da *ratio decidendi* nos precedentes, nos próximos tópicos irá se analisar o núcleo essencial dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal pela sistemática de repercussão geral referente ao contrato temporário para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

2 CONTRATOS TEMPORÁRIOS DO ART. 37, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DECLARADOS NULOS

José Afonso da Silva ensina que, partindo-se da premissa de que a interpretação constitucional segue alguma orientação teórica, tem-se que deve ocorrer uma interpretação que prestigie os princípios democráticos, de modo que a jurisprudência de valores é o método que incorpora um sistema de valores essenciais à convivência democrática que informa todo o ordenamento jurídico (DA SILVA: 2015, p. 5).

Nesse exercício hermenêutico, a Suprema Corte consolidou o entendimento de que: se o contrato temporário observar sua finalidade para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público estará também prestigiando a garantia constitucional de prévia aprovação em concurso público, disciplinado no art. 37, II, da Constituição Federal, sendo este o princípio democrático a ser protegido.

Caso o contrato por tempo determinado não tenha sido firmado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, haverá afronta ao princípio do concurso público e estará configurada a burla, de modo que este contrato por tempo determinado será nulo, e não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos, conforme preceitua o art. 37, §2º, da Constituição Federal. Exceto, o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, com fulcro no art. 19-A da Lei 8.036/1990, como já reconheceu a Suprema Corte.

A respeito da declaração de nulidade dos contratos temporários em inobservância ao art. 37, II, e §2º, da CF e seus efeitos jurídicos, existem os seguintes julgamentos já proferidos pela Suprema Corte: ADI 2229; ADI 3127; tema de repercussão geral 191 (RE 596.478/RR); tema de repercussão geral 308 (RE 705.140/RS); tema de repercussão geral 612 (RE 658.026/MG); tema de repercussão geral 916 (RE 765.320/MG).

Seguindo o critério cronológico das datas dos julgamentos, irá se verificar que o tema de repercussão geral 191 (RE 596.478/RR), de relatoria da Ministra Ellen Gracie, relator para acórdão Ministro Dias Toffoli, fixou a seguinte tese jurídica sobre a constitucionalidade do art. 19-A, da Lei 8.036/1990:

É constitucional o art. 19-A da Lei 8.036/1990, que dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o direito ao salário. (Tema de repercussão geral 191 (RE 596.478), de relatoria da Ministra Ellen Gracie, relator para acórdão Ministro Dias Toffoli, julgamento em 13.6.2012, publicado em 1º.3.2013)

Analisando-se o contexto histórico deste processo paradigma do tema de repercussão geral 191 (RE 596.478/RR) extrai-se que foi oriundo do Tribunal Superior do Trabalho, no qual se discutiu, à luz do art. 37, II e §2º, da Constituição Federal, a questão da constitucionalidade ou não do art. 19-A, da Lei 8.036/1990, que prevê o depósito do FGTS. Nesta ocasião, o Supremo Tribunal Federal definiu que, se o contrato com a Administração Pública foi declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público é constitucional o pagamento de depósito de FGTS, nos termos do art. 19-A, da Lei 8.036/1990.

A seguir, com relação ao tema de repercussão geral 308 (RE 705.140/RS), de relatoria do Ministro Teori Zavascki, julgamento em 28.8.2014, também originário do Tribunal Superior do Trabalho, analisou-se a contratação pela Administração Pública de empregado sem prévia aprovação em concurso público, à luz do art. 37, II, §2º e §6º, da Constituição Federal, cuja tese jurídica fixada foi a seguinte:

A Constituição de 1988 comina de **nulidade as contratações de pessoal pela Administração Pública sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público (CF, art. 37, § 2º)**, não gerando, essas contratações, quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos empregados contratados, a não ser o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço FGTS. (Tema de repercussão geral 308 (RE 705.140/RS), de relatoria do Ministro Teori Zavascki, julgamento em 28.8.2014, publicado em 5.11.2014) (grifo nosso)

Desse modo, assentou-se que, no tema de repercussão geral 308, a contratação pela Administração Pública de empregado sem prévia aprovação em concurso público, por exceção, gera como efeitos o pagamento de saldo de salário e o depósito do FGTS, previsto no art. 19-A, da Lei 8.036/1990.

Não obstante, é importante ressaltar que, a ADI 2229, a ADI 3127, o tema de repercussão geral 612 (RE 658.026/MG) e o tema de repercussão geral 916 (RE 765.320/MG) tratam, em específico, sobre o contrato temporário do art. 37, IX, da Constituição Federal, objeto de concentração deste estudo.

Na ADI 2229, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, julgamento em 9.6.2004, os requisitos para a validade do contrato por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público foram fixados pelo Plenário do Supremo. Após, no julgamento do tema de repercussão geral 612 (RE 658.026/MG), de relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgamento em 9.4.2014, foi fixada a tese jurídica a respeito dos requisitos para a contratação válida, reforçando o que já havia sido decidido na ADI 2229, no entanto, agora sob a sistemática da repercussão geral, como se verifica abaixo:

Nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação seja indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração. Tema de repercussão geral 612 (RE 658.026), de relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgamento em 9.4.2014, publicado em 31.10.2014)

Desse modo, a Suprema Corte definiu que os requisitos para o contrato temporário com fulcro no art. 37, IX, da Constituição Federal são, em síntese: i) que haja previsão em lei dos casos excepcionais, ii) o prazo do contrato seja previamente determinado, iii) que a necessidade seja temporária, iv) que o interesse público seja excepcional, v) que haja a indispensabilidade da contratação, de modo que não se trate

de serviços ordinários e permanentes prestados pelo Estado.

Com relação à constitucionalidade do art. 19-A, da Lei 8.036/1990, embora já tivesse sido afirmado ser constitucional em sede de repercussão geral, ela foi declarada na ADI 3127, em 26.3.2015, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, cuja ementa foi a seguinte:

EMENTA: TRABALHISTA E CONSTITUCIONAL. MP 2.164-41/2001. INCLUSÃO DO ART. 19-A NA LEI 8.036/1990. EMPREGADOS ADMITIDOS SEM CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO NULA. EFEITOS. RECOLHIMENTO E LEVANTAMENTO DO FGTS. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA NORMA. 1. O art. 19-A da Lei 8.036/90, incluído pela MP 2.164/01, não afronta o princípio do concurso público, pois ele não infirma a nulidade da contratação feita à margem dessa exigência, mas apenas permite o levantamento dos valores recolhidos a título de FGTS pelo trabalhador que efetivamente cumpriu suas obrigações contratuais, prestando o serviço devido. O caráter compensatório dessa norma foi considerado legítimo pelo Supremo Tribunal Federal no RE 596.478, Red. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/3/2013, com repercussão geral reconhecida. 2. A expansão da abrangência do FGTS para cobrir outros riscos que não aqueles estritamente relacionados com a modalidade imotivada de dispensa – tais como a própria situação de desemprego e outros eventos socialmente indesejáveis, como o acometimento por doença grave e a idade avançada – não compromete a essência constitucional do fundo. 3. A MP 2.164/01 não interferiu na autonomia administrativa dos Estados, Distrito Federal e Municípios para organizar o regime funcional de seus respectivos servidores, uma vez que, além de não ter criado qualquer obrigação financeira sem previsão orçamentária, a medida em questão dispôs sobre relações jurídicas de natureza trabalhista, dando nova destinação a um valor que, a rigor, já vinha sendo ordinariamente recolhido na conta do FGTS vinculada aos empregados. 4. Ao autorizar o levantamento do saldo eventualmente presente nas contas de FGTS dos empregados desligados até 28/7/2001, impedindo a reversão desses valores ao erário sob a justificativa de anulação contratual, a norma do art. 19-A da Lei 8.036/90 não acarretou novos dispêndios, não desconstituiu qualquer ato jurídico perfeito, nem investiu contra nenhum direito adquirido da Administração Pública, pelo que não há falar em violação ao art. 5º, XXXVI, da CF. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 3127, de relatoria do Ministro Teori Zavascki. Julgamento em 26.3.2015. Publicado em 5.8.2015)

Desse modo, percebe-se que, em diversos julgados o Supremo Tribunal Federal reafirmou que a contratação nula não gera efeitos jurídicos, exceto o pagamento de salário e o depósito do FGTS nos termos do art. 19-A, da Lei 8.036/1990, cuja constitucionalidade foi amplamente reconhecida.

