



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review



INTERNATIONAL
Scientific Indexing



Editors

Antonio Cabral (University of Rio de Janeiro State, Brazil)
Fredie Didier Jr. (Federal University of Bahia, Brazil)
Hermes Zaneti Jr. (Federal University of Espírito Santo, Brazil)

Editorial Board

Aluisio Mendes (University of Rio de Janeiro State, Brazil)
Alvaro Perez-Ragone (University of Valparaiso, Chile)
Antonio Cabral (University of Rio de Janeiro State, Brazil)
Bruno Sassani (University of Rome, Tor Vergata, Italy)
Burkhard Hess (University of Heidelberg, Germany)
Daniel Mitidiero (Federal University of Rio Grande do Sul, Brazil)
David Bamford (Flinders University, Australia)
Dimitrios Tsikrikas (Universidade de Atenas, Grécia)
Dmitry Maleshin (University of Moscow, Russia)
Fernando Gascón Inchausti (University Complutense of Madrid, Spain)
Frédérique Ferrand (University of Lyon, France)
Fredie Didier Jr. (Federal University of Bahia, Brazil)
Giorgio Costantino (University of Rome, Roma Tre, Italy)
Giovanni Priori Posada (Pontificia Universidade Católica del Perú)
Jordi Nieva-Fenoll (University of Barcelona, Spain)
José Roberto Bedaque (University of São Paulo, Brazil)
Juan José Monroy Palacios (Pontificia Universidad Católica, Peru)
Loïc Cadiet (University of Paris, Sorbonne, France)
Marino Marinelli (University of Trento, Italy)
Michele Angelo Lupoi (University of Bologna, Italy)
Miguel Teixeira de Sousa (University of Lisbon, Portugal)
Mostefa Maouene (University Sidi bel Abbès, Algeria)
Neil Andrews (University of Cambridge, England)
Nikolaos Klamaris (University of Athens, Greece)
Paula Costa e Silva (University of Lisbon, Portugal)
Paula Sarno Braga (Federal University of Bahia, Brazil)
Peter L. Murray (University of Harvard, United States)
Remo Caponi (University of Florence, Italy)
Rodrigo Rodríguez (University of Bern, Switzerland)
Rolf Stürner (University of Freiburg, Germany)
Teresa Arruda Alvim (Pontificia Universidade Católica, São Paulo, Brazil)

Executive Editors

Ravi Peixoto (UERJ)
Alberto Trigo (UERJ)
Marcus Seixas Souza (UFBA)
Felipe Batista (UFBA)

Reviewers (this issue)

Gabriela Campos (UFPE)
Mateus Pereira (Unicap)
Fernando Gajardoni (USP)
Vitor Fonseca (PUC-SP)
Antônio Pereira Gaio Júnior (UFRRJ)
Lucas Buriel (UFPE)
Rafael Abreu (UFRGS)
Rodrigo Fux (UERJ)
Maria Angélica Feijó (UFRGS)
Pedro Rocha (UERJ)
Thiago Cabral (UERJ)



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review

2021





FACULDADE
BAIANA DE
DIREITO

FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO



Rede Internacional de Pesquisa sobre
Justiça Civil e Processo Contemporâneo

Rua José Peroba, 123, Costa Azul, Salvador/BA. CEP: 41.770-235.
Tel: 3205-7744

Copyright: Faculdade Baiana de Direito

Todos os direitos desta edição reservados a Faculdade Baiana de Direito e ProcNet.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor, da Faculdade Baiana de Direito e da ProcNet. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

About the authors

Gabriela Expósito

M.Sc. Federal University of Bahia (UFBA) Professor at Salvador University (UNIFACS) and Federal University of Bahia (UFBA)

Giorgio Pino

Full Professor of Philosophy of Law and Legal Theory at the University of Rome Tre, Italy.

Ravi Peixoto

PhD at the State University of Rio de Janeiro, Brazil Master's degree at the Federal University of Pernambuco, Brazil

Lucinda Dias da Silva

Adjunct Professor at the University of Coimbra (Portugal)

Fredie Didier Jr.

Professor of Civil Procedure at the Federal University of Bahia, Brazil, Lawyer

Marino Marinelli

Professor of Civil Procedure at the University of Padova



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Sumário

• 1

A capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual submetida à Tomada de Decisão Apoiada 11

The procedural capacity of the person with intellectual disability submitted to Supported Decision Making.

Gabriela Expósito

Introdução	12
1. Duas premissas essenciais: conceitos de pessoa com deficiência intelectual e de capacidade processual.	13
1.1. O que se entende por deficiência intelectual?	13
1.2. O conceito de capacidade processual.	15
2. A Tomada de Decisão Apoiada.	17
3. A capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual submetida à tomada de decisão apoiada.	24
Referências Bibliográficas.	26

• 2

Interpretação e “Crise” das Fontes 31

Interpretation and “Crisis” of the Sources

Giorgio Pino

Introdução	32
1. “Fontes do direito”	35
1.1. Questões de método.....	38

1.2	Para uma definição de fonte do direito	39
2.	A construção hierárquica das fontes do direito	42
2.1	Sobre o conceito de hierarquia normativa.....	43
2.1.1	Hierarquias estruturais.....	43
2.1.2	Hierarquias materiais.....	44
2.1.3	Hierarquias axiológicas	46
2.2	Hierarquias normativas e fontes do direito	48
3.	Fontes do direito e interpretação.....	49
3.1	Cinco questões fáceis.....	51
3.1.1	Individuação de um tipo de ato como fonte.....	51
3.1.2	A revogação tácita.....	51
3.1.3	Graduação do valor normativo de um texto jurídico.....	53
3.1.4	Conservação dos atos normativos.....	53
3.1.5	Introdução de uma hierarquia axiológica entre normas igualmente ordenadas em sentido material.....	54
3.2	Cinco questões menos fáceis.....	56
3.2.1	Fontes obrigatórias e fontes permissivas.....	56
3.2.2	Introdução de hierarquias materiais em via interpretativa.....	57
3.2.3	Retirada do valor normativo de um texto jurídico	59
3.2.4	Sobreposição de uma hierarquia axiológica a uma hierarquia material em sentido contrário.....	62
3.2.5	Utilização das fontes externas ao ordenamento	63
4.	Em conclusão	64

• 3

O art. 26 da LINDB como cláusula geral para a realização da autocomposição pela Administração Pública: uma análise dos limites e possibilidades **67**

The article 26 of LINDB as a general clause to the settlement made by the Public Administration: an analysis of the limits and possibilities

Ravi Peixoto

1.	Aspectos introdutórios	68
2.	O novo modelo do direito administrativo e a maior abertura para as transações.....	69
3.	A nomenclatura utilizada pela legislação para permitir a autocomposição.....	72
4.	O direito público e a amplitude interpretativa do art. 26 da LINDB.....	73
5.	Atos que podem ser alvo do compromisso	74
5.1.	Os acordos substitutivos e integrativos.....	76
6.	Legitimação para requerer e para celebrar o compromisso.....	78

7. Entre o compromisso da LINDB e o compromisso de ajustamento de conduta.....	79
8. A exigência de observação da “legislação aplicável”.....	79
9. Procedimento do acordo.....	81
9.1. Requisitos formais.....	81
10. Conteúdo e requisitos do compromisso.....	83
10.1 O dever de justificação.....	83
10.1.1. O dever de impessoalidade, o compromisso e o precedente administrativo.....	85
10.2. Cláusulas vedadas.....	88
11. Conclusão.....	89
Referências.....	89

• 4

Meios processuais especiais de tutela da propriedade industrial no sistema jurídico português..... 93

Special remedies for enforcement of industrial property rights under the Portuguese Law

Moyens procéduraux spéciaux pour la protection de la propriété industrielle dans le système juridique portugais

Lucinda Dias da Silva

1. Nota introdutória.....	95
2. Prova.....	97
2.1. Medidas para obtenção de prova.....	97
1.2. Medidas de preservação de prova.....	99
1.3. Nota comum.....	103
3. Procedimentos cautelares.....	104
3.1. Procedimento cautelar comum.....	104
3.2. Procedimento cautelar especificado de arresto.....	105
4. Critérios de decisão judicial.....	107
4.1. Decisão indemnizatória.....	107
4.2 Decisão inibitória.....	108
4.2.1. Regime geral.....	108
4.3. Decisão de sancionamento acessório.....	110
5. Grau de publicidade processual.....	111
5.1. Publicidade da decisão.....	111
5.2.1. Na pendência do processo judicial.....	115
5.2.2. Após a extinção do processo judicial.....	116
6. Conclusão.....	117

• 5

Do que se ocupa um(a) processualista? 119

What are the main concerns of a civil procedure expert?

Fredie Didier Jr.

- | | |
|---|-----|
| 1. Nota introdutória: o tradicional objeto de investigação do processualista (as dimensões normativa, de participação e institucional)..... | 120 |
| 2. Necessidade de ampliação do objeto de estudo: as diversas “portas de acesso à justiça” e o ensino do processo..... | 121 |
| 3. Repensando a dimensão normativa..... | 123 |
| 4. Repensando a dimensão da participação..... | 124 |
| 5. Repensando a dimensão institucional..... | 126 |
| 6. Duas considerações finais..... | 126 |

• 6

Os precedentes judiciais entre “obrigatoriedade” e “poder persuasivo”: notas comparativas e reflexões sobre o novo CPC brasileiro e sua “súmula vinculante” 129

Judicial precedents between “binding” and “persuasive power”: comparative notes and reflections about the new Brazilian Code of Civil Procedure and its “súmula vinculante”

Marino Marinelli



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

A capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual submetida à Tomada de Decisão Apoiada.

The procedural capacity
of the person with intellectual disability
submitted to Supported Decision Making.

Gabriela Expósito

M.Sc. Federal University of Bahia (UFBA)
Professor at Salvador University (UNIFACS)
and Federal University of Bahia (UFBA)

Resumo: A pessoa com deficiência intelectual, após entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, passou a dispor, para garantir auxílio para a prática de atos determinados, da Tomada de Decisão Apoiada. Trata-se de instituto protetivo para aquelas pessoas com deficiência que são capazes, mas que optam por construir uma rede de apoio com, ao menos, duas pessoas de sua confiança. Há, contudo, que se analisar os impactos da instituição da Tomada de Decisão Apoiada, notadamente no que se refere à eventual limitação à capacidade processual da pessoa com deficiência apoiada, sendo esse aspecto o objeto de investigação deste trabalho.

Palavras-chave: capacidade processual, pessoa com deficiência intelectual, tomada de decisão apoiada, estatuto da pessoa com deficiência.

Abstract: *After the entry into force of the Federal Law n. 13.146/2015, persons with intellectual disability can make use of the Supported Decision Making mechanism, in order to ensure assistance in the practice of certain acts. It is a protective institute for those persons with disabilities who, despite being legally capable, choose to build a support network with at least two people they trust. However, it is necessary to analyze the impacts of the institution of Supported Decision-Making, notably with regard to the possible limitation to the procedural capacity of the person with a supported disability. This aspect is the object of investigation of this work.*

Key words: *procedural capacity, person with intellectual disability, Supported Decision Making, Federal Law n. 13.146/2015.*

Sumário: Introdução. 1. Duas premissas essenciais: conceitos de pessoa com deficiência intelectual e de capacidade processual. 1.1. O que se entende por deficiência intelectual? 1.2. O conceito de capacidade processual. 2. A Tomada de Decisão Apoiada. 3. A capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual submetida à tomada de decisão apoiada. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência [Lei nº 13.146/15 - Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD)] promoveu profundas alterações no tratamento jurídico das pessoas com deficiências que passaram a contar com novos instrumentos de apoio como a Tomada de Decisão Apoiada (TDA) inserida no Código Civil pelo EPD.

Essa súbita imposição de isolamento social fez com que, ao lado das discussões

Este trabalho se propõe a analisar um dos aspectos relativos às consequências da instituição da TDA, especificamente sobre a capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual submetida a esse instituto de apoio. Assim, o que se pretende avaliar é se a pessoa com deficiência intelectual que opta por se submeter à TDA terá limitações na sua capacidade processual, notadamente na possibilidade de figurar como autoras em processos judiciais¹.

Contudo, antes de adentrar no cerne da questão apontada é necessário estabelecer duas premissas: o que se entende por deficiência intelectual e por capacidade

1 Para uma análise mais abrangente sobre a capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual, envolvendo as pessoas com deficiência incapazes e as submetidas à curatela, ver EXPÓSITO, Gabriela. A capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual. Salvador: Juspodivm, 2019.

processual. Com esses dois conceitos definidos poder-se-á seguir para apresentação do regime jurídico da Tomada de Decisão Apoiada e seu eventual impacto na capacidade processual de quem se submete a ela.

1. DUAS PREMISAS ESSENCIAIS: CONCEITOS DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL E DE CAPACIDADE PROCESSUAL.

1.1. O que se entende por deficiência intelectual?

O conceito de deficiência intelectual não pode ser compreendido sob o viés eminentemente jurídico. Deve-se, antes de observar conceitos trazidos pela legislação, analisar como os manuais classificatórios de transtornos mentais abordam o tema.

O DSM-5 (*Diagnostic and Statistic Manual Disorders*), ao tratar da deficiência intelectual, define que o termo equivale ao diagnóstico da CID-11 (*Classification of Mental and Behavioural Disorders: Clinical Descriptions and Diagnostic Guidelines*) de transtornos de desenvolvimento intelectual. Segundo o manual, a lei americana *Rosa's Law* (L. 111-256) substituiu “o termo retardo mental por deficiência mental e periódicos de pesquisa usam deficiência intelectual”². Com isso, pode-se afirmar que deficiência intelectual seria a nova terminologia utilizada para deficiência mental, antes denominada de retardo mental.

Ainda pelo DSM, as deficiências intelectuais ou o transtorno do desenvolvimento intelectual são espécies dos transtornos do neurodesenvolvimento e se caracterizam por déficits em capacidades como raciocínio, pensamento abstrato, juízo, aprendizagem acadêmica entre outros³.

Apesar da possibilidade de presença dos déficits mencionados, deve-se deixar claro que aquele que tem esse tipo de transtorno (deficiência intelectual) não tem alterada a sua percepção de si mesmo⁴. Caso haja alteração dessa percepção poder-se-á, então, configurar outro tipo de transtorno mental.

Existem ainda outros sistemas de classificação da deficiência intelectual. A *American Association on Intellectual and Developmental Disabilities* (AAIDD), antiga *American Association on Mental Retardation* (AAMR), é um deles. Pela AAIDD, os critérios para a definição da deficiência intelectual envolvem a análise do funcionamento intelectual,

2 Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais DSM-5. *American Psychiatric Association*. Disponível em <https://www.psychiatry.org/psychiatrists>. Acesso 11 de dezembro de 2017.

3 Ibidem.

4 SASSAKI, Romeu Kazumi. Deficiência mental ou intelectual? Doença ou transtorno mental? *Reação - Revista Nacional de Reabilitação*. São Paulo, nº 43, ano IX, p. 09-10, 2005. Também disponível em www.planetaeducacao.com.br. Acesso em 26 de dezembro de 2017.

do comportamento adaptativo e da idade de início das manifestações ou sinais indicativos de atraso no desenvolvimento, que se convencionou nos 18 anos de idade⁵.

Por fim, também inserida nas classificações internacionais, tem-se a CIF (Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde), adotada pela OMS “para descrever, avaliar e medir a saúde e a incapacidade quer ao nível individual quer ao nível da população”⁶. Pela CIF, utiliza-se a terminologia deficiência mental para qualquer “variação importante no desenvolvimento intelectual”⁷. Para classificar as funcionalidades e as incapacidades, esse manual reúne fatores ambientais e fatores pessoais, sendo os primeiros entendidos como fatores externos aos indivíduos que envolvem o ambiente físico, social e atitudinal que as pessoas vivem e conduzem suas vidas, os últimos fatores “são o histórico particular da vida e do estilo de vida de um indivíduo e englobam as características do indivíduo que não são parte de uma condição de saúde ou de um estado de saúde”⁸.

O direito brasileiro, de certa forma em consonância com os sistemas classificatórios apresentados, conceituou deficiência em alguns diplomas legais, como o Decreto 3.298/1999, regulamentando a Lei nº 7.853/1989 que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, e também o Decreto 5.296 de 2004⁹ que em seu art. 5º apresentava as pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida.

Apesar das definições trazidas pelos decretos, os critérios estabelecidos não foram repetidos no Estatuto da Pessoa com Deficiência. A lei, na verdade, sequer apresentou um conceito específico de deficiência intelectual, mas o seu conceito de deficiência envolve a deficiência intelectual. Esse conceito de deficiência do EPD tem base no conceito inclusivo¹⁰, trazido no preâmbulo e no art. 1º da Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência.

Com essa premissa, estabelece o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 2º:

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma

5 CARVALHO, Erenice Natália Soares de. MACIEL, Diva Maria Moraes de Albuquerque. *Nova concepção de deficiência mental segundo a American Association on Mental Retardation – AAMR: sistema 2002*. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo>. Acesso 18 de dezembro de 2017.

6 Informações fornecidas pelo Instituto Nacional para a Reabilitação. Disponível em <http://www.inr.pt>. Acesso 20 de julho de 2018.

7 Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, pag. 211. Disponível em <http://www.inr.pt>. Acesso 20 de julho de 2018.

8 Ibidem.

9 O Decreto tem por objetivo regulamentar a Lei nº 10.048/2000 que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica em lei. Trata-se de lei que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

10 VALLE, Jaime. A proteção internacional universal dos direitos das pessoas com deficiência. *Revista O Direito*. Coimbra, ano 148. pp. 585-602, 2016, p. 591.

ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

No âmbito das faculdades mentais e intelectuais, o texto escolhido pelo legislador, ao mencionar tanto deficiência intelectual quanto deficiência mental, traduz esse viés inclusivo e protecionista. Segundo a lei, merecem proteção, além das pessoas com deficiência intelectual (ou seja, aquelas com transtorno de desenvolvimento intelectual), todas as pessoas com outros transtornos mentais e, também, os que apresentem impedimentos de longo prazo, mesmo que não classificados pela psiquiatria, desde que tais impedimentos obstruam a participação plena e efetiva na sociedade.

1.2. O conceito de capacidade processual.

A capacidade de estar em juízo, capacidade processual ou capacidade judiciária¹¹ é a aptidão para a prática de atos processuais independentemente de representação¹² ou assistência¹³.

Segundo o art. 70 do CPC, aquele que possui capacidade de fato (= capacidade de exercício) possui capacidade para estar em juízo. Em regra, aquele que for absolutamente incapaz para praticar atos da vida civil, também será incapaz de praticar atos processuais¹⁴.

- 11 A terminologia capacidade judiciária foi a escolhida pelo legislador português que, no art. 9º do Código Civil, disciplina “A capacidade judiciária consiste na susceptibilidade de estar, por si, em juízo.” (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 140; ANTUNES VARELA, João de Matos; BEZERRA, J. Miguel; SAMPAIO E NORA. *Manual de processo civil*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1985, p. 117. FREITAS, José Lebre de. *Código de processo civil anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 24).
- 12 É necessário fazer uma distinção entre representação e apresentação. Ao falar de representação estar-se diante da prática de atos processuais em nome de outra pessoa. Por outro lado, há entes que são apresentados em juízo por alguém, caso das pessoas jurídicas. O sócio ao apresentar uma pessoa jurídica no processo não pratica o ato no lugar dela, o ato é praticado pela própria pessoa jurídica materializada pelo sócio. Neste sentido ver, entre outros, PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, t. I, p. 297; MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 1ª parte. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 143-144; DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol.1, p. 317-318; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. *A capacidade postulatória como uma situação jurídica processual simples: Ensaio em defesa de uma teoria das capacidades em direito*. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em <<http://bdt.d.ibrict.br>>. Acesso em 20 de julho de 2018, p. 109. E, ainda, tratando da representação: VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 278-291.
- 13 DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. op. cit., p. 316; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 1, p. 274.
- 14 Diz Carnelutti sobre o tema: “Normalmente, casi, alla incapacità material corrisponde la incapacità processuale”. (CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: La Litotipo, Ed. Universitaria, 1926, Vol. 2, 1ª parte, p. 212). Existem exceções à regra apresentada, ou seja, hipóteses em que a lei traz a capacidade para estar em juízo desvinculada da capacidade de fato como o cidadão eleitor com dezesseis anos que, apesar de relativamente incapaz para praticar atos da vida civil, tem capacidade processual para ajuizar ação popular. Além desses exemplos, Fredie Didier Jr. traz a capacidade processual do interdito para requerer o levantamento da interdição, com base no art. 756, §1º do CPC. (DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. op. cit., p. 317).

A doutrina diverge quanto à relação entre capacidade de estar em juízo e legitimação processual¹⁵ (*legitimatío ad processum*). Parte dela entende que são sinônimos¹⁶, outra parte entende que a legitimação decorre da capacidade de estar em juízo plena¹⁷. Porém, segue-se, neste artigo, o entendimento inspirado nas lições de Orlando Gomes¹⁸, firmado por Marcelo Navarro Ribeiro Dantas¹⁹, Fredie Didier Jr.²⁰, Teresa Arruda Alvim²¹ e Roberto Campos Gouveia Filho²² que advogam a existência de distinção entre os conceitos de capacidade de estar em juízo e legitimação processual. Com base nesses autores, a atribuição de capacidade é genérica, enquanto a legitimidade é aptidão específica para prática de determinado ato em concreto. Assim, “é possível que a parte tenha capacidade processual para generalidade dos casos, mas não a tenha para alguns – faltar-lhe-ia, pois, legitimidade processual”²³. É o caso do cônjuge que necessita, segundo art. 73 do CPC, do consentimento do outro

- 15 Pedro Henrique Nogueira apresenta distinção entre a legitimidade processual e a legitimidade para a causa. Afirma o autor que a legitimidade para causa diz respeito “à titularidade da situação jurídica de direito material”. Já a legitimidade processual, para ele, é elemento que garante a eficácia ao ato processual, por essa razão afirma “Da ausência de legitimidade processual, surge a ineficácia do ato jurídico processual que introduz o procedimento”. Interessante observar, porém, que o autor difere legitimidade processual de legitimidade *ad processum*, sendo, a última, sinônimo de capacidade processual. Explica que, enquanto a ausência de legitimidade implica ineficácia, a ausência de capacidade impõe a invalidade. (NOGUEIRA, Pedro Henrique. A legitimidade processual no novo código de processo civil. In DIDIER JR. Fredie (coord. Geral). *Coleção Novo CPC – Doutrina selecionada. Parte Geral*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.1, p. 279-291). Não adotamos a diferenciação entre legitimidade processual e legitimidade *ad processum*, entendemos como expressões sinônimas. Contudo, diferem da capacidade processual.
- 16 Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 226; DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria Geral do Processo. Jurisdição, ação (defesa), processo*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2007, p. 439; PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de processo civil*. op. cit., p. 303; ANTUNES VARELA, João de Matos; BEZERRA, J. Miguel; SAMPAIO E NORA. *Manual de processo civil*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1985, p. 132.
- 17 Arruda Alvim defende que aqueles que não possuem capacidade processual precisam que ela seja integrada através da representação e que é o representante que possui a legitimação processual. O que demonstra que, para ele, a legitimação processual decorre da integração da capacidade processual (ARRUDA ALVIM, *Tratado de direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, vol.2, p. 209).
- 18 Orlando Gomes ao tratar da legitimação expôs que “Falta à legitimação o cunho de generalidade da incapacidade.” (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense/ GEN, 2016, p. 287).
- 19 Para Marcelo Navarro R. Dantas a capacidade processual é a transposição da capacidade de exercício (do direito civil) para o direito processual, já a legitimação processual é o direito de estar em juízo em um determinado processo em concreto (DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo: legitimação ativa*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 71).
- 20 DIDIER Jr. Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. O juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 135.
- 21 ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 44.
- 22 GOUEIA FILHO, Roberto Campos. *A capacidade postulatória como uma situação jurídica processual simples: Ensaio em defesa de uma teoria das capacidades em direito*. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em <<http://bdt.d.ibict.br>>. Acesso em 20 de julho de 2018, p. 108.
- 23 DIDIER Jr. Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. O juízo de admissibilidade do processo. op. cit., p. 135.

para propor ação que verse sobre direito real imobiliário, se não for casado sob regime de separação absoluta de bens. Não se trata de incapacidade processual, mas de ilegitimidade processual²⁴.

2. A TOMADA DE DECISÃO APOIADA.

Fixados os conceitos de deficiência intelectual e capacidade processual, pode-se seguir para a análise do regime jurídico da Tomada de Decisão Apoiada.

A Tomada de Decisão Apoiada pode ser entendida como um modelo alternativo ao alcance das finalidades da curatela²⁵, em que a pessoa com deficiência capaz²⁶ elege duas pessoas para “construir em torno de si uma rede de sujeitos baseada na confiança que neles tem, para lhe auxiliar nos atos da vida”²⁷. Não há aqui uma restrição ao exercício dos direitos da pessoa com deficiência²⁸; preserva-se a sua autonomia fornecendo-lhe proteção para a prática de certos atos patrimoniais ou que impactam na esfera não-patrimonial²⁹.

Importante frisar que se trata de medida que, além de garantir a capacidade de agir do sujeito, é, ela mesma, “fruto da autonomia privada do apoiado e de seus apoiadores”³⁰.

Chaves, Cunha e Pinto, rejeitando a tese de que a tomada de decisão apoiada se trata da concretização de um modelo alternativo à curatela, afirmam que “A tomada

24 Fredie Didier Jr. cita esse exemplo com base no art. 10 do CPC/1973 (DIDIER Jr. Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. O juízo de admissibilidade do processo. op. cit., p. 135).

25 SANTOS, Ivana Assis Cruz dos. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e as Alterações no Código Civil de 2002. *In Revista Síntese Direito Previdenciário*. São Paulo, nº 78, ano XVI, pp. 27-36, maio/jun. 2017, p. 34; DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), nas legislações civil e processual civil. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, vol. 66. pp. 57-82, abril/jun. 2016, p. 69.

26 FARIAS, Cristiano Chaves de. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 341.

27 REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência. *Revista de Direito Contemporâneo*. São Paulo, vol. 6, ano 3, pp. 37-54, jan./mar. 2016. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br>. Acesso 15 de novembro de 2017; REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidade e Interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 182.

28 ARAUJO, Luiz Alberto David. COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146 de 06.07.2015): algumas novidades. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 962, pp. 65-80, dez.2015.

29 MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista Eletrônica de Direito Civil*. Ano. 4, nº 1, 2015. Disponível em <http://civilistica.com>. Acesso 15 de novembro de 2017. E nesse mesmo sentido, FARIAS, Cristiano Chaves de. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. op. cit., p. 343.

30 MACHADO, Diego Carvalho. Capacidade de agir e direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro: o caso do direito à privacidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, vol. 8, nº2, pp. 47-80, abr./jun. 2016, p. 59 e FARIAS, Cristiano Chaves. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. op. cit., p. 243.

de decisão apoiada não se confunde com a curatela, partindo de uma premissa diametralmente oposta: inexistência de incapacidade, mas mera necessidade de apoio a uma pessoa humana”³¹. No mesmo sentido dos autores, o Desembargador Francisco Loureiro, em julgamento, afirmou que “O processo de tomada de decisão apoiada, por sua vez, seria aplicável às pessoas com deficiência que, embora capazes, necessitem de auxílio de outrem para decidir sobre determinadas questões”³².

Em outro sentido, Rolf Madaleno³³ e Thais Câmara Coelho³⁴ afirmam que a tomada de decisão apoiada serve para aquelas pessoas com deficiência que tenham discernimento reduzido, enquanto a incapacidade ficaria reservada aquelas que não externam vontade.

Não parece ser esse o melhor entendimento, já que a tomada de decisão apoiada é negócio jurídico celebrado entre apoiado e apoiadores não sendo, pois, instrumento apto à restrição de direitos, mas sim de mero apoio a atos que a própria pessoa com deficiência indique. O discernimento reduzido é elemento da exteriorização de vontade, ou seja, sem discernimento não há expressão válida de vontade, sendo, pois, caso de incapacidade relativa e, para a legislação em vigor, para os incapazes a medida a ser instaurada é a curatela dos incapazes ainda existente no ordenamento jurídico brasileiro (art. 1.767 do Código Civil).

Concorda-se, porém, com a autora acerca da utilização da tomada de decisão apoiada para pessoas com impossibilidade física, sensorial ou psíquica³⁵, desde que possuam discernimento e, assim, capacidade de fato para celebrar negócios jurídicos³⁶.

É importante ressaltar que a TDA não pode ser confundida com um instrumento de mandato, no qual uma pessoa constitui outra como seu/sua representante. Trata-se, como dito, de instrumento destinado às pessoas com deficiência para garantir apoio na prática de determinados atos. Nesse sentido, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou provimento, em fevereiro de 2019, por unanimidade, a apelação interposta para reformar sentença que julgou improcedente o pedido de Tomada de Decisão Apoiada celebrado por pessoa com câncer de pâncreas que

31 FARIAS, Cristiano Chaves. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. op. cit., p. 243.

32 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível 0307037-84.2009.8.26.0100. Relator Desembargador Francisco Loureiro. Disponível em http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27348:tj-sp-curatela-corretamente-instituida-em-favor-da-requerida-nos-termos-do-codigo-civil-e-do-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia&catid=64&Itemid=184. Acesso 07 de junho de 2018.

33 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: GEN/FORENSE, 2013, p. 1596.

34 COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. *Autocuratela*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 42.

35 Id., *Ibid.*, p. 42.

36 Robson Godinho, sobre o tema, aponta que “a TDA é uma possibilidade facultada à pessoa com deficiência plenamente capaz” (GODINHO, Robson Renault. *Comentários ao Código de Processo Civil - Dos procedimentos de jurisdição voluntária*. GOUVEA, José Roberto e outros (coord.). São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 355).

pretendia nomear apoiadores para representá-la, ante eventual impossibilidade de exercício dos atos da vida civil por agravamento da doença³⁷.

Uma hipótese em que se pode vislumbrar a tomada de decisão apoiada seria de uma pessoa com o transtorno de aprendizagem denominado “transtorno da linguagem escrita” (dislexia³⁸) que, por não se sentir segura para celebrar negócios jurídicos sem apoio, opte por se submeter à medida³⁹. Não se trata de ausência de discernimento, mas de mera dificuldade que pode ensejar barreiras para praticar atos específicos.

Há de se ressaltar que a inclusão da TDA no sistema brasileiro teve inspiração em institutos existentes na legislação estrangeira.

Na Itália, a *amministratore di sostegno* é um deles. O instituto foi introduzido no direito italiano com a Lei nº 6/2004 e é disciplinado pelos arts. 404 a 413 do Código Civil. Trata-se de uma figura inovadora no sistema que difere da *interdizione* italiana⁴⁰. Mas há diferenças em relação ao regime brasileiro: a lei italiana permite que outros, além da pessoa com deficiência, requeiram a medida⁴¹. Além disso, o decreto de instituição do *amministratore*, que deve ser judicial, depende do preenchimento de alguns requisitos⁴². Há mais diferenças como a possibilidade de haver a administração

37 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (8ª Câmara Cível). Apelação Cível 700793344834. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/684070769/apelacao-civel-ac-70079344834-rs/inteiro-teor-684070795?ref=juris-tabs>. Acesso 04 de março de 2019.

38 Segundo Rotta e Pedroso, a definição da *World Federation of Neurology*, relatada por Critchley, em 1970, aduz que a dislexia “é um transtorno manifestado por dificuldade na aprendizagem na leitura, independentemente de instrução convencional, inteligência adequada e oportunidade sociocultural”. Pelo DSM-5, explicam os autores, dislexia é um termo alternativo que se refere às seguintes dificuldades: precisão na leitura, velocidade ou fluência na leitura, compreensão da leitura (ROTTA, Newra Tellechea e PEDROSO, Fleming Salvador. *Transtorno da linguagem escrita – dislexia*. In ROTTA, Newra Tellechea e outros (orgs). *Transtorno da aprendizagem*. 2ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2016, p. 133-147).

39 Não se está apontando a dislexia como deficiência. Já foi visto que o conceito de deficiência implica na ocorrência de fatores que obstruam a participação da pessoa na sociedade. Ela (a dislexia) pode ou não, a depender de outros critérios, ser considerada deficiência.

40 PERRA, Lívio. *L'amministrazione di sostegno, l'interdizione e l'inabilitazione: criteri di scelta tra i tre strumenti*. Disponível em <https://www.filodiritto.com>. Acesso 15 de novembro de 2017.

41 Segundo o *Ministero della Giustizia*, “Il ricorso può essere proposto: dallo stesso soggetto beneficiario, anche se minore, interdetto o inabilitato; dal coniuge; dalla persona stabilmente convivente; dai parenti entro il quarto grado; dagli affini entro il secondo grado; dal tutore o curatore; e dal pubblico ministero.” Disponível em <https://www.giustizia.it>. Acesso 15 de novembro de 2017.

42 Codice Civile, Articolo 405: “Il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno deve contenere l'indicazione: delle generalità della persona beneficiaria e dell'amministratore di sostegno; della durata dell'incarico, che può essere anche a tempo indeterminat; dell'oggetto dell'incarico e degli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiário; degli atti che il beneficiário può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno; -dei limiti, anche periodici, delle spese che l'amministratore di sostegno può sostenere con utilizzo delle somme di cui il beneficiário ha o può avere la disponibilità; della periodicità con cui l'amministratore di sostegno deve riferire al giudice circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiário”. (Disponível em <https://www.giustizia.it>. Acesso 15 de novembro de 2017). Em nossa tradução: O decreto de nomeação deve conter a indicação do beneficiário e seu administrador; a duração da cessão, que também pode ser indefinida; o assunto da cessão e os atos que o administrador tem o poder de realizar no nome e em nome do beneficiário; dos atos que o beneficiário só pode realizar com a

por tempo indeterminado. Apesar disso, a base principiológica de fornecer mais autonomia àquele que se beneficia da medida é similar nos dois ordenamentos.

No direito argentino, o Código Civil de 2014 introduziu no ordenamento as denominadas *medidas de apoyo* que, segundo o art. 43, têm como função promover a autonomia e facilitar a comunicação, a compreensão e a manifestação de vontade da pessoa para o exercício dos seus direitos. A medida, no direito argentino, pode ser judicial ou extrajudicial. Possibilita-se que a pessoa indique ao juiz uma ou mais pessoas para apoiá-la, devendo o juiz determinar os alcances da designação de apoio e proteger a pessoa de eventuais conflitos de interesses ou de influências indevidas.

Ainda é possível encontrar outros modelos alternativos de apoio à pessoa com deficiência como a *Sachwalterschaft* austríaca⁴³, o *Betreuungsrecht*⁴⁴ alemã,

assistência do administrador; dos limites, incluindo periódicos, das despesas que o administrador pode suportar com o uso das somas que o beneficiário tem ou pode ter disponibilidade; a frequência com que o Administrador deve informar ao Juiz sobre as atividades realizadas e as condições pessoais e sociais do beneficiário.

43 A *Sachwalterschaft*, instituída pelo Ministério da Justiça Austríaco, visa garantir representação às pessoas internadas compulsoriamente e, a partir de 2005, às pessoas que vivem em lares e instituições para pessoas com deficiência. É um instituto que leva em consideração as necessidades individuais da pessoa e limita atuação aos cuidados jurídicos relativos à capacidade negocial. Os assistentes podem ser escolhidos entre pessoas próximas da pessoa com deficiência que, para segundo esse regime, serão apenas as pessoas com deficiência ou doença psíquica e, em segundo lugar, profissionais. Assim como no Brasil, a *Sachwalterschaft* é designada através de um processo de jurisdição voluntária, todavia, na Áustria a instauração pode se dar por iniciativa da pessoa com deficiência de ofício e também pode ser sugerido por terceiros sem legitimidade para instauração. As possibilidades de assistência são amplas: tem-se a assistência para apenas um assunto, para um círculo de tarefas ou para todos os assuntos. Os negócios das pessoas submetidas à *Sachwalterschaft* são válidos, precisando para a produção de efeitos dos assistentes. RIBEIRO, Geraldo Rocha. *A protecção do incapaz adulto no direito português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 291-296.