Em específico à contratação por prazo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, em desconformidade com o que dispõe o art. 37, IX, da Constituição Federal, no julgamento do tema de repercussão geral 916 (RE 765.320/MG), de relatoria do Ministro Teori Zavascki, julgamento em 15.9.2016, foi fixada a seguinte tese jurídica a respeito:

A contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada **em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX, da Constituição Federal não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados**, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. (Tema de repercussão geral 916. RE 765.320/MG. Relatoria do Ministro Teori Zavascki, julgamento em 15.9.2016, publicado em 23.9.2016) (grifo nosso)

Desse modo, tendo sido feita uma revisão sobre os assuntos tratados nos temas de repercussão geral destacados, é possível compreender, a partir daqui, que a Suprema Corte fixou como *ratio decidendi* dos julgados acima analisados, com relação à espécie de contrato por prazo determinado do art. 37, IX, da Constituição Federal, que será nula esta espécie de contrato se firmado à míngua do cumprimento de sua fi-

nalidade constitucional, que é de atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público.

Assim, de acordo com a metodologia de estudo de precedentes proposta por Christine Oliveira Peter da Silva, com base na doutrina norte-americana é importante destacar a discussão sobre os argumentos, se foram apresentados ou não (SILVA: 2007, p. 4). E a definição dos argumentos da discussão foram delimitados no trecho do voto do Ministro Teori Zavascki, proferido no tema de repercussão geral 916 (RE 765.320/MG). Em seu voto esclareceu que, se o contrato por prazo determinado se realizar em desconformidade com o disposto no art. 37, IX, da Constituição Federal, não gera nenhum efeito jurídico, como regra geral, cujo trecho do voto se destaca abaixo:

A Constituição de 1988 comina de nulidade as contratações de pessoal pela Administração Pública sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público (CF, art. 37, § 2º), não gerando, essas contratações, quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos empregados contratados, a não ser o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço FGTS.

Por outro lado, é irrelevante a circunstância de o recorrente ter sido submetido ao regime estatutário após sua contratação pelo Estado de Minas Gerais; **o que importa é que foi admitido aos quadros do reclamado sem observância dos pressupostos do art. 37, IX, da CF/88, o que acarretou a nulidade da contratação e lhe conferiu direito à percepção dos salários referentes ao período laborado e ao levantamento dos depósitos efetuados no FGTS, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990.**

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou-se no sentido de que o entendimento firmado no julgamento dos Temas 191 e 308 aplica-se aos servidores contratados por tempo determinado, quando nulo o vínculo com o Poder Público, por inobservância às disposições constitucionais aplicáveis. (Tema de repercussão geral 916. RE 765.320. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgamento em 15.9.2016. Publicado em 23.9.2016. p. 10) (grifo nosso)

Portanto, um contrato considerado nulo será aquele que não atendeu os requisitos dos pressupostos previstos no art. 37, IX, da Constituição Federal.

Sobre a nulidade impõe trazer a lição de Guilherme Guimarães Feliciano, o qual trata de três hipóteses de contratação nula de servidores públicos face ao art. 37 da Constituição Federal para auxiliar na compreensão deste tema. Afirma o autor que a primeira nulidade decorre por violação pura de ausência de concurso público na investidura de cargos, emprego ou função pública, por prazo indeterminado, com a ressalva dos cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração – art. 37, II, primeira parte. A segunda nulidade ocorre por via oblíqua, quando não se realiza concurso público a pretexto de estar contratando para cargos declarados em lei de livre nomeação e exoneração, quando se constata que as funções não envolvem direção, chefia ou assessoramento – art. 37, II, *in fine* c.c. V, *in fine*. Por fim, a terceira hipótese de nulidade se relaciona com o contrato por prazo determinado, sem concurso público, que se revela em desacordo com a finalidade de atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (FELICIANO: 2006, p. 112).

Nos julgamentos de repercussão geral reconhecida acima destacados, verificou-se a ocorrência da terceira hipótese de nulidade, de acordo com a classificação de FELICIANO (2006), consistente de que a nulidade do contrato temporário firmado sem concurso público advém desde sua contratação, porque não atendeu seu escopo constitucional, que é atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Destarte, em que pese essa nulidade não ter gerado nenhum efeito jurídico, face às teses jurídicas proferidas em sede de repercussão geral admitida acima destacadas, tem-se que a situação jurídica não foi tida como inexistente, de modo que, por exceção, determinou-se o pagamento dos salários do período trabalhado e os depósitos do FGTS previsto no art. 19-A, da Lei 8.036/1990.

Conforme se constatou, o Supremo Tribunal Federal apenas reforçou um entendimento que já era pacífico, e vinha sendo consolidado. Assim, embora os julgados de repercussão geral acima destacados não causem mais polêmica nos dias atuais a ponto de gerar discussões jurídicas calorosas sobre o tema, foi importante fazer a revisão dessas decisões para o fim de melhor compreender a *ratio decidendi* do tema de repercussão geral 551 (RE 1066677/MG), de relatoria do Ministro Marco Aurélio, relator para acórdão Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 22.5.2020, o qual tem um fato relevante e distinto em relação a *ratio decidendi* dos precedentes aqui destacados.

3 RATIO DECIDENDI DO TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL 551 DO STF

O tema de repercussão geral 551 (RE 1066677/MG), de relatoria do Ministro Marco Aurélio, relator para acórdão Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 22.5.2020, tratou sobre a extensão de direitos dos servidores públicos efetivos aos servidores e empregados públicos contratados para atender necessidade temporária e excepcional interesse público, cuja tese jurídica firmada foi a seguinte:

Servidores temporários não fazem jus a décimo terceiro salário e férias remuneradas acrescidas do terço constitucional, salvo (I) expressa previsão legal e/ou contratual em sentido contrário, ou (II) comprovado desvirtuamento da contratação temporária pela Administração Pública, em razão de sucessivas e reiteradas renovações e/ou prorrogações. Tema de repercussão geral 551 (RE 1066677/MG, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, relator para acórdão Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 22.5.2020, publicado em 1º. 7.2020)

A Suprema Corte nesse julgado analisou o contrato temporário previsto no art. 37, IX, da Constituição Federal, e reafirmou sua natureza jurídico-administrativa, por consequência, consignou expressamente que servidores regidos por esta espécie de contrato não fazem jus ao décimo terceiro salário e férias acrescidas do terço constitucional, sendo essa a regra geral.

Não obstante, nessa mesma tese jurídica do tema de repercussão geral 551, a Corte Constitucional assentou que para ensejar o efeito jurídico de pagamento de décimo terceiro salário e férias acrescidas do terço constitucional, em caráter de exceção, há de ocorrer alguma dessas duas hipóteses: i) “expressa previsão legal e/ou contratual” sobre esses direitos, ou ii) “comprovado desvirtuamento da contratação temporária pela Administração Pública, em razão de sucessivas e reiteradas renovações e/ou prorrogações”.

Ocorre que, ao se averiguar a *ratio decidendi* do tema de repercussão geral 551, extrai-se que a Suprema Corte partiu da premissa de que a contratação foi válida, porém, por ter se prolongado além do prazo razoável através da comprovação de sucessivas e reiteradas renovações e/ou prorrogações, é que se configurou o desvirtuamento da contratação temporária.

Tal premissa contida na *ratio decidendi* do julgado é passível de confirmação através da leitura

do trecho do voto Ministro Teori Zavascki, proferido no tema de repercussão geral 916, em que o Ministro define expressamente qual é objeto de controvérsia do tema de repercussão geral 551, e por qual razão o tema 916 não se confundia com aquele, como destaca abaixo:

5. Registre-se que essa tese não prejudica a apreciação da matéria cuja repercussão geral foi reconhecida no ARE 646.000-RG (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 29/6/2012, Tema 551), referente à extensão de direitos concedidos aos servidores públicos efetivos aos servidores e empregados públicos contratados para atender necessidade temporária e excepcional do setor público. Isso porque, nesse precedente paradigma, o acórdão recorrido reputou válida a contratação do servidor por tempo determinado, e o recurso extraordinário do Estado de Minas Gerais não se insurge contra isso. Defende-se, nesse caso, que os direitos postulados na demanda não são extensíveis aos servidores contratados na forma do art. 37, IX, da CF/88.

O Tema 551 abrange, portanto, apenas as contratações por tempo determinado reputadas válidas. (Tema de repercussão geral 916. RE 765.320. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgamento em 15.9.2016. Publicado em 23.9.2016. p. 14) (grifo nosso)

Além disso, no trecho do voto do Ministro Alexandre de Moraes, relator do voto para acórdão, proferido no julgamento do tema de repercussão geral 551, ficou expresso que o julgamento estava partindo da premissa de que a contratação em análise foi válida, e que justamente por essa espécie de contrato ter natureza jurídico-administrativa é que o contratado não faz jus ao décimo terceiro salário e férias acrescidas do terço constitucional. Para tanto, destaca-se trecho do voto em comentário:

O Tribunal de origem reconheceu a legalidade da contratação da parte recorrida pelo Estado recorrente nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal e legislação local regente (Lei 10.254/90 do Estado de Minas Gerais e Decreto Estadual 35.330/1994), para prestar serviço temporário de excepcional interesse público. Com efeito, o contrato celebrado entre as partes é de natureza jurídico-administrativa.