44 O sistema alemão foi influenciado pela *Sachwalterschaft* austríaca, entrou em vigor em 1992, sendo reformado logo após em 1998 e, em seguida, em 2005 e 2008. Não se encontram muitas proximidades entre o regime alemão e o brasileiro. Na Alemanha, consagrando-se o princípio da necessidade (*erforderlichkeitsgrundsatz*) e garantindo-se a autodeterminação e autonomia das pessoas com deficiência, houve a extinção da tutela e da curatela, existindo no ordenamento alemão apenas o *Betreuung* que se caracteriza por ser flexível e adaptável às necessidades da pessoa e não gera os efeitos automáticos da incapacidade para agir. Podem ser beneficiados pelo sistema todos os adultos com deficiência psíquica ou física, mesmo que a deficiência não tenha afetado a possibilidade de manifestação de vontade. A instauração da medida é feita pelo próprio beneficiário. Geraldo Rocha Ribeiro entende que se trata de uma medida subsidiária, não só pelo fato de não existir no sistema alemão mecanismos alternativos, mas porque no país é facultada a emissão de declarações de vontade antecipada através da nomeação de representante por procuração e estabelecimento de seus poderes funcionais. O *betreuer* (com poderes de atuação) não só cuidará dos interesses patrimoniais do *betreuten*, mas também cuidará e assistirá os assuntos e a esfera pessoal, porém, para estes últimos, a lei alemã impõe, em muitos casos, a intervenção conjunta do *betreuer* e do tribunal. Só poderão ser designadas como *betreuer* pessoas singulares de modo que a atuação é eminentemente pessoal (*persönliche betreuung*) e a determinação do âmbito de atuação relaciona-se com apreciação individual da situação do *betreuten*. A pessoa submetida ao regime, ainda que possua capacidade negocial, será considerada, pelo ordenamento alemão, como incapaz. RIBEIRO, Geraldo Rocha. *A protecção do incapaz adulto no direito português*. Op. cit., p. 296-314. Também nesse sentido, PINHEIRO, Jorge Duarte. As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres. Incapacidades e suprimento – A visão do jurista. *Separata da Revista O Direito*. Coimbra, ano 142, nº III, 2010, p. 477; NEVES, Alexandra Chícharo das. Críticas ao regime da capacidade de exercício da pessoa com deficiência mental ou intelectual – a nova concepção da pessoa com deficiência. *Revista do Ministério Público*. Coimbra, nº 140, ano 35, pp. 79-120, 2014, p. 81.

o *Sauvegarde* francês⁴⁵ e a autotutela espanhola⁴⁶. Além disso, no Canadá também se encontra uma alternativa à curatela⁴⁷, na República Tcheca instituíram-se dois

45 Em 2009, entrou em vigor a Lei nº 2007-308 que alterou substancialmente a proteção dos adultos na França, introduziu-se no sistema jurídico a medida de cuidado denominada *sauvegarde de justice*. Segundo a lei francesa, podem ser submetidas à proteção pessoas maiores ou emancipadas que apresentem alterações psíquicas ou físicas, seja por motivos de doenças ou deficiência, seja pela idade com comprometimento para a realização de atos da vida civil. Assim como Brasil, a *sauvegarde de justice* direciona-se às pessoas que têm limitações e não necessariamente incapacidade. Há, todavia, uma grande peculiaridade no sistema francês: a possibilidade de que a *sauvegarde* seja instaurada tanto pelo juiz, como por declaração médica. Então, o adulto pode se submeter à proteção apenas por uma declaração médica que ateste a impossibilidade de se autogerir, sem ser necessário qualquer tipo de pronunciamento judicial, trata-se da *sauvegarde médicale*, ou pode ser decretada a *sauvegarde* judicialmente como uma medida cautelar pelo juiz quando se há pendência de uma ação de tutela ou curatela. Na *sauvegarde médicale*, o parecer médico, juntamente com um parecer técnico de um médico especialista em psiquiatria, é encaminhado ao Ministério Público. O Ministério Pública notifica o *Directeur départemental de l'action sanitaire et sociale* e se procederá a inscrição da declaração em registro para seja feita a publicização da decisão, que só produz efeitos a partir desta data. A *sauvegarde judiciaire* tem procedimento diverso. Ela está disciplinada no art. 433 do *Code Civil* que enuncia: *Le juge peut placer sous sauvegarde de justice la personne qui, pour l'une des causes prévues à l'article 425, a besoin d'une protection juridique temporaire ou d'être représentée pour l'accomplissement de certains actes déterminés. Cette mesure peut aussi être prononcée par le juge, saisi d'une procédure de curatelle ou de tutelle, pour la durée de l'instance*. Segundo o disposto no *Code Civil*, o juiz pode submeter a pessoa à proteção desde que precise de proteção legal temporária ou representação para a execução de determinados atos específicos, sendo possível a medida na pendência do procedimento de tutela ou curatela. A *sauvegarde judiciaire* é estabelecida temporariamente: 01 ano, podendo ser renovada por mais 1 ano, art. 439, al.1, *Código Civil Sous peine de caducité, la mesure de sauvegarde de justice ne peut excéder un an, renouvelable une fois (...)*. Porém, se a medida for decretada no curso de um processo de tutela ou curatela não há prazo estabelecido, já que dependerá da finalização do procedimento. (RIBEIRO, Geraldo Rocha. *A protecção do incapaz adulto no direito português*. Op. cit., p. 315-328).

46 A autotutela espanhola é uma espécie de declaração de vontade antecipada em que é facultada à pessoa, na previsão de vir a ser declarada judicialmente incapaz, a possibilidade de decidir questões relativas à sua pessoa e aos seus bens, bem como designar seu representante ou assistente e organizar a sua tutela. A validade da declaração depende da individualização do caso concreto, em que se deve analisar o contexto em que a declaração foi emitida. Tais declarações devem ser feitas por escritura pública, sendo devidamente averbada no registro de nascimento. (RIBEIRO, Geraldo Rocha. *A protecção do incapaz adulto no direito português*. Op. cit., p. 340-353). A Profa. Ana Isabel Berrocal Lanzarot explica a importância desta medida: *“Un enfermo con una demencia progresiva de tipo alzheimer o parkinson, que puede determinar su incapacidad, sigue siendo persona, aun teniendo lugar ésta, y debe ser tratado con respeto a su dignidad. Lo que se traduce en su libertad individual para la toma de decisiones sobre su persona y patrimonio, antes de llegar al estado final de su demencia. Una libertad que determina una capacidad de pensar y decidir de forma independiente.”* (LANZAROT, Ana Isabel Berrocal. *Protección jurídica de las personas mayores ante su eventual incapacitación en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. La institución de la autotutela*. In *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 9. 2008 (15-141)*. p. 64). Há, ainda, no direito espanhol, duas figuras denominadas: *guarda de hecho* e a constituição de patrimônio protegido. A *guarda de hecho* é instituto que intervém nos casos em que a autoridade judicial tem conhecimento de uma pessoa que pratica atos como tutor, sem ser de direito um tutor, sendo denominado de *guardador de hecho*. O objetivo da medida, então, é validar os atos praticados por ele. Já o patrimônio protegido é a reserva, prevista na lei nº 41/2003, de parcela (superior a 33%) do patrimônio da pessoa com deficiência física ou psíquica com o objetivo de prover as suas necessidades. (NEVES, Alexandra Chicharo das. *Críticas ao regime da capacidade de exercício da pessoa com deficiência mental ou intelectual – a nova concepção da pessoa com deficiência*. *Revista do Ministério Público*. Coimbra, nº 140, ano 35, pp. 79-120, 2014, p. 82-83).

47 Pela lei canadense é permitido nomear e autorizar um ou mais assistentes para auxiliar a pessoa com deficiência a administrar interesses econômicos, pessoais ou patrimoniais. (MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Op. cit.).

mecanismos de decisão apoiada: a representação e o contrato de apoio⁴⁸ e o acompanhamento instaurado recentemente em Portugal⁴⁹.

No Brasil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência menciona o instituto no art. 84, § 2º mas insere, através do art. 116, no Código Civil, o regramento específico no art. 1.783-A⁵⁰.

A competência para apreciar o pedido de homologação TDA é das varas de família e o procedimento tem natureza de jurisdição voluntária⁵¹. A legitimidade ativa é da própria pessoa com deficiência⁵² que, no pedido, deve indicar as pessoas a serem suas apoiadoras e apresentar termo, elaborado entre ela e os apoiadores, que constem os limites do apoio, os compromissos dos apoiadores, o prazo do acordo e o respeito à vontade, aos interesses e aos direitos do apoiado⁵³.

48 Id., *Ibid.*

49 Em 2018, a Lei nº 49 alterou o sistema jurídico português. Excluíram-se as figuras da inabilitação e interdição, instaurando o instituto do acompanhamento. Segundo a nova lei, que alterou, entre outras leis, o Código Civil: “O maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código”. O acompanhamento é uma medida judicial que pode ser requerida pelo próprio beneficiário ou, mediante autorização deste, pelo cônjuge, pelo unido de fato, por qualquer parente sucessível ou, independentemente de autorização, pelo Ministério Público, sendo a autorização do beneficiário suprida quando “em face das circunstâncias, este não a possa livre e conscientemente dar, ou quando para tal considere existir um fundamento atendível” (texto do artigo 141 do Código Civil, alterado pela nova lei). Fixa ainda a nova lei que “São pessoais, entre outros, os direitos de casar ou de constituir situações de união, de procriar, de perfiar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar” (texto do artigo 147, 2 do Código Civil). Observa-se que se trata de medida parecida com a tomada de decisão apoiada brasileira, porém com regramento mais amplo, visto que assegura que outras pessoas, além do beneficiário, possam requerer o auxílio, especialmente se aquele não puder realizar o pleito. Deve-se frisar uma diferença substancial entre o acompanhamento e a tomada de decisão apoiada: no acompanhamento “os atos praticados pelo maior acompanhado que não observem as medidas de acompanhamento decretadas ou a decretar são anuláveis: quando posteriores ao registro do acompanhamento; quando praticados depois de anunciado o início do processo, mas apenas após a decisão final e caso se mostrem prejudiciais ao acompanhado”, eis nova regra do artigo 154 do Código Civil Português. A lei portuguesa está disponível em <https://dre.pt>. Acesso 30 de agosto de 2018.

50 Atualmente, não há menção à Tomada de decisão apoiada no Código de Processo Civil, contudo, está em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto Lei 11.091 (já aprovado pelo Senado Federal) que pretende promover mudanças no regramento da curatela e da tomada de decisão apoiada tanto do CPC, quanto no CC.

51 Carreira Alvim afirma não se deveria falar em processo, pois não haveria exercício da jurisdição, para o autor, tem-se um “mero procedimento entre pessoas interessadas (não partes) e o Estado-juiz, encarregado de fazer o papel de verdadeiro administrador judicial em assunto de interesse privado”. (CARREIRA ALVIM, J.E. Tomada de decisão apoiada. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte, no. 92, ano 23, pp. 83-96 out./dez. 2015, p. 86.

52 Importante ressaltar que há quem defenda que a Tomada de Decisão Apoiada pode ser instaurada também pelos legitimados à curatela: familiares e Ministério Público (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 341).

53 BARBOSA, Amanda Souza e LAGO JUNIOR. Antônio. Primeiras análises sobre o sistema de (in)capacidades, interdição e curatela pós estatuto da pessoa com deficiência e Código de Processo Civil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, vol.8, pp.91-114, 2016, p. 94. No mesmo sentido, MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. op. cit.

O prazo de duração do termo favorece a fiscalização da medida⁵⁴ e da atividade dos apoiadores, findo o prazo pode-se requerer judicialmente uma renovação da TDA.

Segundo o §3º do art. 1.783-A é dever do magistrado, assistido por equipe multidisciplinar, antes de homologar a instituição da TDA, ouvir o requerente, os apoiadores e o Ministério Público⁵⁵. A decisão do magistrado é requisito de validade do acordo firmado entre o apoiado e os apoiadores que tem natureza jurídica de negócio jurídico.

É importante observar que a instituição da TDA não implica a perda de capacidade do sujeito. Trata-se, tão apenas, de um negócio jurídico celebrado entre a pessoa com deficiência e os apoiadores, homologado judicialmente. O juiz, apesar de não declarar a incapacidade da pessoa com deficiência, poderá deixar de homologar o acordo se, no processo de instituição da tomada de decisão apoiada, deparar-se com pessoa com deficiência que preencha uma das hipóteses de incapacidade relativa (art. 4º do Código Civil), haja vista que apenas as pessoas com deficiência capazes que necessitem de apoio para atos específicos são aptas a celebrar uma tomada de decisão apoiada.

Assim, pode-se concluir que, para homologar o termo de TDA, o juiz deverá verificar a capacidade da pessoa com deficiência, visto que, em caso de incapacidade, não poderá proceder à homologação. Com isso, afasta-se qualquer fundamento que dê suporte à invalidação do ato pela incapacidade do agente nos negócios celebrados pela pessoa com deficiência, mesmo que sem os apoiadores.

Ressalta-se que, de acordo com o §5º do art. 1.783-A, um terceiro que venha a negociar com uma pessoa com deficiência submetida à TDA poderá “solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado”. A referida contra-assinatura, porém, não é requisito de validade do acordo. Trata-se, aqui, de um problema de eficácia do acordo e não de validade.

O §6º do art. 1783-A determina que se a celebração do negócio puder trazer risco ou prejuízo relevante, caso haja divergência entre o apoiado e um dos apoiadores, deverá o magistrado, após a oitiva do Ministério Público, decidir a questão. O dispositivo não menciona a participação do juiz em casos com consequências menos graves, de modo que, a partir de uma interpretação sistêmica das normas e da observância do amplo respeito à autonomia da pessoa com deficiência, é a vontade dela que deve prevalecer⁵⁶, devendo o juiz decidir apenas nos casos em que a própria pessoa com deficiência requeira a sua decisão.

54 REQUIÃO, Mauricio. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, vol.6, pp. 37-54, jan./mar.2016. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br>. Acesso 15 de novembro de 2017. REQUIÃO, Mauricio. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidade e Interdição*. op. cit., 184.

55 MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. op. cit.

56 REQUIÃO, Mauricio. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência. *Revista de Direito Contemporâneo*. São Paulo, vol. 6, ano 3, pp. 37-54,

São disciplinadas pelo Código Civil possibilidades de destituição dos apoiadores. Segundo o diploma, se o apoiador agir com negligência ou venha a exercer pressão indevida sobre o apoiado ou haja denúncia fundada, feita por qualquer pessoa, ao juiz ou ao MP, destituir-se-á o apoiador⁵⁷.

Além disso, frisa-se que a TDA pode ser encerrada a qualquer momento, por vontade do apoiado, independentemente da atuação dos apoiadores e também pode ser encerrada por vontade de um ou dos dois apoiadores. Caso apenas um deles queira se eximir da atividade, o magistrado deve ouvir o apoiado para, querendo, substituir o apoiador por um outro. Se a pessoa com deficiência optar por não indicar novo apoiador, será extinta a tomada de decisão apoiada, já que a lei requer a presença de dois apoiadores⁵⁸.

3. A CAPACIDADE PROCESSUAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL SUBMETIDA À TOMADA DE DECISÃO APOIADA.

De antemão, deve-se esclarecer que, para a instauração da TDA que como já dito necessita de homologação judicial, não há que se vislumbrar ilegitimidade processual da pessoa com deficiência; em verdade, a legitimidade ativa para essa ação é exclusiva da pessoa com deficiência.

Feita essa ressalva, esclarece-se que, o que se pretende analisar neste tópico é a possibilidade de restrição da capacidade processual das pessoas com deficiência que, após instauração da tomada de decisão apoiada, pretendam demandar em juízo.

A TDA, como já dito anteriormente, decorre da manifestação de vontade da pessoa com deficiência que, em conjunto com, no mínimo, duas pessoas de sua confiança celebram um negócio jurídico que deverá conter os limites do apoio oferecido, ou seja, a estipulação de atos em que a pessoa com deficiência será apoiada, o compromisso dos apoiadores, o prazo de vigência e declaração expressa de respeito à vontade aos interesses e aos direitos do apoiado⁵⁹.

jan./mar. 2016. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br>. Acesso 15 de novembro de 2017. REQUIÃO. Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidade e Interdição*. op. cit., p. 186. Defendendo a desnecessidade de unanimidade caso não haja risco de prejuízo relevante tem-se RIZZARDO, Arnaldo. *Os deficientes e a tomada de decisão apoiada*. Disponível em <http://genjuridico.com.br/>. Acesso 15 de novembro de 2017.

57 REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência. op. cit.; REQUIÃO. Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidade e Interdição*. op. cit., p. 186. MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. op. cit.

58 REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Op. cit. REQUIÃO. Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidade e Interdição*. Op. cit., p. 186.

59 MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 406.

Não há dúvidas que, não sendo o caso de constar no termo de apoio qualquer menção à necessidade de apoio para prática de atos processuais, apesar da instauração da medida protetiva, não há que se pensar em vício na representação processual diante da ausência dos apoiadores em eventual processo judicial que a pessoa com deficiência figure como parte, já que a tomada de decisão apoiada, além de não ser medida apta a declarar incapacidade, tem natureza jurídica de negócio jurídico, sendo mero exercício da autonomia privada das partes.

Contudo, é evidente que, se cabe à própria pessoa com deficiência, em conjunto com seus apoiadores, determinar os termos do apoio, esse apoio poderá envolver apenas atos de natureza material, mas também o exercício de sua capacidade processual⁶⁰. Assim, sem dúvidas, a própria pessoa com deficiência, em acordo com seus apoiadores, tem o poder de indicar que, para o exercício de sua capacidade processual, precisará de apoio.

Questiona-se, a partir do que foi indicado: se o termo de apoio da TDA envolver o exercício de atos processuais, terá havido, por meio de um negócio jurídico, restrição à capacidade processual da pessoa com deficiência? Seria possível, então, a depender do termo de apoio, defender que a presença dos apoiadores no processo um requisito de validade processual?

Entende-se que, mesmo se o termo de apoio contemplar atos processuais, não se estaria diante de imposição negocial de um requisito de validade processual, tendo em vista que a presença dos apoiadores não pode ser exigida em nenhuma circunstância, ao menos no regime jurídico atual⁶¹. Assim, o juiz não poderia impor a presença dos apoiadores em um processo judicial em que a pessoa com deficiência apoiada esteja demandando.

É oportuno recordar que a presença dos apoiadores sequer é requisito de validade dos negócios jurídicos que a pessoa com deficiência apoiada venha a celebrar. Conforme já dito, a contra-assinatura dos apoiadores, a pedido do terceiro que negocia com a pessoa com deficiência apoiada não é requisito de validade do negócio.

Reforça-se que, pelo §9º do art. 1783-A, “A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada”. Assim, percebe-se que, se o termo pode ser finalizado a qualquer tempo pela própria pessoa com deficiência, não há como se defender como essencial a presença dos apoiadores para qualquer que seja a natureza do ato praticado.

60 Marinoni, Arenhart e Mitidiero defendem que “Assim como é possível no plano do direito material, também é possível no processo a tomada de decisão apoiada para pessoas com deficiência”. (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 234).

61 O já mencionado PL 11.091, ainda em tramitação, pretende inserir como requisito de validade dos negócios jurídicos o respeito aos termos da tomada de decisão apoiada homologada judicialmente e registrada em cartório. Pelo projeto haverá a inserção do inciso III do art. 171 do Código Civil que trata da anulabilidade dos negócios jurídicos.

Há, contudo, uma hipótese que merece ser observada, pois impõe uma atuação diferenciada por parte do magistrado.

Conforme já visto anteriormente, pelo §6º do art. 1.783-A do Código Civil, em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante à pessoa com deficiência, havendo divergência entre o apoiado e os apoiadores, deverá o magistrado, ouvindo o Ministério Público, decidir sobre a questão objeto de divergência⁶².

Assim, por exemplo, se no curso do processo judicial, diante da celebração de negócio jurídico processual que possa prejudicar a defesa da pessoa com deficiência, como um acordo em que ela renuncia ao direito de recorrer, houver divergência entre a pessoa com deficiência e seus apoiadores, é dever do magistrado decidir. Porém, é oportuno lembrar que, por ser possível o encerramento do acordo a qualquer tempo pela pessoa com deficiência, a norma do §6º só parece incidir se o magistrado intervier para garantir a autonomia da pessoa com deficiência. Se decidir contra a vontade dela, poderá a pessoa com deficiência encerrar o acordo e celebrar o negócio sem os apoiadores, visto que é capaz.

Observa-se, pelo exposto, que, no regime jurídico atual, não haverá vício na representação processual da pessoa com deficiência capaz que esteja submetida à tomada de decisão apoiada. Tal premissa não depende do objeto do processo e não depende da presença ou não dos apoiadores no processo judicial proposto pela pessoa com deficiência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2014.

ANTUNES VARELA, João de Matos; BEZERRA, J. Miguel; SAMPAIO E NORA. *Manual de processo civil*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1985.

ARAUJO, Luiz Alberto David. COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146 de 06.07.2015): algumas novidades. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 962, pp. 65-80, dez.2015.

ARRUDA ALVIM, *Tratado de direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, vol.2.

BARBOSA, Amanda Souza e LAGO JUNIOR. Antônio. Primeiras análises sobre o sistema de (in) capacidades, interdição e curatela pós estatuto da pessoa com deficiência e Código de Processo Civil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, vol.8, pp.91-114, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

62 FARIAS, Cristiano Chaves de. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 345.

- CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: La Litotipo, Ed. Universitaria, 1926, Vol. 2, 1ª parte.
- CARREIRA ALVIM, J.E. Tomada de decisão apoiada. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte, no. 92, ano 23, pp. 83-96 out./dez. 2015.
- CARVALHO, Erenice Natália Soares de. MACIEL, Diva Maria Moraes de Albuquerque. *Nova concepção de deficiência mental segundo a American Association on Mental Retardation – AAMR: sistema 2002*. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo>. Acesso 18 de dezembro de 2017.
- Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, pag. 211. Disponível em <http://www.inr.pt>. Acesso 20 de julho de 2018.
- COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. *Autocuratela*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. MATHIAS, Maria Lígia Coelho. Repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), nas legislações civil e processual civil. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, vol. 66. pp. 57-82, abril/jun. 2016.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria Geral do Processo. Jurisdição, ação (defesa), processo*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2007.
- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo: legitimação ativa*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol.1. _____ . *Pressupostos processuais e condições da ação*. O juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.
- EXPÓSITO, Gabriela. *A capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual*. Salvador: Juspodivm, 2019.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 341.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- GODINHO, Robson Renault. *Comentários ao Código de Processo Civil - Dos procedimentos de jurisdição voluntária*. GOUVEA, José Roberto e outros (coord.). São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense/ GEN, 2016.
- GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. *A capacidade postulatória como uma situação jurídica processual simples: Ensaio em defesa de uma teoria das capacidades em direito*. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em <<http://bdtd.ibict.br>>. Acesso em 20 de julho de 2018.
- LANZAROT, Ana Isabel Berrocal. *Protección jurídica de las personas mayores ante su eventual incapacitación en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. La institución de la autotutela*. In *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. Vol. 9. 2008.

- MACHADO, Diego Carvalho. Capacidade de agir e direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro: o caso do direito à privacidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, vol. 8, nº2, pp. 47-80, abr./jun. 2016.
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: GEN/FORENSE, 2013.
- Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais DSM-5. *American Psychiatric Association*. Disponível em <https://www.psychiatry.org/psychiatrists>. Acesso 11 de dezembro de 2017.
- MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 234.
- MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 1ª parte. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista Eletrônica de Direito Civil*. Ano. 4, nº 1, 2015. Disponível em <http://civilistica.com>. Acesso 15 de novembro de 2017.
- NEVES, Alexandra Chícharo das. Críticas ao regime da capacidade de exercício da pessoa com deficiência mental ou intelectual – a nova concepção da pessoa com deficiência. *Revista do Ministério Público*. Coimbra, nº 140, ano 35, pp. 79-120, 2014.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. A legitimidade processual no novo código de processo civil. In DIDIER JR. Fredie (coord. Geral). *Coleção Novo CPC – Doutrina selecionada. Parte Geral*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.1, p. 279-291.
- PERRA, Lívio. *L'amministrazione di sostegno, l'interdizione e l'inabilitazione: criteri di scelta tra i tre strumenti*. Disponível em <https://www.filodiritto.com>. Acesso 15 de novembro de 2017.
- PINHEIRO, Jorge Duarte. As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres. Incapacidades e suprimimento – A visão do jurista. *Separata da Revista O Direito*. Coimbra, ano 142, nº III, 2010.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, t. I.
- REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência. *Revista de Direito Contemporâneo*. São Paulo, vol. 6, ano 3, pp. 37-54, jan./mar. 2016. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br>. Acesso 15 de novembro de 2017.
- _____. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidade e Interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- RIBEIRO, Geraldo Rocha. *A protecção do incapaz adulto no direito português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

- RIZZARDO, Arnaldo. *Os deficientes e a tomada de decisão apoiada*. Disponível em <http://genjuridico.com.br/>. Acesso 15 de novembro de 2017.
- ROTTA, Newra Tellechea e PEDROSO, Fleming Salvador. Transtorno da linguagem escrita – dislexia. In ROTTA, Newra Tellechea e outros (orgs). *Transtorno da aprendizagem*. 2ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2016.
- SANTOS, Ivana Assis Cruz dos. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e as Alterações no Código Civil de 2002. In *Revista Síntese Direito Previdenciário*. São Paulo, nº 78, ano XVI, pp. 27-36, maio/jun. 2017.
- SASSAKI, Romeu Kazumi. Deficiência mental ou intelectual? Doença ou transtorno mental? *Reação - Revista Nacional de Reabilitação*. São Paulo, nº 43, ano IX, p. 09-10, 2005. Também disponível em www.planetaeducacao.com.br. Acesso em 26 de dezembro de 2017.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 1.
- VALLE, Jaime. A proteção internacional universal dos direitos das pessoas com deficiência. *Revista O Direito*. Coimbra, ano 148. pp. 585-602, 2016.
- VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

2

Interpretação e “Crise” das Fontes

Interpretation and “Crisis” of the Sources

Giorgio Pino¹

Full Professor of Philosophy of Law and Legal Theory
at the University of Rome Tre, Italy

Resumo: O texto trata da crise da teoria das fontes do direito em razão da perda de espaço da exclusividade e primariedade da lei. Assim, a tradicional representação ordenada e monolítica do sistema das fontes, resumida na figura familiar da pirâmide, é substituída agora por figuras mais complexas e desarmônicas, como a rede, o arquipélago e o edifício barroco. Em primeiro lugar, pretende defender a ideia de que as relações entre as normas e as fontes, dentro de um ordenamento, são essencialmente reguladas por mecanismos de tipo hierárquico. Em segundo lugar, pretende mostrar que as relações hierárquicas entre fontes ou entre normas e que a individuação de um ato como “fonte” são determinadas, de modo preponderante, pela atividade interpretativa (em sentido lato) dos juristas e dos órgãos de aplicação.

1 Trad.: Hermes Zaneti Jr, coord. e rev.; Graziela Argenta; Juliana Provedel.

Palavras-chave: Teoria da interpretação; fontes do direito; aplicação do direito.

Abstract: The text deals with the crisis of the theory of the sources of law due to the loss of space of exclusivity and primacy of the statute law. Thus, the traditional ordered and monolithic representation of the sources system, summarized in the familiar figure of the pyramid, is now replaced by more complex and disharmonious figures, such as the network, the archipelago and the Baroque building. First, it intends to defend the idea that the relations between the norms and the sources, within a Rule of Law, are essentially regulated by mechanisms of a hierarchical type. Second, it intends to show that the hierarchical relations between sources or between norms and that the identification of an act as a “source” are determined, in a predominant way, by the interpretative activity (in a broad sense) of the jurists and the enforcement bodies.

Keywords: Theory of interpretation; sources of law; application of law.

Sumário: Introdução; 1. “Fontes do Direito”; 1.1 Questões de método; 1.2 Para uma definição de fonte do Direito; 2. A construção hierárquica das fontes do Direito; 2.1 Sobre o conceito de hierarquia normativa; 2.1.1 Hierarquias estruturais; 2.1.2 Hierarquias materiais; 2.1.3 Hierarquias axiológicas; 2.2 Hierarquias normativas e fontes do direito; 3. Fontes do direito e interpretação; 3.1 Cinco questões fáceis; 3.1.1 Individuação de um tipo de ato como fonte; 3.1.2 A revogação tácita; 3.1.3 Graduação do valor prescritivo de um texto jurídico; 3.1.4 Conservação dos atos normativos; 3.1.5 Introdução de uma hierarquia axiológica entre normas igualmente ordenadas em sentido material; 3.2 Cinco questões menos fáceis; 3.2.1 Fontes obrigatórias e fontes permissivas; 3.2.2 Introdução de hierarquias materiais interpretação; 3.2.3 Retirada do valor prescritivo de um texto jurídico; 3.2.4 Sobreposição de uma hierarquia axiológica a uma hierarquia material em sentido contrário; 3.2.5 Utilização das fontes externas ao ordenamento; 4. Conclusões.

INTRODUÇÃO

O tema da “crise” do sistema das fontes é um dos mais debatidos na literatura constitucionalista italiana, mas não somente na Itália, nas últimas duas décadas².

2 Mas já se vê um precedente ilustre pelo menos in W. Cesarini Forza, *La crisi delle fonti*, in *Archivio giuridico*, 1936, pp. 18-43. Entre as contribuições mais recentes: F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2004, 2009, cap. I; F. Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento I, 1997, pp. 561-588; Id., *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2008; L. Carlassare, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, t. 2, 2008, pp. 536-567; A. Ruggeri, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in Id., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XII, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 433 ss; R. Bin, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa)*. *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa)*. *Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Il Diritto costituzionale come regola e limite al*

A principal encarnação da crise é indicada pela fragmentação da ordenação hierárquica das próprias fontes: perdida para sempre (com lamento ou com consentimento, conforme o caso)³ a aspiração, típica da modernidade, da introdução de uma racionalidade vertical nas fontes do direito presidida pela lei (como pressuposto "formal", embora não suficiente por si só, de uma racionalização mais abrangente do direito⁴), percebe-se que as inconstantes relações de força entre os atores políticos em uma democracia pluralista, o fluxo incessante e incontrolável das relações de mercado na era da globalização, o pluralismo e a complexidade da sociedade contemporânea, além de outros fatores, repercutem todos – desagregando - a ordem das fontes do direito. Assim, a tradicional representação ordenada e monolítica do sistema das fontes, resumida na figura familiar da pirâmide, é substituída agora por figuras mais complexas e desarmônicas, como a rede, o arquipélago e o edifício barroco⁵.

Nesse trabalho, proponho um duplo objetivo. Em primeiro lugar, pretendo defender a ideia de que as relações entre as normas e as fontes, dentro de um ordenamento, são essencialmente reguladas por mecanismos de tipo hierárquico – isto é, a ideia de

potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare, vol. I: *Delle fonti del diritto*, Jovene, Napoli, 2009, pp. 35-60. Em âmbito não constitucionalista, assumiu a dignidade de um verdadeiro clássico em matéria de crise das fontes no trabalho de N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1978, 1999.

- 3 Complacência evidente, por exemplo, a partir das páginas de P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 8, 16, que considera a ideia da hierarquia de fontes, juntamente aquela do primado da lei, exatamente como exemplo de tais "mitologias". Mas note-se também Id., *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2009, para uma reconstrução histórica (marcada por uma valoração negativa) do advento da codificação e do ordenamento das fontes na modernidade jurídica; e Id., *Pagina introduttiva (ancora sulle fonti del diritto)* (2000), in Id., *Società, diritto, Stato*. Um recupero per il diritto, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 325-331; Id., *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica* (2002), *ivi*, pp. 279-300.
- 4 Racionalização e simplificação (em uma ordem vertical) das fontes como elemento de racionalização e simplificação *formal* do direito, o projeto jurídico da modernidade franqueava a simplificação dos *conteúdos* do direito, que fazia ponto em primeiro lugar sobre a unicidade do sujeito de direito. Simplificação das formas e dos conteúdos era finalizada, conjuntamente, com a superação do pluralismo e individualismo típicos do direito medieval e *Ancien Régime*. Sobre esse evento, G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*. I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna, 1976; Id., *Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici* (1978), in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, il Mulino, Bologna, 1988; R. Orestano, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, il Mulino, Bologna, 1978, pp. 193 ss.
- 5 G. Silvestri, *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Politica del diritto*, 1987, 1, pp. 149-159 (a p. 149); Id., *"Questa o quella per me pari sono..." Disinvoltura e irrequietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in AA.VV., *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Plus, Pisa, 2006, pp. 173-189 (em p. 173: a imagem da construção barroca); A. Predieri, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sulla gerarchia e sulla competenza di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra Stato e Comunità Europea*, in AA.VV., *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 1991 (em p. 115: a imagem do arquipélago); F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pirâmide au reseau?*, Publications des facultes universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002; F. Ost., *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino, 2008; P. Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico* (2003), in Id., *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 251-278 (spec. pp. 268-269); G. Zaccaria, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi*, in *Ragion pratica*, 22, 2004, pp. 93-120 (l'arquipélago); B. Pastore, *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, cit., pp. 257-279 (reta e arquipélago).

que ainda haja sentido em falar de hierarquia das fontes do direito e de hierarquia das normas jurídicas. Desse ponto de vista, este estudo irá decididamente contrarcorrente, se é verdade que, na literatura constitucionalista, seja “agora [...] um lugar comum” o destaque da insuficiência e/ou da inadequação do critério de hierarquia, para a compreensão do atual ordenamento jurídico italiano⁶. A condição para isso, todavia, é que se defina acuradamente a noção relevante da hierarquia normativa, por exemplo, depurando-a da enganosa metáfora de tipo “espacial” (§§ 2-2.2).

Em segundo lugar, pretendo mostrar que as relações hierárquicas entre fontes ou entre normas e que a individuação de um ato como “fonte” são determinadas, de modo preponderante, pela atividade interpretativa (em sentido lato) dos juristas e dos órgãos de aplicação (§§ 3-3.2.4).

Isso irá me levar, ao final, a formular uma conclusão paradoxal sobre a relação entre fontes do direito e interpretação jurídica (§ 4): restará, pois, estabelecer se se trata de um paradoxo real, ou apenas aparente.

Antes de desenvolver esses pontos, contudo, será necessário introduzir brevemente a noção de fonte do direito e algumas ideias a ela habitualmente associadas (§§ 1-1.2).

Uma última ressalva, neste trabalho irei me ocupar das fontes, de sua construção, desconstrução e reconstrução e da relação entre elas, assumindo especificamente, como ponto de vista, o papel dos juristas em geral e dos órgãos de aplicação em particular. Não ignoro, obviamente, que um elemento importante na construção (desconstrução, reconstrução...) do sistema das fontes seja a atividade em si de produção do direito em sentido estrito, e que, portanto, a ordem do sistema das fontes dependa, neste sentido, não da atividade de interpretação e aplicação do direito, mas da distribuição e da contínua negociação do poder de produção normativa em um ordenamento jurídico (e, portanto, em última análise, das relações de força entre as forças políticas operantes naquele ordenamento). Não é este último ponto, contudo, que me interessa neste trabalho.

O ponto de observação adotado, repito, será quase exclusivamente aquele dos juristas e dos órgãos de aplicação. Isso por duas razões: uma de caráter inteiramente geral e uma relativa especificamente ao tema deste trabalho. A razão de caráter geral remete à assunção, que aqui faço minha sem ulterior aprofundamento⁷, de que uma

6 A citação é retirada de G.U. Rescigno, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Diritto pubblico*, 3, 2002, pp. 767- 862 (alla p. 801, nt. 50); veja também Id., *Gerarchia e competenza, tra atti normativi, tra norme*, in *Diritto pubblico*, 1-2, 2010, pp. 1-54, para uma defesa do critério de hierarquia. A tese de insuficiência do critério hierárquico, para franquear o critério da competência, remonta pelo menos a V. Crisafulli, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1960, pp. 779 ss. A inadequação do critério hierárquico de ordenação das fontes, que deveria ser *substituído* por aquele de competência, é, ao invés, o *leitmotiv* de F. Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit. ver também A. Cerri, *Prolegomeni ad um corso sulle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 94.

7 Essa perspectiva é explorada em particular por J. Raz; consulte-se *Practical Reason and Norms*, Oxford U.P., Oxford, 1975, 1990, pp. 123-148 (e em particular pp. 132-137 para análises das norm-applying institutions); Id., *The Identity of Legal Systems* (1971), in Id., *The Authority of Law*, Oxford U.P., Oxford, 1979, 2009; Id., *The Institutional*

dimensão central do funcionamento dos sistemas normativos institucionalizados (como paradigmaticamente são os sistemas jurídicos) seja representada pela dimensão em sentido amplo “aplicativa”: o trabalho das instituições de aplicação (*law-applying institutions*) é essencial à finalidade de determinar a identidade de um sistema normativo institucionalizado, como ocorre no sistema jurídico. A razão relativa especificamente ao objeto desse trabalho é que pretendo mostrar como, de modos não banais, a individuação das fontes e a sua ordenação hierárquica dependem, de maneira determinante, das várias atividades dos intérpretes e dos aplicadores do direito. As fontes do direito e o sistema das fontes, em última análise, não são um dado para os intérpretes, mas, ao menos em parte, são por eles mesmos determinados.

1. “FONTES DO DIREITO”

Numa primeira aproximação, por fontes do direito, se entende, como expressão metafórica, todos aqueles fatos (compreendidos aqui, em sentido amplo, tanto os “atos”, quanto os “fatos” jurídicos) aos quais, em um dado contexto cultural ou do ordenamento, é reconhecida a capacidade de modificar e de inovar o ordenamento em si⁸. Esta definição é obviamente incompleta, porque, entre outras coisas, não esclarece: *a*) quais são os fatos qualificáveis como fontes do direito (ou seja, em quais condições um fato determinado é considerado produtor de direito); e *b*) em que consiste a produção do direito, ou seja, o que é que é produzido pelas fontes. Uma definição completa, e não apodítica das fontes do direito, deverá incluir também esses elementos (sobre os quais voltarei em breve).

A locução “fonte do direito” é, além de metafórica, ambígua, porque pode indicar coisa diversa, ainda que coligadas. (Um esclarecimento importante: todos os sentidos de fonte que ilustrarei podem ser entendidos em uma acepção puramente descritiva, ou em uma acepção normativa. No primeiro caso, faz-se referência ao contexto de descoberta, àquilo que de fato é usado pelos intérpretes como fonte. No segundo caso, faz-se referência ao contexto de justificação, àquilo que os intérpretes justificam ou consideram justificado como fonte. Eu assumirei o segundo sentido - normativo de fonte).

Nature of Law (1975), *ivi*; *Id.*, The Problem about the Nature of Law (1983), in *Id.*, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford U.P., 1994, pp. 195-209. 1. “Positivismo giuridico”: due filosofie in cerca di distinzione.

8 Cf. por exemplo T. Perassi, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Cedam, Padova, 1967, pp. 45-46; N. Bobbio, *Teoria dell’ordinamento giuridico* (1960), in *Id.*, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 179; A.M. Sandulli, *Fonti del diritto*, in *Novissimo Digesto italiano*, VII, 1961, pp. 524-533.525; V. Crisafulli, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, 1968, pp. 925-966 (spec. p. 925); A. Pizzorusso, *Fonti del diritto. Articoli 1-9*, Zanichelli – Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1977, p. 14; F. Modugno, *Fonti del diritto I) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XIV, 1989, p. 1; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico* vol. I. *Diritto pubblico generale*, il Mulino, Bologna, 1997, pp. 117-221 (spec. p. 117); L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996, p. 21; Carlassare, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, *cit.*, p. 539; L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Vol. I. *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007 vol. I, pp. 418-419; R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 45; *Id.*, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 116.

a) Em um primeiro sentido, “fonte do direito” pode indicar um *texto*, um documento, que foi produzido segundo determinada modalidade e ao qual é reconhecida a capacidade de exprimir normas (após a interpretação); isto parece o significado mais comum e é o significado atribuído quando se diz que a lei ou a constituição são fontes do direito. Essa primeira acepção de fonte pode, no entanto, ser compreendida, por sua vez, em duas variantes que é oportuno distinguir⁹:

a¹) em uma primeira variante, “fonte do direito” refere-se a *um tipo de documento ou de ato normativo*. Isto é o que se entende quando se afirma que a “a lei”, “a Constituição”, “o Código”, ou “o precedente” são ao menos fontes do direito;

a²) em uma segunda variante, “fonte do direito” refere-se a *um específico documento ou ato normativo* (que, de forma verossímil, é *prima facie* reconhecível como fonte enquanto possui as características de uma certa categoria de atos ou documentos). Isto é aquilo que se compreende quando se diz, por exemplo, que uma determinada lei XY é a fonte de determinada disciplina. Esta última acepção torna inteligível a possibilidade que os intérpretes, embora reconhecendo que um certo tipo de ato normativo, de documento, seja abstratamente qualificável como fonte do direito, considerem, todavia, que, por certas razões, tal documento não possa ser qualificado como fonte de direito. Em hipótese: embora os intérpretes certamente concordem que a lei seja, abstratamente, uma fonte do direito, é possível que eles mesmos não considerem propriamente como fonte do direito certa lei que (como em um exemplo de Crisafulli, referido também por Guastini) contenha “uma invocação de divindade, uma fórmula declaratória, uma enunciação de motivos, uma declaração pedante e exortativa”¹⁰. E o mesmo discurso pode ser feito, por exemplo, por uma lei considerada tacitamente revogada. Obviamente, para atribuir ao menos à um ato a qualificação de fonte neste sentido, é necessário extrair de tal ato uma atividade interpretativa, uma vez que a qualificação de fonte nesse sentido é condicionada ao conteúdo do ato em si, e não só por suas características extrínsecas que, em hipótese, podem ser obtidas sem indago sobre o conteúdo do ato em si (por exemplo, o *nomen juris*, a publicação em *Diário Oficial*, etc). Sobre isso voltarei outras vezes durante este trabalho.

b) Em um segundo sentido, na linguagem, “fonte” é por vezes utilizada para designar também o tipo de *procedimento* ou de atividade que pode produzir textos ou documentos mencionados acima. Neste sentido, se diz, por exemplo, que a legislação é fonte do direito: é uma atividade que produz documentos normativos¹¹.

9 A utilidade eurística dessa distinção é explorada, por exemplo, em G.U. Rescigno, *Gerarchia e competenza, tra atti normativi, tra norme*, cit., com a finalidade de defender a autonomia da categoria conceitual da hierarquia normativa a respeito daquela da competência.

10 V. Crisafulli, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., p. 928; R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., p. 48.

11 Sobre a possibilidade que “fonte do direito” possa referir-se seja a procedimentos de produção normativa, que ao produto de tais procedimentos, ver R. Guastini, *La sintassi del diritto*, cit., 119.

c) Em um terceiro sentido, como as fontes do direito são, por vezes, indicadas também como *normas* que autorizam a produção de outras normas: assim, a fonte da atividade legislativa é a constituição (por exemplo, as normas constitucionais sobre procedimento legislativo), etc¹².

d) Enfim, em um quarto sentido, as “fontes do direito” são todos os fatores que influem no processo de atribuição de significado aos documentos jurídicos pelos intérpretes¹³. Podemos qualificar esse último sentido como inserido nas fontes “substanciais” do direito, diferente das fontes “formais” indicadas, principalmente, nas variantes *a*¹), *a*²), e talvez ainda no item c) referido acima. Nesse sentido, (relembrando que assumo o significado normativo, e não puramente descritivo de fonte), são fontes substanciais as tipicamente internas e específicas do discurso jurídico, enquanto outras fontes são comuns a outros tipos de discurso e outras ainda são obtidas de outros universos de discurso. Assim, os métodos interpretativos (em sentido amplo) são fontes substanciais internas ao discurso jurídico, mesmo que apenas em pequena parte sejam explicitamente disciplinados pelo próprio direito positivo¹⁴; enquanto as convenções sintáticas e semânticas sejam comuns à linguagem jurídica e à linguagem ordinária (salvo os termos técnicos e tecnicizados), a exemplo as regras matemáticas são obtidas de um discurso especializado, estranho ao discurso jurídico.

Daqui em diante, utilizarei “fonte do direito” principalmente no sentido *a*¹) e *a*²): fonte do direito são documentos normativos, textos idôneos para exprimir normas jurídicas seguidas de interpretação. Nota-se, no entanto, que em um estado de direito e mesmo em um âmbito de concessão nomodinâmica do direito, em que cada atividade de produção do direito é também, ao mesmo tempo, uma atividade de aplicação do direito, o sujeito que produz documentos normativos o faz geralmente com base em um poder atribuído pelas normas jurídicas, normas estas que são (geralmente) produto da interpretação de outros documentos normativos. Nesse sentido, um documento normativo *DN*¹ (uma fonte) é produzido com base em um outro documento normativo *DN*² (assim como interpretado pelo sujeito que produz *DN*¹). Desse ponto de vista, portanto, não é exagero afirmar, kelsenianamente, que *DN*² é fonte de *DN*¹. (Nota-se,

12 Sobre esse último significado de fonte, ver H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e del Stato* (1945), Etas, milano, 1994, pp. 133-134; se trata de um uso criticado por V. Crisafulli, *Fonti del diritto* (diritto costituzionale), cit., p. 926.

13 A. Ross, *Diritto e giustizia* (1958) Torino, Einaudi, 1965, p. 74.

14 Cf. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 27-29 (*fontes do direito – em sentido lato – são também a ideologia de sua completude e a lacunosidade do ordenamento, e são as técnicas de extensão e as técnicas de integração da lei*, p. 29; *a sistemática dos intérpretes é [...] uma ulterior fonte do direito*, p. 32); B. Pastore, *Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo dei principi generali*, in *Diritto privato*, 2001-2002, vol. VII-VIII, pp. 65-95 (spec. pp. 72-73, a propósito da integração entre a teoria das fontes e a teoria da interpretação); J.C. Bayón, *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*, in *Isonomia*, 13, 2000, pp. 87-117 (spec. pp. 104, 106-107: as convenções interpretativas como fontes do direito); R. Bin, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e ul principio di entropia*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 363-383, considera os métodos interpretativos como “fontes extralegais” (ver p. 374).

entretanto, que Kelsen não distingue norma e documento normativo: usa “norma” para referir-se a ambas as coisas).

1.1 Questões de método

É evidente a importância do problema da individuação das fontes do direito, seja do plano teórico, seja do plano prático. No que tange ao plano teórico, a individuação das fontes é aquilo que marca a distinção entre direito e não-direito. Será direito somente aquilo que é reconhecível como tal de acordo com uma fonte do direito. No que tange ao plano prático, a individuação das fontes é essencial como guia da atividade de aplicação do direito. Normalmente, os órgãos de aplicação estão vinculados a aplicar a norma identificada sobre a base das fontes: a possibilidade de identificar uma norma como regularmente produzida por uma fonte e a disponibilidade dos critérios de ordenação e de preferência entre as múltiplas fontes existentes em um ordenamento suficientemente complexo são, dessa forma, fatores essenciais no procedimento de aplicação do direito¹⁵.

Em uma maneira levemente estipulativa, podemos agora distinguir três níveis de análise do problema das fontes.

O primeiro nível de análise é filosófico-jurídico e consiste em perguntar o que são as fontes do direito, qual tipo de fato pode ou não aspirar à qualificação de fonte de direito. Assim, em uma perspectiva juspositivista, fontes do direito serão exclusivamente fatos humanos em particular, mas não só fatos humanos voltados deliberadamente à criação do direito¹⁶. Em uma perspectiva jusnaturalista, serão incluídos entre as fontes do direito, além dos mencionados fatos humanos, também fatos ou entes posteriores relativos aos comportamentos humanos deliberadamente voltados para a criação do direito: a natureza das coisas, a razão humana, a intuição moral... (nenhuma posição jus-naturalista negaria que o direito seja também um produto humano. O direito positivo é, porém, subordinado, quanto à sua validade, a sua obrigatoriedade, ao seu ser “verdadeiro direito”, etc., ao direito natural). Em uma perspectiva jus-realista, último, (na medida em que essa seja distinguível do positivismo jurídico) serão fontes do direito comportamentos e crenças comumente não-conscientes de certos atores sociais.

15 *A teoria das fontes, estruturada em um sistema ordenado pelo princípio de hierarquia e da regra sobre sucessão da lei no tempo, é originada para guiar o trabalho do intérprete, e, então, do juiz.* (R. Bin, *Ordine delle norme e disordine dei concetti* (e viceversa), cit., p. 40. A propósito, veja também H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961, 1994, pp. 100-101. Para uma indicação mais detalhada das consequências práticas da identificação das fontes no ordenamento italiano, cf. V. Crisafulli, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., pp. 935-936; F. Modugno, *Fonti del diritto I) Diritto costituzionale*, cit., p. 2; L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., pp.57-69; R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto, Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 30-31; R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 55-58.

16 Não aprofundi aqui na questão se uma posição juspositivista possa coerentemente admitir que tais fatos humanos façam por, sua vez, referência a critérios morais. A resposta positiva é defendida pelo, assim chamado, positivismo jurídico inclusivo (Jules Coleman, Matthew Kramer, José Juan Moreso, Vittorio Villa, Wil Waluchow), a resposta negativa pelo, assim chamado, positivismo jurídico exclusivo (Joseph Raz, Sctt Shapiro, John Gardner).

O segundo nível de análise é teórico-jurídico e consiste em esclarecer *como* funcionam as fontes do direito (previamente individualizadas sobre uma base de opção jus-filosófica), suas relações com a validade, aplicabilidade, interpretação e relação entre diferentes fontes e sobretudo em que consiste o produto das fontes (serão somente normas gerais e abstratas? Ou também normas individuais?).

O terceiro nível de análise é dogmático e consiste em questionar quais são as fontes do direito em um certo ordenamento¹⁷, operação de identificação que pressupõe, obviamente, possuir, mesmo que implicitamente, noção filosófica e teórica sobre as fontes.

Daqui em diante, adotarei uma perspectiva de análise de tipo teórica-geral. Esta análise, por um lado, pressuporá minha adesão a uma perspectiva de tipo juspositivista e, por outro lado, será condicionada aos dados empíricos provenientes do ordenamento jurídico que conheço melhor, ou seja, o italiano. O questionamento teórico há de fato uma função, antes de tudo, reconstrutiva e explicativa, busca elaborar modelos e categorias pelos quais sejam mais bem compreendidos os fenômenos em observação. Portanto, um questionamento teórico sobre fontes fica sujeito a um duplo fio em relação aos dados provenientes de um ou mais ordenamentos jurídicos, isso porque elabora as próprias categorias a partir de tais dados e porque resulta bem-sucedido se consegue explicar adequadamente tais dados¹⁸.

1.2 Para uma definição de fonte do direito

Tudo isso incluído, como vimos, seja a definição completa de fonte do direito, seja (incluído agora) a identificação em concreto de uma fonte, pressupõe a resposta a dois quesitos: *I*) por qual razão considera-se certo documento ou certo procedimento como produtor de normas jurídicas (por exemplo, se isso é autorizado de uma outra norma) e *II*) se o documento produzido é idôneo a exprimir normas (se possui força normativa).

A resposta ao primeiro quesito parece óbvia: são fontes do direito aqueles fatos (em sentido amplo) considerados como produtivos de direito em um determinado ordenamento jurídico. Esta resposta é, contudo, evidentemente, *question-begging*: o que quer dizer de fato que “um ordenamento jurídico” considera qualquer coisa como fonte? Parecem possíveis duas respostas¹⁹: uma primeira resposta é que existe uma fonte dentro de um ordenamento, se um certo tipo de fato é considerado produtivo de direito de uma norma jurídica válida daquele ordenamento. Uma segunda resposta é que existe uma fonte dentro de um ordenamento, se os intérpretes e, em particular,

17 Essa é, por exemplo, a perspectiva declaradamente adotada em L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., pp. 20-24.

18 Sobre “falsificabilidade” das teorias das fontes, cf. R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 30-33.

19 R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 45-49, distingue, a propósito, entre concepção “formal” e “material” das fontes.

os órgãos de aplicação dentro de tal ordenamento aquele fato como produtivo de direito. Ambas as respostas, todavia, remetem a espinhosos problemas teóricos. A primeira parece instigar um regresso ao infinito: onde termina a cadeia das normas convalidantes do ordenamento? A segunda parece vítima da circularidade: o direito positivo é, de fato, identificado pelos órgãos de aplicação, os quais são, por sua vez, identificados sobre a base do direito positivo.

Também a resposta ao segundo quesito parece, à primeira vista, óbvia: as fontes do direito produzem normas jurídicas. Mas também neste caso a obviedade da resposta é enganadora: em primeiro lugar, as fontes não produzem *diretamente* normas jurídicas. Elas produzem mais (ou são elas mesmas a segunda acepção relevante) textos, disposições, e, portanto, produzem um pressuposto (um dos pressupostos), de modo que possam então ser identificadas, após a atividade interpretativa, as normas jurídicas²⁰. Em segundo lugar, é preciso delimitar o conceito de norma jurídica. São normas jurídicas, em sentido relevante, somente as normas gerais e abstratas²¹? Ou se consideram também as normas individuais como aquelas contidas no dispositivo da sentença judicial²²? É necessário que tais normas tenham uma capacidade inovativa no confronto com o ordenamento, de modo que sejam excluídas da noção de fonte os atos que produzem, ou que contenham norma (específica) exatamente e dedutivamente derivada da norma mais geral²³?

Enquanto estejamos conscientes do relevo destes problemas, ao fim deste trabalho, não considero necessário adotar uma posição precisa sobre qualquer delas. Irei me deter mais na definição de fonte do direito útil à perspectiva aqui adotada, que é aquela da relação entre fontes (e suas hierarquias) e interpretação.

Definirei, portanto, como fonte do direito um documento²⁴ que os intérpretes e, em particular, os órgãos de aplicação justificaram no exame normativo, isto é, idóneo a exprimir normas após a atividade interpretativa²⁵.

20 Na doutrina constitucionalista, que igualmente tem familiaridade com a distinção entre disposições e normas, é muito frequente que se aluda a uma relação direta e imediata entre as fontes e as normas (no sentido que as fontes são o que produzem normas) sem nenhuma referência ao papel imprescindível da interpretação na mediação entre as duas. Veja-se, por exemplo, A.M. Sandulli, *Fonti del diritto*, cit., p. 525; A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, Articoli 1-9, cit., p. 14; F. Modugno, *Fonti del diritto I) Diritto costituzionale*, cit., p. 1; L. Carlassare, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., p. 539.

21 Assim, A.M. Sandulli, *Fonti del diritto*, cit., p. 525, 529; L. Carlassare, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., p. 540; L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 472.

22 C. Esposito, *La validità delle leggi* (1934), Giuffrè, Milano, 1964, pp. 77 e ss.; H. Kelsen, *Teoria generale del diritto dello Stato*, cit.

23 R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., p. 46.

24 Por mera comodidade expositiva, omito, portanto, de incluir nesse trabalho o estudo da tradição, que receberia ulteriores qualificações (mas não modificações substanciais) ao argumento aqui exposto. De todo modo, assumo como dado de fato incontrovertível a centralidade da dimensão linguística e documento no direito moderno.

25 Cf. J. Raz, *Legal Reason, Sources and Gaps* (1979), in *Id.*, *The Authority of Law*, cit., p. 66 (*legal sources are reasons for action*).

Essa definição há, pelo menos, dois aspectos interessantes. Em primeiro lugar, os intérpretes devem ter uma razão de qualquer tipo (contudo, em sentido normativo, atinente ao contexto de justificação) para considerar um certo documento como fonte. Em segundo lugar, isso que a fonte produz (ou, conforme o caso, aquilo que a fonte é) não é a norma, mas qualquer coisa que somente após a interpretação pode dar lugar à norma.

Trata-se de uma definição teórica: não se diz nada sobre quais sejam os critérios que permitem considerar justificada a qualificação de um documento como normativo. Estes critérios podem consistir, por exemplo, na existência de uma norma válida, positiva, sobre produção jurídica que autoriza ou impõe expressamente aos órgãos de aplicação o uso daquele tipo de documento como fonte do direito; ou podem consistir na deferência ao *nomen iuris* atribuído a um certo documento por parte da autoridade de produção normativa; ou na deferência à uma valoração (sobre a postura de um certo documento como fonte) efetuada por um outro órgão de aplicação; ou, em preferência, por parte do intérprete, pela norma emanada de uma certa autoridade em relação àquela emanada por outra autoridade (por exemplo, em uma certa matéria).

De fato, tais critérios serão determinados por qualquer ordenamento, e, em última análise, pela cultura jurídica, pela ideologia das fontes do direito, partilhadas por cada intérprete. Por ideologia das fontes do direito, entendo como uma geral concessão (e frequentemente também genérica) do direito, partilhada ou pressuposta pelos operadores no interior de uma determinada cultura jurídica: a ideologia das fontes do direito *consiste em diretivas que não dizem respeito diretamente ao modo de resolver uma controvérsia jurídica, mas indicam o modo segundo o qual o juiz deverá proceder para descobrir a diretiva ou as diretivas relevantes para a controvérsia da qual se trata*²⁶. Alguns exemplos de ideologia das fontes do direito podem ser os seguintes: a ideologia legalista (o primado da lei), a ideologia constitucionalista (o primado da constituição), a ideologia europeísta (o primado do direito comunitário), a ideologia jurisrealista (o primado do direito jurisprudencial), a ideologia "neoconstitucionalista" (a indistinguibilidade entre o direito e moral no âmbito do raciocínio por princípios).

É mais difícil que os juristas operantes em determinado ordenamento jurídico compartilhem todos a mesma ideologia das fontes do direito. Mais realisticamente, os juristas operantes em determinado ordenamento dão lugar, conscientemente ou não, à competição entre as diferentes ideologias das fontes do direito (entre as quais se dá, obviamente, também um grau de *overlapping consensus*, de outro modo não conseguiriam sequer se reconhecerem como juristas, como dispostos a jogar o mesmo

26 A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., p. 72. O conceito de ideologia das fontes do direito inclui não apenas critérios para individuação das fontes relevantes, mas também metodologias interpretativas (para individuação das normas aplicáveis), e, portanto, os sentido a¹), a²), e d) vistos acima, § 1. Parece bastante semelhante à noção de "diretivas axiomáticas" articulada por P. Chiassoni, *Codici interpretativi. Progetto di você per un Vademecum giuridico*, in *Analisi e diritto*, 2002-2003, pp. 55-124 (spec. pp. 74-98).

jogo). E entre estas ideologias, algumas podem ser identificadas como dominantes, majoritárias, ou, de qualquer modo, partilhadas pelos órgãos mais respeitáveis – aquele que têm a última palavra. (Para mais ideias sobre o assunto, ver *infra*, § 4).

A ideologia das fontes do direito se sobrepõe assim ao material normativo “bruto” (os documentos jurídicos considerados *prima facie* válidos e relevantes), e é determinante na seleção e na determinação do direito aplicável, isto é, do direito que é destinado a se tornar eficaz ou do direito cuja eficácia é considerada justificada: guiando o intérprete na escolha das normas aplicáveis, com base nos argumentos interpretativos considerados justificados, e na atribuição de valor normativo aos documentos jurídicos.

2. A CONSTRUÇÃO HIERÁRQUICA DAS FONTES DO DIREITO

O modo mais familiar e habitual com o qual os juristas representam as fontes do direito – e, portanto, o ordenamento jurídico – consiste em uma construção hierárquica articulada em “degraus” ou níveis, que pode ser vista de cima para baixo (partindo das normas mais importantes, que ocupam a posição de ápice no sistema, para chegar às normas detalhadas, específicas, atuativas, ou de baixo para cima. No primeiro caso, se adota, de maneira privilegiada, a perspectiva da produção do direito; no segundo caso, adota-se, de maneira privilegiada²⁷, a perspectiva da aplicação do direito. Nesse esquema, portanto, o que está “no topo” da estrutura piramidal deve ser realizado através de atos normativos que colocam em graus inferiores, enquanto o que está “embaixo” é legitimado exatamente pela circunstância de atuar conforme é requerido nos graus superiores.

A estrutura hierárquica das fontes do direito vem, entretanto, habitualmente reconduzida a qualquer metáfora de caráter espacial, como uma pirâmide ou uma escada²⁸, e é esta dimensão vertical, como dizia primeiramente, que é agora considerada antiquada e superada pelas novas modalidades de representação do sistema (isso se de “sistema” se possa ainda falar)²⁹. A representação piramidal do ordenamento das fontes é, contudo, enganadora, porque unifica em si dois distintos tipos de hierarquias

27 Mas não exclusiva, visto que cada ato de produção do direito é também um ato de atuação, e vice-versa.

28 H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, p. 266 (*pyramide ou hiérarchie de norms*; note-se que essa expressão não é presente na tradução italiana *Dottrina pura del diritto*); N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 184 (*costruzione a pirâmide dell'ordinamento giuridico*); A.M. Sandulli, *Fonti del diritto*, cit., pp. 525, 527 (*la scala hierarchica delle norme*). A. Pizzorusso, *Le fonti del diritto, Articoli 1-9*, cit., pp. 40-42; o *modelo da escada ou da pirâmide*, em relação ao critério hierárquico de solução das antinomias, é evocado, por exemplo, por M. Luciani, *Fonti del diritto*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ORE*, vol. 6, 2007, pp. 469-495 (p. 472); de *escala das fontes e escala das normas* fala L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 905-908; R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., p. 62.

29 Veja, a propósito, a discussão entre F. Modugno, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, cit., e A. Ruggeri, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, cit.

normativas – as hierarquias estruturais e as hierarquias materiais, e negligencia também o fato de que as relações entre fontes do direito são continuamente revistas e remetidas em discussão na realização de um terceiro tipo de hierarquia – as hierarquias axiológicas.

Para se fazer compreensível esta afirmação, devemos, portanto, gastar algumas palavras sobre possíveis relações hierárquicas diversas que podem ocorrer entre as normas e as fontes de um ordenamento. Aquilo que pretendo demonstrar é que a noção de hierarquia normativa é, seja por uma noção em si coerente e sensata como conceito teórico, seja por uma noção ainda adequada, do ponto de vista reconstrutivo, importante para a compreensão dos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

2.1 Sobre o conceito de hierarquia normativa

A noção de hierarquia normativa descreve a situação na qual, dado um complexo de normas (em teoria, ao menos duas), uma ou algumas delas resultam supra-ordenadas em relação a outras (enquanto estas últimas são subordinadas em relação às primeiras).

Seguindo uma tipologia proposta por Riccardo Guastini, podemos individualizar como principais tipos de hierarquias normativas: as hierarquias estruturais, as hierarquias materiais e as hierarquias axiológicas³⁰.

2.1.1 Hierarquias estruturais

A hierarquia *estrutural* é uma relação entre uma *norma* (ou um complexo de normas) N e uma *disposição* (ou ato normativo) D³¹, na base a qual a disposição D deve ser produzida segundo a modalidade prevista pela norma ou pelo complexo de normas

30 R. Guastini, *Invalidity*, in *Ratio Juris*, vol. 7, 1994, pp. 212-226 (spec. pp. 217-219); Id., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 121 ss.; Id., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 41 ss., 233-238; Id., *Le fonti del diritto*, cit., pp. 241-254. Procurei desenvolver ulteriormente essas noções em G. Pino, *Norme e gerarchie normative*, in *Analisi e diritto*, 2008, pp. 263-299. Guastini ainda individua ulteriores tipos de hierarquia normativa, como as hierarquias “lógicas” ou “linguísticas”, que nesse momento não serão abordadas (cf. por exemplo R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 244-245). Problema diverso é obviamente a presença de uma terminologia não unívoca na literatura jurídica e teórico-jurídica a propósito das hierarquias normativas: cf. por exemplo S. Bartole, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, 1986, p. 531, que usa a expressão “hierarquia formal” para designar aquilo que será aqui, ao invés, definida como “hierarquia material”, e a expressão “hierarquia material” para designar aquilo que será aqui, ao invés, definido como “hierarquia axiológica”; uma terminologia ainda diversa em G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., cap. VII. Para uma panorâmica a esse respeito cf. R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, cit., pp. 41 ss., 233-238.

31 Parece, ao invés, referi-la a uma relação *entre normas* R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, cit., p. 49; Id., *Garantismo e dottrina pura a confronto*, in *Analisi e diritto*, 2009, pp. 213-223 (p. 219: *a hierarquia estrutural ou formal [...]interfere entre as normas sobre produção jurídica (em sentido estrito) e as normas as quais a produção e por essa regulada*).

N. Em consequência, a norma ou o complexo de normas N resultam hierarquicamente supra-ordenados no sentido estrutural em relação às disposições D³².

Para exemplificar, a lei constitucional e a lei de revisão constitucional são produzidas segundo as normas da constituição que disciplinam o procedimento de revisão e de adoção de outras leis constitucionais (art. 138 da Constituição), e, em seguida, são, nesse sentido, hierarquicamente inferiores a esta última; o mesmo vale para a lei (ordinária), em relação às normas da constituição que disciplinam o procedimento legislativo (arts. 70-74 da Constituição)³³; para os regulamentos, em relação às normas de lei que disciplinam a potestade regulamentar do Executivo (Lei 400/1988); para a sentença, em relação às normas de processo que disciplinam a produção; e assim por diante.

Assim definida, a hierarquia estrutural é extremamente associada a um específico perfil do conceito de validade: a validade formal, que consiste na ausência de vícios formais ou processuais na formação de um ato jurídico (e, portanto, também das disposições aí contidas). A validade formal consiste, assim, no respeito de todas as (meta-)normas formais, processuais e de competência previstas para a formação daquele tipo de ato. A validade formal inclui também a circunstância de que a disposição da qual se trata não tenha sido revogada (a revogação expressa impede, portanto, a validade formal de uma disposição). Por conseguinte, também as normas que disciplinam a revogação expressa são hierarquicamente supra ordenadas, em sentido estrutural, às disposições relevantes.

2.1.2 Hierarquias materiais

Uma hierarquia *material* é uma relação entre duas normas N¹ e N², de forma que a norma N¹ não pode colocar-se em contraste com (o conteúdo da) norma N², sob pena da sua invalidade: isto é, evidentemente pressupõe *uma terceira norma* (ou complexo de normas) N³, que dispõe este efeito e verossimilmente indica com qual procedimento este efeito de anulação será alcançado. Assim, ocorrido um contraste entre uma norma N¹ e uma norma N², se tal contraste é resolvido (de acordo com a

32 Esse é o sentido específico em que, por exemplo, Kelsen concebe a relação hierárquica entre normas, e, portanto, a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, isto é, como uma relação de derivação dinâmica de validade: cf. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 113-115, 125-126; Id., *La dottrina pura del diritto* (1960), Einaudi, Torino, 1990, pp. 226, 235, 251-310. Kelsen, no entanto, admite que, especialmente a nível infraconstitucional, o princípio da derivação dinâmica de validade seja muitas vezes complementado por um princípio estático.

33 Segundo a jurisprudência da Corte Constitucional e parte da doutrina constitucionalista, não se seria, ao invés, hierarquia estrutural entre a lei e as normas dos regulamentos parlamentares que consideram o desenvolvimento do procedimento legislativo: a eventual não cumprimento dessas normas não seria de fato referido a algum tipo de inconstitucionalidade da lei (não obstante o que parece afirmar o art. 72 da Costituzione) – seria, apenas, uma *political question*.

norma N³) dispondo a invalidade da norma N¹, então a norma N¹ é hierarquicamente subordinada, em sentido material, à norma N².

As hierarquias materiais, portanto, são instituídas pela existência de normas do tipo N³, normas que estabelecem mecanismos institucionais de anulação de outras normas: assim, por exemplo, é a existência de normas sobre o controle de constitucionalidade que permitem afirmar que uma constituição é rígida (é hierarquicamente supra ordenada, em sentido material, à lei).

Além da relação entre lei e constituição rígida, outros exemplos de hierarquia material são a relação entre lei delegada e legislação delegada; entre lei e atos administrativos, em virtude das normas que dispõem a anulabilidade dos atos administrativos por violação à lei ou por incompetência; a relação entre lei e sentença, em virtude das normas que estabelecem sobre a anulação de sentença por violação ou falsa aplicação de norma de direito (arts. 360 do Código de Processo Civil e 606 do Código de Processo Penal); entre lei e contrato, em virtude das normas que dispõem sobre a anulação de contratos por violação de norma imperativa ou por violação de outros requisitos previstos na lei (art. 1418 do Código Civil); e assim por diante.

Normalmente as hierarquias materiais são expressamente instituídas por normas explícitas, enquanto menos frequentes, ainda que absolutamente nada impossível (como veremos infra, § 3.2. 1), que sejam instituídas das normas implícitas, ou seja, que sejam introduzidas pela via interpretativa: em geral, todas as vezes em que um certo órgão jurisdicional amplia em via "interpretativa" a própria competência, de modo a recompreender o juízo de validade de certos tipos de normas, isso equivale à criação, em via interpretativa, de uma hierarquia material.

Ainda, o conceito de hierarquia material é, de maneira rigorosa, associado a um perfil específico do conceito de validade: a validade material. Portanto, uma norma N¹ é materialmente válida quando não apresenta contradição em relação a outras normas N², N^N,..., em todas e somente os casos em que tal contradição pode determinar um pronunciamento autoritativo de anulação N¹ (não cada conflito entre norma, de fato, determina a consequência de que uma das duas normas seja inválida no sentido material). Como é evidente, a validade material diz respeito ao significado dos atos normativos interessados, e, portanto, concerne normas (não disposições)³⁴. Nota-se, contudo, que, geralmente, a verificação e a declaração da invalidade material da norma por parte da autoridade competente pode incidir de vários modos, também sobre disposições que a exprimem; de fato, uma declaração de invalidade (material) de uma

34 Novamente, parece sustentar o contrário R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 130, quando afirma que também a validade material pode ser referida indiferentemente a uma *norma*, disposição ou *fonte* (no mesmo sentido, ver também p. 133 sobre a invalidade material). Anteriormente, Guastini, ao invés, distinguiu, acredito que corretamente, entre vícios (formais e processuais) que consideram a validade de textos normativos, e vícios (de conteúdo) que consideram, ao invés, as normas expressas daquele texto. (*Invalidity*, cit., pp. 219-222).

norma pode comportar a total eliminação também da disposição que exprime a norma inválida (como no caso da sentença de procedência da Corte Constitucional), ou a sua modificação com o fim de eliminar a razão da invalidade (como no caso das sentenças assim chamadas reconstrutivas – aditivas ou substitutivas – da Corte Constitucional).

2.1.3 Hierarquias axiológicas

Uma hierarquia *axiológica* é uma relação entre duas normas N^1 e N^2 , de forma que a norma N^1 é considerada mais importante, prevalente, preferível, em relação à norma N^2 . A relação de preferência depende de uma valoração comparativa substancial da importância das normas envolvidas: em base a uma hierarquia axiológica, uma norma prevalece sobre outra, se é considerada mais adequada aos valores, aos princípios, à doutrina ético-política que inspiram o sistema jurídico ou um seu subsistema (o juízo de importância comparativa pode considerar, obviamente, seja específicas normas individualmente consideradas, seja classes ou tipo de normas).

Em geral, uma hierarquia axiológica determina a aplicabilidade de uma norma (considerada mais importante) e a inaplicabilidade de outras (menos importantes). Uma hierarquia axiológica resolve-se, então, em um critério positivo ou negativo de aplicabilidade³⁵. O conceito de hierarquia axiológica refere-se, portanto, à noção de aplicabilidade (em particular, à aplicabilidade de normas): sempre que um critério de aplicabilidade estabelece qual norma ou tipo de norma deva-se aplicar com preferência a outra norma ou tipo de norma, estabelece, com isso, uma hierarquia axiológica entre essas duas normas ou tipos de normas.

Uma hierarquia axiológica pode concorrer também com uma hierarquia material, e em tal caso a norma “inferior” é não só não-aplicada, mas também declarada inválida (ou melhor, é desaplicada ou então declarada inválida, dependendo que o órgão de aplicação, às vezes interessado, tenha ao menos também o poder de anular normas). Esta é, entretanto, somente uma possibilidade contingente: não é dito que entre duas normas haja, ao mesmo tempo, uma relação de hierarquia axiológica e uma de hierarquia material.

Em sentido amplo, todos os tipos de hierarquia normativa, e, em geral, a instauração de mecanismos de preferência entre normas são, em última análise, axiológicos: representam o êxito de uma escolha de valor³⁶. Assim, as hierarquias materiais são instituídas em êxito a uma valoração de preferência a favor do órgão que produz as normas materialmente supra ordenadas, ditadas dependendo dos casos considerados de maior representatividade democrática, ou de competência técnica, etc.: isto é

35 Sobre essas noções, ver G. Pino, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 11, 2011.

36 Para alguns pontos nesse sentido, N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 219-221; J. Raz, *On the Autonomy of Legal Reasoning* (1993), in Id., *Ethics in the Public Domain*, cit., pp. 326-340 (spec. p. 331).

bem exemplificado pelo critério da *lex superior* para a solução das antinomias, se por acaso seja utilizado para declarar a invalidade da norma inferior, que reflete uma opção ideológica em favor de um tipo de fonte em relação a outra (por exemplo, em consideração do maior grau de representatividade democrática do órgão que a produz)³⁷. O mesmo vale para o critério da competência, que responde a uma escolha política em favor de uma certa divisão do trabalho entre órgãos do Estado, de modo que a disciplina de algumas matérias venha reservada em via exclusiva ou prioritária a certos sujeitos (regiões, autoridades administrativas independentes, ramos da administração, etc.). O mesmo se pode dizer, finalmente, também para as hierarquias estruturais: a escolha de um procedimento, e o modo de estruturá-lo para produzir atos normativos formalmente válidos, é totalmente diferente que *value-free*³⁸.

Em um sentido mais específico, contudo, a noção de hierarquia axiológica pode ser referida somente aos casos aos quais venha instituído uma relação de preferência entre duas (ou mais) normas, de acordo com um critério jurídico positivo ou então sapiencial, *sem que isso determine necessariamente a invalidade, o anulamento ou a revogação da norma menos importante*. É nesse sentido que aqui ser verá definida a noção de hierarquia axiológica.

A noção de hierarquia axiológica importa não só nas relações entre normas, mas também nas relações entre documentos normativos (isto é, entre fontes). Isso em duas modos: em primeiro lugar, muitas vezes o intérprete pode ter razões para preferir um (tipo de) documento normativo a outro, independentemente do conteúdo dos documentos envolvidos; e, assim, a hierarquia axiológica manifesta-se em uma preferência que emerge já ao nível da fonte, e não da norma (esse é o caso, por exemplo, do princípio da legalidade em matéria penal: o intérprete deve preferir a lei em face das outras fontes; e o mesmo vale em geral para todos os casos de reserva de lei). Em segundo lugar, uma atividade constante de inaplicação de uma certa norma da parte dos órgãos de aplicação (porque aquela norma é considerada recessiva em relação a uma outra em uma hierarquia axiológica) produz um resultado que, na verdade, é indistinguível no que diz respeito à anulação da norma recessiva e à revogação da disposição que a exprime³⁹.

37 Sobre origem histórica, e ideológica, do critério da *lex superior*, G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., spec. pp. 47-52.

38 M. Rosenfeld, *Interpretazioni. Il diritto tra ética e política* (1998), Bologna, il Mulino, 2000, pp. 228-237; A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 23.

39 Para a opinião que a desaplicação (ou ineficácia) de uma norma produza um resultado substancialmente idêntico à sua revogação: cf. E. Bulygin, *Dogmatica giuridica e sistematizzazione del diritto* (1983), in Id., *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 117-140 (spec. pp. 133-135); E. Bulygin, D. Mendonca, *Normas y sistemas normativos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 78-81; J. L. Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, CEPC, Madrid, 2002, pp. 168-170; G. B. Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 134-137.

2.2 Hierarquias normativas e fontes do direito

Dadas essas diversas noções de hierarquia normativa, em que sentido se fala de uma hierarquia *de* ou *entre* fontes do direito? De hierarquia das fontes do direito comumente se fala, me parece, nas seguintes acepções:

a) quando uma fonte disciplina a produção de outra fonte;

b) quando um tipo de fonte não pode revogar, em via de revogação expressa, um outro tipo de fonte, sob pena de invalidade (*rectius*: quando as normas expressas de uma fonte não podem dispor sobre a revogação expressa de uma certa fonte, sob pena de invalidade material);

c) quando uma fonte não pode derogar, em via de revogação tácita, um outro tipo de fonte, sob pena de invalidade (*rectius*: quando as normas tratam de um tipo de fonte não podem contradizer as normas que tratam de um outro tipo de fonte, sob pena de invalidade material);

d) quando um tipo de fonte deve ser preferido em relação a um outro tipo de fonte, mesmo a prescindir das consequências em termos de invalidade.

Usando as noções de hierarquia normativa introduzidas no parágrafo precedente, notamos facilmente que o caso *a)* é uma hierarquia estrutural; os casos *b)* e *c)* constituem hierarquias materiais; o caso *d)* é uma hierarquia axiológica.