Partindo dessa premissa, o servidor temporário contratado com fundamento no art. 37, IX, da Constituição Federal, não faz jus a eventuais verbas de natureza trabalhista, a exemplo do décimo terceiro salário e férias acrescida do terço constitucional, **salvo expressa previsão legal e/ou contratual em sentido contrário.** (Tema de repercussão geral 551 (RE 1066677), de relatoria do Ministro Marco Aurélio, relator para acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 22.5.2020, publicado em 1º.7.2020. p. 11) (grifo nosso)

Portanto, ao se esclarecer sobre quais bases jurídicas foi elaborada a tese jurídica do tema de repercussão geral 551, percebe-se que o julgamento trata de contratações que foram consideradas válidas, e não nulas. Isso porque, nos fundamentos jurídicos do tema de repercussão geral 551 foi feito o destaque no voto do Ministro Alexandre de Moraes de que o Tribunal de origem desse julgado reputou válida a contratação nos termos do art. 37, IX, da Constituição.

Assim sendo, é possível concluir que tema de repercussão geral 551 é aplicado para o casos em que o contrato por tempo determinado regido pelo art. 37, IX, da Constituição Federal, nasceu cumprindo sua função constitucional, porém, as sucessivas e/ou reiteradas prorrogações em desconformidade com sua finalidade de atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, o desvirtuaram.

Desse modo, é a partir desse segundo marco temporal que se configura a desconformidade com o preceituado no art. 37, IX, da Constituição Federal, qual seja, quando as sucessivas e/ou reiteradas prorrogações foram feitas em desconformidade com sua finalidade constitucional. Nesse sentido, pertinente destacar o trecho do voto do relator para acórdão, Ministro Alexandre de Moraes, prolatado no tema de

repercussão geral 551, vejamos:

No entanto, Senhor Presidente, não se admite que o Poder Público desvirtue a temporariedade e a excepcionalidade da contratação prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal, **mediante sucessivas renovações e/ou prorrogações contratuais, de maneira que o contrato temporário se prolongue por tempo além do razoável.**

Tal cenário representa burla às demais normas constitucionais referentes à contratação de servidores públicos, em patente violação aos direitos do servidor temporário. (Tema de repercussão geral 551 (RE 1066677), de relatoria do Ministro Marco Aurélio, relator para acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 22.5.2020, publicado em 1º.7.2020. p. 12) (grifo nosso)

Desse modo, no caso concreto, investigar se o contrato firmado em discussão foi nulo ou válido é um fato relevante, na medida em que a *ratio decidendi* do tema de repercussão geral 551 é distinto dos demais analisados acima.

No tema de repercussão geral 612, a circunstância determinante é que o contrato é nulo. Desse modo, se contrato é considerado nulo, não obstante, não gere efeitos jurídicos, por exceção, cabe o pagamento dos salários do período trabalhado e os depósitos do FGTS previsto no art. 19-A, da Lei 8.036/1990.

Enquanto que, de acordo com o tema de repercussão geral 551, tem-se que a premissa é que o contrato por tempo determinado regido pelo art. 37, IX, da Constituição Federal nasceu válido, no entanto, a burla à finalidade constitucional consiste no fato de ter o contrato temporário se prolongado além do tempo razoável é que o desvirtuou. Por isso, em caráter de exceção, ensejam os efeitos jurídicos de pagamento de décimo terceiro salário e férias remuneradas acrescidas de terço constitucional. Não obstante, como regra geral, os servidores temporários não fazem jus a tais verbas, de acordo com o consignado na primeira parte da tese jurídica fixada.

Cabe repisar que esses efeitos jurídicos também são aplicados face a existência de expressa previsão legal e/ou contratual dispendo a respeito. Isso porque, o contrato por prazo determinado regido pelo art. 37, IX, da Constituição Federal tem um regime especial, em que cada nível da federação pode fixar uma lei a respeito (MEDAUAR: 2020, p. 292).

Desse modo, é possível sintetizar que a *ratio decidendi* do tema de repercussão geral 551 consiste em que: i) o contrato temporário firmado nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, com finalidade para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, foi reputado válido quando elaborado, ii) no entanto, as sucessivas e reiteradas renovações e/ou prorrogações pela Administração Pública além do tempo razoável gerou um desvirtuamento desta espécie de contratação, iii) por consequência disso, o efeito jurídico é o pagamento de décimo terceiro salário e férias acrescidas do terço constitucional ao contratado, caso não haja expressa previsão legal e/ou contratual em sentido contrário.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contrato temporário previsto no art. 37, IX, da Constituição Federal se destina a contratar pessoas para exercer funções (sem estarem vinculados a cargo ou emprego público) para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, mediante regime jurídico especial a ser disciplinado em lei em cada unidade da federação (DI PIETRO, 2017). No entanto, diante de contratações distantes desse

escopo constitucional, a Suprema Corte proferiu julgados sob a sistemática de repercussão geral tratando a respeito dos efeitos jurídicos que devem incidir nesses casos quando há o descumprimento do comando constitucional.

Ao se analisar o tema de repercussão geral 612 e o tema de repercussão geral 916, os quais tratam em específico sobre os contratos por tempo determinado do art. 37, IX, da Constituição Federal, verificou-se que a *ratio decidendi* desses julgados pautou-se na nulidade dos contratos temporários, firmados sem concurso público, desde sua contratação, pois não se cumpriu seu escopo constitucional, que era atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. E, apesar de contrato nulo não gerar nenhum efeito jurídico, por exceção, recai o pagamento de salários do período trabalhado e os depósitos do FGTS previsto no art. 19-A, da Lei 8.036/1990.

Contudo, ao se analisar a tese jurídica do tema de repercussão geral 551, apurou-se que sua *ratio decidendi* se pautava na premissa de que o contrato por tempo determinado regido pelo art. 37, IX, da Constituição Federal nasceu válido, no entanto, a burla à finalidade constitucional surgiu posteriormente, quando o contrato temporário se prolongou além do tempo razoável. Em decorrência disso, face a regra geral de que servidores temporários não fazem jus ao pagamento de décimo terceiro salário e férias remuneradas acrescidas de terço constitucional, em caráter de exceção, teriam direito, caso não haja expressa previsão legal e/ou contratual a respeito destes direitos.

Diante disso, é importante trazer à reflexão de que um mesmo contrato por tempo determinado regido pela égide do art. 37, IX, da Constituição Federal, não pode ao mesmo tempo ser reputado como nulo, uma vez que não atingiu a finalidade de atender a necessidade temporária de excepcional interesse público desde seu nascimento e, portanto, ensejou a incidência do art. 37, §2º, da Constituição, e também ser considerado válido, ao passo que, somente num segundo momento, quando as sucessivas e reiteradas renovações e/ou prorrogações pela Administração Pública além do tempo razoável é que acarretaram seu desvirtuamento.

Portanto, antes de se aplicar, em caráter de exceção, os efeitos jurídicos de pagamento de salários do período trabalhado e os depósitos do FGTS previsto no art. 19-A, da Lei 8.036/1990, e pagamento de décimo terceiro salário e férias acrescidas do terço constitucional todos para um mesmo contrato temporário, convém averiguar a situação jurídica do contrato, se nulo ou válido em sua origem. Assim, investigada esta premissa será possível selecionar o adequado tema de repercussão geral incidente no caso concreto, e realizar a correta aplicação de seus pertinentes efeitos jurídicos.

Por fim, é importante salientar que o presente trabalho se destinou a iniciar uma reflexão para sistematizar as bases jurídicas em que se fundamentaram o tema de repercussão geral 551 do STF.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 out. 2020.

BRASIL. *Lei 8.036/1990*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1990/lei08036.html.

gov.br/ccivil_03/leis/18036consol.htm. Acesso em 12.10.2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2229*. Contratação temporária Lei 6.094/2000. Ministro Carlos Velloso, julgamento em 9 jun.2004, publicado em 25 jun. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375355>. Acesso em: 2 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3127*. Direito Administrativo e outras matérias de direito público. Ministro Teori Zavascki, julgamento em 26 mar. 2015, publicado em 5 ago. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375355>. Acesso em: 2 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 596478 RG/RR – Roraima*. Repercussão geral no Recurso Extraordinário. Tema 191. Relatora: Min. Ellen Gracie, relator para acórdão Ministro Dias Toffoli, julgamento em 13 jun. 2012, publicado em 1º mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7125081>. Acesso em: 2 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 705140 RG/RS – Rio Grande do Sul*. Repercussão geral no Recurso Extraordinário. Tema 308. Ministro Teori Zavascki, julgamento em 28 ago. 2014, publicado em 5 nov. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7131636>. Acesso em: 2 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 658026 RG/MG – Minas Gerais*. Repercussão geral no Recurso Extraordinário. Tema 612. Ministro Dias Toffoli, julgamento em 9 abr. 2014, publicado em 31 out. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7098736>. Acesso em: 2 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 765320 RG/MG – Minas Gerais*. Repercussão geral no Recurso Extraordinário. Tema 916. Ministro Teori Zavascki, julgamento em 15 set. 2016, publicado em 23 set. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11702753>. Acesso em: 2 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 1066677 RG/MG – Minas Gerais*. Repercussão geral no Recurso Extraordinário. Tema 551. Ministro Marco Aurélio, relator p/ acórdão Ministro Alexandre de Moraes, julgamento em 22 mai. 2020, publicado em 1º jul. 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753145917>. Acesso em: 2 out. 2020.