Nota-se, além disso, que os conceitos de hierarquia material e de hierarquia axiológica, e aqueles respectivamente correlatos de validade material e de aplicabilidade, são perfeitamente idôneos, sem que seja necessária alguma adaptação particular, no que diz respeito ao assim chamado critério de competência⁴⁰. Tal critério, frequentemente identificado como um quarto ou novo critério de solução das antinomias, em acréscimo aos três tradicionais critérios da *lex superior*, da *lex posterior* e da *lex specialis*⁴¹, implica um contraste entre duas normas vertentes sobre determinada matéria que deverá ser resolvido a favor da norma emanada pela autoridade que seja competente (de acordo com outra norma) para regulamentar aquela matéria (nota-se, portanto, que a relevância do critério de competência vai além do problema das antinomias: o critério da competência pode servir para identificar a norma válida e/ou aplicável também a prescindir de qualquer outra contradição normativa). Trata-

40 Sobre isso V. Crisafulli, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, cit.; Id., *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*; cit., L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., pp. 83-85; A. Celotto, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, in F. Modugno, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 131-270 (spec. pp. 218-223); R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 234-236; F. Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit., M. Luciani, *Fonti del diritto*, cit., p. 476; A. Vignudelli, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 211-213; R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, cit., cap. I.

41 No debate constitucionalista é, no entanto, presente ainda a tese que o critério da competência substituiu o critério da hierarquia: ver F. Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit.; Id., *"Fonti" del diritto e sistema normativo*, consulta em URL: www.robertobin.it/MATERIALI_SEM/Modugno%20Fonti09.doc.

se, além disso, de um critério sempre mais difuso, causa e efeito da sempre maior complexidade dos ordenamentos contemporâneos em que o poder de produção normativa não é mais centralizado e monopolizado pelo legislador-Parlamento, mas é “difuso” entre Estado central e entes locais, entre Estado e União Europeia, é por vezes confiado a certos sujeitos que possuem uma específica competência técnica em determinadas matérias (autoridades administrativas independentes com poderes normativos, etc.). O critério da competência é normalmente indicado como um critério “novo” de ordenação entre normas, e a sua novidade deveria criar problemas no conceito de hierarquia normativa, isto é, na ideia de que as normas do ordenamento são dispostas em uma escala hierárquica: deveria, em particular, retirar a imagem “vertical”, a tradicional configuração piramidal do ordenamento, e restituir, ao invés, uma imagem policêntrica, pluralística, do ordenamento jurídico.

Para bem visualizar, no entanto, uma vez que a noção de hierarquia tenha sido liberta de cada uma das impróprias metáforas espaciais e tenha sido reconduzida a uma noção teórica que designa exclusivamente um certo tipo de relação entre normas, percebemos que não haverá nulidade no critério de competência que não possa ser reconduzido à noção teórica-geral de hierarquia aqui elaborada. De fato, de acordo com o critério de competência uma norma N^1 prevalece sobre uma norma N^2 se é previsto pela norma N^3 que uma certa matéria seja regulada somente pela norma de tipo N^1 , emanada pela autoridade A^1 ; tal prevalência poderá ser verificada ou na forma da invalidade (material) da norma N^2 (se isto é previsto por uma ulterior norma N^3), ou na forma da inaplicação da norma N^2 . Como é evidente, ambas as situações são perfeitamente reconduzidas à conceituação aqui introduzida: a primeira situação recai exatamente na definição de hierarquia material e de validade material, enquanto a segunda recai na definição de hierarquia axiológica. Não é necessário, portanto, abandonar a ideia da hierarquia normativa, onde essa venha corretamente definida para fazer lugar ao critério de competência⁴².

3. FONTES DO DIREITO E INTERPRETAÇÃO

Do quadro há pouco traçado, emerge um entrelaçamento um tanto complexo na relação entre fontes do direito e interpretação.

Por um lado, de fato, a interpretação determina o conteúdo das fontes, das normas – e isso é agora bastante pacífico.

Por outro lado, no entanto, a interpretação intervém também, primeiramente, na qualificação de um documento como fonte⁴³. Isso de várias maneiras.

42 Uma detalhada defesa dessa tese é em G. U. Rescigno, *Gerarchia e competenza, tra atti normativi, tra norme*, cit.

43 Nos dois casos, na realidade, parece vir respectivamente em consideração um conceito diverso de interpretação: no primeiro caso, é interpretação em sentido estrito, como avaliação e determinação do significado de um texto; no segundo caso, é interpretação em sentido amplo (ou “construção”), que inclui operações como: a

Antes de tudo, porque as fontes são documentos emanados como êxito de um determinado procedimento (por sua vez disciplinado por normas: hierarquia estrutural), uma primeira intervenção “interpretativa” consiste na verificação se o procedimento relevante foi feito efetivamente e corretamente (isto, em verdade, mais que uma interpretação, em sentido estrito, é uma “qualificação” ou “subsunção” de certos fatos no esquema fornecido por algumas normas).

Em segundo lugar, porque o procedimento relevante é disciplinado pelas normas, tais normas não podem não ser por sua vez fruto de interpretação⁴⁴.

Em terceiro lugar, o intérprete pode graduar, de vários modos, até por a zero, a força normativa de determinado documento jurídico, a sua capacidade de exprimir normas, de tal modo decidindo sobre a própria qualificação de tal documento como fonte. Nos primeiros dois casos, assim, a variabilidade interpretativa opera sobre o plano da verificação do respeito à hierarquia normativa relevante; no terceiro caso, a variabilidade interpretativa opera diretamente sobre o documento, decidindo a qualidade de fonte. Em outras palavras, nesse nível, a interpretação intervém não só na fase de atribuição de significado às disposições, mas também em uma fase, logicamente precedente, de *individuação* e *identificação* das disposições⁴⁵.

Enfim, porque cada fonte do direito (cada tipo de fonte, e cada específico ato-fonte) se insere em um amplo conjunto de fontes, de normas (ordenamento jurídico), uma ulterior intervenção em sentido amplo interpretativo (ou construtivo) contém a organização das relações entre fontes – o acertamento, ou a instauração de hierarquia normativa.

A intensidade e a amplitude de todas essas operações interpretativas podem certamente ser guiadas, em qualquer medida, pelo direito positivo, mas, em definitivo, dependem da conformação daquilo que tenho chamado “ideologia das fontes do direito” (supra, § 1.2).

Para dar uma ideia de como tudo isso seja possível, passarei agora em resenha algumas hipóteses de tais operações efetivamente praticadas na jurisprudência constitucional e ordinária italiana e/ou explicitamente recomendada pela doutrina. Algumas dessas hipóteses são tão aceitas pelo senso comum dos juristas (ao menos

hierarquização axiológica de normas, a qualificação de uma norma como regra ou como princípio, a introdução de exceções implícitas, etc. (sobre essa distinção, ver R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 55-56; Id., *La sintassi del diritto*, cit., pp. 427-438). A diferença, no entanto, não é aqui relevante, porque um ou outro tipo de interpretação pode vir em consideração, seja como interpretação de uma fonte, seja como interpretação objetiva à individuação de uma fonte.

44 M. Jori, *La cicala e la formica*, in L. Gianformaggio (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 66-119; R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., p. 53.

45 Cf. a propósito R. Guastini, *produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, in L. Gianformaggio, E. Lecaldano (a cura di), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Roma-Bari, 1986, pp. 173-201 (pp. 175-176, sobre individuação da “base enunciativa”); P. Comanducci, *Assaggi di metatetica*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 39 (*Per riconoscere una disposizione qua disposizione, e, in generale, um enunciato qua enunciato, è necessário esperire comunque una previa, talvolta inconspiciva, attività interpretativa*).

italianos), para não parecer inteiramente, à primeira vista, como uma manipulação das fontes em sede interpretativa – simplesmente “é assim” que funciona o ordenamento italiano. Outras hipóteses são, ao contrário, mais bizarras – mas não raras; a distinção entre questões “fáceis” ou “menos fáceis”, em outras palavras, depende de elas serem mais ou menos enraizadas no senso comum dos juristas italianos.

3.1 Cinco questões fáceis

3.1.1 *Indivuação de um tipo de ato como fonte*

Um primeiro modo em que o intérprete decide sobre a possibilidade que um texto normativo exprima normas é quase tautológico: trata-se do caso em que o intérprete decide que um documento, ou certo tipo de documento, é idôneo para ser qualificado como fonte do direito: por mais banal que isso possa parecer, não se trata de fato de uma operação deduzida, nem menos nos casos em que o documento em questão “pertence” pacificamente ao ordenamento jurídico. Nesses casos, o intérprete decide, fora de precisas indicações jurídico-positivas ou de elencos oficiais das fontes do direito, que um certo ato ou tipo de ato é efetivamente fonte do direito.

Trata-se, além disso, de uma operação conceitualmente distinta da (ainda que estreitamente associada) à individuação das relações hierárquicas entre a fonte assim identificada e as outras fontes do ordenamento. Estabelecer que determinado ato é fonte do direito não equivale, por si só, a resolver o problema das relações com outras fontes.

O caso mais impressionante é certamente representado pela “descoberta” da constituição como texto jurídico vinculante, como fonte do direito, da parte da cultura jurídica italiana: operação advinda de maneira um pouco gradual, e que há exigido décadas para ser metabolizada totalmente pela cultura jurídica⁴⁶.

3.1.2 *A revogação tácita*

Um segundo caso em que o intérprete decide sobre a possibilidade que um texto normativo exprima normas, e, assim, possa ser considerado fonte do direito, é aquele da revogação tácita - poder que, no ordenamento italiano, é aliás expressamente atribuído aos intérpretes pelo art. 15 da Lei de Introdução ao Direito Italiano (trata-se obviamente de um caso relativo não aos tipos de atos, mas a atos singulares).

46 Corte Constitucional nº. 1/1956; veja-se, a propósito, M. Dogliani, *Interpretazioni della costituzione*, Franco Angeli, Milano, 1982; G. Corso, *La Costituzione come fonti di diritti*, in *Ragion pratica*, 11, 1998, pp. 87-100; G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2010, cap. V; R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, cit., pp. 238-267, considera a atribuição de valor normativo à constituição como uma condição do processo de “constitucionalização” do ordenamento.

Enquanto a revogação expressa consiste na emanção de uma norma que estatui a revogação de outras disposições, a revogação tácita ocorre quando o conteúdo de uma norma é incompatível com outras normas derivadas das disposições preexistentes⁴⁷. Portanto, a revogação expressa age sobre o plano das normas, determinando a não-aplicação da norma menos recente.

Evidentemente, a revogação tácita opera somente após a interpretação: se o intérprete entende que a norma expressa da fonte anterior é incompatível com a norma expressa da fonte sucessiva, deverá aplicar esta última (de acordo com o , assim chamado, critério cronológico de solução das antinomias). Disso, derivam três consequências importantes:

1) se não é previsto um mecanismo autorizativo de anulação da norma anterior, o critério cronológico e a revogação tácita operam somente sobre o plano da aplicabilidade, não também sobre aquele plano da validade das normas envolvidas; em outras palavras, o critério cronológico determina a preferência pela norma sucessiva, sem com isso anular a norma anterior;

2) sendo uma variável da interpretação, a revogação tácita é remetida à valoração do intérprete (que pode evitar o efeito da revogação, por exemplo, recorrendo a uma interpretação restritiva da norma anterior, ou daquela sucessiva, ou de ambas);

3) comportando a não-aplicação da norma anterior, a revogação tácita traduz-se também na privação de valor normativo do documento (a fonte) que exprime a norma precedente; o documento normativo resta formalmente válido, mas não é mais considerado idôneo a exprimir normas (e, portanto, não é mais fonte do direito)⁴⁸.

É oportuno acrescentar, a esse respeito, que somente a revogação tácita, e não também a c.d revogação expressa, vale como critério de solução das antinomias: a revogação expressa, de fato, não é um critério de solução das antinomias, mas representa simplesmente a remoção de uma disposição e a sua, aliás eventual, substituição por outra disposição, e isso não determina nem resolve qualquer contradição entre normas; a revogação expressa, assim, não resolve uma antinomia, mas evita o surgimento de uma potencial antinomia⁴⁹. (Somente o caso inimaginável em que a revogação expressa vale também como solução de uma antinomia se dá, me parece, quando uma nova lei intervém expressamente para dirimir uma contradição

47 R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 192-194; R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Franco Angelo, Milano, 2013.

48 A. Gentili, *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 4, 2001, pp. 471-489, a p. 475, qualifica de fatos esses casos como hipóteses de "disposições sem normas".

49 A opinião segundo a qual a revogação expressa é uma forma de solução de antinomias é muito difusa na literatura; cf. por exemplo F. Sorretino, *Le fonti del diritto*, cit., p. 123. No tratamento sobre antinomias frequentemente é reservado um espaço amplo ao exame da revogação expressa, mas sem praticamente nunca esclarecer em que modo ela remove uma antinomia: cf. por exemplo A. Celotto, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, cit., pp. 177 ss.

normativa já existente, revogando qualquer uma das disposições relevantes. Isso acontece, por exemplo, na redação de texto único não meramente compilados.)

3.1.3 Graduação do valor normativo de um texto jurídico

Um terceiro caso em que o intérprete decide sobre a possibilidade que um texto normativo de exprimir normas (e, portanto, possa qualificar o texto como fonte do direito em sentido próprio) consiste na determinação e na graduação, por parte do intérprete, da maior ou menor força normativa do que o texto exprime.

Um exemplo de modulação do valor prescritivo de um texto normativo por parte dos intérpretes é dado pelas, assim chamadas, normas estatais flexíveis, em matéria de competência normativa concorrente entre Estado e regiões (neste caso, ao Estado é demandado a fixação dos princípios da matéria e à região a normatização de detalhamento, onde a região seja inerte, podem também aplicar as normas de detalhamento da fonte estatal, que, no entanto, “cedem”, são colocadas de lado, no momento em que a região exercita o próprio poder de produção normativa (nesse sentido Corte Constitucional nº. 214/1985: “a lei do Estado [não] deve ser necessariamente limitada a disposições de princípio, sendo, ao invés, permitida a inserção também de normais pontuais de detalhamento, as quais são eficazes somente durante o tempo em que a região não tenha produzido ou adequado a normatização de sua competência aos novos princípios ditados pelo Parlamento”).

3.1.4 Conservação dos atos normativos

Um quarto caso em que o intérprete incide sobre valor normativo de um texto é, em qualquer modo, quando especula sobre aquilo recém considerado: se no caso apenas visto, o intérprete enfraquece o valor prescritivo de um texto normativo formalmente válido, nesta ulterior eventualidade o intérprete, em certo senso, “salva” o valor prescritivo de um texto normativo não formalmente válido.

Assim, acontece, por vezes, que uma disposição (uma fonte), que se auto-qualifica como disposição de um certo tipo, venha usada como disposição (fonte) *de um outro tipo*⁵⁰. Essa pode ser considerada como uma aplicação particular de um princípio mais geral (implícito, mas, não obstante, considerado profundamente enraizado no

50 Cf., por exemplo, Corte de Cassação, sez. III pen., nº. 2734/1989, que considerou que algumas leis regionais que recebam o conteúdo de uma deliberação de um comitê interministerial devessem, na verdade, serem qualificadas *como atos administrativos*, e, portanto, sujeitos à desaplicação por parte do juiz ordinário com base no art. 5 da lei 20 março 1865 nº. 2248, all. E (Corte Constitucional nº. 285/1990, em sede de juízo por conflito de atribuição, afirmou, então, que um similar poder de qualificação não reingressa entre os poderes da Corte de Cassação).

ordenamento italiano) de conservação dos atos jurídicos⁵¹. Com base em tal princípio, de fato, um ato jurídico que apresente alguns defeitos de forma pode, contudo, valer como um diverso ato jurídico do qual tenha os requisitos; ou pode ser ainda considerado existente, se idôneo a atingir alguns dos próprios efeitos típicos; e assim por diante.

Com base no princípio de conservação dos atos normativos, portanto, os intérpretes e, em geral, os operadores jurídicos sentem-se autorizados, ou mesmo obrigados, a utilizar como válidos atos jurídicos que são *ab initio* inválidos; e, dessa forma, são autorizados ou obrigados a utilizar como fontes do direito certos atos normativos que, à luz dos critérios vigentes no ordenamento jurídico, não deveriam ser utilizados.

3.1.5 Introdução de uma hierarquia axiológica entre normas igualmente ordenadas em sentido material

Um quinto caso em que o intérprete incide sobre valor normativo de um texto, e, então, influi sobre sua atitude de ser fonte, ocorre quando vem instaurada, em via interpretativa, uma hierarquia axiológica entre duas normas N¹ e N², entre as quais *não se dá* uma relação de hierarquia material: são normas materialmente igualmente ordenadas. Esse tipo de hierarquia axiológica adquire particular interesse, sobre o plano aplicativo, todas as vezes em que as normas relevantes estão em contraste – e, não havendo entre elas uma hierarquia material, nenhuma das duas pode ser declarada inválida. Nesses casos, a hierarquia axiológica opera fazendo prevalecer a norma mais importante sobre aquela menos importante, sem que a norma sucumbente perca validade: é, ao invés, não-aplicada. Nesses casos, portanto, diante do que, à primeira vista, são fontes igualmente ordenadas, ou até, internamente, a mesma fonte (do mesmo documento normativo: uma constituição, um código, uma lei), o intérprete decide por atribuir maior força vinculante a algumas disposições e menor força a outras.

Um exemplo consiste na distinção entre princípios constitucionais “comuns” e princípios constitucionais “supremos”⁵²: se trata dos princípios considerados como caracterizantes da identidade axiológica da própria constituição, e, portanto, mais importantes que outros princípios e normas constitucionais; por consequência, os

51 O princípio de conservação dos atos jurídicos é considerado *cânone hermenêutico que, enunciado legislativamente para a matéria contratual no art. 1367 código civil, inspira todo o ordenamento jurídico* por C. Grassetti, *Conservazione (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, 1961; ver também L. Bigliuzzi Geri, *Conservazione dell'atto giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, 1962, pp. 528-540. O princípio é usado por vezes pela Corte Constitucional, para evitar declarar inteiramente inconstitucional uma lei que apresenta vícios de forma limitados apenas a determinadas partes: cf. Corte Constitucional n.ºs. 152/1982, 292/1984.

52 Na Itália, a ideia dos princípios constitucionais supremos recebeu uma inequívoca consagração pela Corte Constitucional na sentença 1146/1988, que tirou montantes de uma orientação da própria Corte que, de maneira episódica, já tomava forma há mais de dez anos. A doutrina geralmente tem olhar de maneira favorável (senão de forma unânime) a uma similar construção teórica, ainda antes de vir consolidada pela jurisprudência constitucional: ver por exemplo A.M. Sandulli, *Fonti del diritto*, cit., p. 527; A. Pizzorusso, *Le fonti del diritto. Articoli 1-9*, cit., pp. 394-403.

princípios supremos são destinados a prevalecer, em caso de conflito, sobre outros princípios constitucionais não supremos. E, além disso, os princípios supremos possuem uma maior capacidade de “resistência” no que diz respeito às modificações em sede de revisão constitucional (em princípio, são imodificáveis).

Outro exemplo consiste na distinção, ao interno da regulamentação de determinada matéria, entre normas “de princípio” e normas “de detalhamento”, quando se pensa que as primeiras contenham o espírito informativo, a *ratio* do resto da disciplina – com a consequência que as normas de detalhamento deverão ser interpretadas e aplicadas de modo a resultar compatíveis e congruentes com as normas de princípio.

Outro exemplo consiste em atribuir grau ou valor “constitucional” a certos tipos de normas, como, por exemplo, as normas sobre fontes e, em geral, sobre produção normativa⁵³.

Outro exemplo, finalmente, consiste na atribuição de valor “fundamental” a direitos explicitamente reconhecidos somente em nível legislativo. Isso geralmente acontece porque determinado direito, de fonte legislativa, é considerado estritamente funcional para realização de um direito de fonte constitucional, de modo a poder ser considerada uma “derivação”. Por exemplo, o direito de retificação foi introduzido em via legislativa, mas depois a Corte Constitucional qualificou-o como direito fundamental (Corte Constitucional nº. 225/1974); o mesmo itinerário foi seguido pelo direito ao nome: direito originariamente previsto pelo código civil (arts. 6-8), e, em seguida, “promovido” a categoria de direito fundamental pela Corte Constitucional como “o primeiro e mais imediato elemento que caracteriza a identidade pessoal” (Corte Constitucional nº. 13/1994; e note-se que o direito à identidade pessoal é, por sua vez, um direito fundamental implícito). Essa operação, evidentemente, é propensa à utilização do direito fundamental assim individuado a diversos fins argumentativos: aqueles que tipicamente descendem da instauração de uma hierarquia axiológica entre o direito assim individuado e outras normas (tornam defeituosas outras normas que não são compatíveis com aquele direito, requerem interpretação conforme, etc.) – e trata-se, particularmente, de uma hierarquia axiológica entre normas entre as quais, aparentemente, não se dá também uma hierarquia material. Além disso, se a autoridade que realiza essa operação tem o poder de anular atos normativos, esse tipo de operação pode determinar, ainda, a instauração – em via puramente interpretativa – de uma hierarquia material (sobre isso vide *infra*, § 3.2.1). De fato, a Corte Constitucional anulou várias disposições de categoria legislativa considerada lesiva ao direito ao nome (direito, esse último, fundamental, mas proclamado no Código Civil), conforme nºs. 13/1994, 297/1996, 120/2001 e 494/2002.

53 Cf. por exemplo C. Esposito, *Consuetudine (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, 1961, p. 467; F. Santoro Passarelli, *Preleggi*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, 1968, pp. 624-630; L. Paladini, *Le fonti del diritto italiano*, cit., pp. 27 ss.; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 26.

3.2 Cinco questões menos fáceis

3.2.1 Fontes obrigatórias e fontes permissivas

Nem todos os tipos de documentos em que vem reconhecido o valor de fonte do direito possuem a mesma força vinculante: o recurso a certos tipos de fontes podem ser considerado “obrigatório” (fontes obrigatórias), enquanto o recurso a outros tipos de fontes pode ser considerado somente “permissivo” (fontes permissivas)⁵⁴.

As fontes mais comuns são aquelas do primeiro tipo, aquelas as quais o intérprete tem obrigação de utilizar. Os exemplos são bastante banais: a sujeição do juiz à lei (pelo ordenamento italiano: art. 101 cost.); o princípio da irretroatividade das leis penais. Geralmente, ignorar uma fonte desse tipo, ou errar sobre a sua aplicação são razões de invalidade da decisão do órgão de aplicação.

As fontes permissivas são fontes que *podem* ser levadas em consideração pelo órgão de aplicação, mas que o órgão de aplicação poderia também ignorar sem que, com isso, vicie a validade da decisão autorizativa. São exemplos de fontes permissivas (é obvio que o elenco é, sobretudo, contingente): o direito jurisprudencial⁵⁵, a sentença interpretativa da Corte Constitucional, os trabalhos preparatórios no procedimento legislativo, as interpretações doutrinárias⁵⁶, os precedentes estrangeiros (esses últimos, por ser normalmente utilizados como fontes permissivas, merecem uma menção à parte pelo fato de serem fontes externas ao ordenamento; cf. a propósito, *infra*, § 3.2.5).

O recurso a tais fontes justifica-se, geralmente, por permitir maior persuasão à justificação de uma determinada decisão; no entanto, quanto menos seja considerado cogente o recurso a um certo tipo de fonte (permissiva), tanto mais tal tipo de documento se afasta do caso focal de “fonte do direito”, e tanto mais difícil e controvertido resulta, assim, a atribuição da qualificação de fonte a tal documento (típico é o caso da possibilidade de qualificar como “fonte” a doutrina). O grau de cogência de uma fonte permissiva depende de fatores extrínsecos, tais como, por exemplo, a *expertise*

54 Para uma tipologia análoga, em relação às fontes, cf. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 294; A. Pizzorusso, *Le fonti del diritto. Articoli 1-9*, cit., p. 533 (com diversa terminologia); A. Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, 1998, pp. 319-321 (diferença entre *must-sources*, *should-sources*, e *may-sources*); F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard U. P., Cambridge (MA), 2009, pp. 67 ss.; L. Green, *Law and the Causes of judicial Decisions*, Oxford Legal Studies Research Paper N.º. 14/2009, April 2009; G. Pino, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, cit.

55 Cf. a propósito A. Pizzorusso, *Le fonti del diritto. Articoli 1-9*, cit., pp. 532-535; I. Lombardi Vallauri, *Giurisprudenza. I) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XV, 1989; G. Pino, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, il Mulino, Bologna, 2003, cap. III.

56 Cf. R. Sacco, *La dottrina, fonte del diritto*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello. Volume II: saggi teorico-giuridici*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 449-463 (cf. spec. p. 460, onde se qualifica a doutrina como *fonte mediata*). Falam de uma *função indiretamente normativa* exercitada pela doutrina F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 166. In prospettiva storica, G. Gorla, *Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles des sources du droit?*, in *Il Foro italiano*, 1974, V, cc. 241-249.

reconhecida em uma determinada matéria pela fonte que produziu a disposição ou norma em questão (por exemplo, uma comissão técnica, uma autoridade administrativa independente, etc.), a autoridade atribuída um órgão de aplicação hierarquicamente superior (mesmo na ausência de uma obrigação de uniformização de suas decisões)⁵⁷. Geralmente, é considerado impróprio basear uma decisão *exclusivamente* sobre uma fonte permissiva; em outras palavras, uma fonte permissiva não é capaz de funcionar, sozinha, como adequada razão justificativa da decisão judicial. Frequentemente, as fontes permissivas funcionam mais propriamente como critérios interpretativos, isto é, como critérios inspiradores para a interpretação das fontes obrigatórias.

Pois bem, a distinção entre fontes obrigatórias e fontes permissivas é, em certa medida, um dado de direito positivo (isso fica evidente quando é estabelecida a invalidade de uma decisão autoritária adotada em contraste com certo tipo de fonte). Todavia é uma distinção que, como vem se vê, é, muitas vezes, gradual, ou, melhor dizendo, imprecisa⁵⁸, e depende, em última análise, da interpretação e da construção dogmática dos intérpretes. Serão os intérpretes, em última análise, que decidirão se uma certa fonte recai em uma ou em outra categoria. Para exemplificar: a distinção entre reserva de lei “absoluta” e reserva de lei “relativa” é uma distinção muito debatida, e com frágeis bases textuais na Constituição⁵⁹. Todavia, tal distinção permite, onde for aceita, a utilização somente da lei como fonte obrigatória em matérias cobertas pela reserva de lei absoluta, e a utilização também de outros tipos de fontes em matérias cobertas por reserva de lei relativa. Portanto, a possibilidade ou não de utilizar uma fonte diversa da lei, em certa matéria coberta por reserva de lei, depende, inteiramente, de uma construção dogmática (a distinção entre reserva de lei “absoluta” e “relativa”).

3.2.2 Introdução de hierarquias materiais em via interpretativa

Normalmente, os intérpretes possuem certa facilidade na introdução de, por via interpretativa, hierarquias axiológicas de vários tipos. Mais difícil é, ao invés, a introdução, por via interpretativa, de uma hierarquia material – de uma hierarquia que traga a anulação da norma inferior contrastante com a norma superior (já que a anulação de uma norma material inválida subverte também a disposição que a exprime, a introdução, em via interpretativa, de uma hierarquia material traduz-se, portanto, em definitivo, na expulsão de uma fonte do ordenamento jurídico). É mais difícil, mas não é impossível.

57 Essa é, em geral, a lógica que sujeita à família aos argumentos *ex auctoritate* ou por exemplo: os argumentos segundo os quais a um enunciado vá atribuído aquele significado que ali é já atribuído por algum, e só por esse fato (assim, G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 372).

58 Cf. L. Lombardi Vallauri, *Giurisprudenza. I) Teoria generale*, cit., p. 4; J. Bell, *Comparing Precedent*, in *Cornell Law Review*, vol. 82, 1997, pp. 1243-1278 (spec. pp. 1254-1255); F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, cit., p. 80.

59 Críticas à distinção entre reserva de lei absoluta e reserva de lei relativa em L. Carlassare, *Legge (riserva di)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, 1990; R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., p. 137.

Com efeito, o primeiro sistema de controle de constitucionalidade existente no mundo foi introduzido exatamente por via interpretativa: como é notável, o poder de anular leis em contraste com a constituição (federal) foi atribuído a si mesmo pela Corte Suprema dos EUA no caso *Marbury v. Madison*⁶⁰.

Mas não é um exemplo isolado: com a já mencionada doutrina dos princípios constitucionais supremos, a Corte Constitucional italiana foi auto-atribuída, em via interpretativa, do poder de reivindicar a legitimidade constitucional também das leis de revisão constitucional e das outras leis constitucionais sob o fundamento do respeito a tais princípios supremos⁶¹. Em sentido análogo, pode-se também ler a tese dogmática segundo a qual algumas leis ordinárias seriam dotadas de valor substancialmente constitucional, ou até mesmo infraconstitucional, e, portanto, subtraídas da revisão constitucional, ou ainda da declaração de ilegitimidade por parte da Corte Constitucional⁶².

Finalmente, em duas recentes sentenças (n.ºs. 348 e 349/2007; recentemente confirmadas pela n.º. 93/2010), a Corte Constitucional resolveu a polêmica questão da relação entre a CEDU (Convenção europeia para salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais) (ratificada na Itália com lei ordinária) e as normas internas, no seguinte modo: embora a CEDU tenha sido ratificada no ordenamento italiano com a lei ordinária, tal lei é, por um lado, “superior” a outras leis ordinárias (que podem ser anuladas pelo contraste a lei que ratificou a CEDU), e, por outro lado, “inferior” à Constituição (um eventual contraste entre a lei que ratificou a CEDU e a Constituição determinaria a anulação da primeira), isto em virtude do “reenvio móvel” contido no art. 117 da Constituição⁶³. Evidentemente, nesse caso, a Corte Constitucional

60 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Veja-se, a propósito, M. Troper, *Marshall, Kelsen, Barak, and the Constitutionalist Fallacy*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005, pp. 24-38. (com referência ao modo em que outras Cortes constitucionais têm progressivamente ampliado a esfera da própria competência, introduzindo, assim, hierarquias materiais em via interpretativa).

61 Cf. Corte Constitucional n.º. 1146/1988: *A Constituição italiana contém alguns princípios supremos que não podem ser subtraídos ou modificados em seu conteúdo essencial, nem mesmo pela lei de revisão constitucional ou por outra lei constitucional [...] Não se pode [...] negar que esta Corte seja competente para julgar sobre a conformidade das leis de revisão constitucional e das outras leis constitucionais, ainda que nos confrontos dos princípios supremos do ordenamento constitucional* (grifo do autor).

62 Cf. por exemplo A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 41, onde se afirma que uma eventual modificação do art. 1º do Código Penal requereria procedimento de revisão constitucional (enquanto expressão da constituição material já anteriormente à entrada em vigor da Constituição de 1948). A. Ruggeri, *Nuovi diritti Fondamentali e tecniche di positivizzazione*, in *Politica del diritto*, 1993, pp. 183-217, spec. §§5 e 6, para a tese que as leis que atuam direitos fundamentais reconhecidos pelo art. 2º da Constituição são subtraídos, seja por revisão constitucional, seja por declaratória de ilegitimidade constitucional.

63 Corte Constitucional n.º. 348/2007: *As normas necessárias ao tal escopo [isto é, a atuar a CEDU,] são de grau subordinado à Constituição, mas intermediárias entre essa e a lei ordinária [...] Na hipótese de uma norma interposta que resulta em contraste com uma norma constitucional, esta Corte tem o dever de declarar a inidoneidade da mesma a integrar o parâmetro, proporcionando, nos modos rituais, a sua expurgação do ordenamento jurídico italiano.*

instituiu uma hierarquia material (funcional a uma eventual declaração de anulação do ato inferior) que integra também um novo nível da hierarquia das fontes.

Em todos esses casos, o intérprete normalmente procede considerando, antes de tudo, a existência de uma hierarquia *axiológica* entre normas que à primeira vista parecem equiparadas do ponto de vista de hierarquia material. Em segundo lugar, o intérprete considera que é irracional, incongruente, ou contrário a qualquer princípio jurídico relevante (ao “espírito” do ordenamento, etc.), cogitar que a norma axiologicamente superior não seja revestida de qualquer forma de garantia institucional⁶⁴. Em terceiro lugar, o intérprete elabora qualquer tipo de garantia institucional (não expressamente prevista pelo direito positivo) funcional a assegurar, pela norma considerada axiologicamente superior, uma maior “resistência” à modificação, à revogação, à derrogação em relação ao que ocorre com a outra norma e tal norma (materialmente) igualmente ordenadas. O intérprete introduz assim uma hierarquia material; nesse sentido, por exemplo, sustenta-se que os princípios constitucionais supremos são subtraídos do procedimento de revisão constitucional e, para algumas normas de lei consideradas axiologicamente superiores, exclui-se a possibilidade de revogação por via ordinária.

3.2.3 Retirada do valor normativo de um texto jurídico

Uma disposição (fonte) pode ser formalmente válida, mas não ser considerada idônea, por parte dos intérpretes e dos órgãos de aplicação a exprimir normas. Trata-se, em outras palavras, de “disposições sem normas”⁶⁵.

Isso pode acontecer, por exemplo, porque devido ao modo em que é formulado o texto normativo, o intérprete não consegue identificar algum conteúdo prescritivo (alguma norma) no texto em razão de excessiva obscuridade da formulação⁶⁶, ou

64 Cf. Corte Constitucional nº. 1146/1988: *Se assim não fosse, do resto [id est, se a Corte não fosse competente para julgar sobre a conformidade das leis de revisão constitucional e das outras leis constitucionais ainda nos confrontos dos princípios supremos do ordenamento constitucional], se chegaria ao absurdo de considerar o sistema de garantias jurisdicionais da Constituição como defeituoso ou não efetivo em relação às suas normas de mais elevado valor.* Uma afirmação de análogo teor é de acordo também com a já citada sentença da Corte Suprema USA no caso *Marbury v. Madison*.

65 R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 25 ss.; *Id.*, *Le fonti del diritto*, cit., p. 39.

66 Veja-se, por exemplo, Corte Constitucional nº. 185/1992, que anulou uma disposição legislativa contendo erros materiais grosseiros em sua formulação que a tornaram ininteligível: *o erro material de redação do texto legislativo [...] constitui para o cidadão uma vera e própria armadilha, levemente idônea a impedir-lhe a compreensão do preceito penal, ou, ao menos, a induzi-lo a erro. O mesmo erro, além disso, introduz na formulação literal da disposição um elemento certo, ainda que involuntariamente, de irracionalidade e de contraditoriedade em relação ao contexto normativo em que a disposição é inserida e como tal determina que uma violação daquele cânone de coerência das normas que é expressão do princípio da igualdade de acordo com o art. 3 da Constituição. É, portanto, controlado por parte desta Corte o vício consistente no erro material de redação legislativa, que afeta o texto da disposição, prejudicando, na medida e nos modos que se recorre ao caso em exame, o reconhecimento e a inteligibilidade do preceito penal com essa disposição.*

porque o conteúdo da formulação normativa não é idôneo a ser qualificado como uma norma, nem mesmo indiretamente, isto é, nem mesmo como um “fragmento” de outras normas. Desse modo, aquela que aparentemente apresenta-se como uma fonte resulta, então, após a atividade interpretativa, privada de eficácia normativa.

Outros exemplos.

O art. 1º da Lei de Introdução ao Direito Italiano é uma disposição (uma fonte) formalmente válida que não é (mais) de fato utilizada pelos intérpretes como documento normativo propriamente vinculante. O elenco das fontes do direito nela contidas, de fato, é considerado amplamente superado, quanto menos pelo advento da constituição rígida e pelo ingresso do direito comunitário no ordenamento nacional⁶⁷.

Por vezes, afirma-se que os preâmbulos, as intitulações, as definições e as rubricas das leis não têm alguma eficácia vinculante⁶⁸. Em tempos menos recentes, sustentou-se que seriam privadas de valor jurídico as disposições que contenham critérios com os quais se possa interpretar outras disposições (normas sobre interpretação como aquelas contidas na Lei de Introdução ao Direito Italiano)⁶⁹.

Por vezes, usa-se a distinção, originária da *common law*, mas recorrente também no contexto da *civil law*, entre a parte da sentença que contém a *ratio decidendi* (e que, portanto, exprime normas vinculantes, ou, de qualquer modo, juridicamente relevantes) e os *obiter dicta* (que são, ao invés, meras divagações do conteúdo da sentença, de todo irrelevantes)⁷⁰.

Por vezes, considera-se que certas partes de um documento normativo exprimam apenas “programas” de natureza cultural ou política, mas completamente irrelevantes juridicamente. Uma posição similar foi adotada, por exemplo, pela Corte Constitucional a propósito de certas declarações “de princípio” contidas em estatutos regionais. Segundo a Corte Constitucional nº. 378/2004, de fato, a tais disposições ‘ainda se materialmente inseridas em um ato-fonte, não pode ser reconhecida qualquer eficácia jurídica, colocando-se elas, precipuamente, sobre o plano dos convencimentos expressos das diversas sensibilidades políticas presentes na comunidade regional’; tais enunciações de ‘caráter não prescritivo e não vinculante [...] explicam uma função, por

67 Veja-se, por exemplo, A. Celotto, *Le sentenze della Corte costituzionale sono fonti del diritto?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, 1, p. 27, que define *risível* o rol das fontes indicado pelo art. 1º da Lei de Introdução ao Direito Italiano.

68 Sobre esse ponto cf. em geral G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 103-105. Em particular sobre o valor jurídico das definições legislativas cf. A. Belvedere, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, Giuffrè, 1977; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., cap. IV.

69 No mérito, G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 299 ss.

70 Para uma introdução a essa temática, P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 1999, spec. pp. 147-151, 210-220 e in genere cap. III; Id., *Il precedente giudiziale: ter esercizi di disincanto*, in *Analisi e diritto*, 2004, pp. 75-101; F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, cit., pp. 54-57.

assim dizer, de natureza cultural ou ainda política, *mas certamente não-normativa*’ (grifo do autor)⁷¹.