DA SILVA, José Afonso. *Interpretação da Constituição e Democracia*. Revista Interesse Público – IP. Belo Horizonte: ano 7, nov./dez. 2005.

DA SILVA, Christiane Oliveira Peter. *Metodologia de Estudo de Precedentes*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 1. Brasília, 2007. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/84/57>. Acesso em: 20 dez. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30 ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v. 2.

DIDIER JR., Fredie. DA CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de*

competência originária de tribunal. 13ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. v. 3.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Efeitos positivos dos contratos nulos de emprego público: distinguir o joio do trigo*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas: n. 29, p. 109-116, 2006. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/18763>. Acesso em: 3 out. 2020

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d5ac/c08f828b0d6f945a6b0af23affc907ac2881.pdf>. Acesso em: 3 out. 2020

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 22ª ed. Rev., Atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum conhecimento jurídico, 2020.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Série: *Os Precedentes no Novo CPC. O novo CPC e a força dos precedentes no Direito brasileiro*. Jota, 8 mar. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/serie-os-precedentes-no-novo-cpc-08032016>. Acesso em 7 out. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002.

O PROTAGONISMO DA ADVOCACIA PÚBLICA NO FEDERALISMO EM TEMPOS DE CRISE

Alexandre de Freitas Carpenedo¹

RESUMO

O presente estudo possui como objetivo o exame do federalismo, especialmente em sua estrutura cooperativa, em situações de fragilidade sistêmica, assim como a atuação dos advogados públicos neste contexto. Conceitua-se o modelo federativo de Estado, diferenciando-o de sua forma unitária e analisando aspectos históricos de seu desenvolvimento. A advocacia pública, responsável pela atuação administrativa e judicial, na consultoria e defesa dos interesses públicos, prevenindo conflitos e buscando a solução daqueles que eventualmente surjam – mesmo entre entes federativos – é analisada em capítulo próprio. Isso para, ao final, encontrar as formas pelas quais pode esta Advocacia de Estado contribuir para a solução de circunstâncias de crise relacionadas à forma federativa. A pesquisa emprega metodologia narrativo-descritiva, com a utilização de doutrina brasileira, assim como legislação e julgados do ordenamento jurídico nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Federalismo. Federalismo cooperativo. Crise. Advogado público.

ABSTRACT

The present study aims to examine federalism, especially in its cooperative structure, in situations of systemic fragility, as well as the role of state attorneys in this context. The federative state model is conceptualized, differentiating it from its unitary form and analyzing historical aspects of its development. Public advocacy, responsible for administrative and judicial action, in consulting and defending public interests, preventing conflicts and seeking the solution of those who may arise – even among federative entities – is analyzed in a specific chapter. This in order to find, in the end, the ways in which this Advocacy of State can contribute to the solution of circumstances of crisis related to the federative form. The research uses narrative-descriptive methodology, with the use of Brazilian doctrine, as well as legislation and judgments of the national legal system.

KEYWORDS: Federalism. Cooperative federalism. Crisis. State Attorney

INTRODUÇÃO

¹ Procurador Federal, em exercício na Procuradoria-Seccional Federal em Passo Fundo/RS. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional, pela Escola Superior Verbo Jurídico.

A Advocacia Pública, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi conduzida ao patamar de função essencial à Justiça. Também no bojo da atual Carta, foi instituído um modelo de divisão de funções, tanto entre os três poderes quanto entre as diferentes esferas federativas, visando ao cumprimento do dever estatal de realização do interesse público.

A forma federativa de Estado, igualmente, ganhou relevância ímpar no atual texto constitucional: além de alçada à condição de cláusula pétrea², o chamado *federalismo cooperativo* restou aperfeiçoado como nunca (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 941), comparativamente às Constituições anteriores. Uma maior divisão de competências entre os entes e a inédita instituição do Município como membro federativo.³

Neste contexto, mostra-se significativo o estudo acerca das atividades dos advogados públicos visando à manutenção da ordem federativa, com a prevenção de conflitos entre os entes – bem como a solução daqueles que porventura surjam:

Parece-nos de altíssima relevância a abertura desse campo de estudo com vistas a potencializar as possibilidades de contribuições profícuas da Advocacia de Estado no aperfeiçoamento do quadro institucional brasileiro, com a melhoria e maior consistência das políticas públicas em geral, além de promoção criativa de progressos institucionais e de maior eficiência da Administração Pública, a partir de uma orientação à eficiência do Estado regida pelo princípio da juridicidade, colocando a gestão pública na perspectiva da realização dos fins colimados pela ordem jurídica, como, por exemplo, o da realização da igualdade e da inclusão social (art. 3º, incisos III e IV, da Constituição de 1988). (VIANA, 2017, p. 10)

No desenvolvimento deste estudo, divide-se o trabalho em três partes: a primeira se dedica à conceituação e ao histórico do federalismo, com especial destaque para a sua forma cooperativa; a segunda parte refere-se à advocacia pública – ou Advocacia de Estado; e a terceira, por fim, refere-se ao federalismo em tempos de crise e a atuação dos advogados públicos nesta seara. O trabalho é construído pela metodologia narrativo-descritiva, desenvolvido através de obras doutrinárias, artigos e legislação.

1 FORMA FEDERATIVA DE ESTADO E FEDERALISMO COOPERATIVO

1.1 CONCEITO DE FEDERAÇÃO

A forma de Estado encontra-se relacionada à centralização ou descentralização do exercício do poder político em função do território (SILVA, 2014, p. 100). Neste sentido, pode ele ser *unitário*⁴ ou uma *federação*. Assim, ainda segundo o autor,

Se existe unidade de poder sobre o território, pessoas e bens, tem-se Estado unitário. Se, ao contrário, o poder se reparte, se divide, no espaço territorial (divisão espacial de poderes), gerando uma

2 Isso não significa, contudo, dizer que o federalismo brasileiro seja imutável: ofende as cláusulas pétreas de nossa Constituição a emenda que tenda a abolir o pacto federativo, mas não emenda que apenas torne coerente o seu desenho (RAMOS, 2018, p. 604).

3 O que tem feito a doutrina considerar o Brasil como o denominado *federalismo de terceiro grau* (por exemplo: MEIRELLES, 2008, p. 46).

4 Em resumo (mesmo porque não objeto do presente trabalho), *Estado unitário* consiste na “[forma] mais simples, a mais lógica, a mais homogênea. A ordem jurídica, a ordem política e a ordem administrativa se acham aí conjugadas em perfeita unidade orgânica, referidas a um só povo, um só território, um só titular do poder público de império” (BONAVIDES, 2000, p. 189).

multiplicidade de organizações governamentais, distribuídas regionalmente encontramos-nos diante de uma forma de Estado composto, denominado Estado federal ou Federação de Estados.⁵ (p. 100-101)

De acordo com MENDES e BRANCO (2018, p. 1.316), a federação tem suas origens nos Estados Unidos e “surgiu como resposta à necessidade de um governo eficiente em vasto território, que, ao mesmo tempo, assegurasse os ideais republicanos que vingaram com a revolução de 1776”.

Em apertada síntese, federação pode ser conceituada como a reunião de entidades políticas autônomas⁶, feita por uma Constituição e marcada por um vínculo de indissolubilidade. Ou, de forma mais ampla, “Estado Federal” é assim conceituado por MENDES e BRANCO (2018, p. 1.324):

É correto afirmar que o Estado Federal expressa um modo de ser do Estado (daí se dizer que é uma forma de Estado) em que se divisa uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma repartição de competências entre o governo central e os locais, consagrada na Constituição Federal, em que os Estados federados participam das deliberações da União, sem dispor do direito de secessão. No Estado Federal, de regra, há uma Suprema Corte com jurisdição nacional e é previsto um mecanismo de intervenção federal, como procedimento assecutoratório da unidade física e da identidade jurídica da Federação.

Ainda acerca de sua conceituação e etimologia, assim leciona BULOS (2014, p. 922):

Federação, do latim *foedus, foederis*, significa pacto, interação, aliança, elo entre Estados-membros.

Trata-se de uma unidade dentro da diversidade. A unidade é ela, a federação, enquanto a diversidade é inerente às partes que a compõem, isto é, os Estados, com seus caracteres próprios.