Além disso, isso é exatamente o que acontece, por exemplo, utilizando a distinção existente, em sede interpretativa, entre normas obrigatórias, que prescrevem condutas, e normas pragmáticas: as primeiras seriam verdadeiras e próprias normas jurídicas, imediatamente aplicáveis em juízo; as segundas são mais similares a recomendações, a programas, não são suscetíveis de aplicação judicial na falta de uma apropriada *interpositio legislatoris* e representam um guia para o futuro legislador. Como é notado, essa distinção foi elaborada e utilizada pela jurisprudência italiana no dia seguinte a entrada em vigor da Constituição de 1948, com o efeito de neutralizar o alcance inovativo dos princípios constitucionais em comparação com a legislação pré-vigente. Qualificadas como programáticas, a maior parte das normas constitucionais (em particular aquelas relativas aos princípios fundamentais), deduzia-se a impossibilidade de sua utilização judicial⁷². Tal distinção é, aliás ainda utilizada, com as normas constitucionais, por exemplo, quando se nega que a violação de um princípio constitucional, em razão de sua natureza somente programática, possa integrar o requisito da “violação de lei”, mencionado por algumas normas penais⁷³.

Finalmente, um último exemplo de retirada, em sede interpretativa, do valor prescritivo de um texto normativo (formalmente válido) provém das relações entre direito comunitário e direito interno à luz da jurisprudência constitucional italiana. Após ter explorado várias soluções alternativas a Corte Constitucional estabeleceu que, em caso de contradição entre direito interno e normativa comunitária diretamente aplicáveis (regulamentos, diretivas *self-executing*, sentenças interpretativas da Corte de Justiça), o juiz ordinário deverá aplicar a normativa comunitária, e “não aplicar” o direito interno⁷⁴.

71 No mérito, cf. A. Anzon, *L’inefficiacia giuridica di norme “programmatiche”*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2004; S. Bartole, *Norme programmatiche e Statuti regional*, in *Le Regioni*, 1/2005.

72 Ver, por exemplo, Corte de Cassação SS.UU. pen., 7 febbraio 1948, in *Foro italiano*, 1948, II, c. 57; cf. também G. Azzariti, *La nuova Costituzione e le leggi anterior*, in *Il Foro italiano*, 1948, IV, c. 81; A Corte Constitucional, desde a sua primeira sentença (nº. 1/1956) precisou que a distinção entre normas obrigatórias e normas programáticas, enquanto descritivamente plausível, *não é decidida nos juízos de legitimidade constitucional, podendo a ilegitimidade constitucional de uma lei derivar, em determinados casos, ainda de sua não compatibilidade com normas que se dizem programáticas* – excluiu, em outras palavras, que daquela distinção se devesse inferir uma hierarquia axiológica entre tipos de normas constitucionais (cf. A. Angiolini, *Costituente e costituito nell’Italia repubblicana*, Padova, Cedam, 1995, pp. 191-194; V. Zagrebelsky, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, in *Storia d’Italia 30. Legge, diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1998, t. 2, pp. 713-790, spec. p. 723 ss.).

73 Veja-se o quadro jurisprudencial resumido A. Tesauro, *I rapporti tra art. 323 c.p. e 97 Cost. tra disposizioni programmatiche e norme precettive*, in *Il Foro italiano*, 2003, II, cc. 483-494.

74 A solução atual é cristalizada na decisão da Corte Constitucional nº. 170/1984 (inspirada pelo critério da distinção de “competência” entre ordenamento interno e ordenamento comunitário); a mesma solução foi aplicada também na decisão da Corte de Justiça da União Europeia na decisão nº. 113/1985. Anteriormente, a Corte havia, em sentido diverso, definido a questão em termos de critério cronológico na decisão nº. 14/1964, e, em seguida, em termos de critério hierárquico (com possibilidade de declaração de inconstitucionalidade do direito interno contrastante com o direito comunitário) na decisão nº. 232/1975.

Em casos similares, isso que ocorre pode ser também descrito como uma interpretação revogante, realizada pelos juristas, que tem efeito de considerar de fato inexistente uma disposição (uma fonte) que, não obstante, em hipótese, pode ser válida em sentido formal⁷⁵.

3.2.4 Sobreposição de uma hierarquia axiológica a uma hierarquia material em sentido contrário

Pode ocorrer que o intérprete se encontre diante de uma hierarquia material entre duas normas N¹ e N², tal que N¹ seja sobre-ordenada em sentido material à N², e, todavia, considere que N² seja sobre-ordenada em sentido axiológico à N¹. Em outras palavras, pode ocorrer que o intérprete sobreponha, a uma hierarquia material entre duas normas, uma hierarquia axiológica de sentido diverso entre a mesma norma. A norma N¹, *subordinada* em sentido material à norma N², resultará, assim, sobre-ordenada em sentido axiológico à norma N². A consequência de uma operação desse tipo, sobre o plano aplicativo, é que, enquanto à luz da hierarquia material, eventual contradição entre N¹ e N² resolver-se-ia declarando a invalidade de N², fazendo prevalecer a hierarquia axiológica, a mesma contradição resolver-se-á pela não-aplicação de N¹.

Alguns exemplos de hierarquia axiológica desse tipo.

A interpretação das disposições constitucionais à luz da terminologia empregada pela lei ordinária, pelos conceitos e pelas categorias dogmáticas relativas às matérias disciplinadas pela lei, ou a individuação dos limites de um direito constitucional extraído da disciplina legislativa daquele direito⁷⁶. Assim o art. 25 da Constituição italiana, que enuncia a reserva de lei em matéria penal, vem interpretado à luz do art. 1 do Código Penal italiano, que formula o princípio de determinação das leis penais, de modo que o princípio de determinação do delito, previsto pelo código penal, é considerado como um princípio constitucional⁷⁷.

75 Cf. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 305, a interpretação que revoga *equivale à decisão de não fazer uso dos enunciados legislativos em questão*. Cf. também P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino, Bologna, 2007, pp. 135-136; Bin, *A discrezione del giudice*, cit.

76 Cf., por exemplo, Corte Constitucional nº. 9/1956, com referência à disciplina legislativa da liberdade de associação; e, recentemente, nº. 138/2010, com referência ao problema de admissibilidade do matrimônio homossexual no ordenamento constitucional italiano (em particular, a determinação do conceito constitucional relevante de “família” foi conduzida sobre a base da disciplina do código civil). Ver ulteriores exemplos em R. Bin, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, cit., pp. 380-381.

77 Para essa linha de argumentação, A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 40-41. Ulteriores exemplos de interpretação da constituição à luz da lei em R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 18-28. Essa metodologia é criticada por G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 265 (*se a lei pudesse dar a si mesma uma definição da noção constitucional de tais conceitos, se determinaria uma inversão ou, melhor, uma invasão de campo entre as duas fontes e a lei apropriada pela Constituição*).

A interpretação da Constituição utiliza os critérios estabelecidos pelo art. 12 da Lei de Introdução ao Direito Italiano para interpretação da lei em geral⁷⁸.

O balanceamento entre princípios constitucionais e princípios não-constitucionais se conclui com êxito favorável a estes últimos⁷⁹.

Nestes casos, portanto, uma hierarquia axiológica vem sobreposta pelos intérpretes a uma hierarquia material de sentido diverso, na qual, esta última, vem assim contornada e, em definitivo, esvaziada de conteúdo. Note-se, além disso, que uma hierarquia material pode ser contornada em via argumentativa também *equiparando*, sobre o plano axiológico, normas entre as quais intercorreria uma hierarquia material. Isso é demonstrado, por exemplo, pela proposta de resolver as antinomias entre lei e constituição de acordo com o critério cronológico. Notoriamente, trata-se de modo em que, na Itália, a magistratura ordinária, antes da entrada em função da Corte Constitucional, configurou a relação entre a Constituição republicana e legislação pré-vigente⁸⁰.

3.2.5 Utilização das fontes externas ao ordenamento

Por vezes, os intérpretes utilizam como fontes (permissivas) do direito documentos normativos que não podem ser considerados em nenhum sentido plausível como pertencentes ao ordenamento jurídico. Esta praxe é considerada como um elemento do sempre maior pluralismo das fontes do direito e da desagregação do paradigma das fontes da modernidade, orientada pelos critérios da ordenação vertical, da tipicidade, e da função de fechamento das fontes em si mesmas (a ideia que uma função das fontes consiste em delimitar o perímetro de um ordenamento jurídico).

Exemplo desta praxe são o recurso aos órgãos de aplicação (na Itália e em outro lugar) do direito estrangeiro (e em particular das decisões jurisdicionais estrangeiras)⁸¹ e os documentos como códigos deontológicos, boas práticas, praxes comerciais internacionais, etc. (o, assim chamado, *soft law*⁸²), a fim de obter deles normas e critérios interpretativos. (Nota-se, além disso, que, adotando uma perspectiva "dualística", a Corte Constitucional sempre considerou que as normas comunitárias fossem fontes externas ao ordenamento, conforme, por exemplo, Corte Constitucional n.ºs. 170/1984, 389/1989).

78 G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, pp. 309-311, considera essa metodologia como uma modalidade de esvaziamento da rigidez constitucional.

79 Essa possibilidade é acertada sobre o plano descritivo, e valorada positivamente, por R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., spec. pp. 72-81, 93.

80 Cf. a propósito V. Zagrebelsky, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, cit., spec. pp. 723 ss.

81 P.G. Monateri, A. Somma, *Alien in Rome. L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi*, in *Foro italiano*, 1999, V, c. 47 ss.

82 Cf. a propósito B. Pastore, *Il soft law nella teoria delle fonti*, in A. Somma (a cura di), *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 117-131.

Tal praxe é motivada em modos diversos: o uso do direito estrangeiro, de fato, verifica-se, especialmente, em matéria de direitos humanos⁸³, e parece ser motivado por uma perspectiva, destacadamente, substancialista, segundo a qual as cortes se auto-representam como participantes de um diálogo transversal a vários ordenamentos conduzidos sobre o modelo de um novo *ius commune* dos direitos humanos – nessa perspectiva vem legitimado também o uso dos documentos privados de qualquer valor jurídico formal, como ocorreu com a Carta de Nice, antes mesmo que o Tratado de Lisboa lhe atribuísse o mesmo valor jurídico dos tratados⁸⁴. O recurso ao *soft law* vem, ao invés, motivado sobre a base de argumentos de eficiência, ou de subsidiariedade (procurar a regulamentação mais próxima no âmbito de regular).

Em ambos os casos, a decisão do órgão de aplicação resulta baseada, ao menos em parte, sobre fontes as quais juridicidade ou relevância jurídica são totalmente remetidas a uma decisão do próprio intérprete.

4. EM CONCLUSÃO

Do quadro apresentado, parece delinear-se uma conclusão desconcertante: as fontes do direito não são, para o intérprete, um dado pronto. Ao contrário, os intérpretes têm à disposição numerosos instrumentos com os quais, não só selecionam as fontes relevantes em relação ao tipo de caso a ser decidido, mas também verificam a validade e a aplicabilidade de uma fonte, e, em definitivo, decidem sobre seu caráter normativo (decidem *se* um documento jurídico possui valor prescritivo, e *quanto* valor possui). Curiosamente, um amante do ceticismo interpretativo e da caça da ideologia como Giovanni Tarello afirmava, claramente, com todas as letras, que a hierarquia das fontes do direito é subtraída da disponibilidade do intérprete⁸⁵. Creio que Tarello tivesse em mente, aqui, “fonte do direito”, entendida como tipo abstrato (cf. supra, § 1) e, nesse sentido, pretendia sustentar que a hierarquia entre tipos abstratos de fontes (a relação hierárquica entre constituição e lei, por exemplo) é, para o intérprete, um dado de fato. Como procurei demonstrar no texto, entendo ao contrário - que também essa hierarquia seja, em definitivo, sujeitada à variabilidade interpretativa. As vicissitudes da constitucionalização do ordenamento italiano e da penetração do direito comunitário no direito interno, ambas conduzidas quase que exclusivamente pelos intérpretes e pelos órgãos de aplicação, demonstram isso.

83 Cassazione sez. I civ., 16 ottobre 2007, nº. 21748. Cf. a propósito S. Bartole, *Il ricorso al diritto comparato in tema di diritti umani, fra vincoli giuridici e mediazioni culturali*, in *Diritti umani e diritto Internazionale*, 2007, 2; M. Rosenfeld, *Principle or Ideology? A Comparatist Perspective on the U.S. Controversy over the Supreme Court Citations to Foreign Authorities*, in *Analisi e diritto*, 2009.

84 A. Celotto, *Giudici nazionali e Carta di Nizza: disapplicazione o interpretazione conforme?*, in *Questione giustizia*, 2006, 3, pp. 503-517.

85 Cf. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 318, 322.

Em linhas gerais, os intérpretes parecem, portanto, ter boa margem de manobra (mais extensas em alguns casos e para alguns tipos de intérpretes, menos extensas em outros casos e para outros tipos de intérpretes) na determinação do valor prescrito dos textos normativos; em outras palavras, na atribuição, em si, da qualificação de fonte do direito a um determinado documento.

A conclusão desse discurso leva, portanto, a uma direção diametralmente oposta em relação àquela a qual o nosso discurso sobre fontes iniciara. Tínhamos, de início, notado que a teoria das fontes e a sua ordenação hierárquica são fatores essenciais para guiar o processo de aplicação do direito (cf. *supra*, § 1.1, especificamente texto correspondente à nota de n.º 15), agora, ao invés, devemos concluir que, não somente o conteúdo das fontes depende da interpretação, mas também a sua ordenação hierárquica e a qualificação em si da fonte do direito dependem dos intérpretes.

Existe um caminho para sair desse paradoxo, desse círculo vicioso? Uma primeira conclusão possível, mas desconcertante, poderia ser que, quando os intérpretes falam de fontes do direito (de sua hierarquia, do seu papel de limite às atividades aplicativas, etc.), sejam vítimas de um erro coletivo, ou mesmo, estejam cobrindo com uma ação puramente retórica a sua desenfreada discricionariedade. Entendo, no entanto, esta conclusão totalmente insatisfatória e inidônea para compreender, de maneira adequada, os processos de interpretação e aplicação do direito como apresentam-se nos ordenamentos atuais. Obviamente não é impossível, conceitualmente e empiricamente, que milhares de operadores jurídicos e estudiosos do direito sejam vítimas de um autoengano coletivo, quando falam de fontes do direito. Todavia, o princípio da caridade interpretativa requer explorar também outra possibilidade e, em particular, a possibilidade que o uso das fontes do direito tenha para os intérpretes alguma forma de “objetividade” (não obstante tais fontes e a sua hierarquia sejam, em última análise, determinadas pelos próprios intérpretes). É, aliás, na argumentação jurídica e na prática jurídica em geral que existe espaço certamente para os comportamentos estratégicos e não-sinceros; mas, todavia, são exatamente estes comportamentos que testemunham a existência de uma estrutura, de alguma forma, “objetiva”⁸⁶.

Uma segunda possível conclusão, portanto, que aqui me limito a indicar é, ao contrário, a seguinte: os intérpretes e, em primeiro lugar os órgãos de aplicação, são efetivamente aqueles que controlam, em última análise, a identificação das fontes e a sua ordenação hierárquica. Todavia, eles podem fazer isto somente levando em consideração vários vínculos (limites), alguns dos quais podem mesmo ser muito rigorosos.

Um primeiro vínculo é a ideologia *pessoal* das fontes do direito do singular intérprete: possuindo uma certa ideologia das fontes, ainda que inconscientemente, o jurista será levado a “ver” as fontes e a sua ordenação em certo modo, será guiado, também inconscientemente, a certas direções, em vez de outras.

86 Cf. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon, Oxford, 1994, pp. 14-15, 17 (nesses casos *insincerity is even more revealing than sincerity*).

Um segundo vínculo é a ideologia das fontes do direito *dominante* em certo contexto jus-político: cada jurista e, sobretudo, cada órgão de aplicação, está inserido em uma mais ampla “comunidade”, utilizando esse termo em sentido totalmente avalorativo, de operadores jurídicos, comunidade que é, aliás, estruturada de maneira hierárquica, cortes superiores que podem anular as decisões de cortes inferiores, órgãos de mera execução, etc.; e ainda, no final das contas, *ao menos parte das razões* pelas quais um jurista adota uma ideologia das fontes do direito será representada pela circunstância que também outros juristas compartilham dessa mesma ideologia e que, portanto, o jurista prefere, em última análise, jogar o mesmo jogo dos outros juristas⁸⁷. Mais precisamente, é provável que cada jurista negociará uma espécie de “*overlapping consensus*” entre a própria ideologia das fontes e aquela dominante – e, muitas vezes, essa convergência “mantém-se”, em razão (e porque) não é discutida⁸⁸. O jurista preferirá que as suas decisões e suas argumentações resultem convincentes, compartilháveis, com seu auditório, as partes de um processo, os juízes dos graus sucessivos, a comunidade dos juristas acadêmicos, etc., e por isso deverá compartilhar com eles um léxico de base: a possibilidade do desacordo pressupõe necessariamente um fundo compartilhado. Provavelmente, um acordo de máxima entre os juristas sobre individualização das fontes aplicáveis, pelo menos *prima facie*, é uma condição imprescindível, necessária e mínima para a própria sobrevivência e continuidade de um sistema jurídico⁸⁹.

Um terceiro vínculo, finalmente, deriva das relações de força intercorrentes, em determinado ordenamento, entre órgãos de aplicação e órgãos de produção jurídica, distinção que, de qualquer modo, é relativa e gradual, porque cada órgão de produção é também de aplicação, e vice-versa. É possível que uma praxe existente de subversão, por parte dos órgãos de aplicação, do ordenamento das fontes projetado pelos órgãos de produção termine por determinar uma reação por parte destes últimos, que, ao menos, pode consistir em um elenco mais taxativo e rigoroso, mais difícil de evadir, em um regime de legalidade, da ordem das fontes, ou mesmo, resultar em formas de responsabilidade para o órgão de aplicação “recalcitrante”, etc.

Vínculos desse tipo asseguram um certo grau, seja de continuidade, seja de mudança na organização jurídica, equilibrando a liberdade que, em abstrato, possui o intérprete de individualizar as fontes do direito.

87 Um argumento desse tipo é exposto em H. L. A. Hart, *Postscript*, in Id., *The Concept of Law*, cit., pp. 255, 266-267; ver, também, J. Waldron, *Law*, in F. Jackson, M. Smith (eds.), *The Oxford Handbook of Contemporary Philosophy*, Oxford U.P., Oxford, 2005, pp. 181-207 (spec. pp. 185-186); G. Pino, *Farewell to the Rule of Recognition?*, in *Problema. Anuario di Filosofia y Teoría del Derecho*, 5, 2011.

88 Cf. R. Bin, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, cit., p. 371; considero que essa seja uma situação atribuível à categoria dos “incompletely theorized agreements”, de que se fala C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

89 Pontos análogos podem ser observados em U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, edizioni di Comunità, Milano, 1965, pp. 109 ss.; M. Jori, *Uberto Scarpelli e il giuspositivismo*, in U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, II edizione, ESI, Napoli, 1997, pp. 23-43 (spec. pp. 25-26).



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

3

O art. 26 da LINDB como cláusula geral para a realização da autocomposição pela Administração Pública: uma análise dos limites e possibilidades

**The article 26 of LINDB as a general clause
to the settlement made by the Public Administration:
an analysis of the limits and possibilities**

Ravi Peixoto

PhD at the State University of Rio de Janeiro, Brazil
Master's degree at the Federal University of Pernambuco, Brazil

Resumo: O objetivo desse artigo é o estudo dos limites e possibilidades da celebração do compromisso previsto no art. 26 da LINDB e regulamentado pelo art. 10 do Decreto 9.830/2019. Trata-se de considerável novidade em relação à liberdade negocial do poder público, sendo necessário estudo de diversos elementos, tais como os ramos do direito no qual pode ser utilizado, atos que podem ser alvo do compromisso, legitimação para a celebração, as exigências procedimentais e ainda a relação do compromisso com a teoria dos precedentes administrativo.

Palavras-chave: Compromisso. Autocomposição. Administração Pública. Procedimento. Precedentes administrativos.

Abstract: The objective of this article is the study of the limits and possibilities of the celebration of the compromise allowed by the article 26 of LINDB and the article 10 of the Decree 9.830/2019. It allows a new legal framework of administrative settlements, creating many interpretative challenges to the doctrine, for example witch acts might be settled, the legitimation, the procedure and the reasoning demands and its relation with the doctrine of administrative precedents.

Keywords: Compromise. Settlement. Public Administration. Procedure. Administrative Precedents.

Sumário: 1. Aspectos introdutórios; 2. O novo modelo do direito administrativo e a maior abertura para as transações; 3. A nomenclatura utilizada pela legislação para permitir a autocomposição; 4. O direito público e a amplitude interpretativa do art. 26 da LINDB; 5. Atos que podem ser alvo do compromisso; 5.1. Os acordos substitutivos e integrativos; 6. Legitimação para requerer e para celebrar o compromisso; 7. Entre o compromisso da LINDB e o compromisso de ajustamento de conduta; 8. A exigência de observação da “legislação aplicável”; 9. Procedimento do acordo; 9.1. Requisitos formais; 10. Conteúdo e requisitos do compromisso; 10.1 O dever de justificação; 10.1.1. O dever de impessoalidade, o compromisso e o precedente administrativo; 10.2. Cláusulas vedadas; 11. Conclusão; Referências

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Em 2018, por meio da Lei 13.655/2018, ocorreu uma considerável alteração da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), cujo objetivo era o de aumentar a segurança jurídica e a eficiência na criação de aplicação das normas de direito público. Dentre essas alterações, houve a inserção do art. 26, que concede uma maior liberdade negocial para os entes públicos na aplicação do direito público, permitindo a realização do compromisso com os interessados para a eliminação de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa. Houve uma relevante regulamentação do exercício dessa possibilidade de autocomposição pelo arts. 10 e 11, do Decreto 9.830/2019.

É perceptível o esforço da alteração legislativa no sentido de incentivar a abertura dos entes públicos à realização de negociação em áreas antes dominadas por uma simples sujeição do particular à decisão imperativa do poder público. Ainda mais, percebendo o legislador tratar-se de área sensível, não se limitou a prever tão apenas a possibilidade dos acordos, mas foi além regulando diversas exigências procedimentais, tais como a necessidade de oitiva do órgão público, a devida justificação da realização

do compromisso, consideravelmente reforçada pelo art. 10, do Decreto 9.830/2019, a exigência da devida publicação para que possa ter efeitos, dentre outras.

Os limites e requisitos para a realização desses compromissos, bem como suas repercussões para a atuação administrativa ainda estão sendo devidamente avaliados pela doutrina. Este texto objetiva basicamente a realização de uma análise dos limites e potencialidades do art. 26, da LINDB, em conjunto com o art. 10, do Decreto 9.830/2019, no contexto da autocomposição pelos entes públicos.

2. O NOVO MODELO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A MAIOR ABERTURA PARA AS TRANSAÇÕES

Ao contrário do que sempre apontou o senso comum, a origem do direito administrativo nada tem de democrática ou garantista, tendo, ao contrário, o objetivo de diminuição das garantias que teriam os cidadãos caso pudessem submeter o controle da atividade administrativa ao Poder Judiciário, que seria imparcial em relação ao Poder Executivo. A criação de um regime administrativo não teve por objetivo diminuir os poderes estatais, mas sim de preservá-los mediante a criação de um regime jurídico específico e detentor de vários privilégios em favor dos entes públicos.¹

Ocorre que o próprio olhar do direito administrativo tem recebido novos aportes teóricos que demandam uma revisão da situação de desigualdade entre o poder público e os particulares com os quais se relacionam. O modelo de administração pública consensual impõe um maior diálogo e participação dos cidadãos na tomada de decisões.²

A bipolaridade de interesses (Estado-cidadão) perde espaço em detrimento de uma multipolaridade de interesses e a coincidência entre o interesse público e o privado.³ Como destaca a doutrina, “a ambiência de reciprocidade comunicativa exige o sucumbir da reserva, do silêncio da indiferença e da autossuficiência decisória por parte da administração pública”.⁴ Trata-se de uma evolução do modelo gerencial, que impunha um enfoque na efetividade dos serviços públicos, mediante, por exemplo, a descentralização dos serviços, a criação de metas etc.

1 Com mais vagar, sobre esse paradoxo do direito administrativo e a sua evolução em favor das garantias, cf.: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 9-45. Com conclusão semelhante: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Boletim de Direito Administrativo*, n. 4, abr.-2009, p. 420-421.

2 “Sem autêntica liberdade pessoal não há participação, e sim sujeição; sem participação não há autêntica democracia, e sim meras formalidades sem significado” (MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana, *Direito fundamental à boa administração pública*. Trad. Daniel WuncherHachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 35).

3 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação... cit., p. 422.

4 LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração pública dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 100.

Esse novo modelo traz em si o aumento da participação dos cidadãos e o incentivo ao diálogo, ao invés de posições unilaterais e conflituosas. A realização de audiências públicas, consultas públicas, o foco no processo administrativo participativo, o acordo de leniência e o compromisso de cessação de condutas são alguns dos exemplos desse modelo de boa administração.

O clássico modelo, de uma administração pública de caráter autoritário e unilateral, não pode mais ser admitido sob o prisma de um Estado Democrático de Direito.⁵ O direito administrativo constitucionalizado não pode mais tratar o indivíduo perante uma situação de sujeição, mas de paridade, uma vez que tanto o ente público, quanto a outra parte da relação jurídica de direito público estão sujeitos a um mesmo estatuto jurídico.⁶

É inegável que uma maior abertura para a consensualidade também deve estar relacionada com os mecanismos não litigiosos de solução de conflitos. Em especial, para este texto, tem-se os casos da mediação e da conciliação. Se a administração pública sempre ficou marcada por um excesso de rigidez no seu relacionamento para com os cidadãos, é o momento de ultrapassar barreiras.

O enfrentamento de litígios no Poder Judiciário e a imposição de decisões coercitivas, afastam a possibilidade de o cidadão se sentir parte da administração pública. É nesse sentido que a mediação e a conciliação podem trazer inúmeros benefícios para a relação poder público e cidadão, pois tem aptidão para solucionar conflitos de forma consensual. Além disso, tem aptidão de permitir que faça o cidadão efetivamente se sentir integrado ao poder público, por ter tido a oportunidade de resolver o conflito de forma dialógica e não imposta por um terceiro, como é o caso do Poder Judiciário.⁷

A utilização dos meios consensuais também estaria adequada aos ditames constitucionais, pois, ao admitir a autocomposição, haveria o cumprimento do princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CFRB).⁸ Trata-se de forma de solução de conflitos, que, em geral, tem uma taxa de cumprimento espontâneo maior do que a decorrente de decisões impostas por terceiros.⁹ E, mais ainda, nos casos em que eventualmente

5 ALMEIDA, Natália Silva Mazzutti; MELO, Luiz Carlos Figueira de. A consensualidade como elemento do processo administrativo federal brasileiro. *Interesse Público*, n. 75, 2012, p. 159.

6 ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014, p. 158-159.

7 Também com essa constatação, embora com foco para o caso do controle das políticas públicas: CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil – contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; ARAÚJO, José Henrique Mouta (coords). *Coleção Repercussões do Novo CPC - Advocacia pública*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 3, p. 97.

8 SCHWIND, Rafael Wallbach; KUKIELA, Marina. Câmaras de conciliação e mediação da Administração Pública: comentários ao art. 174 do novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo (coord). *Processo e administração pública*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 332

9 MARCUS, Richard L.; REDISCH, Martin H.; SHERMAN, Edward F.; PFANDER, James E. *Civil procedure: a modern approach*. 5ª ed. St. Paul: West Publishing Co., 2009, p. 105.

se admita um equívoco administrativo, tem-se uma restauração da legalidade mais eficiente, reforçando tanto o princípio da legalidade quanto o da eficiência (ambos constantes do art. 37, *caput*, CFRB).

Ainda se faz referência ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF), uma vez que esta norma jurídica impõe ao Estado a disponibilização de meios adequados à resolução de conflitos, dentre eles, a autocomposição e ao princípio democrático (art. 1º, CF), que requer que o poder público, ao se ver envolvido em conflitos, que se disponha a dialogar com eles para buscar a solução adequada para o problema.¹⁰

A inserção genérica da possibilidade de celebração de acordos no âmbito administrativo, também chamados de acordos substitutivos, vem na tendência vista em outros setores do direito público. A título exemplificativo, tem-se os órgãos ambientais (artigos 139 e ss. do Decreto 6.514/2008, com as alterações promovidas pelo Decreto nº 9.179, de 23 de outubro de 2017), da Comissão de Valores Mobiliários (Cvm) (art. 11, §5º, da Lei 6.385/1976 e art. 14 da Lei 13.506/2017), pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), por meio dos acordos de leniência (art. 86 da Lei 12.529/2011), o que também é autorizado à Administração Pública em geral (art. 16 e 17 da Lei 12.846/2013), o compromisso de cessação (art. 85 da Lei nº 12.529/2011), os acordos administrativos em processo de supervisão conduzidos pelo Banco Central (BACEN) (art.30 da Lei no 13.506/2017) e as agências reguladoras, sendo possível mencionar a resolução ANATEL n. 629/2013, a resolução ANTT n. 5.823/2018 e a Resolução ANA n. 472/2018.

O incentivo à realização de acordos pelo Poder Público é também observado no CPC (art. 3º, §§2 e 3º) e na Lei 13.140/2015, que, dentre outros temas, regula a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Ora, por exemplo, é possível a celebração de acordo na desapropriação desde 1941, com autorização do art. 10, do Decreto-Lei 3.365/1941, possibilidade recentemente reforçada com a inclusão do art. 10-B pela Lei 13.867/2019.¹¹ No contexto de processos judiciais, também é possível fazer referência a diversos textos normativos, tais como o parágrafo único, do art. 10, da Lei 10.259/2001 (Leis dos Juizados Especiais Federais) e art. 8º da Lei 12.153/2009 (Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública). No processo coletivo, tem-se a previsão do termo de ajustamento de conduta (art. 5º, §6º, da Lei 7.347/1985).

O art. 26 da LINDB se junta a esse conjunto de normas que impõem uma abertura do poder público à resolução de conflitos negociada.

Partindo para a interpretação do art. 26 da LINDB e a ampliação da possibilidade de negociação do poder público que a doutrina aponta que, do ponto de vista da

10 SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação de conflitos e administração pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords). *O marco legal da mediação no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 209.

11 Especificamente sobre o tema, cf.: FARIAS, Talden; OLIVEIRA, Leon Delácio de; ALBUQUERQUE, Caio Felipe Caminha de. A desjudicialização das desapropriações. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/opiniao-desjudicializacao-desapropriacoes>, acessado em 21 de abril de 2020.

administração pública, a consensualidade pode ser vista sob dois pontos de vistas: i) *consensualidade horizontal*, caso em que o ente público não exerce seu poder de império, o que ocorre geralmente em relações de direito privado, em que a administração pública e o particular estão em situação de igualdade; ii) *consensualidade vertical*, em que há o exercício do poder de império, mas a administração pública *permite* a abertura de um espaço de negociação e consenso. Essa espécie de consensualidade muitas vezes é exercida nos casos de exercício do poder de império da administração, por meio dos acordos substitutivos de sanções, mas também nos processos de expropriação, para discussão do justo preço do bem e mesmo nos contratos administrativos típicos.¹²

O poder de polícia exercido pelo estado, ao menos até a década de 1980, não poderia ser alvo de qualquer espécie de compromisso. Ao particular incumbia apenas cumprir a decisão estatal. Ocorre que a imposição das sanções, em muitos casos, não se afigura como a melhor solução, eis que é comum a demora para o fim do processo administrativo e da eventual discussão judicial do ato sancionador, bem como, nos casos das multas, o recolhimento a um fundo sem destinação específica e com regras restritivas de utilização, pode fazer com que seja mais vantajosa a composição com efeitos imediatos, reais e concretos.¹³

A alteração legislativa atua no sentido de consolidar e ampliar uma tendência da autocomposição para uma seara no qual ainda há uma considerável resistência, que seria as relações jurídicas em que o poder público atua em uma situação de superioridade.¹⁴

3. A NOMENCLATURA UTILIZADA PELA LEGISLAÇÃO PARA PERMITIR A AUTOCOMPOSIÇÃO

O art. 26, *caput*, da LINDB utilizou a nomenclatura de compromisso para fazer referência ao acordo que pode ser realizado pela administração pública para a eliminação de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público. A nomenclatura escolhida para a autorização de realização da autocomposição não pode permitir qualquer espécie de interpretação restritiva quanto às formas de solução de controvérsias.

Isso significa que há uma tendência de abertura considerável à realização de acordos pelo poder público, tal como reconhecido pelo enunciado n. 20, elaborado em

12 VORONOFF; Alice; LIMA, Cesar Henrique. *Cinco desafios para a consensualidade administrativa – por que a via consensual ainda é tão difícil*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/cinco-desafios-para-a-consensualidade-administrativa-19072019>, acessado em 04 de janeiro de 2020.

13 GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*. Edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov.-2018, p. 143.

14 Sobre essa característica da relação jurídica de direito público: MAZZA, Alexandre. *Relação jurídica de administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108.

evento realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, com o objetivo de interpretar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo, segundo o qual “Os artigos 26 e 27 da LINDB constituem cláusulas gerais autorizadoras de termos de ajustamento, acordos substitutivos, compromissos processuais e instrumentos afins, que permitem a solução consensual de controvérsias”.

O art. 26 da LINDB atua como uma espécie de cláusula geral para a realização da autocomposição pela Administração Pública, ampliando os limites e possibilidades da negociação do direito material pelos entes públicos.

Em sendo admitida a possibilidade da existência de um *microsistema de autocomposição da administração pública*, o art. 26 da LINDB tem nítido potencial de atuar como uma espécie de *centro normativo* ao qual os demais dispositivos se reportam para que haja alguma espécie de unidade e harmonia na realização de acordos. Como se viu no item anterior, há um considerável número de previsões normativas sobre a realização de acordos pelos entes públicos, mas, por diversas vezes, tais dispositivos são lacunosos, apenas prevendo a possibilidade de realização do acordo em relação a um aspecto específico do direito material, ou mesmo remetendo a elaboração de legislação específica. Essa não foi a escolha do novo dispositivo legal, que trata de forma genérica das possibilidades de acordo, mas vai além, impondo requisitos procedimentais que visam a conceder maior segurança a atuação da administração pública no contexto da autocomposição.

A título exemplificativo, tem-se a autorização do art. 8º, da Lei 12.153 (Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública), que permite a celebração de acordos “nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da federação”. Esse artigo parece ter sido revogado pelo art. 26 da LINDB, que altera a relação do poder público com a autocomposição, prevendo, de forma genérica, a possibilidade do acordo, desde que obedecidos os seus requisitos. Assim, seria possível a uma autoridade administrativa a celebração de acordo em processo judicial, desde que satisfeitos os requisitos do art. 26 da LINDB e art. 10 do Decreto 9.830/2019, atuando eventual lei local como eventual limitadora ou disciplinadora para a celebração dos acordos para aquele ente específico. Portanto, haveria uma permissão genérica para a celebração de acordos a partir do art. 26 da LINDB, atuando a lei local como eventual limitadora ao exercício desse poder pelas autoridades administrativas.

4. O DIREITO PÚBLICO E A AMPLITUDE INTERPRETATIVA DO ART. 26 DA LINDB

Antes de verificar quais atos podem ser alvo do compromisso, impõe-se uma análise prévia que consiste na seguinte avaliação: a autorização para a celebração de compromissos do art. 26 da LINDB abrange tão apenas o direito administrativo ou pode ser utilizado em outros setores do poder público?

Para parcela da doutrina, o art. 26 faria parte de um setor da legislação que seria aplicável apenas ao direito administrativo, eis que: i) o *caput* do art. 26 faria referência ao direito público, que deveria ser interpretado como direito administrativo; ii) tem-se referência apenas a autoridade administrativa e não a autoridade pública, como o faz o art. 30 da LINDB; iii) o art. 26 faz referência à licença e, embora o compromisso a ela não se limite, mas seria um forte indicativo de que estaria limitada ao direito administrativo por ser esse um ato de excelência desse ramo do direito.¹⁵

Não é possível concordar com esse posicionamento. Ora, o art. 26, *caput*, da LINDB faz referência expressa ao *direito público*, que, por óbvio, não se limita ao direito administrativo. Da mesma forma, a presença da referência à licença não tem por objetivo limitar o campo de aplicação do texto normativo, mas apenas de exemplificar atos que podem ser alvo do compromisso, que incluem atos vinculados, como é exemplo da licença. O único termo minimamente restritivo é “autoridade administrativa”, no entanto, deve ser interpretado não como um elemento a impedir a utilização do compromisso ao direito administrativo, mas para limitar os agentes públicos que podem realizar essa espécie de autocomposição, como apenas aqueles que possuem poder de decisão, nos termos do art. 1º, §2º, da Lei 9.784/1999. Além disso, a Lei 13.655/2018, que inseriu diversos artigos na LINDB, dentre eles, o art. 26, tem por objetivo dispor sobre “segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”, não fazendo qualquer restrição a aplicação no direito administrativo.¹⁶ Dessa forma, o compromisso pode ser realizado em qualquer setor do direito público,¹⁷ seja no direito administrativo, tributário, ambiental, infraestrutura etc.¹⁸

5. ATOS QUE PODEM SER ALVO DO COMPROMISSO

A legislação não impõe limites aos atos que podem ser alvo de celebração de compromisso, podendo abranger os atos sancionatórios, fiscalizatórios, adjudicatórios etc. A princípio não há uma vedação expressa à realização do compromisso em nenhuma

15 ANDRADE, Fabio Martins de. *Comentários à lei n. 13.655/2018*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 129-130.

16 Com esse último argumento: SUNDFELD, Carlos Ari. *LINDB: Direito Tributário está sujeito à Lei de Introdução reformada. Qual o âmbito de incidência dos novos dispositivos?* Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lindb-direito-tributario-esta-sujeito-a-lei-de-introducao-reformada-10082018>, acessado em 29 de março de 2020. Também propondo uma interpretação ampla: FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (coords.). *A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 158, 161.

17 SUNDFELD, Carlos Ari. *LINDB: Direito Tributário está sujeito à Lei de Introdução reformada. Qual o âmbito de incidência dos novos dispositivos?... cit.*

18 Especificamente sobre esse ramo do direito: FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova LINDB e o Direito da Infraestrutura. Lei nº 13.655/2018 poderá colaborar para a dissolução dos gargalos da infraestrutura brasileira?* Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-nova-lindb-e-o-direito-da-infraestrutura-22092018>, acessado em 29 de março de 2020.

hipótese, salvo, obviamente, se, no setor específico do direito público ou na legislação do ente público em que seja realizado o acordo ou na regulação administrativa do ente haja alguma vedação expressa.