A federação, portanto, é um *pluribus in unum*, ou seja, uma pluralidade de Estados dentro da unidade que é o Estado Federal.

Visa a federação à união de seus membros, a fim de promover a “integração harmônica de seus destinos”. Eles não possuem soberania, encontrando-se sujeitos a um poder único, gozando de autonomia⁷ e “movendo-se livremente na esfera da competência constitucional que lhes for atribuída para efeito de auto-organização” (BONAVIDES, 2000, p. 231).

Após a Primeira Guerra Mundial, o federalismo passa a ser concebido como *cooperativo* (neoclássico)⁸, em superação ao modelo *dualista* (clássico), de duas esferas isoladas (União de um lado; Estado-Membro, de outro) e de repartição horizontal de competências e tributos exclusivos (FERREIRA FILHO, 2012, p. 72).

1.2 SÍNTESE HISTÓRICA BRASILEIRA

Nos períodos colônia e império, o Brasil adotou a forma de unitária de Estado. Em sua primeira

5 BULOS (2014, p. 922) cita ainda a confederação como uma forma de Estado. Respeitosamente, entende-se que ela não pode entrar nesta classificação, uma vez que todos os seus membros gozam de soberania (BONAVIDES, 2000, p. 212). Trata-se meramente da reunião de vários Estados para um propósito comum, e não a forma de um único centro de poder soberano.

6 Característica esta que não se confunde com independência, à vista da impossibilidade de secessão de seus entes. Como aduzem SARLET, MARINONI e MITIDIERO (2018, p. 937), com seus elementos essenciais (auto-organização e autogoverno), a autonomia “implica uma repartição de competências legislativas e administrativas constitucionalmente assegurada (no âmbito da Constituição Federal)”.

7 Definido por ROCHA (2017, p. 124), em seu sentido corrente, como quando “é capaz de especificar sua própria legalidade, o que é próprio dele”.

8 Especificamente no caso brasileiro, a partir da Constituição de 1934, como será visto a seguir.

Constituição (1824), com ampla centralização do poder decisório e pouca – mas existente – descentralização administrativa, por meio das capitânicas hereditárias, foi esta a forma adotada pelo Imperador D. Pedro I. Embora referida divisão já tenha sido apontada como uma espécie de “vocalização federalista”, tal apontamento é tido como equivocado (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 939), uma vez que tal divisão possuía natureza meramente administrativa⁹, sem nenhum poder decisório e apenas com o propósito de facilitar a governança do extenso território, desde 1534, ainda pelo governo português.¹⁰ Ainda sobre a forte centralização política da época, assim destacam os autores (p. 939-940):

[...] assumiu perfil altamente centralizador, seja em virtude dos interesses econômicos e políticos da Coroa e de boa parte dos Portugueses que se estabeleceram no Brasil, seja pela associação entre a figura de um Estado Unitário e a centralização com a Monarquia como forma de governo. Dentre outros pontos que podem ser destacados, situa-se a circunstância de que o Imperador nomeava e removia livremente o Presidente das Províncias (art. 165), além da forte limitação à autonomia legislativa provincial mesmo quanto aos assuntos regionais [...].

Fortemente inspirado nos Estados Unidos da América¹¹, além de abandonar a forma monárquica de governo, o Brasil passou a adotar a forma federativa desde o Decreto 01/1989¹². Sobre a influência da Carta norte-americana, no magistério de BARROSO (2010, p. 124):

Constituição americana. O primeiro sinal explícito de seu sucesso é a duração: o texto sintético, escrito com a linguagem aberta das cláusulas gerais e dos princípios, vigora desde sua ratificação, em 1791, tendo sofrido apenas vinte e sete emendas. Instituições inovadoras, como o federalismo, um modelo eficiente de separação de Poderes e o controle de constitucionalidade (*judicial review*), aliadas à supremacia econômica e militar que os Estados Unidos passaram a exercer após a Segunda Guerra, inspiraram inúmeras Cartas mundo afora, inclusive no Brasil, onde sua influência está presente desde a primeira Constituição republicana, de 1891.

Por consequência, a partir da Constituição de 1891, ao menos formalmente¹³, a federação foi sempre escolhida como a forma de Estado pelas demais Cartas que lhe sobrevieram.¹⁴

O federalismo dualista foi substituído pelo cooperativo com a promulgação da Constituição de 1934 (BULOS, 2014, p. 494), embora, na ocasião, tenha-se dado à União “uma posição e uma influência

9 Não poderia nem mesmo ser considerado Estado unitário descentralizado, à vista da ausência de personalidade jurídica própria, das capitânicas, ou de eleição para quaisquer órgãos dirigentes

10 Isso não quer dizer que a federação não tenha sido, já na época da independência, uma ideia no cenário nacional. No ponto, realça FERREIRA FILHO (2012, p. 74): “é no Brasil tão antigo quanto a reivindicação de independência. Obtida esta, já na Constituinte de 1823, houve quem postulasse a implantação de uma estrutura federativa, mais condizente com a diversidade de condições regionais e com os meios de comunicação da época [...]”. Neste mesmo sentido, STRECK e MORAIS (2018, p. 264).

11 Sabe-se que, como referido, assim como a maioria dos países que adotam a forma federativa, o Brasil se baseou na Constituição Americana de 1787, demonstração viva e positiva de independência das ex-colônias inglesas. Como destaca, também, BONAVIDES, “pela primeira vez as instituições básicas de poder se conciliavam com a tradição continental hispânica, sobretudo com o modelo daquelas federações que, a exemplo da Argentina e do México, se haviam embebido na inspiração tutelar do constitucionalismo norte-americano” (2004, p. 365).

12 “Art. 1º - Fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da Nação brasileira - a República Federativa.

Art. 2º - As Províncias do Brasil, reunidas pelo laço da Federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil.”

13 “É o que confirmam o art. 1º da Constituição de 1891; o art. 1º da Constituição de 1934; os arts. 1º e 3º da Constituição de 1937; o art. 1º da Constituição de 1946 e o art. 1º da Constituição de 1967, em sua versão original, confirmada pela EC n. 1/69.” (STRECK e MORAIS, 2018, p. 264)

14 Por ter-se tornado um Estado federal, a partir de sua origem unitária, fala-se na criação de um *federalismo por segregação*, em oposição ao federalismo estadunidense, *por agregação* (FERREIRA FILHO, 2012, p. 72 e 74). Nestes últimos, “os antigos Estados soberanos confederados deixaram de ser soberanos, mas conservaram a sua autonomia, entregando a uma nova entidade, a União, poderes bastantes para exercer tarefas necessárias ao bem comum de todos os Estados reunidos” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1.317).

preponderante no tratamento do interesse geral, amesquinhando-se o papel dos Estados” – situação agravada com a Constituição de 1937, e não detida pela de 1946 (FERREIRA FILHO, 2012, p. 74).

Após a instauração do regime ditatorial, em 1964, e a outorga da Constituição de 1967 e de seu Ato Institucional 5, teria havido maior amplitude à técnica do federalismo cooperativo, inclusive com a “participação de uma entidade na receita de outra, com marcante centralização” (BULOS, 2014, p. 497). A tendência de centralização do poder político foi tamanha “a ponto de se ter instaurado, na opinião de muitos, um novo tipo de federalismo, o federalismo de integração”, embora com fortes tendências “a uma sujeição do Estado-Membro à União” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 72 e 74).

Não há dúvidas de que a Constituição de 1988 é aquela que confere maior autonomia aos demais entes, procurando restabelecer o equilíbrio federativo (FERREIRA FILHO, 2012, p. 74). É certo que a atual organização do Estado ainda concentra a maior parte do poder e competências no ente central (União), como pode ser visto nos arts. 20, 21, 22 e 24. No entanto, a evolução na autonomia dos demais entes é inquestionável.

Possivelmente, entre as duas das maiores inovações da atual Carta de 1988, reside a inclusão dos municípios como entes federativos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 941), situação, como leciona BULOS (2014, p. 940), sem precedentes no mundo. Ainda segundo o doutrinador,

No Brasil, a valorização do Município é crescente. De simples lembrança na Carta Imperial de 1824 (art. 169) ao poder de auto-organizar-se conferido pela Constituição de 1988 (art. 29), ele vem obtendo lugar de destaque.

A disciplina normativa que o Texto de Outubro lhe conferiu é bastante inovadora, não possuindo similar nas constituições passadas, nem nos ordenamentos constitucionais de outros países. Nem mesmo o *federalismo de duplo grau*, terminologia usada por Charles Durant para caracterizar a federação soviética, instituída sob a égide das Constituições de 1936 e 1977, serve de precedente. Segundo Durant, as Repúblicas Federadas tinham de conter os *Territórios* e as *Regiões Autônomas*, por meio de textos constitucionais próprios, que previam competências mínimas (*El Estado Federal en el derecho positivo*, p. 193).