De acordo com a doutrina, “A LINDB sepultou qualquer ordem de discussão sobre a tal “indisponibilidade do interesse público” e o decorrente entendimento esposado por parte (minoritária) da doutrina no sentido de que os assuntos públicos são indisponíveis, (i) negociáveis e transacionáveis”.¹⁹ Ele consiste, assim, em uma autorização genérica para a celebração de acordos pela Administração Pública.²⁰ Seguindo essa lógica, tem-se afirmado que a inserção do novo texto normativo representaria, dentre outras quebras de paradigmas, uma superação do conceito clássico de poder de polícia, que deixaria de ser necessariamente coercitivo, podendo ter a participação do administrado.²¹

A legislação optou por não indicar expressamente que tipos de atos poderiam ser alvo do compromisso, fazendo menção apenas os requisitos gerais da natureza do conflito, eis que ele pode ser celebrado nas seguintes hipóteses: i) irregularidade; ii) incerteza jurídica e iii) situação contenciosa, que consistem em requisitos bastante genéricos.

A legislação apenas faz referência a uma espécie de ato no qual seria possível a celebração do compromisso, que seria a “expedição de licença”. Pois bem, de acordo com a doutrina a licença seria um “ato vinculado, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos”.²²⁻²³

Como se verifica, a licença é tida como um ato vinculado, uma vez que a sua concessão dependerá apenas do preenchimento dos requisitos legais. Ora, do ponto de vista tradicional, ter-se-ia uma decisão sem qualquer margem de discricionariedade, afinal, ou os requisitos legais foram preenchidos pelo requerente ou não. Ainda assim, a legislação optou por mencionar expressamente a possibilidade de realização do

19 GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública... cit., p. 150.

20 NOBRE JÚNIOR, Edilson. *As normas de direito público na lei de introdução ao direito brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo*. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 156.

21 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. O artigo 26 da LINDB e o consenso na função de polícia administrativa. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-16/opiniao-lindb-consenso-funcao-policia-administrativa>. Acessado em 23 de março de 2020.

22 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 444.

23 Importante registrar que, para alguns autores, a nomenclatura do ato não seria critério suficiente para qualificar um ato de discricionário ou vinculado, mencionando exemplos de licenças que possuem caráter discricionário, como a Licença Ambiental (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da segurança para a inovação pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 99-100). De fato, por mais que seja interessante a proposta doutrinária, pela dicção legal, parece ter havido a utilização do conceito doutrinário tradicional, de que seria um ato vinculado, como uma forma de exemplificar que mesmo atos vinculados podem ser alvo do compromisso.

compromisso com os interessados na hipótese da ausência preenchimento de algum dos requisitos legais.

Parte da doutrina aponta que, se é cabível a realização do compromisso na licença, também o seria na autorização, que, por sua vez, é ato discricionário.²⁴ Trata-se de interpretação óbvia, afinal, se a lei autoriza expressamente a realização do compromisso em ato vinculado, naturalmente, também será possível a realização em atos discricionários. A divergência com o articulista consiste na afirmação de que na licença, por ser ato vinculado, o direito seria “pré-existente, cabendo ao Estado unicamente o seu reconhecimento” e que a imposição de maiores obrigações seria um entrave à realização do compromisso.²⁵ Na verdade, a lógica para a possibilidade de realização do compromisso na licença consiste no reconhecimento de que não é o simples fato de que o ato é vinculado que torna o direito pré-existente, afinal, impõe-se a prévia interpretação dos atos normativos para que haja a concessão de uma licença. Trata-se de uma óbvia constatação, dado que texto e norma não se confundem.²⁶ Portanto, o simples fato de classificar um ato como vinculado não gera um direito pré-existente, porque ainda depende da interpretação pelo ente público acerca dos textos normativos que estabelecem os requisitos para a concessão da licença.

5.1. Os acordos substitutivos e integrativos

A partir da organização normativa proposta pelo art. 26 da LINDB, a doutrina passou a reconhecer que seriam duas dinâmicas consensuais diversas, quais sejam, a dos *acordos procedimentais ou integrativos* e a dos *acordos substitutivos*.

Os *acordos procedimentais ou integrativos* são aqueles em que a Administração pública estipula, em conjunto com o particular, o conteúdo discricionário da decisão. Nessa hipótese, ele condiciona a decisão final, mas não a substitui.²⁷

O compromisso pode também ter uma natureza de *acordo integrativo*, quando seu objetivo é o de sanar incertezas jurídicas, visando a obter um pronunciamento claro e concreto da administração pública sobre questão duvidosa.

Em diversos momentos, o próprio poder público pode ser o alvo da incerteza jurídica, seja pela demora para a tomada de uma decisão administrativa, como a concessão da licença para o exercício de uma determinada atividade, seja por meio

24 SANTANNA, Gustavo da Silva. Comentários ao art. 26. In: DUNQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael (coords). *Segurança jurídica na aplicação do direito público*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 132-133.

25 Idem, *ibidem*, p. 133.

26 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30; GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latins, 2005, p. 23-28.

27 NOBRE JÚNIOR, Edilson. *As normas de direito público na lei de introdução ao direito brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo*. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 141-142.

de uma discrepância de entendimentos sobre a aplicação de uma determinada norma na mesma administração pública. Nessas hipóteses, o compromisso da LINDB atuaria como um *acordo integrativo*, cujo objetivo seria o de integrar o conteúdo discricionário do ato, sem substituí-lo, trazendo maior previsibilidade e clareza para o administrado²⁸.

O *acordo substitutivo* atua nas hipóteses em que o compromitente está atuando *irregularmente*, o que por si só constitui um conceito jurídico indeterminado. Aponte-se que essa irregularidade pode ter sido detectada por meio do poder do polícia ou mesmo decorrente de descumprimento de cláusula contratual. Nessa hipótese, o acordo efetivamente substitui a decisão final, representando o ato final do procedimento.²⁹ O seu objetivo é o de eliminar a irregularidade detectada por meio da celebração do acordo que gere o fim da atividade irregular, bem como estabeleça medidas para a sua superação, a exemplo dos acordos substitutivos de sanções de um modo geral, findando, assim o processo administrativo, caso já instaurado.

Seria um mecanismo com diversas vantagens, caso exercido no contexto do poder de polícia, pois a administração pública teria menores custos para inibir o ilícito, bem como, tendo em vista o caráter convencional, do qual depende o acordo, tenderia a ser cumprido pelo compromissário.³⁰

De acordo com a doutrina, é amplo o momento temporal em relação ao qual pode ser firmado o acordo, uma vez que pode atuar desde antes da instauração do processo administrativo, tanto durante a sua instauração e mesmo após a constituição da coisa julgada administrativa.³¹ Nada impede, portanto, que o compromisso seja realizado após a judicialização da questão, podendo as partes requererem a suspensão do processo (art. 313, II, CPC) para a instauração do procedimento negocial administrativo.³² Em resumo, não há qualquer vedação temporal à realização dos compromissos, que podem ser celebrados desde antes do início do processo administrativo, durante o processo judicial³³ e mesmo após a formação da coisa julgada.

A legislação, ao utilizar o termo compromisso para eliminar “situação contenciosa na aplicação do direito público”, permite que haja a celebração do acordo durante processo judicial nas causas repetitivas, tendo o objetivo de evitar a massificação

28 GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública... cit., p. 153.

29 NOBRE JÚNIOR, Edilson. *As normas de direito público na lei de introdução ao direito brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo...* cit., p. 142.

30 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. O artigo 26 da LINDB e o consenso na função de polícia administrativa... cit.

31 GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública... cit., p. 152.

32 TONIN, Mauricio Morais. *Breves considerações sobre o art. 26 da LINDB: o compromisso administrativo...* cit.

33 FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público... cit., p. 160.

dessas demandas.³⁴ Nessa hipótese, a autorização do art. 26 da LINDB pode atuar em conjunto com a autorização prevista no art. 35 da Lei 13.140 (Lei de Mediação), que permite a celebração da transação por adesão pela administração pública federal.³⁵

6. LEGITIMAÇÃO PARA REQUERER E PARA CELEBRAR O COMPROMISSO

Os compromissos podem ser celebrados tanto através de provocação dos interessados, quanto pela própria administração pública, de ofício.³⁶ Pela legislação, ainda é possível inferir ser possível a celebração dessa espécie de acordo por qualquer *autoridade administrativa*.

Uma primeira interpretação do texto normativo é no sentido restritivo, ou seja, o compromisso apenas pode ser firmado por autoridades administrativas e não por autoridades judiciais.³⁷

Para melhor compreender o que pode ser tido como autoridade administrativa, tem-se que o art. 1º, §2º, da Lei 9.784/1999 define autoridade como o “servidor ou agente público dotado de poder de decisão”. Em termos gerais, é possível vislumbrar cinco hipóteses para efeito de competência para a elaboração desse compromisso:

1) a autoridade competente geral, que seria a autoridade com aptidão para a emissão do ato administrativo no caso, que pode tanto ser individual quanto colegiada;

2) autoridade competente por especialidade, que pode existir, por meio de ato normativo que altere a competência para a realização do compromisso, estabelecendo autoridade específica para o compromisso, que seja diferente da que teria competência para a prática do ato;

3) autoridade competente por hierarquia, que ocorre no caso da avocação, por motivos relevantes justificados e em caráter excepcional (art. 15, da Lei 9.784/1999);

4) autoridade competente por delegação, uma vez que inexistente vedação legal à delegação da competência para transacionar, salvo se a celebração de acordos for de competência exclusiva da autoridade (art. 13, da Lei 9.784/1999);

5) autoridade competente no ato complexo, que seriam as hipóteses em que a prática do ato depende da manifestação expressa de mais de uma autoridade.³⁸

34 SANTANNA, Gustavo da Silva. Comentários ao art. 26... cit., p. 132-133.

35 Nada impede que a transação por adesão seja utilizada pelos demais entes, com as devidas adaptações.

36 GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública... cit., p. 144.

37 SUNDFELD, Carlos Ari. *LINDB: Direito Tributário está sujeito à Lei de Introdução reformada. Qual o âmbito de incidência dos novos dispositivos?... cit.*

38 GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública... cit., p. 149-150.

7. ENTRE O COMPROMISSO DA LINDB E O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

No processo coletivo, tem-se a previsão específica do art. 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública, afirma que “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.³⁹

A doutrina aponta uma necessária compatibilização entre o art. 26, da LINDB e o art. 5º, §6º, da LACP. Uma solução proposta é a de que, enquanto o art. 26 da LINDB é autoaplicável e pode ser utilizado a qualquer momento, o art. 5º, §6º, da LACP, por sua vez, depende de regulamento específico do ente e ficaria adstrito ao âmbito da ação civil pública em fase de inquérito ou após o ajuizamento. Outra possibilidade seria a de que ambos atuariam como permissivos genéricos, em que a única diferença é a de que o compromisso de ajustamento de conduta dependeria da edição de regulamento específico por cada ente.⁴⁰

Por outro lado, para alguns autores, há uma combinação entre os textos normativos, servindo o art. 26 da LINDB para trazer maior densidade normativa ao compromisso de ajustamento de conduta, trazendo diretrizes para a sua utilização⁴¹. Assim, apesar da ausência de densidade normativa sobre o compromisso de ajustamento de conduta, pode haver a aplicação por analogia, da extensa regulação do art. 26 da LINDB e do art. 10 do Decreto 9.830/2019, para permitir a realização do compromisso de ajustamento de conduta mesmo na ausência de regulamentação pelo ente.

8. A EXIGÊNCIA DE OBSERVAÇÃO DA “LEGISLAÇÃO APLICÁVEL”

Para Fabio Martins de Andrade, a referência à legislação aplicável pode indicar a necessidade de verificação em cada subsistema do direito administrativo e a complementação por normas regulamentares no âmbito de cada ente que for aplicar o texto normativo.⁴² Assim, o eventual compromisso deverá observar o subsistema do direito no qual se almeje realizar a negociação, como, no contexto do poder regulamentar de cada ente, haver a criação de procedimentos para a utilização desse

39 Sobre as possibilidades da autocomposição nos processos coletivos, cf.: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Justiça multiportas e tutela adequada em litígios complexos: a autocomposição e os direitos coletivos*. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

40 GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública... cit., p. 147-148.

41 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, v. 4, p. 368-369.

42 ANDRADE, Fabio Martins de. *Comentários à lei n. 13.655/2018...* cit., p. 247.

poder. Concorde-se em parte com o autor, pois, como visto anteriormente, sua posição é a de que o art. 26 da LINDB tem incidência apenas no direito administrativo, o que não parece correto. No entanto, a interpretação está correta, devendo o compromisso observar as normas específicas de qualquer ramo do direito público no qual venha a ser utilizado.

Para Sergio Guerra e Juliana Palma, não há necessidade de edição de qualquer outra lei, decreto ou regulamentação interna para que possa ser realizado o compromisso autorizado pelo art. 26 da LINDB.⁴³ O que se deve interpretar é que o art. 26 da LINDB não afasta as possibilidades de acordos já previstas em outras legislações, a exemplo da Lei da ANS (Lei 9.961/2000), que possui previsão específica de compromisso de ajuste de conduta.

Há ainda outro posicionamento, pois, de acordo com Mauricio Morais Tonin a observação da legislação aplicável impediria qualquer acordo que “preveja uma obrigação contrária à lei ou a desnecessidade de observância de uma obrigação prevista em lei”, tendo em vista o princípio da legalidade que não pode “ser afastado por acordo entre as partes, já que à Administração só é lícito fazer aquilo que está previsto em lei”.⁴⁴

A interpretação proposta pelo autor torna inútil o instituto do compromisso, afinal, a lógica da autorização do compromisso é a possibilidade de negociar em relação às obrigações legais impostas a administração e ao administrado. Em não sendo possível a previsão de acordos que, de certa forma, flexibilizem as obrigações legais, seria impossível todo e qualquer acordo sobre atos vinculados, o que é expressamente permitido pelo art. 26 da LINDB ao fazer referência às expedições de licença.

Para além disso, não se pode ignorar que o paradigma atual do direito administrativo não é mais propriamente o de uma legalidade estrita, mas da juridicidade⁴⁵, que tem por lógica uma visão mais ampla da atuação da administração pública.⁴⁶ A atuação administrativa deve estar apenas condicionada à constitucionalidade de suas atuações, podendo, em certos casos, ir além da previsão específica do texto normativo, em especial, em situações em que há previsão específica permitindo a celebração de acordos pelo ente público, como forma de satisfazer o interesse geral especificamente mencionado pela legislação.

43 GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública... cit., p. 146.

44 TONIN, Mauricio Morais. *Breves considerações sobre o art. 26 da LINDB: o compromisso administrativo*. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/breves-considera%C3%A7%C3%B5es-sobre-o-art-26-da-lindb-mauricio-morais-tonin/>, acessado em 26 de março de 2020.

45 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização...* cit., p. 131-206.

46 FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público... cit., p. 163.

9. PROCEDIMENTO DO ACORDO

9.1. Requisitos formais

Para a regularidade do processo administrativo que culmine na elaboração do compromisso, o art. 10, §4º, do Decreto 9.830/2019 exige que ele seja instruído com alguns documentos.

O primeiro deles é, de acordo com o art. 10, §4º, I, do Decreto 9.830/2019, a presença de “parecer técnico conclusivo do órgão competente sobre a *viabilidade técnica, operacional* e, quando for o caso, sobre as *obrigações orçamentário-financeiras* a serem assumidas”. O que deve ser analisado por esse órgão não é propriamente a questão jurídica, mas a própria viabilidade técnica e operacional do compromisso.

O segundo deles (art. 10, §4º, I, do Decreto 9.830/2019), a que já faz referência o art. 26, *caput*, da LINDB, é a oitiva do órgão jurídico. Primeiramente, deve se destacar que o órgão jurídico deve ser compreendido como a procuradoria jurídica do ente público, que deverá fazer um juízo sobre a conformidade com o direito do eventual compromisso a ser celebrado.⁴⁷

Pois bem, é obrigatória a oitiva do órgão jurídico, que deverá emitir parecer jurídico sobre a viabilidade jurídica do compromisso, com a devida análise da minuta proposta (art. 10, §4º, II, do Decreto 9.830/2019). Pelo teor do mencionado decreto, a participação do órgão jurídico apenas seria obrigatória na parte final do procedimento de negociação, tendo em vista que ele deve elaborar apenas o *parecer conclusivo*, embora seja desejável a sua participação desde o início para impedir eventuais negociações que já tenham, desde o início, eventuais vedações legais. Embora a manifestação do órgão jurídico seja um requisito de validade, não há vinculação da autoridade jurídica. Em discordando, impõe-se que o administrador o faça de forma fundamentada.⁴⁸

De acordo com o art. 10, §4º, III, do Decreto 9.830/2019, dentre os documentos que devem subsidiar a decisão sobre o compromisso está a previsão de que deve estar presente a “minuta do compromisso, que conterá as alterações decorrentes das análises técnica e jurídica previstas nos incisos I e II”, sendo um desses elementos o parecer jurídico e o técnico. Assim, o art. 10, §4º, III, do Decreto 9.830/2019, impõe que a minuta deve obrigatoriamente ser alterada pelas conclusões do parecer jurídico ou do parecer técnico. Embora isso não obrigue a autoridade administrativa, gera um considerável ônus argumentativo para a superação dos pareceres jurídico e técnico, pois deverá indicar as razões pelas quais propõe a alteração da minuta.

47 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil...* cit., p. 369.

48 GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública... cit., p. 157. No mesmo sentido, embora sem fazer menção expressa à necessidade da fundamentação: NOBRE JÚNIOR, Edilson. *As normas de direito público na lei de introdução ao direito brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo...* cit., p. 157.

Por fim, os autos do processo que irá subsidiar a decisão do compromisso ainda serão instruídos com outros documentos que possam auxiliar na decisão final, que pode, por exemplo serem outros compromissos firmados em situações semelhantes.

O art. 10, §5º, do Decreto 9.830/2019 ainda impõe, em algumas hipóteses, que o procedimento administrativo do compromisso seja acompanhado “de manifestação de interesse da autoridade máxima do órgão ou da entidade da administração pública na celebração do compromisso”. Essa exigência está presente em duas hipóteses: i) quando houver necessidade de autorização do AGU e de Ministro de Estado. Essa autorização é exigida nos casos de o litígio ultrapassar valores superior aos fixados em regulamentos (art. 1º, §4º, da Lei 9.469/1997), recentemente impondo-os em valores iguais ou superiores a R\$ 50.000.000,00 (art. 2º, §1º, Decreto 10.201/2020); ii) nos casos de termos de ajustamento de conduta que envolvam interesse público da União, firmado pela União (art. 4º-A, da Lei 9.469/1997) e iii) em outras hipóteses em que o compromisso seja firmado pela Advocacia-Geral da União.

Além da necessidade da manifestação da autoridade máxima, em tais hipóteses, de acordo com o art. 10, §6º, do Decreto 9.830/2019, a decisão final acerca da celebração do compromisso será do Advogado-Geral da União. Nesses casos, caberá ao próprio AGU, a avaliação do interesse geral, atuando como a própria autoridade administrativa.

Acerca da realização de consulta pública, o art. 26, *caput*, da LINDB apenas prevê a sua realização “quando for o caso”. O art. 31 da Lei 9.784/1999 autoriza a realização da consulta pública quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o que pode ser um parâmetro inicial para identificar as hipóteses em que será utilizado esse mecanismo de participação.

Alguns doutrinários afirmam que deve ser realizada uma análise de custos e benefícios, pois, ao mesmo tempo em que legitima o compromisso e antecipa cenários de conflitos, consome tempo, recursos e nem sempre traz contribuições de alta qualidade. Segundo essa lógica, ela apenas deveria ser realizada nos casos de: i) negociação que envolva altos valores; ii) desenho de cláusulas com impactos concorrenciais, econômicos ou que importem em escolha dos que serão beneficiados pelo compromisso; iii) sensibilidade social, política ou humanitária do compromisso; iv) em situações nas quais o cenário das consequências do compromisso seja complexo e de difícil mapeamento.⁴⁹ Por outro lado, há posicionamento diametralmente oposto, eis que, tendo por base o princípio da publicidade e o direito do acesso à informação, a regra seria a realização da consulta pública, devendo ser justificadas as situações nas quais ela não será realizada.⁵⁰ Há ainda um terceiro posicionamento

49 GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública... cit., p. 156. No mesmo sentido: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da segurança para a inovação pública)*... cit., p. 101-102.

50 SANTANNA, Gustavo da Silva. *Comentários ao art. 26...* cit., p. 138.

segundo o qual “segundo o caso” remeteria à análise da legislação específica de cada ente político.⁵¹

Em sendo hipótese de realização da consulta pública, impõe-se que seja dada a devida publicidade prévia, com a devida comunicação do seu objeto, de forma a permitir a maior participação possível dos interessados para que possam contribuir devidamente para a discussão.⁵² Além disso, em obediência ao dever de publicidade da administração pública, as conclusões extraídas da autoridade administrativa devem ser publicadas, de acordo com o art. 34, da Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal).⁵³

Em algumas hipóteses, também será possível a realização da audiência pública, como permite o art. 32 da Lei 9.784/1999, aplicável ao procedimento para a realização do compromisso, tendo em vista da relevância da questão.

Importante que, nas hipóteses em que seja realizada a consulta pública, que os debates empreendidos sejam, na medida do possível, incluídos na documentação que servirá para instruir o processo de tomada de decisão acerca do compromisso. Mais uma vez, nem o parecer jurídico ou o técnico e nem as conclusões da consulta pública geram vinculação da autoridade administrativa, mas impõem um ônus argumentativo a ser ultrapassado pelo administrador⁵⁴ caso opte por se afastar das conclusões de quaisquer uma das fases anteriores do procedimento, em obediência ao previsto no art. 31, §2º, da Lei 9.784/1999.

10. CONTEÚDO E REQUISITOS DO COMPROMISSO

10.1 O dever de justificação

O compromisso depende de instrumento que seja devidamente fundamentado, afinal, tem-se alguma situação concreta de ilicitude ou de incerteza jurídica que será sanada de forma consensual, de forma diversa da tradicional, que dependeria de manifestação unilateral decisória do poder público. A exigência de justificação consta do art. 26, *caput*, da LINDB, bem como do art. 10, III, do Decreto 9.830/2019, ao exigir

51 NOBRE JÚNIOR, Edilson. *As normas de direito público na lei de introdução ao direito brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo...* cit., p. 158.

52 CABRAL, Antonio. Os efeitos processuais da audiência pública. *Revista de Direito do Estado*, n. 2, abr./jun.-2006, p. 203

53 Idem, *ibidem*.

54 De forma semelhante, embora focado nos resultados da administração pública em relação ao órgão judicial: Idem, *ibidem*, p. 205-207. Apontando que, para se afastar o resultado da audiência ou da consulta pública, incumbe ao administrador a devida justificação, sob pena de nulidade: FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 222.

a presença de razões de relevante *interesse geral*,⁵⁵ devendo o administrador apontar fundamentos que demonstrem ser o compromisso baseado no interesse público, evitando qualquer espécie de pessoalidade.

O art. 10, §1º, do Decreto 9.830/2019 ainda exige que a decisão de celebração do compromisso esteja motivada de acordo com o art. 2º do mesmo ato normativo. De acordo com esse texto normativo, “A decisão será motivada com a *contextualização dos fatos*, quando cabível, e *com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos*”, trazendo considerável exigência de justificação para os administradores.

O dever de contextualização tem sido identificado como a imposição de que o administrador leve em conta, de forma expressa, tanto as consequências práticas, administrativas, obstáculos e dificuldades reais, infração cometida pelo administrado e sua gravidade etc, como a devida contextualização jurídica, integrando-as de forma coerente.⁵⁶ Por exemplo, se a autoridade administrativa opta por realizar um acordo em caso repetitivo, é importante que ela leve em consideração a incidência do princípio da impessoalidade (art. 37, CFRB), que geraria a imposição de realizar conduta semelhante nos diversos outros casos assemelhados.

Nesse contexto, baseando-se na autorização contida no §3º, do art. 2º, que autoriza que a motivação seja constituída por “declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão” tem-se uma importância ainda maior da atuação da respectiva procuradoria do ente administrativo, que deve necessariamente atuar no procedimento do compromisso e pode ter seu parecer jurídico utilizado como fundamentação para a sua celebração.

Para além da adequada justificação dos fundamentos de fato e direito (art. 10, §1º c/c art. 10, §2º, do Decreto 9.830/2019), ainda constam outros requisitos formais do compromisso, pois deve haver a previsão das obrigações das partes, o prazo e o modo para o seu cumprimento, a sua eficácia enquanto título executivo extrajudicial e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento (art. 10, §2º, *a, b, c, e e f*).

Parece desnecessária a presença da previsão de que o mencionado compromisso tem eficácia de título executivo extrajudicial, uma vez que, de acordo com o art. 784, II, do CPC, qualquer “documento público assinado pelo devedor”, do qual é espécie o contrato administrativo⁵⁷ e igualmente o compromisso, é considerado título executivo

55 De acordo com Edilson Nobre, interesse geral deve ser compreendido com sinônimo de interesse público (NOBRE JÚNIOR, Edilson. *As normas de direito público na lei de introdução ao direito brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo...* cit., p. 158-159).

56 SOUZA, Rodrigo Pagani de; ALENCAR, Letícia Lins de. O dever de contextualização na interpretação e aplicação do direito público. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (coords.). *A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 53-54.

57 ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20 ed. São Paulo: RT, 2017, p. 232.

extrajudicial⁵⁸. Portanto, mesmo na ausência de menção expressa a essa eficácia no compromisso, ainda assim, ele poderá ser utilizado como título executivo extrajudicial.

Tem-se ainda previsão de que o compromisso apenas poderá produzir efeitos a partir de sua publicação (art. 10, §3º, do Decreto 9.830/2019), seguindo a lógica de que os atos administrativos, para terem eficácia, devem ser previamente publicados,⁵⁹ seguindo o mandamento do art. 37, *caput*, da CF. Trata-se de mecanismo que, tal qual a realização de consultas públicas, permite uma maior participação popular, permitindo que os cidadãos tenham conhecimento do conteúdo do compromisso, seja para que possam utilizá-lo como uma espécie de precedente para situações análogas, seja para permitir eventual impugnação por terceiros.⁶⁰

Há quem aponte o risco de pessoalização dos acordos, tendo em vista que não constam, na legislação, os parâmetros normativos capazes de limitar os termos que serão adotados,⁶¹ já que a legislação utilizado conceitos jurídicos indeterminados como “interesses gerais”.⁶² No entanto, esse risco pode ocorrer em qualquer abertura ao exercício do poder discricionário, cabendo aos entes públicos o desenvolvimento de mecanismos do controle do exercício desse poder negocial.

Exatamente nesse sentido, é inegável que, ignorando os procedimentos específicos a serem desenvolvidos por cada ente público, é perceptível que tanto o art. 26, da LINDB, quanto o art. 10, do Decreto 9.830/2019, estabelecem diversas exigências que buscam justamente combater a eventual possibilidade dos riscos da pessoalidade, exigindo a devida fundamentação, participação de outros órgãos no procedimento da elaboração do compromisso e mesma a publicação oficial do acordo para que tenha eficácia. Portanto, por mais que seja impossível excluir o risco da pessoalidade, é notável o esforço da legislação em minimizar essa possibilidade.

10.1.1. O dever de impessoalidade, o compromisso e o precedente administrativo

A exigência da justificação, bem como do princípio da igualdade, como mandamento constitucional da administração pública (art. 37, CFRB), impõem uma reflexão acerca das

58 Com a mesma conclusão, mesmo antes da edição do Decreto 9.830/1999: SANTANNA, Gustavo da Silva. Comentários ao art. 26... cit., p. 141.

59 “Publicidade também é identificada como espécie de dever genérico ou específico de tornar público determinados atos administrativos (e mesmo normativos), como condição de sua eficácia” (MIRAGEM, Bruno. Publicidade administrativa: informação e participação social na ação administrativa. In: *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: RT, 2011, p. 307).

60 No mesmo sentido: TONIN, Mauricio Morais. *Breves considerações sobre o art. 26 da LINDB: o compromisso administrativo...* cit.

61 ANDRADE, Fabio Martins de. *Comentários à lei n. 13.655/2018...* cit., p. 247.

62 MENDES, Marco Aurélio Souza. As novas disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público sob o enfoque da jurisdição administrativa. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 7, n. 1, 2020, disponível em <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/153566>, acessado em 30 de março de 2020, p. 240.

consequências da elaboração de tais acordos. Uma vez celebrado um acordo, em uma determinada situação concreta, é importante refletir se a administração pública não teria, para si, a obrigação de celebrar acordos com os mesmos termos, *caso outro administrado esteja em situação semelhante*. Ter-se-ia uma espécie de precedente administrativo, no que concerne à que passe a existir, no mínimo, um ônus argumentativo para o poder público se recusar a realizar o compromisso casos análogos.

Essa mesma preocupação já vem sendo demonstrada pela doutrina tanto em relação às autocomposições das quais faz parte a administração pública, quanto pelos negócios jurídicos processuais celebrados pela advocacia pública.⁶³ Essa questão da autovinculação pela autocomposição ganha maior importância nas causas repetitivas, tendo em vista o dever de impessoalidade da administração pública (art. 37, *caput*, CF/88), não se podendo admitir que o Poder Público possa, em situações semelhantes, ora admitir o compromisso, ora inadmitir, a depender da atuação do interessado ou da autoridade competente para decidir.⁶⁴ Nas situações em que seja realizado o compromisso em situações de caráter repetitivo, seria interessante a utilização do procedimento que permite a realização da transação por adesão, possibilidade regulada pelo art. 35, da Lei 13.140/2015.

De toda forma, permitir que o Poder Público possa alterar os parâmetros para a realização do compromisso a depender do interessado é tão danoso quanto a possibilidade da aplicação flutuante das leis pelo Poder Judiciário, afinal, ambas servem ao mesmo objetivo, que é o de garantir a segurança jurídica e a isonomia.⁶⁵ A necessidade da autovinculação também possui relação com uma limitação da discricionariedade administrativa, contendo eventuais arbítrios,⁶⁶ que poderiam ocorrer com uma possibilidade sem limitação de variações interpretativas sobre o cabimento ou não do compromisso.

Tendo por base a exigência da devida justificação fática e jurídica dos compromissos, a imposição do princípio da impessoalidade que conduz a atividade do poder público e a importância da contenção do exercício do poder discricionário, é razoável tratar a realização do compromisso de forma assemelhada aos precedentes administrativos,⁶⁷ gerando uma imposição de que o poder público também admita

63 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 319-338.

64 Com interessante reflexão sobre a conciliação nas causas repetitivas pelo poder público, face a necessária isonomia na realização dos acordos: SILVA NETO, Francisco de Barros e. A conciliação em causas repetitivas e a garantia de tratamento isonômico na aplicação das normas. *Revista de Processo*, n. 240, fev.-2015, p. 271-272.

65 *Idem*, *ibidem*.

66 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O papel da advocacia pública no dever de coerência na Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, n. 67, out./dez.-2019, p. 133.

67 Sobre o tema dos precedentes administrativos, cf.: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018; DIDIER JR., Fredie. *Intervenção de amicus curiae em processo administrativo*. Texto inédito.

a celebração do compromisso em situações semelhantes.⁶⁸ Afinal, em ambas as hipóteses haverá a necessidade de aplicação isonômica da solução a ser dada aos casos concretos. Esse dever de impessoalidade é ainda reforçado pelo conteúdo do art. 3º, IV, da Lei 13.784/2019 (Lei da Liberdade Econômica), segundo o qual é direito de

(...) toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País (...) “receber *tratamento isonômico* de órgãos e de entidades da administração pública quanto *ao exercício de atos de liberação da atividade econômica*, hipótese em que o ato de liberação estará vinculado aos mesmos critérios de *interpretação adotados em decisões administrativas análogas anteriores*, observado o disposto em regulamento.

Basta conceber hipótese de concessão de licença para o exercício de atividade econômica, no qual é realizado um compromisso. Com base nesse texto normativo, outros indivíduos que estejam em situação semelhante podem exigir o mesmo tratamento por parte da administração pública.

É possível ir mais além para propor uma efetiva *obrigatoriedade na observância de celebração de compromissos pela administração pública em situações semelhantes*, nos moldes da teoria dos precedentes administrativos. De acordo com o art. 30, *caput*, da LINDB e o 19, *caput*, do Decreto 9.830/2019, “As autoridades públicas atuarão com vistas a *aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas*, inclusive por meio de normas complementares, orientações normativas, súmulas, enunciados e respostas a consultas” e, de acordo com o parágrafo único de ambos os textos normativos, tais instrumentos serão *vinculantes* em relação “ao órgão ou à entidade da administração pública a que se destinarem, até ulterior revisão”. Essa previsão normativa é complementada pelo art. 24 do Decreto 9.830/2019, que impõe aos órgãos que mantenham “em seus sítios eletrônicos, as normas complementares, as orientações normativas, as súmulas e os enunciados”, densificando o princípio da transparência, permitindo que os administrados tenham conhecimento dessas orientações vinculantes.

A celebração do compromisso, que, como visto, deve ser tomada por autoridade com poder decisório no âmbito da administração pública, por meio de um processo com análise dos elementos jurídicos e técnicos está inserido no contexto da atuação dos entes públicos em aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas da qual os negócios jurídicos fazem parte. Note-se que, se é possível fazer referência ao fato de que os negócios jurídicos são fontes de normas jurídicas,⁶⁹ na atuação da administração pública essa importância será ainda maior, pois tem-se a produção de normas jurídicas em relação às quais tem-se a imposição de aplicação impessoal, gerando legítimas

68 Com a mesma conclusão, mas direcionada aos negócios jurídicos processuais: BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público...* cit., p. 32.

69 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 164-169; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 20ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 1, p. 76-77.

expectativa para indivíduos em situações assemelhadas. *Portanto, os compromissos celebrados pela administração pública devem ser transformados em orientações normativas, nos termos do art. 19 do Decreto 9.830/2019, gerando efeitos vinculantes para aquele ente em específico.*

Por fim, deve se observar que, como os compromissos celebrados tendem a, *no mínimo*, gerar uma eficácia persuasiva para situações posteriores, trata-se de *consequência prática* a ser considerada pelo administrador no momento da decisão, nos termos do art. 20, *caput*, da LINDB.

10.2. Cláusulas vedadas

O acordo não pode gerar a desoneração permanente de dever (art. 26, §1º, III, LINDB, c/c art. 10, §2º, II, Decreto 9.830/2019), o que se configuraria como uma hipótese de renúncia de competência. Essa hipótese poderia restar configurada caso, em um acordo em caso concreto, a administração pública se comprometesse a deixar de fiscalizar uma determinada empresa.⁷⁰ O art. 26, §1º, III, da LINDB e o art. 10, §2º, II, do Decreto 9.830/2019 ainda afirmam que o compromisso também não poderá conferir “condicionamento de direito reconhecido por orientação geral”, a exemplo da criação de condições para a efetivação de direitos, como atrelar o direito de petição ao pagamento de quantia certa, sujeitar a vigência do contrato de serviços à plena satisfação do compromisso etc.⁷¹

Tem-se afirmado que não poderia haver a exigência da confissão da prática do ato violador do ordenamento jurídico, mas apenas a adequação da conduta, sob pena de violação da presunção de inocência.⁷² Esse posicionamento não parece ter justificativa plausível. No caso do compromisso, tem-se uma situação de negociação entre as partes e não uma imposição do poder público em relação ao cidadão, não havendo, *a priori*, qualquer ilegalidade na eventual presença de uma cláusula de confissão de alguma espécie de ato ilícito.

Basta trazer aqui a título exemplificativo a autorização para a celebração dos acordos de leniência no art. 16, da Lei 12.846, em que um dos seus requisitos é especificamente que a pessoa jurídica admita a sua participação no ilícito. Previsão semelhante é observada no direito penal, em que há maior atuação do princípio da presunção de inocência, caso em que, de acordo com o art. 3º-C, da Lei 12.850/2013, incluído pela Lei 13.964/2019, insere, como requisito do acordo de colaboração

70 GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública... cit., p. 163.

71 GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública... cit., p. 163.

72 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. O artigo 26 da LINDB e o consenso na função de polícia administrativa... cit.

premiada que o colaborador narre “todos os fatos ilícitos para os quais concorreu”. Não há qualquer espécie de inconstitucionalidade nos textos normativos: trata-se de uma solução negociada, não havendo qualquer vedação no ordenamento jurídico a que o participante do ilícito confesse sua participação.

11. CONCLUSÃO

O art. 26 da LINDB, complementado pelo art. 10 do Decreto 9.830/2019, fazem parte de um conjunto de iniciativas do legislador no sentido de incentivar uma maior consensualidade na aplicação do direito público. A nova previsão legal atua como uma espécie de cláusula geral, ampliando consideravelmente o âmbito para a realização de autocomposições no direito público, mesmo no âmbito administrativo e para atos vinculados, inclusive no poder de polícia.

Por mais que a legislação seja consideravelmente recente, já existem diversas discussões quanto aos limites das possibilidades do compromisso, seja no que se refere à amplitude dentro do próprio direito público, podendo ser utilizado em quaisquer dos seus ramos, bem como do que consistiria a exigência de observação da “legislação aplicável”, que deve ser tida como um eventual limitador da liberdade negocial do administrador a depender do ramo do direito público no qual venha a ser celebrado o compromisso.

É perceptível que, com a considerável ampliação no âmbito de autonomia para a realização da negociação pelas autoridades administrativas, a legislação inseriu diversos mecanismos obrigatórios no procedimento, exigindo a atuação do órgão jurídico, da presença de parecer técnico e, especialmente, da presença de justificação fática e jurídica da decisão final. São mecanismos para evitar os riscos da violação à pessoalidade.