Mas isso não se compara à realidade brasileira. Aqui o constituinte disciplinou os entes municipais de modo completamente diferente do *federalismo de duplo grau*. Basta ler os arts. 29 a 31 para constar isso.

O próprio autor, no entanto, critica a inclusão dos municípios como entes federativos, que teria aliado o modelo lógico-jurídico de federação e deturpado a Teoria Geral do Federalismo. Ademais, o fato de o Município não possuir representatividade no poder central (sistema bicameralista) demonstraria a *anomalia*¹⁵ deste traçado constitucional (p. 940-941).¹⁶

Críticas e divergências doutrinárias à parte, é amplamente majoritário o entendimento de que os municípios ostentam, de fato, a qualidade de entes federados. Neste íterim, em sentido diametralmente oposto ao acima, BONAVIDES (2004, p. 344) vê de forma positiva a novidade, para quem “as prescrições do novo estatuto fundamental de 1988 a respeito da autonomia municipal configuram indubitavelmente o

15 Situação esta que seria especialmente ilustrada pela submissão dos entes municipais ao Poder Judiciário dos estados.

16 SILVA (2014, p. 479) não apenas compactua desta crítica, como entende que os municípios, em verdade, não fazem parte do conceito de *entidade federativa*: “Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o Município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de Municípios. Existe federação de Estados”.

mais notável avanço de proteção e abrangência já recebido por esse instituto em todas as épocas constitucionais de nossa história”.

A outra grande novidade da atual Constituição consiste no aperfeiçoamento do *federalismo cooperativo* (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 941), sobre o qual se comentará a seguir.

1.3 FEDERALISMO COOPERATIVO

A palavra “cooperar” é definida como “operar juntamente com alguém; contribuir ajudando, auxiliando outras pessoas; colaborar” (COOPERAR, 2020). Cooperação relaciona-se com atuação mútua, entre diferentes indivíduos, visando à realização de um fim comum. Na cooperação, conforme ressalta BERCOVICI (2002, p. 16), “nem a União nem qualquer ente federado pode atuar isoladamente, mas todos devem exercer sua competência conjuntamente com os demais”. Assim, como a própria expressão já indica, *federalismo cooperativo* implica um agir coordenado entre os entes federados, a fim de cumprir determinado objetivo.

O federalismo cooperativo (neoclássico), quanto à separação de competências, pressupõe a atuação conjunta entre as entidades federativas e vem, assim, como contraponto ao federalismo dual (clássico), o qual, como visto, é caracterizado pela rigidez na separação de atribuições entre referidos entes. Se a sua forma dual é baseada na quase absoluta autonomia, o cooperativo é baseado na colaboração: a União auxilia os estados-membros e municípios (e os estados-membros, os municípios), e assim eles buscam soluções para problemas comuns.

Desde que adequadamente desenvolvida, a forma cooperativa deste fenômeno associativo implica atuação dos diferentes graus da federação de maneira metódica e solidária, com o auxílio *efetivo*, entre uns e outros, ao cumprimento dos deveres que lhes foram constitucionalmente imbuídos (saúde, educação, meio ambiente ecologicamente equilibrado etc.). Os elementos cooperativos deste federalismo, ilustrados não só pela repartição de competências, mas também pela participação efetiva dos entes periféricos na vontade política do ente central, são essenciais para o desenvolvimento da democracia consensuada (RIBEIRO et al., 2017, p. 06). Isso, no entanto, não significa ausência de coordenação; ao contrário: estabelece-se, normalmente à União, as diretrizes e bases de como a cooperação será concretizada.¹⁷

No Brasil, esta forma coordenada, com atuação norteadora da União, encontra previsão em diversos normativos da Carta da República, e possivelmente tem sua maior estampa no art. 24, § 1º, o qual determina que, quanto às competências legislativas concorrentes, o mister da União “limitar-se-á a estabelecer normas gerais”.¹⁸ MENDES e BRANCO (2018, p. 1.099) citam também, nesta seara, as ações governamentais para promoção da assistência social (art. 204 e incisos da Constituição):

¹⁷ Isso ficou evidente no contexto da crise financeira de 1929. Nos EUA, até então, cada estado membro possuía ampla autonomia para a resolução dos problemas que a antecederam. Isso não impediu a depressão econômica que seguiu, de modo que, por meio do *New Deal*, a União passou a coordenar os esforços para superação da crise, mediante intervenção do Estado na ordem econômica: deu-se entrada “no modelo intervencionista econômico e no federalismo cooperativo, presenciou-se uma maior participação do Estado na condução da vida econômica da Nação com a criação e o fortalecimento dos entes reguladores independentes” (FIGUEIREDO, 2014, p. 190).

¹⁸ “A divisão de tarefas está contemplada nos parágrafos do art. 24, de onde se extrai que cabe à União editar normas gerais – i. é, normas não exaustivas, leis-quadro, princípios amplos, que traçam um plano, sem descer a pormenores. Os Estados-membros e o Distrito Federal podem exercer, com relação às normas gerais, competência suplementar (art. 24, § 2º), o que significa preencher claros, suprir lacunas.” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1.355-1.356)

A Constituição estabelece que as ações governamentais serão organizadas com base na descentralização político-administrativa e define que a coordenação e as normas gerais cabem à esfera federal, enquanto a coordenação e a execução dos respectivos programas, às esferas estadual e municipal (art. 204, I). Além disso, dispõe que as ações também contarão com a participação da população, por meio de organizações representativas (art. 204, II).

Para SILVA (2014, p. 741-742), o federalismo cooperativo implica ainda a necessidade de cooperação financeira – notadamente no que toca à repartição de receitas tributárias:

Vimos já que o sistema discriminatório da Constituição combina a atribuição de fontes próprias com a técnica de participação de uma entidade na receita tributária de outra, ou técnica da distribuição ou repartição da receita tributária, que é a *discriminação das rendas pelo produto*.

Essa cooperação financeira entre as entidades autônomas da Federação, chamada *federalismo cooperativo*, integra a fisionomia do federalismo contemporâneo. Ela só começou a desenvolver-se, em termos constitucionais, entre nós, a partir da Constituição de 1934 (art. 9º), mas foi a Carta de 1937 que inaugurou a prática da participação na receita de tributos (Lei constitucionais 4/40). A Constituição de 1946 ampliou a técnica de cooperação financeira, que a Constituição de 1967 procurou racionalizar. Essas experiências são acolhidas pela Constituição de 1988 com expansão e aperfeiçoamento.

2 ADVOCACIA PÚBLICA

A Advocacia-Geral da União, as procuradorias estaduais e as procuradorias dos municípios formam, contemporaneamente, a chamada “advocacia pública” – ou advocacia de Estado –, que detém a atribuição de atuar administrativa e judicialmente na consultoria e defesa dos interesses públicos¹⁹, bem como nas políticas públicas promovidas pelas pessoas jurídicas de direito público da administração direta – União, estados e municípios – e indireta – fundações e autarquias públicas ou autarquias de regime especial (CARDOSO, 2017, p. 24).

Com efeito, à advocacia de Estado, como função essencial à justiça,²⁰ compete o assessoramento jurídico na realização das políticas públicas²¹ do governante legitimamente eleito. Porém, a despeito de sua grande relevância na atuação política em todas as esferas de governo, possui ela natureza de cunho precipuamente *jurídico*, como ensina VIANA (2017, p. 18-19):

A Advocacia de Estado, por sua natureza constitucionalmente definida como *função essencial à justiça*, constitui-se de um corpo de *juristas públicos*, pelo que só podemos concluir porque sua atuação é regida por código comunicativo e por uma racionalidade precipuamente *jurídica*.

[...]

A Advocacia de Estado pauta-se por *programas decisórios jurídicos*, como *regras e princípios*: legais e constitucionais e procedimentos jurídicos (Lei do Processo Administrativo e o CPC, por ex.), pelos quais, ao ser proferida uma decisão (*solução de um problema jurídico*) como se dá na emissão de *pareceres*, se pode afirmar com correção (critérios autorreferenciais jurídicos) seu postulante administrativo ‘tem direito’ ao bem da vida por ele pretendido quem é o se o ato administrativo é *juridicamente válido*.

19 “O advogado público, além de ter a função de representar a Fazenda Pública judicial e extrajudicialmente, exerce o assessoramento jurídico e as atribuições próprias de advogado. Quer isso dizer que o advogado público cumula as duas funções: além de advogado, é também representante judicial e extrajudicial da respectiva pessoa jurídica de direito público. Geralmente, uma pessoa de direito privado tem seu representante, que não se confunde com o advogado contratado para assessorá-la e defender seus interesses em juízo ou fora dele. O advogado público cumula as duas funções.” (DIDIER JR., e CUNHA, 2018, p. 2.932-2.933)

20 CRFB/88, Título IV, Capítulo IV.

21 “Às três *procuraturas constitucionais* compete, em síntese, a função de *controle institucional de provedoria*, sendo, portanto, públicas não só quanto à finalidade, mas também quanto aos agentes, pois são exercidas por agentes públicos, *órgãos do Estado* [...]” (MOREIRA NETO, 1992, p. 91)

No exercício de seu mister constitucional, atua também a advocacia pública na qualidade de garantidora e defensora dos interesses da sociedade e do Estado, no que MOREIRA NETO (1992, p. 82) define como *Estado de Justiça* no constitucionalismo brasileiro, o qual não prescinde apenas da atuação do Poder Judiciário para sua concretização, mas dos demais Poderes do Estado e, por certo, das demais *funções essenciais à justiça*.

Ressalta o autor, ainda (p. 87), a importância das atividades *preventivas e postulatórias* das funções essenciais à justiça; por meio delas, *interesses juridicamente reconhecidos são identificados, acautelados, promovidos e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados*:

O exercício de funções *preventivas* (consultoria jurídica) e *postulatórias* (representação), que não apresentem um mínimo da necessária consistência técnica, inviabiliza o controle de *juridicidade* (moralidade, legitimidade e legalidade) e atenta contra os fundamentos constitucionais do Estado (de Justiça) Democrático de Direito.

Dessa colocação, resulta que as *funções essenciais à justiça* se constituem num conjunto de atividades políticas preventivas e postulatórias através das quais interesses juridicamente reconhecidos são identificados, acautelados, promovidos e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados, sob garantias constitucionais.

E, no que toca à essencialidade da atividade consultiva, segue (p. 89):

[...] a *consultoria jurídica* é uma atividade essencial à justiça, porquanto nela o advogado tem a decisão técnico-jurídica a seu cargo e sob sua plena responsabilidade, direta e pessoal. O consultor jurídico do Poder Público *emite uma vontade estatal*, como órgão do Estado que é, vinculando-o de tal forma que, se a Administração não seguir o ditame, deverá motivar porque não o faz, sob pena de nulidade do ato (princípio da motivação — artigo 5.º LIV e LV, e 93, X). Seus pronunciamentos têm, por isso, uma *eficácia própria*, que é a eficácia do parecer jurídico, indistintamente os emitidos por solicitação externa ou *ex officio*, no exercício das funções de fiscalização da juridicidade dos atos do Estado, embora possam alguns pender de um visto ou de qualquer outro ato de assentimento para cobrarem *exequibilidade*. Os órgãos da Administração Pública, que têm na ordem jurídica não só o fundamento como os limites de sua atuação, *não podem ignorar* os pareceres regularmente emitidos pelas consultorias jurídicas dos órgãos da procuratura constitucional que sobre elas atuem, embora possam deixar de segui-los, motivadamente, mas sempre a seu inteiro risco, jurídico e político.

Referidas atividades (preventivas e postulatórias, consultoria jurídica²²), exercidas em prol da Administração dos entes federados, constituem meios aptos à adequada coordenação do federalismo nestes tempos de crise. Este estudo será mais bem desenvolvido no próximo capítulo.

3 ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA PARA SUPERAÇÃO DA CRISE NO FEDERALISMO

3.1 Crise no federalismo

Quanto à repartição de competências, a primeira Carta brasileira a adotar a forma federativa, como visto, adotou-a na forma *dual*, de matriz norteamericana. Nesta forma de federalismo, as competên-

²² Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

[...]

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

cias são divididas no plano horizontal, atribuindo aos entes federados competências privativas e exclusivas, que serão por eles cumpridas de maneira isolada e estanque. Entretanto, a partir da Constituição de 1934, com o surgimento de um Estado de bem-estar social, passa-se a seguir o federalismo cooperativo. Assim, ao lado do plano horizontal de repartição de competências, emprega-se também o plano vertical, com o surgimento das competências comuns e concorrentes, a serem cumpridas pelos entes federados em regime de *condomínio legislativo* (HORTA, 1995, p. 366).

No caso brasileiro, certo é que o novo regramento de divisão de competências previsto na Constituição da República, bem como o “processo de universalização e igualdade no acesso a políticas sociais, ocorrido a partir da segunda metade da década de 1990” (FRANZESE, 2010, p. 87), tem implicado o aprimoramento do federalismo em sua linha cooperativa.

Possivelmente, o maior exemplo deste aprimoramento encontra-se no art. 23 da Constituição, ao prever expressamente as competências comuns de todos os entes, por meio das quais devem colaborar para o desempenho dos encargos por ela determinados (BERCOVICI, 2002, p. 16). SARLET, MARINONI e MITIDIERO (2018, p. 943) destacam, porém, que o parágrafo único do referido artigo prevê a edição de Lei Complementar para a cooperação entre os entes, norma esta que ainda não teria sido editada. No entanto, veja-se que a dicção da norma²³ indica expressamente “leis complementares”, no plural, a serem elaboradas de acordo com a matéria comum cuja cooperação se pretenda regulamentar. Neste sentido, os próprios autores indicam a edição de diplomas legislativos em matéria ambiental que vieram para fixar normas de tal modelo cooperativo.²⁴ De todo modo, não há como negar, como igualmente mencionam, “que o Brasil ainda está longe de realizar na dimensão desejável o projeto original do constituinte (também) nessa seara”.

O exercício destas competências, derivadas da linha cooperativa mencionada, por certo deve ser feito com sinergia, com base no ideal de harmonia e sem atuações conflitantes.²⁵ No entanto, de fato este federalismo cooperativo tem mostrado alguns de seus problemas centrais em tempo de crise.

Em primeiro lugar, o modelo de repartição de competências adotado pelo texto constitucional, a despeito da elogiável cessação de atribuições aos estados e municípios, ainda é excessivamente centralizador²⁶ e, por vezes, confuso. Com efeito, várias das funções expressas nos seus arts. 23 e 21 não se mostram suficientemente delineadas: ora parecem tratar de competência exclusiva da União, ora de competência comum de todos os entes federados. Da mesma forma, no campo das competências legislativas, há normas que tanto podem ser incluídas no art. 22 (competência legislativa privativa da União) quanto no art.

23 “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)”

24 Lei Complementar 140/2011, que fixa normas “para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora [...]”.

25 Tudo isso coordenado pelo ente central, ao qual incumbe o estabelecimento de métricas e, até mesmo, muitas vezes, o auxílio de natureza financeira.

26 É fato que, enquanto a União possui extenso rol de atribuições elencado pela Constituição, os municípios possuem esfera de atuação bem mais restrita; aos estados, então, afora a exploração de gás canalizado e instituição de normas organizacionais geográficas (art. 25, §§ 2º e 3º), somente foram delegadas competências residuais (§ 1º do mesmo artigo).

24 (competência legislativa concorrente da União, aos Estados e ao Distrito Federal), o que potencializa o embate entre as entidades. Assim, a ausência das leis complementares previstas no parágrafo único do art. 23 da Constituição torna, realmente, a questão mais confusa – e justifica a crítica dos doutrinadores acima citada.

Considerando-se que os contornos de competência não se encontram tão bem definidos pela Carta de 1988, e à falta de arcabouço normativo especificando esta forma cooperação, tem-se visto, notadamente em situações de crise, os Poderes Executivos em atuação. Assim, à vista desta atuação do Poder Executivo, a fragilidade explicitada no federalismo cooperativo passa por dois vieses.

A primeira relaciona-se à lógica da omissão: se a obrigação é imposta a todos os entes, não é imposta a nenhum (diluição de responsabilidade). Situação exatamente oposta à pretensão do constituinte, eis que, sendo comuns as responsabilidades, nenhum dos entes da Federação pode se eximir de implementá-las, recaindo o custo político sobre todas as esferas de governo (BERCOVICI, 2002, p. 17).

A segunda vai em sentido oposto: o excesso de atuação, com possível ingresso na seara de competência de outro ente. De fato, em situações de fragilidade sistêmica, parece haver um padrão de todos os entes quererem atuar, atribuindo a si o papel principal no combate à problemática. Destarte, com mais de um ente em atuação, é previsível a hipótese de ingresso indevido na esfera de competência de outro: está instalada a celeuma. A partir deste excesso de atuação, há potencial para a expedição de atos normativos eivados de inconstitucionalidade.

E é nesta seara que adquire especial destaque a atuação dos advogados públicos. A fim de prevenir estes possíveis desvios, mostra-se de relevância ímpar a atividade da Advocacia de Estado.

3.2 Atuação da advocacia pública no auxílio ao federalismo em situações de crise

Na atual situação de crise humanitária, os advogados públicos assumem um papel decisivo na defesa da saúde, no próprio funcionamento da Administração e na defesa das políticas públicas de promoção dos direitos individual e coletivamente assegurados.