Uma questão bastante importante na análise dos compromissos celebrados pelo poder público consiste na incidência do princípio da impessoalidade, no que concerne ao tratamento a ser dispensado a situações semelhante e o princípio da segurança jurídica, que fundamentam a possibilidade da exigência de que os compromissos sejam tratados como normas jurídicas, obrigando ao ente público a celebração de compromissos em situações semelhantes. Trata-se de conclusão a ser extraída do raciocínio de que os negócios jurídicos são fontes de normas jurídicas, as quais devem ser aplicadas de forma isonômica pelo poder público.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014.

ALMEIDA, Natália Silva Mazzutti; MELO, Luiz Carlos Figueira de. A consensualidade como elemento do processo administrativo federal brasileiro. *Interesse Público*, n. 75, 2012.

- ANDRADE, Fabio Martins de. *Comentários à lei n. 13.655/2018*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20 ed. São Paulo: RT, 2017.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- _____. Os efeitos processuais da audiência pública. *Revista de Direito do Estado*, n. 2, abr./jun.-2006.
- CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil – contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; ARAÚJO, José Henrique Mouta (coords). *Coleção Repercussões do Novo CPC - Advocacia pública*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 3.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 20ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 1.
- _____. *Intervenção de amicus curiae em processo administrativo*. Texto inédito.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, v. 4.
- _____; _____. Justiça multiportas e tutela adequada em litígios complexos: a autocomposição e os direitos coletivos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (coords.). *A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova LINDB e o Direito da Infraestrutura. Lei nº 13.655/2018 poderá colaborar para a dissolução dos gargalos da infraestrutura brasileira?* Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-nova-lindb-e-o-direito-da-infraestrutura-22092018>, acessado em 29 de março de 2020..
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latins, 2005.

- GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*. Edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov.-2018.
- LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração pública dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013.
- MARCUS, Richard L.; REDISCH, Martin H.; SHERMAN, Edward F.; PFANDER, James E. *Civil procedure: a modern approach*. 5ª ed. St. Paul: West Publishing Co., 2009.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da segurança para a inovação pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- _____. O artigo 26 da LINDB e o consenso na função de polícia administrativa. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-16/opiniao-lindb-consenso-funcao-policia-administrativa>. Acessado em 23 de março de 2020.
- MAZZA, Alexandre. *Relação jurídica de administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDES, Marco Aurélio Souza. As novas disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público sob o enfoque da jurisdição administrativa. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 7, n. 1, 2020, disponível em <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/153566>, acessado em 30 de março de 2020.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MIRAGEM, Bruno. Publicidade administrativa: informação e participação social na ação administrativa. In: *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: RT, 2011.
- MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana, *Direito fundamental à boa administração pública*. Trad. de Daniel Wuncher Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson. *As normas de direito público na lei de introdução ao direito brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo*. São Paulo: Contracorrente, 2019.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Boletim de Direito Administrativo*, n. 4, abr.-2009.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- _____. O papel da advocacia pública no dever de coerência na Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, n. 67, out./dez.-2019
- SANTANNA, Gustavo da Silva. Comentários ao art. 26. In: DUNQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael (coords). *Segurança jurídica na aplicação do direito público*. Salvador: Juspodivm, 2018.

- SCHWIND, Rafael Wallbach; KUKIELA, Marina. Câmaras de conciliação e mediação da Administração Pública: comentários ao art. 174 do novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo (coord). *Processo e administração pública*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- SILVA NETO, Francisco de Barros e. A conciliação em causas repetitivas e a garantia de tratamento isonômico na aplicação das normas. *Revista de Processo*, n. 240, fev.-2015.
- SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação de conflitos e administração pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords). *O marco legal da mediação no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2016.
- SOUZA, Rodrigo Pagani de; ALENCAR, Letícia Lins de. O dever de contextualização na interpretação e aplicação do direito público. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (coords.). *A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *LINDB: Direito Tributário está sujeito à Lei de Introdução reformada. Qual o âmbito de incidência dos novos dispositivos?* Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lindb-direito-tributario-esta-sujeito-a-lei-de-introducao-reformada-10082018>, acessado em 29 de março de 2020.
- TONIN, Mauricio Morais. *Breves considerações sobre o art. 26 da LINDB: o compromisso administrativo*. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/breves-considera%C3%A7%C3%B5es-sobre-o-art-26-da-lindb-mauricio-morais-tonin/>, acessado em 26 de março de 2020.
- VORONOFF; Alice; LIMA, Cesar Henrique. *Cinco desafios para a consensualidade administrativa – por que a via consensual ainda é tão difícil*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/cinco-desafios-para-a-consensualidade-administrativa-19072019>, acesso às 16, do dia 04 de janeiro de 2020.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

4

Meios processuais especiais
de tutela da propriedade industrial
no sistema jurídico português

Special remedies for enforcement of
industrial property rights under
the Portuguese Law

Moyens procéduraux spéciaux pour la protection
de la propriété industrielle dans le
système juridique portugais

Lucinda Dias da Silva

Adjunct Professor at the University of Coimbra (Portugal)

Resumo: Com o presente artigo pretendeu-se analisar as principais especificidades de regime adjetivo que o legislador português adotou no Código de Propriedade Industrial. A reflexão incidu, de modo particular, em quatro dos principais domínios a que tais normas especiais respeitam: a prova; os procedimentos cautelares; os critérios de decisão judicial e a publicidade processual.

Palavras-chave: Contencioso da propriedade industrial; procedimentos cautelares; prova; meios processuais de obtenção de prova; meios processuais de preservação de prova; publicidade processual; publicidade decisória.

Abstract: This article was intended to analyse the main specificities of the adjective regime that the portuguese legislator adopted in the Industrial Property Code. The reflection focused, in particular, on four of the main areas to which such special rules apply: evidence; precautionary proceedings; criteria for judicial decision and procedural publicity.

Keywords: Industrial property litigation; precautionary proceedings; evidence; obtaining evidence legal proceedings; preserving evidence legal proceedings; procedural publicity; judicial decisions publicity.

Resumé: Cet article vise à analyser les principales spécificités du régime adjectif que le législateur portugais a adopté dans le Code de la Propriété Industrielle. La réflexion a porté notamment sur quatre des principaux domaines auxquels ces règles spéciales s'appliquent: les preuves; les mesures d'injonction; les critères de décision judiciaire et la publicité des procédures.

Mots-clés: Contentieux de la propriété industrielle; preuves; mesures d'injonction; moyens d'obtenir des preuves; moyens de conserver les preuves; publicité de la procédure; publicité des décisions.

Sumário: 1. Nota introdutória. 2. Prova. 2.1. Medidas para obtenção de prova. 2.2. Medidas de preservação de prova. 2.3. Nota comum. 3. Procedimentos cautelares. 3.1. Procedimento cautelar comum. 3.2. Procedimento cautelar especificado de arresto. 4. Critérios de decisão judicial. 4.1. Decisão indemnizatória. 4.2. Decisão inibitória. 4.2.1. Regime geral. 4.2.2. Regime particular. 4.3. Decisão de sancionamento acessório. 5. Grau de publicidade processual. 5.1. Publicidade da decisão. 5.2. Publicidade do processo. 5.2.1. Na pendência do processo judicial. 5.2.2. Após a extinção do processo judicial. 6. Conclusão.

1. NOTA INTRODUTÓRIA

As especificidades próprias do regime substantivo consagrado no Código da Propriedade Industrial¹ são acompanhadas por regime processual dotado também de especialidades, regulado na mesma sede legal.²

A adoção de regime processual próprio neste domínio obedeceu ao intuito de promover a efetividade da garantia jurisdicional de proteção dos titulares de direitos da propriedade industrial³.

- 1 Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro, aprovado em transposição das Diretivas (UE) 2015/2436 e (UE) 2016/943. Em particular sobre os trabalhos, desenvolvidos pelo Grupo de Trabalho de Revisão do CPI (constituído pelo Ministério da Justiça, em outubro de 2017), que antecederam este novo Código, JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, “Algumas notas sobre a revisão do CPI no quadro do Grupo de trabalho constituído na Secretaria de Estado da Justiça – referência especial à alteração da Lei n.º 62/2011”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1, 2018, pp. 195-226. Para uma perspectiva de evolução cronológica do regime anterior (desde o Código de Propriedade Industrial introduzido pelo D.L. n.º 15/95, de 24 de janeiro), SALVADOR NUNES DA COSTA, “Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, pp. 119 a 123. Para uma análise, no especial domínio da propriedade intelectual, dos meios de tutela (quer no plano judicial, quer no plano extrajudicial) a nível internacional, DÁRIO MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Almedina, 2010, esp. caps. IV e V. JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES explicita a axiologia da dimensão universalista da propriedade intelectual em “Propriedade Intelectual: tendências globais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 84, 2008, pp. 264 e ss. Sobre a natureza e finalidades da propriedade intelectual, tratando, entre outros aspetos, da relação entre a propriedade intelectual e as empresas, do uso e abuso dos direitos de exclusivo e da confluência da prossecução de interesses públicos e privados nesta área, vd. o mesmo autor, “Propriedade Intelectual, Exclusivos e Interesse Público”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), Vol. IV, Almedina, 2005, pp. 199-235. JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES aborda, ainda, a propriedade intelectual sob a perspectiva do relevo que o interesse público nela assume, bem como a criação enquanto ato humano produtor de resultados beneficiários de proteção constitucional em “Propriedade intelectual e interesse público”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 79, 2003, pp. 293-354. Para uma perspectiva cruzada entre o Direito da Propriedade Intelectual e o Direito do Trabalho como senda de análise sobre a natureza (não) salarial dos valores recebidos por empregados a título de propriedade intelectual sobre trabalho intelectual por estes criado, CARLA EUGÉNIA CALDAS BARROS e MURILO SOARES TAVARES, “A propriedade intelectual derivada da criação e do trabalho intelectual”, *PIDCC – Revista de Propriedade Intelectual, Direito Contemporâneo e Constituição*, Ano III, n.º 5, 2014, pp. 256 a 322.
- 2 Sobre os procedimentos especiais (nos diversos sentidos que a expressão pode assumir) na ordem jurídica brasileira, FREDIE DIDIER JR., ANTONIO DO PASSO CABRAL, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, “Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas”, 2.ª edição, Juspodivm, 2021. Em particular sobre a efetividade da tutela no âmbito da propriedade intelectual, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Pirataria e tutela efetiva de direitos de autor e conexos (enforcement)”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, 2017, pp. 461-486.
- 3 Nos termos do previsto no ordenamento jurídico português a propriedade industrial tem por função garantir a lealdade da concorrência mediante atribuição de direitos privativos sobre os diversos processos técnicos de produção e desenvolvimento da riqueza (art. 1.º do Código da Propriedade Industrial). Incluem-se no seu âmbito objetivo a indústria e o comércio propriamente ditos, as indústrias das pescas, agrícolas, florestais, pecuárias e extrativas, bem como todos os produtos naturais ou fabricados e os serviços. Integram-se no seu domínio subjetivo todas as pessoas, singulares ou coletivas, portuguesas ou nacionais dos países que constituem a União Internacional para a Proteção da Propriedade Industrial e a Organização Mundial do Comércio, sem dependência de condição de domicílio ou estabelecimento (salvo disposições especiais sobre competência e processo), sendo que são equiparados a nacionais dos países da União ou da OMC os nacionais de quaisquer outros Estados que tiverem domicílio ou estabelecimento industrial ou comercial, efetivo e não fictício, no território de um dos países da União ou da OMC. O perímetro dos referidos âmbitos objetivo e subjetivo retira-se do previsto nos arts. 2.º e 3.º do mesmo Código.

Para além da convocação subsidiária das regras próprias do processo civil⁴, podem, assim, os sujeitos processuais mobilizar os expedientes adjetivos que são objeto de regulamentação especial naquele diploma.

O núcleo fundamental de regulação do regime processual da propriedade industrial situa-se, sob o ponto de vista sistemático, no capítulo IV do Código da Propriedade Industrial (arts. 337.º e ss.).⁵

4 Art. 352.º do Código da Propriedade Industrial.

5 O Tribunal da Propriedade Intelectual foi constituído pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho (onde foi classificado como tribunal de competência especializada). De há muito, contudo, que se vinha fazendo notar a necessidade de criação de uma entidade jurisdicional dotada de conhecimentos especializados sobre esta área do direito. A título de exemplo, JUSTINO CRUZ propunha, em 1985, essa solução como uma das possíveis formas de resposta ao problema de assegurar um “exame tecnicamente mais fácil e perfeito de cada caso”, salientando, embora, as desvantagens associadas a essa proposta, “Contencioso da propriedade industrial : os juízes e os problemas técnicos”, *Revista de Propriedade Industrial*, n.1, Jan.-Abr., 1985, pp.14-16 Este tribunal tem sede em Lisboa, mas competência em todo o território nacional (cfr. anexo III da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto - Lei de Organização do Sistema Judiciário). Trata-se, por isso, de um tribunal de competência territorial alargada (art. 83.º, n.º 3, a) da mesma Lei), cujo âmbito de competência se encontra previsto no artigo 111.º da mesma lei. De tal preceito decorre que este tribunal beneficia de competência para conhecer questões relativas a: “a) Ações em que a causa de pedir verse sobre direito de autor e direitos conexos; b) Ações em que a causa de pedir verse sobre propriedade industrial, em qualquer das modalidades previstas na lei; c) Ações em que a causa de pedir verse sobre o cumprimento ou incumprimento, validade, eficácia e interpretação de contratos e atos jurídicos que tenham por objeto a constituição, transmissão, oneração, disposição, licenciamento e autorização de utilização de direitos de autor, direitos conexos e direitos de propriedade industrial, em qualquer das modalidades previstas na lei; d) Ações de nulidade e de anulação de patentes, certificados complementares de proteção, modelos de utilidade e topografias de produtos semicondutores previstas no Código da Propriedade Industrial e demais legislação aplicável, bem como os pedidos de declaração de nulidade ou de anulação de registos de desenhos ou modelos, marcas, logótipos, recompensas, denominações de origem e indicações geográficas deduzidos em reconvenção; e) Recursos de decisões do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, I. P. (INPI, I. P.) que concedam ou recusem qualquer direito de propriedade industrial ou sejam relativas a transmissões, licenças, declarações de caducidade ou a quaisquer outros atos que afetem, modifiquem ou extingam direitos de propriedade industrial; f) Recurso e revisão das decisões ou de quaisquer outras medidas legalmente suscetíveis de impugnação tomadas pelo INPI, I. P., em processo de contraordenação; g) Recursos de decisões da Inspeção-Geral das Atividades Culturais (IGAC) em matéria de registo de obras literárias e artísticas e de registo e fiscalização das entidades de gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos; h) Recurso e revisão das decisões ou de quaisquer outras medidas legalmente suscetíveis de impugnação tomadas pela IGAC em processos pela prática de contraordenações previstas no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos e nos regimes jurídicos das entidades de gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos, dos espetáculos de natureza artística e emissão dos bilhetes de ingresso nos respetivos recintos, do preço fixo do livro, do comércio eletrónico e da classificação de videogramas; i) Ações de declaração em que a causa de pedir verse sobre nomes de domínio na Internet; j) Recursos das decisões da Fundação para a Computação Científica Nacional, enquanto entidade competente para o registo de nomes de domínio de.PT, que registem, recusem o registo ou removam um nome de domínio de.PT; k) Ações em que a causa de pedir verse sobre o regime jurídico da cópia privada; l) Ações em que a causa de pedir verse sobre firmas ou denominações sociais; m) Recursos das decisões do Instituto dos Registos e do Notariado, I. P. (IRN, I. P.) relativas à admissibilidade de firmas e denominações no âmbito do regime jurídico do Registo Nacional de Pessoas Coletivas; n) Ações em que a causa de pedir verse sobre a prática de atos de concorrência desleal ou de infração de segredos comerciais em matéria de propriedade industrial; o) Medidas de obtenção e preservação de prova e de prestação de informações quando requeridas no âmbito da proteção de direitos de propriedade intelectual e direitos de autor”. A competência deste tribunal abrange também os incidentes e apensos das referidas ações, bem como a execução das respetivas decisões (cfr. n.º 2 do mesmo artigo e artigo 129.º n.º 2). Os

A par dele existem também normas com idêntica natureza, dispersas ao longo do Código e constantes de legislação avulsa, a que *infra* nos referiremos.

Reconduziremos a quatro classes as principais áreas garantísticas a que nos reportaremos: a prova; os procedimentos cautelares; os critérios de decisão e o grau de publicidade processual.

Consideremos cada uma delas.

2. PROVA

2.1. Medidas para obtenção de prova

Sendo a prova o meio mais frequente de suporte do julgamento da matéria de facto, o efetivo acesso a informação com essa natureza, bem como a possibilidade da sua invocação em juízo, representam condições indispensáveis para, em termos úteis, assegurar conteúdo material ao (constitucionalmente garantido) direito de acesso ao direito e a tutela jurisdicional efetiva.⁶

A previsão, no plano da lei ordinária, de regime concretizador e viabilizador do exercício do direito à prova assume, por isso, importância preponderante para densificação dos termos de exercício desse direito.⁷

recursos de apelação das decisões proferidas por este tribunal são da competência do Tribunal da Relação de Lisboa (cfr. anexo I a esta Lei, bem como o art. 45.º, n.ºs 1 e 2 do Código da Propriedade Industrial). Este tribunal beneficia de uma secção em matéria de propriedade intelectual e de concorrência, regulação e supervisão (art. 67.º, n.º 5 da mesma lei). Sobre as vantagens e desvantagens da criação da referida secção especializada, LUÍS ESPÍRITO SANTO, “Tribunal da Propriedade Intelectual. Especialização no Tribunal da Relação de Lisboa: reflexões de um desembargador não especialista”, *Julgar*, 38, maio-agosto, 2019, pp. 227 e ss. De notar que, nos termos do previsto no n.º 1 do artigo 175.º da lei em apreço, os juízes do Tribunal da Propriedade Intelectual que reúnem os requisitos legalmente exigidos têm preferência absoluta no primeiro provimento dos lugares correspondentes a esse tribunal de competência territorial alargada. O regime de recurso das decisões do INPI, IP encontra-se regulado nos arts. 38.º e ss. do Código da Propriedade Industrial. Propondo medidas no sentido do aperfeiçoamento do regime do Tribunal da Propriedade Intelectual para mais adequada resposta às expectativas que presidiram à sua criação, MANUEL LOPES ROCHA, “Tribunal da Propriedade: uma aposta ganha?”, *Julgar*, 38, maio-agosto, 2019, pp. 211-221. Lamentando, em 1991, a inexistência, então, na Suíça, de um tribunal especializado em matéria de propriedade industrial, MARTIN J. LUTZ notava como principais desvantagens decorrentes dessa circunstância; *i*) a maior propensão dos tribunais para decidirem, nessa área do Direito, com fundamento em razões de natureza processual, *ii*) a tendência para indevidamente protelar as decisões processuais, *iii*) a tendência para confirmar e adotar, em termos quase cegos, a opinião manifestada por perito e *iv*) a material denegação da efetividade de tutela garantida pelos acordos TRIP, “Enforcement of intellectual property laws”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 22, 1991, p. 12.

6 Art. 20.º da Constituição da República Portuguesa.

7 Sobre os direitos fundamentais à luz de jurisprudência do TJUE, NUNO SOUSA E SILVA, “A perspectiva do equilíbrio entre a propriedade intelectual e (outros) direitos fundamentais – a mais recente interpretação do artigo 8.º /3 da Diretiva 2001/29 UPC TELEKABEL WIEN C-134/12”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1, 2015, pp. 221 e ss.

O legislador corresponde a esse imperativo quando, no artigo 339.º do Código da Propriedade Industrial, regula, em previsão especial, o que designa por medidas para obtenção de prova.⁸

De acordo com tal regime, concede-se a cada uma das partes o direito de requerer ao tribunal que ordene à parte contrária ou a terceiros a apresentação de elementos de prova (designadamente documentos bancários, financeiros, contabilísticos ou comerciais⁹, quando estejam em causa atos praticados à escala comercial¹⁰) que estejam na posse, dependência ou controlo da contraparte ou de sujeitos alheios à ação. A procedência desta pretensão pressuporá que o interessado alegue e demonstre existirem indícios suficientes de violação de direitos de propriedade industrial^{11 12} ou de segredos comerciais¹³ e conduz a que o tribunal proceda a notificação para que, dentro de prazo que designe, o detentor da informação de prova a preste.¹⁴ Fá-lo-á,

- 8 SALVADOR NUNES DA COSTA associa esta particular previsão ao facto de as provas das infrações de direitos da propriedade industrial estarem, por princípio, em poder do infrator, bem como à circunstância de ser frequente que estes as ocultem ou destruam, “Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, p. 129.
- 9 SALVADOR NUNES DA COSTA revela-se crítico quanto ao critério adotado pelo legislador para identificar os documentos em causa, atento o inconveniente de sobreposição dessas declarações, “Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, p. 130.
- 10 Nos termos do previsto no art. 337.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial, entende-se por atos praticados à escala comercial todos aqueles que violem direitos de propriedade industrial e que tenham por finalidade uma vantagem económica ou comercial, direta ou indireta. Dessa noção se excluem, porém, os atos praticados por consumidores finais agindo de boa-fé (n.º 2 do mesmo preceito). SALVADOR NUNES DA COSTA identifica como presunção *iure et de iure* (que qualifica como realista) a associação estabelecida entre a noção de escala comercial e a consecução de vantagem económica (direta ou indireta). Nota, contudo, a possibilidade de surgimento de divergência quanto à concreta densificação desses conceitos, “Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, p. 127.
- 11 A concessão de direitos da propriedade industrial gera mera presunção jurídica de verificação dos requisitos da sua concessão. Contudo, o registo das recompensas assegura a veracidade e autenticidade dos títulos da sua concessão e garante aos titulares o seu uso exclusivo por tempo indefinido (art. 4.º, n.º 2 e 3 do Código da Propriedade Industrial). Os títulos de concessão de direitos de propriedade industrial só são emitidos e entregues aos titulares na sequência de pedido e decorrido um mês sobre o termo do prazo (contínuo) de recurso ou, se este for tempestivamente interposto e admitido, depois de conhecida a decisão judicial ou arbitral definitiva (arts. 26.º e 27.º do Código da Propriedade Industrial).
- 12 A prova destes direitos faz-se através de títulos (correspondentes às suas diversas modalidades) que devem conter os elementos necessários para perfeita identificação dos direitos a que dizem respeito. Têm o valor de títulos os certificados de direitos de propriedade industrial emitidos por organizações internacionais para produzir efeitos em Portugal (art. 7.º, n.ºs 1 a 3 do Código da Propriedade Industrial).
- 13 Art. 339.º, n.ºs 1 e 2 do Código da Propriedade Industrial.
- 14 Salvaguardada a hipótese de as medidas em causa serem adotadas como preliminares de providências cautelares a sua extinção e caducidade verificar-se-á nos termos previstos no Código de Processo Civil (arts. 342.º, n.º 1 e 345.º do Código da Propriedade Industrial). Acresce a declaração judicial da sua ineficácia, a pedido da parte requerida, quando, estando em causa alegada violação de segredo comercial, deixarem de se preencher os requisitos previstos no artigo 313.º por motivos não imputáveis a essa parte (art. 342.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial). Em sintonia com o regime que resulta do Código de Processo Civil (no atual art. 373.º, n.º 3), SALVADOR NUNES DA COSTA observa que, uma vez constante do processo o facto

porém, assegurando a proteção de informação que seja confidencial¹⁵ e garantindo o desenvolvimento das ações que se afigurem necessárias em caso de incumprimento.¹⁶

No art. 344.º do mesmo diploma prevê-se, por outro lado, a possibilidade de ser requerida a prestação de informações detalhadas sobre a origem e as redes de distribuição dos bens ou serviços, quando o interessado requerente suspeite que violem direitos de propriedade industrial ou segredos comerciais.^{17 18}

Como possíveis sujeitos passivos desse dever de informar encontra-se *i)* quem tenha sido encontrado na posse dos bens ou a utilizar ou prestar os serviços, à escala comercial, que se suspeite violarem direitos de propriedade industrial ou segredos comerciais, bem como *ii)* quem tenha sido indicado por pessoa referida em *i)*, como tendo participado na produção, fabrico ou distribuição dos bens ou na prestação dos serviços que se suspeite violarem direitos de propriedade industrial ou segredos comerciais.¹⁹

1.2. Medidas de preservação de prova

Diferentes das medidas de obtenção de prova (mas igualmente essenciais para a efetividade do direito à prova) e com elas cumuláveis são as medidas necessárias à sua preservação.

O seu relevo surge quando se identifique um contexto de perigo iminente para a íntegra conservação de provas cuja apresentação se afigure necessária para garantir

extintivo, a extinção das medidas de obtenção e de preservação de prova (por caducidade ou por extinção do correspondente direito de propriedade industrial) pode ser determinada (por despacho judicial) a título oficioso ou na sequência de requerimento da parte passiva, “Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, p. 137.

15 SALVADOR NUNES DA COSTA nota a ausência de menção, pelo legislador, quanto aos concretos meios de assegurar a tutela da confidencialidade, “Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, p. 130.

16 Art. 339.º, n.º 3 do Código da Propriedade Industrial.

17 A título exemplificativo, o legislador indica como possíveis objetos de violação: “a) Os nomes e os endereços dos produtores, fabricantes, distribuidores, fornecedores e outros possuidores anteriores dos bens ou serviços, bem como dos grossistas e dos retalhistas destinatários” e as “b) Informações sobre as quantidades produzidas, fabricadas, entregues, recebidas ou encomendadas, bem como sobre o preço obtido pelos bens ou serviços” (art. 344.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial).

18 A concreta convocação deste regime não colide com a possibilidade de aplicação de outras disposições (assim sucede, por exemplo, como explícita o legislador, com as que *i)* confirmam ao interessado o direito a uma informação mais extensa; *ii)* regulem a sua utilização em processos de natureza cível ou penal; *iii)* regulem a responsabilidade por abuso do direito à informação; *iv)* confirmam o direito de não prestar declarações que possam obrigar qualquer das pessoas referidas no número anterior a admitir a sua própria participação ou de familiares próximos; *v)* confirmam o direito de invocar sigilo profissional, a proteção da confidencialidade das fontes de informação ou o regime legal de proteção dos dados pessoais), como se retira do previsto no n.º 3 do Código da Propriedade Industrial.

19 Art. 344.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial.

a tutela do direito de propriedade intelectual ou de segredo comercial, sob pena de verificação de lesão grave e dificilmente reparável.²⁰

Este tipo de medidas assume tripla natureza: urgente, não especificada e cautelar.

O caráter urgente (expressamente declarado pelo legislador²¹) advém da circunstância de estarem em causa medidas necessárias a prover a uma situação de carência de tutela imediata.

A natureza não especificada decorre da circunstância de o conteúdo material destas medidas não se reconduzir a uma ou várias diligências taxativamente tipificadas. A enunciação constante do n.º 2 do art. 340.º do Código de Processo Civil – onde se prevê a possibilidade de, para efeitos de preservação de prova, se adotarem medidas de descrição pormenorizada (com ou sem recolha de amostras) e de apreensão efetiva dos bens que se suspeite violarem direitos de propriedade industrial ou segredos comerciais (bem como, sempre que adequado, dos materiais e instrumentos utilizados na produção ou a eles referentes) – tem natureza meramente exemplificativa, destinando-se a esclarecer a admissibilidade *dessas* concretas medidas. Dela não se retira a exclusão da possibilidade de outro tipo de medidas, destinadas a assegurar o mesmo fim conservativo.

A natureza cautelar resulta do facto de representarem medidas destinadas a evitar a consumação de um risco – perda ou deterioração de prova. Têm, nessa medida, caráter simultaneamente conservatório (do estado em que as provas se encontram no momento em que é solicitada a adoção de medidas) e antecipatório (relativamente à verificação do risco cuja ocorrência se visa impedir. É esta última dimensão (antecipatória) que revela o sentido da índole cautelar do regime - providenciar intervenção em momento *anterior* ao da verificação da realidade que se pretende evitar.

Trata-se, porém, de medida cautelar em sentido amplo. Não se integra no âmbito da noção de providência cautelar em sentido próprio.

O risco que com cada um desse tipo de medidas (procedimentos cautelares e medidas de preservação de prova) se pretende cautelar é distinto.

A providência cautelar consubstancia medida jurisdicional, adotada no âmbito de um procedimento cautelar, em ordem a assegurar o efeito útil da ação principal (de que o procedimento cautelar é incidente ou preliminar) e, por essa via, assegurar a efetividade dos direitos substantivos que aí o autor faz valer.

A medida cautelar que ora se aprecia destina-se, diferentemente, a assegurar a preservação de material informativo (instrutório), a ser convocado em ação judicial. Visa, nesta medida, tutelar o direito processual à prova.

20 Art. 340.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

21 Art. 340.º, n.º 1, parte final do Código da Propriedade Industrial.

A sua natureza cautelar enquadra-se, nesta medida no mesmo espírito (cautelar) que se prossegue com o regime regulador da produção antecipada de prova.²² Por intermédio deste se assegura que a prova seja produzida em momento anterior àquele em que, em circunstâncias normais (de acordo com o típico regime-regra processual), haveria lugar a essa produção. A produção de prova (por depoimento de pessoas, inspeção ou perícia) pode, quando aplicável esse quadro regulativo, ocorrer ainda antes de intentada a ação ou antes da audiência de julgamento.

Nem, porém, este intuito acautelador do perigo de que a produção de prova se venha a tornar impossível ou muito difícil conduziu (e bem) o legislador a integrar esta previsão no âmbito dos procedimentos cautelares, por não existir identidade entre essa natureza cautelar (em sentido amplo) e a natureza cautelar própria dos procedimentos cautelares.

Contudo, o facto de (contrariamente ao que sucede no Código de Propriedade Industrial), não se prever, no Código de Processo Civil, regime normativo em que se consagre e regule a possibilidade de adoção de medidas de preservação de prova conduz a que, em situação em que estas se afigurem necessárias, a solução adotada assente em labor jurisprudencial com pendor mais criativo.²³ Esforço que se afigura dispensável quando - como sucede no regime que ora se aprecia - existe regime expresso.

A dissemelhança de natureza entre as medidas de preservação de prova e os procedimentos cautelares não obsta, contudo, a que algumas dimensões da técnica legislativa adotada quanto aos segundos possa ser igualmente adotada quanto às primeiras.

22 Art. 419.º do Código de Processo Civil.

23 Veja-se, a título de exemplo, a decisão proferida, em 02.07.2012, pelo Tribunal da Relação de Lisboa, no Processo n.º 1737/11.4TVLSB.L1-7. Estava em causa pedido de concessão de providência cautelar (formulado no âmbito do procedimento cautelar comum) no sentido de ser ordenado à entidade responsável pela obtenção de imagens através de um sistema de segurança de videovigilância (instalado num supermercado), que não procedesse à destruição das imagens (destruição a que estava vinculada, nos termos do regime legal aplicável, 30 dias após a recolha das imagens). O pedido de preservação era feito com base na alegação de que esse documento (registo de imagens) constituía meio de prova essencial no âmbito de ação judicial que o requerente visava propor. Ante prévia solicitação extrajudicial nesse sentido, a referida entidade recusara garantir a não destruição da gravação, uma vez decorrido o prazo de 30 dias, afirmando que só não procederia a essa destruição caso a requerente obtivesse autorização nesse sentido emitida por entidade jurisdicional ou pela CNPD. Na sequência do pedido de concessão de providência cautelar, o tribunal de 1.ª instância absolveu a ré da instância, considerando (entre o mais) não ser esse o meio processual adequado, por absoluta inadequação formal. O Tribunal da Relação, porém, veio a proferir decisão no sentido de que, não existindo um mecanismo adjetivo diretamente tutelador do interesse da requerente (por não se enquadrar nem no âmbito dos procedimentos cautelares, nem no domínio da produção antecipada de prova), e afigurando-se aquele tutelável, incumbe ao tribunal, em última análise, aplicar a norma que o intérprete criaria se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema. Nesta senda, e por apelo aos poderes de adequação formal, convolveu a instância cautelar em procedimento para preservação de prova (para o que tomou por referência o regime de preservação de prova já então previsto no Código da Propriedade Industrial). Ordenou, em consequência (em substituição da decisão proferida em 1.ª instância, que foi anulada), que a requerida não destruísse, guardasse e conservasse as imagens registadas, embora apenas na parte concernente à requerente.

Assim sucede, por exemplo, quanto à técnica de diferimento do contraditório, por via da qual se dispensa a audiência prévia do requerido - comum ao regime dos procedimentos cautelares previstos no Código de Processo Civil²⁴ e ao regime de preservação de prova previsto no Código da Propriedade Industrial.

De acordo com este último, é possível ordenar a adoção de medida de preservação de prova sem que, antes, seja facultada ao requerido a possibilidade de exercer o contraditório, quando “um eventual atraso na aplicação das medidas possa causar danos irreparáveis²⁵ ao requerente, ou sempre que exista um risco sério de destruição ou ocultação da prova”.²⁶

Tanto não representa, todavia, em qualquer uma das hipóteses, verdadeira exceção ao princípio do contraditório, mas tão só uma alteração do momento em que tal garantia é observada.

Uma vez aplicadas (isto é, executadas, transpostas para a realidade) as medidas de preservação de prova ordenadas, a decisão deve ser notificada ao requerido com a maior brevidade possível (imediatamente, segundo o teor literal do preceito)²⁷ a fim de que este possa, no prazo de 10 dias, solicitar, querendo, a reapreciação da decisão, para o que produzirá prova e alegará factos²⁸ que não tenham sido já tidos em conta pelo tribunal.^{29 30}

24 Arts. 366.º e 372.º do Código de Processo Civil.

25 SALVADOR NUNES DA COSTA revela-se crítico relativamente ao facto de o legislador se reportar a danos não passíveis de reparação sem, em simultâneo, fazer qualquer referência à sua gravidade, por entender que tanto conflitua com o princípio da proporcionalidade, cuja observância se impõe “Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, p. 134.

26 Art. 341.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

27 Art. 341.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial.

28 À semelhança do que sustentámos quanto ao regime de diferimento do contraditório previsto no âmbito dos procedimentos cautelares regulados no Código de Processo Civil, também aqui se nos afigura que o conteúdo material da garantia (contraditório) só ficará intocada (alterando-se tão só o momento do seu exercício) se o requerido puder, nesse exercício diferido, exercer pelo menos os mesmos poderes que estariam ao seu alcance caso o contraditório tivesse sido exercido antes da prolação da decisão. Tanto significa que a revisão das medidas deverá poder assentar não apenas na invocação de novos factos e de nova prova, como ainda em novas razões de direito que o requerido aduza, na invocação de exceções dilatórias, arguições de nulidade ou em quaisquer outros subsídios argumentativos que o requerido reputar oportuno alegar e que pudesse ter alegado caso o contraditório não tivesse sido diferido ou que se tenham tornado oportunos em virtude de ter sido proferida decisão de diferimento do contraditório. Cfr. *Procedimento Cautelar Comum*, Coimbra Editora, 2009, pp. 278 e ss..

29 Art. 341.º, n.º 3 do Código da Propriedade Industrial.

30 Não obstante o facto de o legislador não o explicitar, cremos assistir ao requerido também a possibilidade de, em caso de discordância com o teor da decisão de que é notificado, da mesma interpor recurso (em alternativa ao exercício do contraditório). Ao contrário do que sucede no art. 372.º do Código de Processo Civil, o legislador não refere, no Código da Propriedade Industrial, a propósito do exercício do contraditório, a possibilidade de interposição. Esta ausência de menção não se nos afigura desadequada, na medida em que o recurso, sendo embora, como o contraditório, uma via de reacção à decisão proferida, não representa uma modalidade de contraditório. A epígrafe do art. 372.º do Código de Processo Civil revela-se, assim, demasiado restrita para o conteúdo da norma.

Não obstante tal exercício (diferido) do contraditório se traduzir em pronúncia posterior à prolação de decisão, não se trata de exercício inócuo, na medida em que lhe sucederá nova pronúncia judicial em que o tribunal poderá determinar a alteração, a revogação ou a confirmação das medidas anteriormente aplicadas.³¹

De notar, por outro lado (agora quanto ao requerente), que a solicitação de uma medida de preservação de prova pode gerar consequências que ultrapassam a prolação de decisão. Se, depois de executada a requerida (e concedida) medida de preservação de prova, esta *i)* for considerada injustificada ou *ii)* deixar de produzir efeitos por facto imputável ao requerente, bem como se se vier a concluir que a mesma *iii)* foi requerida de modo abusivo ou de má fé ou que *iv)* não foi antecedida por violação ou fundado receio de que outrem causasse lesão grave e dificilmente reparável de um direito de propriedade industrial ou de segredo comercial, pode o requerente ser condenado a pagar indemnização adequada à reparação de dano causado pela aplicação de tais medidas. Tanto pressuporá, contudo, que tal pretensão seja formulada pelo requerido ou por terceiro lesado.³²

No sentido de garantir a efetividade do pagamento desta indemnização (acautelando a eventualidade de vir a ser proferida decisão condenatória nesse pagamento), o tribunal pode tornar a aplicação de uma medida de preservação de prova dependente da constituição, pelo requerente, de uma caução ou de outra garantia que assegure tal hipotético pagamento.³³

1.3. Nota comum

Ambos os tipos de medidas (de obtenção e de preservação de prova) podem ser requeridos por qualquer pessoa com interesse direto³⁴ no seu decretamento (nomeadamente pelos titulares dos direitos de propriedade industrial e de segredos comerciais) e, salvo estipulação em contrário, pelos titulares de licenças (em conformidade com o previsto nos respetivos contratos).³⁵

31 Art. 341.º, n.º 4 do Código da Propriedade Industrial.

32 Art. 343.º, n.º 3 do Código da Propriedade Industrial.

33 Art. 343.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial. Entre os critérios que o decisor tome em consideração para efeito de fixação do valor da caução contar-se-á, necessariamente, a capacidade económica do requerente (cfr. n.º 2 do mesmo preceito). Sobre o relevo da responsabilidade civil no âmbito da propriedade intelectual, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "O reforço da tutela da propriedade intelectual na economia digital através de acções de responsabilidade civil", *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, pp. 239-264.