Neste sentido, o Decreto Federal 10.292/2020 (em sua redação atual dada pelo Decreto 10.329/2020) reconhece como essencial e indispensável para o combate à pandemia as “atividades de representação judicial e extrajudicial, assessoria e consultoria jurídicas exercidas pela advocacia pública da União²⁷, relacionadas à prestação regular e tempestiva dos respectivos serviços públicos” (art. 3º, § 1º, inciso XXXVIII).

Ao assenhorar-se das funções que lhe foram constitucionalmente atribuídas, tem a advocacia pública o papel de agir na realização da justiça, auxiliando na prevenção de eventuais conflitos, bem como na solução daqueles surgidos a partir de sua atuação. Por certo, estes conflitos em potencial podem surgir entre entes federados diversos, envolvendo a atuação conjunta de suas respectivas representantes jurídicas.

Como destaca BONAVIDES (2010, p. 240), o fenômeno político associativo atual, “federalismo novo, elástico”, é umbilicalmente ligado ao desenvolvimento das práticas federativas:

²⁷ A redação original do Decreto Federal 10.292/2020 utilizava a expressão “advocacias públicas”, unicamente. Tratando-se de decreto restrito à esfera federal, entendeu-se por bem utilizar redação específica.

Dessas transformações resultou um federalismo novo, elástico, quase irreconhecível àqueles que ainda sustentam com entono as máximas do federalismo clássico, e se recusam terminantemente a aceitar o que ocorreu como variação necessária, decorrente do desenvolvimento das práticas federativas, segundo novos tempos e novas circunstâncias.

Referidas práticas federativas contemporâneas são compostas por políticas públicas inclusivas, não se podendo prescindir da atuação conjunta e coordenada dos três graus da federação.

Tema sobre o qual se debruça a Advocacia de Estado, enquanto instituição, consiste na indicação da legalidade das políticas públicas do governo legitimamente eleito. A título de exemplo, lembra FIGUEIREDO (2014, p. 202) que, além de sua representação perante o Judiciário, “à Advocacia-Geral da União compete o exercício legal da fixação da jurisprudência administrativa de todo o Executivo”.

E, neste ínterim, é seu mister a atuação na defesa destas políticas públicas de forma *integrada*, prevenindo situações de ingresso na esfera de competência alheia e possíveis violações ao sistema constitucional pátrio, evitando litígios tanto quanto possível.

A função de assessoramento dos gestores, reitera-se, é de vital relevância na prevenção de falhas durante a execução das políticas públicas e na análise da juridicidade dos atos emanados pelo Poder Executivo.

Exatamente a fim de promover essas políticas públicas de natureza inclusiva e concatenada, faz-se necessário assegurar, aos membros da advocacia pública, *elevado grau de autonomia funcional*. Neste sentido, assim observa VIANA (2017, p. 27):

[...] traz à tona outra dimensão da Advocacia de Estado: sua função jurídico-democrática de proporcionar e materializar o acesso do público (cidadãos/administrados) ao sistema político-administrativo e aos benefícios sociais gerados por *políticas públicas*, o que também demanda o estabelecimento, como regra constitucional, da garantia de *autonomia operativa* aos membros das organizações integrantes da Advocacia de Estado.²⁸

Neste mesmo sentido, destaca MOREIRA NETO (1992, p. 82) que o sistema de funções essenciais à justiça foi *aperfeiçoado e robustecido com garantias para uma atuação independente*:

E aí estão, coincidentemente, essas duas notáveis conquistas do Direito Político contemporâneo, incorporadas à Constituição vigente: *o sistema de participação política*, ampliado e enriquecido, e *o sistema de funções essenciais à Justiça*, aperfeiçoado e robustecido com garantias para uma atuação independente.

Portanto, a garantia da independência funcional aos membros da advocacia pública, integrantes deste *sistema de funções essenciais à justiça*, nada mais é do que dar mero cumprimento às ordens estabelecidas pela Constituição.

CONCLUSÃO

É justamente em ocasiões de crise que institutos jurídicos são testados. Nestes casos, também,

²⁸ Conforme lição do autor (p. 26), é por meio da autonomia funcional que se aperfeiçoa “o quadro institucional do sistema político-jurídico do Estado brasileiro, em que, em intenso grau de interação, se garante simultaneamente à autonomia da atividade político-administrativa por meio de um corpo de *juristas do Estado*, aptos, *por não sofrerem pressões estranhas à lógica autopoietica sistema do direito*, a proporcionar elevada efetividade na promoção da segurança jurídica, por meio de adequada previsibilidade de consequências de *decisões e projetos político-administrativos*.”

eles deixam de ser teoria e têm sua incidência na realidade. É a partir de adversidades que se sai da inércia, que se encontram as fragilidades de reparação necessária em determinado sistema. Neste federalismo, em tempos de crise, não é diferente. A despeito de esta forma de associação política ser posta em xeque, notadamente nos casos de situações críticas, ainda não foi criado nenhum modelo organizacional reconhecidamente a ela superior – ao menos em países cujas regiões são marcadas por diferenças culturais e linguísticas tão relevantes, como é o caso do Brasil.

Respeitosamente, discorda-se de que o federalismo cooperativo seja “um processo contraditório e sem rumos pré-definidos” (RIBEIRO et al., 2017, p. 1.041). Embora a forma através da qual ele tenha sido (e esteja sendo) desenvolvido possa ser passível de críticas, isso não macula o modelo político em si.

É certo que o federalismo não é isento de críticas. Tais críticas podem e devem ser feitas. Tudo isso visando, contudo, ao seu aperfeiçoamento e melhoria – não à sua pura e simples extinção:

Se tivermos porém a visão aberta e a sensibilidade bastante apurada com que acompanhar o curso da vida no laboratório social, nenhuma dificuldade defrontaremos então para proclamar em fase de florescente desenvolvimento o neofederalismo do século XX. Mas entendido este qual o fizemos, a saber, acrescido daquelas emendas que põem o direito em dia com os fatos, previnem os desvirtuamentos do intervencionismo estatal, cortam os elementos de fundo da crise federativa na estrutura do Estado contemporâneo, alhanam obstáculos e conduzem a uma possível solução do problema federativo. (BONAVIDES, 2010, p. 245-246)

E, neste ponto, conclui-se que os advogados públicos podem e devem assumir o protagonismo no auxílio ao federalismo em tempos de crise. A adequada efetividade dos atos de gestão, a fim de garantir segurança jurídica às políticas públicas – e, ao final, ao próprio cidadão –, evitando-se a ausência ou o excesso de atuação por parte dos entes, depende da necessária presença e atuação desta advocacia pública – carreira tão essencial à proteção do pacto federativo.

Dito isso, há que se destacar a sincera crença de que este período de crise não vai deixar apenas reminiscências aflitivas. Servirá – e já está servindo – como experimentação de intenso aprendizado, quebra de paradigmas e de modernização da instituição da Advocacia de Estado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro. Revista de Direito Sanitário, v. 3, n. 1, p. 13-28, mar. 2002. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v3i1p13-28>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. Decreto nº 01, de 15 de novembro de 1889. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1889/0001/0001.htm>.

[vil_03/decreto/1851-1899/D0001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D0001.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASIL. Decreto nº 10.292, de 25 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10292.htm>. Acesso em: 1º set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 10.329/2020, de 28 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10329.htm>. Acesso em: 1º set. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 140/2011, de 08 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em: 1º set. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARDOSO, Deiser Mara Rezende. (2017). A advocacia pública: instituição essencial à justiça com autoridade para solucionar conflitos no âmbito da jurisdição administrativa. Revista CEJ, 21(71). Disponível em: <<https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/article/view/2215>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

COOPERAR. Dicio, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/cooperar>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

DIDIER JR., Fredie, CUNHA; Leonardo. Comentários aos arts. 131 e 132 da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; LEONEY, Léo Ferreira (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 2.932-2.942.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Curso de direito constitucional. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de direito econômico. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FRANZESE, Cibele. Federalismo cooperativo no Brasil: da Constituição de 1988 aos sistemas de políticas públicas. 210 f. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2010.

HORTA, Raul Machado. Estudos de direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revista de informação legislativa, v. 29, n. 116, p. 79-102, out./dez. Distrito Federal: 1992, p. 79-102.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RIBEIRO, José Mendes et al. Políticas de saúde e lacunas federativas no Brasil: uma análise da capacidade regional de provisão de serviços. Revista Ciência e Saúde Coletiva, v. 22, n. 4, p. 1031-1044, abr. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017002401031&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 31 ago. 2020.

ROCHA, Leonel Severo. Direito e autopoiese. In: STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; EN-

GELMANN, Wilson. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. São Leopoldo: Unisinos, 2017, p. 123-135.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2014.

VIANA, Ulisses Schwarz. Advocacia de Estado: perspectivas a partir da teoria dos sistemas. Revista Brasileira de Advocacia Pública, n. 4, p. 09-28, jan/jun. 2017.