34 SALVADOR NUNES DA COSTA nota a proximidade entre este critério de determinação da legitimidade ativa e o critério de legitimidade adotado, a título geral, no Código de Processo Civil (art. 30.º, n.º 1, 1.ª parte), "Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial", *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, p. 128.

35 Art. 338.º do Código da Propriedade Industrial.

3. PROCEDIMENTOS CAUTELARES

No plano da tutela cautelar em sentido estrito distinguem-se dois níveis de regulação: um, de caráter comum; outro, de caráter especial.

Em qualquer uma das hipóteses, a legitimidade ativa abrange, também aqui, todas as pessoas com interesse direto no seu decretamento (nomeadamente os titulares dos direitos de propriedade industrial e de segredos comerciais) e, salvo estipulação em contrário, os titulares de licenças (nos termos previstos nos respetivos contratos).³⁶

3.1. Procedimento cautelar comum

No seio deste procedimento distinguem-se, por sua vez, dois níveis: um, de caráter geral; outro, de caráter particular.

No âmbito do primeiro, consagra-se o regime a que, em geral, obedece o requerimento de providência cautelar e a decisão do procedimento.

No requerimento, deve o requerente juntar os elementos de prova necessários à demonstração de que é titular do direito de propriedade industrial ou do segredo comercial que alega (ou de que está autorizado a utilizá-lo), bem como de que o mesmo foi violado ou de que existe fundado receio de que outrem lhe provoque lesão grave e dificilmente reparável.³⁷

A verificarem-se tais pressupostos, as medidas cautelares (para inibição ou prevenção da violação³⁸) podem ser decretadas não só contra o agente causador da violação ou da perigosidade de lesão, como contra quaisquer sujeitos intermediários (assim também incluídos no perímetro da legitimidade passiva) cujos serviços sejam utilizados por terceiros para violar direitos de propriedade industrial ou segredos comerciais, .³⁹

Em sede de decisão de mérito concessora de providência cautelar, o decisor deve ter em consideração a natureza dos direitos de propriedade industrial ou do segredo comercial, “salvaguardando, nomeadamente, a possibilidade de o titular continuar a explorar, sem qualquer restrição, os seus direitos”.⁴⁰

Quando, porém, esteja em causa a violação de segredos comerciais, à decisão sobre o pedido de concessão da providência cautelar poderá presidir, em acréscimo, a ponderação judicial sobre o “valor do segredo ou outras suas características específicas”, as “medidas tomadas a fim de os proteger”, a “conduta do requerido”, o “impacto da

36 Art. 338.º do Código da Propriedade Industrial.

37 Art. 345.º, n.ºs 1 e 2 do Código da Propriedade Industrial.

38 Art. 345.º, n.º 1, als. a) e b) do Código da Propriedade Industrial.

39 Art. 345.º, n.º 3 do Código da Propriedade Industrial.

40 Art. 345.º, n.º 7 do Código da Propriedade Industrial.

utilização ou divulgação ilegal”, os “interesses legítimos das partes, de terceiros e do interesse público” e a “salvaguarda dos direitos fundamentais”.⁴¹

E porque, mais que a declaração judicial de direitos e a imposição declarativa de prestações, importa o efetivo cumprimento destas, o decretamento da medida cautelar pode ser acompanhado pela convocação de um estímulo do réu ao cumprimento. A tanto se destina a complementar condenação judicial do requerido (por iniciativa do tribunal ou na sequência de pedido formulado pelo requerente) no pagamento de sanção pecuniária compulsória.⁴²

A prolação de decisão de concessão de medida cautelar pode não representar, porém, o fim de linha, mesmo em primeira instância.

Ao requerido é dada, ainda, a possibilidade de requerer a substituição da providência por prestação de caução que se mostre adequada a assegurar a indemnização do requerente, sendo a decisão quanto a tal pedido necessariamente precedida de audição do requerido.⁴³

A possibilidade de recurso a esta via de evitar a subsistência da providência cautelar decretada não é, contudo, admissível em todas as hipóteses, na medida em que não é permitida a divulgação de um segredo comercial contra a constituição de uma garantia.⁴⁴

Por outro lado, à semelhança do que acima se observou a propósito das medidas de preservação de prova, também as providências cautelares podem ser concedidas sob regime de contraditório prévio ou diferido, podendo também, nos mesmos termos, haver lugar a responsabilidade do requerente.⁴⁵

As providências cautelares extinguem-se e caducam em conformidade com o previsto no Código de Processo Civil. Acresce que, estando em causa alegada violação de segredo comercial, a providência cautelar tornar-se-á ineficaz, a solicitação do requerido, caso, por razões não imputáveis a esta parte, deixem de se encontrar preenchidos os requisitos de proteção de informação a título de segredo comercial.⁴⁶

3.2. Procedimento cautelar especificado de arresto

A par do regime cautelar comum a que acabámos de fazer referência, o legislador prevê e regula, no Código da Propriedade Industrial, o procedimento cautelar de arresto.

41 Art. 354.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

42 Art. 345.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

43 Art. 345.º, n.º 6 do Código da Propriedade Industrial.

44 Art. 354.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial.

45 Art. 345.º, n.º 5 do Código da Propriedade Industrial.

46 Art. 345.º, n.º 4 do Código de Propriedade Industrial, em leitura articulada com o previsto nos arts. 313.º e 343.º do mesmo Código.

Apesar *da* identidade de designação com o homónimo procedimento cautelar especificado previsto no Código de Processo Civil⁴⁷, *da* circunstância de ter em comum com este a execução mediante apreensão de bens e *do* facto de lhe não ser estranho o intuito de assegurar a preservação de garantia patrimonial (quando esta se revele em perigo) necessária a satisfação de direito de crédito, não estão em causa figuras totalmente sobreponíveis.

Duas notas de especialidade se observam no procedimento que ora consideramos.

Por um lado, a particularidade de o fim justificativo do arresto não ter necessariamente de ser (como é no arresto regulado no Código de Processo Civil) a conservação de garantia patrimonial do requerido (enquanto forma de assegurar a observância coerciva do dever de pagar). Também o objetivo de eliminar do alcance do lesante ou de terceiros os bens que sejam utilizados para violação de direitos de propriedade industrial ou de segredos comerciais representa fundamento válido de requerimento de concessão de arresto. A medida cautelar consistirá, nesta hipótese, na ordem de apreensão dos bens que se suspeite violarem esses direitos ou segredos (incluindo os bens importados, a fim de prevenir a sua entrada ou circulação no mercado) ou dos instrumentos que apenas possam servir para a prática do ilícito⁴⁸.

Por outro lado, mesmo quando o objetivo justificativo da medida seja a preservação da garantia patrimonial de direito de crédito, este arresto distingue-se (relativamente ao arresto regulado no Código de Processo Civil) pelo facto de se destinar a assegurar a viabilidade de efetiva e coerciva satisfação de um *particular* direito de crédito: o direito à cobrança da indemnização por perdas e danos, decorrente de infração (atual ou iminente) à escala comercial. Neste especial caso, a diligência de arresto consistirá na ordem de “apreensão preventiva dos bens móveis e imóveis do alegado infrator, incluindo os saldos das suas contas bancárias”.⁴⁹ A esse poder de apreensão acresce, como competência dele complementar do tribunal, o poder de ordenar a comunicação ou o acesso aos dados e informações bancárias, financeiras ou comerciais respeitantes ao infrator.⁵⁰

A concessão do arresto pressupõe, em qualquer das circunstâncias, a verificação de duas condições: incumbe ao requerente alegar e demonstrar, em simultâneo, que é titular do direito de propriedade industrial ou do segredo comercial (ou que está autorizado a utilizá-lo) e que se verifica ou está iminente uma violação.⁵¹

47 Arts. 391.º a 396.º do Código de Processo Civil.

48 Art. 346.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial.

49 Art. 346.º, n.º 1, 1.ª parte do Código da Propriedade Industrial.

50 Art. 346.º, n.º 1, 2.ª parte do Código da Propriedade Industrial. Como SALVADOR NUNES DA COSTA nota, este segundo poder assume natureza instrumental relativamente ao poder de apreensão, “Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, p. 147.

51 Art. 346.º, n.º 3 do Código da Propriedade Industrial, cujo teor se revela em sintonia com o contemplado no art. 345.º, n.º 2 do mesmo Código.

Também quanto a este procedimento cautelar vale o que acima dissemos, a propósito do procedimento cautelar comum, quanto: aos acrescidos elementos informativos que podem ser tidos em consideração pelo tribunal para efeitos decisórios⁵², ao regime de contraditório,⁵³ às causas de extinção e caducidade⁵⁴ e à responsabilidade do requerente⁵⁵.

4. CRITÉRIOS DE DECISÃO JUDICIAL

4.1. Decisão indemnizatória

Depois de explicitar que a produção de danos decorrente de violação ilícita e culposa (a título de dolo ou de mera culpa) de direito de propriedade industrial ou segredo comercial de outrem gera para o lesante a obrigação de indemnizar, o legislador fixa critérios de determinação do montante indemnizatório.⁵⁶

Distinguem-se, nesta sede, dois planos.

Num primeiro plano, determina-se que, para definição do montante indemnizatório por danos patrimoniais, deverá o tribunal tomar em consideração, quanto ao infrator, o lucro por este obtido e a importância da receita resultante da conduta ilícita do infrator.⁵⁷

Tomará em conta, quanto à parte lesada, os danos emergentes e os lucros cessantes por esta sofridos, bem como os encargos pela mesma suportados com a proteção, a investigação e a cessação da conduta lesiva do seu direito.⁵⁸

No que diz respeito aos danos não patrimoniais, o legislador limita-se a prever que o tribunal deverá tomá-los em consideração. Não indica, contudo, critério de determinação do correspondente valor compensatório.⁵⁹

Em segundo plano, o legislador antecipa, em regime de aplicação subsidiária, a solução alternativa a adotar quando os critérios contemplados no primeiro plano não se revelem aptos a determinar o montante de danos efetivamente sofridos. Nesse caso, o tribunal decidirá de acordo com critérios de equidade.

52 Art. 354.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

53 Art. 341.º do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 346.º, n.º 4 do mesmo Código. O legislador parece, assim, ter adotado um critério diferente daquele que selecionou no âmbito do regime de contraditório vigente quanto ao arresto previsto no Código de Processo Civil, na medida em que neste último o contraditório é, por imposição legal, sempre diferido (cfr. art. 393.º, n.º 1 do Código de Processo Civil).

54 Art. 342.º do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 346.º, n.º 4 do mesmo Código.

55 Art. 343.º do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 346.º, n.º 4 do mesmo Código.

56 Art. 347.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

57 Art. 347.º, n.ºs 2 e 3 do Código da Propriedade Industrial.

58 Art. 347.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial.

59 Art. 347.º, n.º 4 do Código da Propriedade Industrial.

Encontra-se limitado, contudo, nessa determinação, a dois títulos. Por um lado, pela não oposição da parte lesada. Por outro lado, pela necessidade de respeitar uma moldura indemnizatória mínima (correspondente às remunerações que teriam sido auferidas pela parte lesada caso o infrator tivesse solicitado autorização para utilizar os direitos de propriedade industrial ou os segredos comerciais em questão, aos encargos suportados com a proteção do direito de propriedade industrial ou do segredo comercial e à investigação e cessação da conduta lesiva).⁶⁰

Os dois planos, que, como salientado, em princípio se articulam em regime de subsidiariedade do segundo relativamente ao primeiro (e, portanto, de alternatividade), podem, porém, passar a assumir carácter cumulativo (integral ou parcial) quando a conduta do infrator constitua prática reiterada ou se revele especialmente gravosa em relação à parte lesada.⁶¹

Mínimo denominador comum a qualquer um dos identificados critérios de definição de valor indemnizatório é, em qualquer circunstância, o dever de o tribunal fixar uma quantia razoável destinada a cobrir os custos (quando devidamente comprovados) suportados pela parte lesada com a investigação e a cessação da conduta lesiva.⁶²

4.2 Decisão inibitória

A par das decisões impositivas da adoção de uma conduta (e com elas cumuláveis), identificam-se as decisões condenatórias em comportamento omissivo.

Neste domínio, distingue-se também um regime e um regime particular (este aplicável quando esteja em causa a violação de segredos comerciais).

4.2.1. Regime geral

Com a adoção de medidas inibitórias (aplicáveis tanto ao infrator, como a qualquer intermediário cujos serviços estejam a ser utilizados por terceiros para violar direitos de propriedade industrial ou segredos comerciais)⁶³ pretende-se, nos termos da explicitação legal, assegurar o impedimento de continuação de prática da infração.⁶⁴

Sem pretensão esgotante, o legislador indica, como medidas (deste tipo) adotáveis a interdição temporária do exercício de certas atividades ou profissões; a privação do

60 Art. 347.º, n.º 5 do Código da Propriedade Industrial.

61 Art. 347.º, n.º 6 do Código da Propriedade Industrial.

62 Art. 347.º, n.º 7 do Código da Propriedade Industrial.

63 Art. 349.º, n.º 3 do Código da Propriedade Industrial.

64 Art. 349.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial. SALVADOR NUNES DA COSTA salienta que o decretamento destas medidas pressupõe a prévia formulação de pedido, nesse sentido, pelos interessados, "Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial", *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, p. 150.

direito de participar em feiras ou mercados e o encerramento temporário ou definitivo de estabelecimento.⁶⁵ O efetivo cumprimento voluntário de medidas inibitórias destinadas a assegurar a cessação de uma atividade ilícita é passível de ser promovida mediante condenação em sanção pecuniária compulsória.⁶⁶

4.2.2. Regime particular

Quando esteja em causa a violação de segredo comercial, o tribunal pode impor ao infrator: a cessação ou a proibição da utilização ou divulgação do segredo comercial (consoante este tenha já sido, ou não, objeto de violação); a proibição de produzir, oferecer, colocar no mercado ou utilizar mercadorias em infração e a proibição de importar, exportar ou armazenar mercadorias em infração para prosseguir esses mesmos fins.^{67 68}

Para tanto, deverá ter em consideração os requisitos gerais de concessão de providências cautelares e os requisitos de concessão de providências cautelares em caso de violação de segredos comerciais⁶⁹, podendo ainda tomar em conta o valor do segredo ou outras suas características específicas, as medidas tomadas a fim de os proteger, a conduta do requerido, o impacto da utilização ou divulgação ilegal, os interesses legítimos das partes, de terceiros e do interesse público e a salvaguarda dos direitos fundamentais, entre outros eventuais fatores.⁷⁰

Embora o tribunal possa limitar o período de duração das medidas inibitórias que imponha, impõe-se que, nessa definição, assegure a preservação de um horizonte de duração que se revele apto a eliminar qualquer vantagem comercial ou económica de que o infrator possa ter beneficiado em consequência da obtenção, utilização ou divulgação ilegal do segredo comercial.⁷¹

A extinção destas medidas obedece ao regime de extinção aplicável às medidas de preservação de prova (*supra* referido).⁷²

O decretamento judicial de medidas inibitórias pode não representar uma inevitabilidade, mesmo quando preenchidos os pressupostos do seu decretamento. Pode a pessoa que devesse ficar às mesmas submetida requerer que, em alternativa a

65 Art. 349.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial.

66 Art. 349.º, n.º 4 do Código da Propriedade Industrial.

67 Art. 356.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

68 No que diz respeito à violação de segredos comerciais, o prazo de prescrição é de 5 anos e tem início no momento em que o direito puder ser exercido. O regime de interrupção e suspensão obedece, em termos subsidiários e devidamente adaptados, ao regime de suspensão e interrupção previsto no Código Civil (art. 353.º do Código da Propriedade Industrial).

69 Art. 345.º do Código da Propriedade Industrial, por remissão, em cadeia, do art. 356.º, n.º 3 e do art. 354.º do mesmo Código.

70 Art. 356.º, n.º 1, 2.ª parte do Código da Propriedade Industrial.

71 Art. 354.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 356.º, n.º 3 do mesmo Código.

72 Art. 342.º do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 356.º, n.º 4 do mesmo Código.

essas medidas, haja lugar à sua condenação no pagamento de compensação pecuniária razoavelmente satisfatória à parte lesada.

Necessário será, porém, para tanto, demonstrar, por um lado, que a adoção desse regime alternativo se justifica por razões enquadráveis no âmbito do princípio da proporcionalidade (alegando e provando que a execução das medidas inibitórias causaria danos desproporcionados à pessoa sobre quem impendessem) e, por outro lado, o desconhecimento não culposo da violação de segredo (mediante alegação e prova de que a pessoa que deveria ser objeto das medidas inibitórias não tinha conhecimento – nem motivos para ter conhecimento – de que estavam em causa bens associados à violação de segredo comercial).⁷³

Se a pretensão formulada proceder – havendo assim lugar, em alternativa às medidas inibitórias, a fixação de montante compensatório –, o montante fixável encontra-se limitado no que diz respeito ao seu máximo, na medida em que o valor compensatório não poderá superar o montante de remunerações que teriam sido auferidas pela parte lesada caso o infrator tivesse solicitado autorização para utilizar os segredos comerciais em questão durante o período em que essa utilização estivesse proibida.⁷⁴

4.3. Decisão de sancionamento acessório

As decisões acima referidas correspondem a decisões adotadas a título principal.

Podem, contudo, ser complementadas por sanções acessórias, cujo regime é também permeado por especificidades caso esteja em causa a violação de segredo comercial.

As sanções acessórias traduzir-se-ão em medidas relativas ao destino dos bens em que se tenha verificado violação dos direitos de propriedade industrial ou dos segredos comerciais⁷⁵, bem como aos instrumentos utilizados no fabrico dos bens em que se manifeste violação dos direitos de propriedade industrial ou dos segredos comerciais.⁷⁶

Na determinação das medidas aplicáveis deve o tribunal tomar em consideração (à semelhança do que sucede em matéria de providências cautelares) os critérios previstos no art. 345.º do Código da Propriedade Industrial⁷⁷, bem como critérios de proporcionalidade em sentido amplo (devem as medidas ser adequadas, necessárias e proporcionais à gravidade da violação)⁷⁸ e os legítimos interesses de terceiros (em particular dos consumidores)⁷⁹. Estando em causa a violação de segredo comercial,

73 Art. 355.º, n.º 3 do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 356.º, n.º 4, 1.ª parte do mesmo Código.

74 Art. 355.º, n.º 4 do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 356.º, n.º 4, 1.ª parte do mesmo Código.

75 Art. 348.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

76 Art. 348.º, n.º 4 do Código da Propriedade Industrial.

77 Por remissão, em cadeia, dos arts. 355.º e 354.º do mesmo Código.

78 Art. 348.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial.

79 Art. 348.º, n.º 3 do Código da Propriedade Industrial.

o tribunal poderá, ainda, atender, designadamente, ao valor do segredo ou outras características específicas deste, às medidas tomadas a fim de os proteger, à conduta do requerido, ao impacto da utilização ou divulgação ilegal, aos interesses legítimos das partes, de terceiros e do interesse público e à salvaguarda dos direitos fundamentais.

No que respeita ao teor das medidas, determina o legislador, pela *positiva*, que estas podem incluir a destruição, a retirada ou a exclusão definitiva dos circuitos comerciais, sem que tanto implique atribuição de qualquer compensação ao infrator.⁸⁰ Estipula, também, agora pela *negativa*, que essas medidas não poderão, em caso algum, prejudicar a proteção do segredo comercial que esteja em questão⁸¹. Na mesma esteira, não é permitida a divulgação de segredo comercial contra a constituição de uma garantia.⁸²

À semelhança do que referimos quanto às decisões que decretam medidas inibitórias, pode o sujeito passivo das medidas requerer que, em alternativa a estas, seja proferida decisão condenatória no pagamento de compensação pecuniária razoavelmente satisfatória à parte lesada. Também aqui o sujeito passivo tem o ónus de provar, quer que a adoção desse regime alternativo se justifica por razões enquadráveis no princípio da proporcionalidade (mediante alegação e prova de que a execução das medidas inibitórias causaria danos desproporcionados à pessoa sobre quem impendessem), quer o desconhecimento não culposo da violação de segredo (mediante alegação e prova de que a pessoa que deveria ser objeto das medidas inibitórias não tinha conhecimento – nem razões para o ter – de que estavam em causa bens associados à violação de segredo comercial).⁸³ Em caso de deferimento do pedido, o montante compensatório não poderá ser superior ao montante de remunerações que teriam sido auferidas pela parte lesada caso o infrator tivesse solicitado autorização para utilizar os segredos comerciais em questão durante o período em que essa utilização estivesse proibida.⁸⁴

5. GRAU DE PUBLICIDADE PROCESSUAL

5.1. Publicidade da decisão

Se, de acordo com o regime geral previsto no Código de Processo Civil⁸⁵, as decisões são, por regra, públicas mas não publicadas, de acordo com o regime previsto no Código

80 Art. 348.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial.

81 Art. 355.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

82 Art. 354.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 355.º, n.º 2 do mesmo Código.

83 Art. 355.º, n.º 3 do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 356.º, n.º 4, 1.ª parte do mesmo Código.

84 Art. 355.º, n.º 4 do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 356.º, n.º 4, 1.ª parte do mesmo Código.

85 Pronunciámo-nos sobre o regime de publicidade e de segredo em processo civil, analisando o regime regra e as suas exceções (quer no sentido da ampliação do grau de publicidade, quer no sentido da sua restrição) em “Publicidade e segredo em Processo Civil – que fronteiras”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. III/IV, dezembro, 2020, pp. 633 a 665.

da Propriedade Industrial a vontade do lesado releva no que diz respeito à publicação da decisão final, na medida em que aquele beneficia do direito de requerer⁸⁶ ao tribunal que ordene a publicação dessa decisão.^{87 88}

A publicação é feita por extrato⁸⁹, a expensas do infrator⁹⁰, no Boletim da Propriedade Industrial ou através da divulgação em qualquer meio de comunicação que se considere adequado⁹¹. Do extrato constarão elementos da sentença e da condenação, bem como a identificação dos agentes.⁹² Este último elemento informativo (identificação dos agentes) não constará, porém, da publicação da decisão se o tribunal entender que a mesma não se justifica, atentos os potenciais danos que a publicitação dessa identificação possa vir a causar à reputação e à privacidade do infrator.⁹³

Impende sobre o tribunal o dever de preservar a confidencialidade dos segredos comerciais, bem como de, quanto a estes, tomar em consideração, designadamente, o valor do segredo ou outras suas características específicas, as medidas tomadas a fim de os proteger, a conduta do requerido, o impacto da sua utilização ou divulgação ilegal, os interesses legítimos das partes e de terceiros, o interesse público e a salvaguarda dos direitos fundamentais.⁹⁴

86 SALVADOR NUNES DA COSTA apresenta como possível justificação para o facto de a publicação pressupor a formulação desse pedido pelo lesado o facto de esse tipo de publicidade se poder revelar prejudicial a este último, “Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, p. 150.

87 Art. 350.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial. Como SALVADOR NUNES DA COSTA bem salienta, não obstante constar do teor literal da norma que o juiz *pode* ordenar a publicação, está em causa um verdadeiro poder dever, que não uma mera faculdade, “Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, p. 151.

88 De notar que as decisões finais relativas a ações propostas com base na proteção provisória não podem ser proferidas antes da concessão ou da recusa definitiva da patente, do modelo de utilidade ou do registo, suspendendo-se a instância uma vez finda a fase dos articulados (art. 5.º, n.º 3 da Código da Propriedade Industrial). Sobre o regime de defesa da propriedade industrial, em matéria de proteção provisória e de proteção prévia, à luz do regime vigente em 2009 (constante do D.L. n.º 36/2003, de 5 de março, com as alterações introduzidas em 2007 e em 2008), MIGUEL MOURA E SILVA, “A defesa dos direitos de propriedade industrial – protecção provisória e protecção prévia: breves notas”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), Vol. VI, Almedina, 2009, pp. 369-374.

89 Arts. 350.º, n.º 3 e 357.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

90 Art. 350.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

91 Art. 350.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial. SALVADOR NUNES DA COSTA observa que a adequação do tipo de publicação ao teor da decisão comporta a possibilidade de simultânea publicitação no Boletim da Propriedade Industrial e em outro meio de comunicação, “Alterações Processuais. Novos procedimentos para tutela da propriedade industrial”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, p. 151. Segundo o previsto na alínea h) do art. 375.º do mesmo Código, as decisões finais de processos judiciais sobre propriedade intelectual são publicadas no Boletim da Propriedade Industrial.

92 Arts. 350.º, n.º 3 e 357.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

93 Art. 357.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

94 Art. 354.º do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 357.º do mesmo Código.

No que em particular diz respeito às decisões finais de declaração de nulidade ou de anulação de patentes^{95 96 97}, de certificados complementares de proteção, de modelos de utilidade e de topografias de produtos semicondutores⁹⁸ (declaração que só pode resultar de decisão judicial⁹⁹), incumbe à secretaria do tribunal remeter a decisão definitiva, logo que transitada em julgado, ao INPI, I. P. (por transmissão eletrónica de dados, sempre que possível, ou em adequado suporte alternativo), a fim de que os

- 95 Os direitos emergentes de patentes e de modelos de utilidade, assim como de registos de topografias de produtos semicondutores, de desenhos ou modelos e de marcas e outros sinais distintivos do comércio e os direitos emergentes dos pedidos podem ser objeto de execução para realização coerciva de obrigação (através de penhora), de tutela cautelar conservatória (mediante arresto), de garantia real voluntariamente constituída (por via de penhor) e de outras apreensões de bens efetuadas nos termos legais (art. 6.º do Código da Propriedade Industrial).
- 96 Os processos de declaração de nulidade e de anulação podem ser da competência de tribunais judiciais (em caso de declaração de nulidade ou de anulação de patentes, de certificados complementares de proteção, de modelos de utilidade e de topografias de produtos semicondutores, bem como de declaração de nulidade ou anulação de registos de desenhos ou modelos, de marcas, de logótipos, de denominações de origem, de indicações geográficas e de recompensas quando resulte de um pedido reconvenicional deduzido no âmbito de uma ação que corra termos no tribunal) ou do INPI (quanto a declarações de nulidade ou a anulações de registos de desenhos ou modelos, de marcas, de logótipos, de denominações de origem, de indicações geográficas e de recompensas que não resultem de pedido reconvenicional deduzido no âmbito de uma ação que corra termos no tribunal), como se retira do art. 34.º, n.ºs 1 e 2 do Código da Propriedade Industrial. São diferentes os círculos de legitimidade ativa correspondentes a cada uma dessas hipóteses (art. 34.º, n.ºs 3 e 4 do mesmo Código). Na ordem jurídica brasileira a ação tendente à declaração de nulidade de patente pode ser intentada pelo INPI ou por qualquer pessoa com legítimo interesse, a todo o tempo de vigência da patente, podendo também a nulidade da patente ser arguida, em defesa, a todo o tempo (art. 56, §1 da Lei da Propriedade Industrial – Lei 9.279 de 14 de maio de 1996). A ação será apreciada pelo foro da Justiça Federal (art. 57 da mesma Lei). Para uma perspetiva de conjunto do regime da propriedade intelectual nesse ordenamento jurídico, quer numa perspetiva de direito interno, quer sob o ângulo internacional, CARLA EUGÉNIA CALDAS, *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*, Evocati, 2007.
- 97 O facto de uma patente ter por objeto um processo de fabrico de um produto novo gera inversão de ónus da prova, na medida em que, salvo prova em contrário, o mesmo produto fabricado por um terceiro será considerado como fabricado pelo processo patenteado (art. 99.º do Código da Propriedade Industrial). De notar que, antes da data do pedido ou da data da prioridade, quando esta é reivindicada, os direitos conferidos pela patente não são oponíveis a quem, de boa-fé, tenha chegado pelos seus próprios meios ao conhecimento da invenção e a utilizava ou fazia preparativos efetivos e sérios com vista a tal utilização (salvo se esse conhecimento tiver resultado de atos ilícitos ou contrários aos bons costumes, praticados contra o titular da patente), sendo que o ónus da prova dessa inoponibilidade impende sobre quem dela se pretenda fazer valer (art. 105.º, n.ºs 1 a 3 do Código da Propriedade Industrial). Em particular sobre as especificidades do regime de patentes no âmbito da biotecnologia, JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, “Patentes biotecnológicas e direitos de obtendor de variedades vegetais Diferenças de regime e pistas para a respectiva articulação”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), Vol. II, Almedina, 2002, pp. 163-231. O mesmo autor pronuncia-se, de modo desenvolvido, sobre o relevo e implicações da biotecnologia no âmbito da propriedade intelectual em “Biotecnologia(s) e propriedade intelectual. Direito de Autor. Direito de Patente e Modelo de Utilidade. Desenhos ou Modelos”, Almedina, 2007.
- 98 Especificamente sobre a tutela deste tipo de produtos, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Circuitos integrados: protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), Vol. II, Almedina, 2002, pp. 163-231. No sentido de que o imposto incidente sobre o software em licenciamento como mercadoria deve assumir natureza redistributiva, CARLA EUGÉNIA CALDAS BARROS, “É afinal software é mercadoria ou não?”, *PIDCC – Revista de Propriedade Intelectual, Direito Contemporâneo e Constituição*, Ano V, vol. 10, n.º 3, 2016, pp. 48-70.
- 99 Art. 34.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

respetivos texto, averbamento e aviso sejam publicados no Boletim da Propriedade Industrial.^{100 101}

Este regime é também aplicável aos recursos.¹⁰²

É igualmente ao seu abrigo que, quando o ente decisor seja tribunal arbitral¹⁰³, este pode determinar a publicidade da decisão final.¹⁰⁴

5.2. Publicidade do processo

Ciente do relevo do segredo comercial, o legislador procurou assegurar a sua tutela normativa em vários planos.

Desde logo, regulando a conduta de quem, com o propósito de obter informação com essa natureza sigilosa, ativamente interfere em domínio de dados cujo acesso lhe está vedado.

Pode, porém, suceder que o acesso a esse tipo de informação se verifique sem que seja necessário desenvolver qualquer atividade propositadamente destinada ao alcance desse fim. O processo judicial (sobretudo quando tenha por objeto matéria de propriedade industrial) pode, precisamente, tornar-se um natural manancial de informação representativa de segredo comercial.

100 Art. 34.º, n.º 5 do Código da Propriedade Industrial.

101 Na ordem jurídica brasileira as decisões de nulidade de patentes transitadas em julgado são objeto de anotação pública pelo INPI, a fim de ser assegurada a sua cognoscibilidade por terceiros (art. 57, §2 da Lei da Propriedade Industrial – Lei 9.279 de 14 de maio de 1996).

102 Art. 34.º, n.º 5 do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 46.º do mesmo Código.

103 Em matéria de propriedade industrial os tribunais arbitrais podem ser constituídos para o julgamento de questões suscetíveis de recurso judicial, mesmo quando existam contrainteresados, desde que estes aceitem o compromisso arbitral (art. 47.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial). O compromisso arbitral e a constituição (e funcionamento) do tribunal arbitral encontram-se regulados, respetivamente, nos arts. 48.º e 49.º (neste último caso, mediante remissão para a Lei da Arbitragem Voluntária) do Código da Propriedade Industrial. Em particular sobre a arbitragem em matéria de medicamentos de referência e genéricos, designadamente sobre o regime processual aplicável nesse domínio, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, “Arbitragem e propriedade industrial: medicamentos de referência e medicamentos genéricos”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 144, n. 3993, julho-agosto, 2015, pp. 424 e ss.. Quanto ao específico problema da dedutibilidade de providências cautelares, no âmbito arbitral, por empresas de medicamentos de referência, JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, “A arbitralidade dos litígios e a dedução de providências cautelares por empresas de medicamentos de referência, na sequência da aprovação de medicamentos genéricos”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1, 2014, pp. 33-99. No sentido de que “em casos de grande discrepância entre o mercado livre do medicamento genérico e o mercado coberto pela patente, as coordenadas fundamentais do ordenamento jurídico impõem a quem lança no mercado o medicamento genérico um dever de controlo sobre a fonte de perigo de lesão do direito privativo, abstendo-se de lançar no mercado quantidades desse medicamento claramente superiores à dimensão do mercado não coberto pela patente”, PAULA COSTA E SILVA e EVARISTO MENDES, *Liberdade de Empresa e Patente de Uso*”, *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*, coord. de Dário Moura Vicente e outros, Coimbra (Almedina) 2015, pp. 997-1013. Em particular sobre o direito da concorrência no âmbito dos medicamentos genéricos e o seu impacto na possibilidade de acesso a estes últimos, JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, “O direito de patentes, o sistema regulatório de aprovação, o direito da concorrência e o acesso aos medicamentos genéricos”, *Direito Industrial* (coord. José de Oliveira Ascensão), vol. VII, Almedina, 2010, pp. 285-373.

104 Art. 34.º, n.º 5 do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 47.º, n.º 3 do mesmo Código.

Na ausência de qualquer previsão regulativa sobre este aspeto (no sentido de assegurar a tutela do segredo), recorrer a juízo tornar-se-ia uma espada de dois gumes: *de um lado*, via necessária para obtenção de tutela judicial de posições jurídicas (violadas ou ameaçadas) em matéria de propriedade industrial; de outro lado, fonte de risco de conhecimento e indevida utilização por terceiros (isto é, por sujeitos não titulares do segredo) de informação representativa de segredo comercial que a parte houvesse de invocar em juízo como forma de instruir e assegurar tutela para a posição jurídica que aí pretenda fazer valer.

Compreende-se que o legislador se revele sensível à fragilidade que esta bivalência implicaria para o titular de direitos de propriedade industrial que recorra a tribunal. A titularidade do direito de acesso ao direito e aos tribunais não deve ser acompanhada por temor que iniba ou intensamente desestime esse acesso, sob pena de real não efetividade dessa garantia constitucional.

Duplicidade tanto mais incompreensível quanto esteja ao alcance do legislador a implementação de medidas normativas que tendencialmente neutralizem (ou consideravelmente minorem) esse fundado receio. Foi o que se pretendeu com as medidas adotadas no sentido de assegurar a preservação da confidencialidade dos segredos comerciais em processos judiciais.

Estas medidas abrangem o período de pendência do processo judicial e o período posterior à sua extinção. Consideremos, separadamente, cada um desses períodos.

5.2.1. Na pendência do processo judicial

No primeiro período prevalece a proibição, dirigida a quem seja parte em processo judicial ou tenha acesso aos documentos que o integrem, de utilizar ou divulgar qualquer segredo comercial ou alegado segredo comercial de que tenha tomado conhecimento em virtude dessa participação ou acesso e que o tribunal tenha identificado como confidencial em resposta a um pedido que a parte interessada haja formulado de modo devidamente fundamentado.¹⁰⁵

Essa proibição geral pode ser acompanhada, em cada concreto processo, pela adoção de acrescidas e específicas medidas de preservação de segredo comercial ou de alegado segredo comercial que seja utilizado ou mencionado no decurso desse processo, quando tanto se afigure necessário para salvaguardar o direito à ação e a um tribunal imparcial, bem como os interesses das partes ou de terceiros.

A adoção dessas específicas medidas não pressupõe a necessária formulação de pedido pela parte interessada; pode o tribunal decretá-las oficiosamente. Hão-de, porém, em qualquer circunstância, ser tomadas de acordo com critérios de proporcionalidade.

105 Art. 352.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

O conteúdo material destas especiais medidas não obedece a previsão taxativa, pelo que assume carácter exemplificativo a enunciação literal em que se prevê poder o tribunal: *i*) limitar (total ou parcialmente) a um número restrito de pessoas o acesso a documentos que tenham sido apresentados pelas partes ou por terceiros e que contenham segredos comerciais ou alegados segredos comerciais e *ii*) limitar a um número também restrito de pessoas o acesso a audiências, bem como aos respetivos registos e transcrições, quando exista a possibilidade de divulgação de segredos comerciais ou de alegados segredos comerciais.¹⁰⁶

De sublinhar, a este propósito, dois limites, comuns a estes dois tipos de medidas. No sentido de assegurar a observância do núcleo do princípio do contraditório impõe-se que no mencionado núcleo restrito de pessoas se inclua, pelo menos, uma pessoa singular de cada uma das partes e os respetivos mandatários (ou outros representantes). A fim de garantir, tão intensamente quanto possível, a preservação do segredo comercial, o número desse núcleo restrito de pessoas não deve exceder o necessário para assegurar o respeito do direito das partes à ação e a um julgamento imparcial.¹⁰⁷

No âmbito da legal enunciação exemplificativa de medidas adotáveis, neste contexto, pelo tribunal, inclui-se, ainda, a possibilidade de este disponibilizar às demais pessoas (não incluídas nas duas hipóteses acima referidas em *i*) e *ii*) uma versão não confidencial das decisões judiciais que se revele tuteladora do segredo comercial (isto é, uma versão de que tenham sido removidas ou ocultadas as passagens que contenham os segredos comerciais).¹⁰⁸

5.2.2. Após a extinção do processo judicial

O dever de confidencialidade manter-se-á, por princípio, mesmo após a extinção do processo judicial. Só assim não será em duas circunstâncias: *i*) se as informações em causa tiverem, entretanto, passado a ser conhecidas (ou a ser de conhecimento facilmente acessível) nos círculos de pessoas que normalmente lidam com esse tipo de informações¹⁰⁹ ou *ii*) se resultar de decisão transitada em julgado que o alegado segredo comercial não preenche os requisitos cumulativos que a informação deve reunir para que seja tutelável enquanto segredo comercial¹¹⁰. Requisitos que se traduzem no facto de a informação dever: assumir carácter secreto; beneficiar de valor comercial pelo facto de ser secreta e ser objeto de diligências razoáveis no sentido da manutenção da sua confidencialidade por parte da pessoa que detenha o respetivo controlo legal¹¹¹.

106 Art. 352.º, n.º 3, als. a) e b) do Código da Propriedade Industrial.

107 Art. 352.º, n.º 4 do Código da Propriedade Industrial.

108 Art. 352.º, n.º 3, al. c) do Código da Propriedade Industrial.

109 Art. 352.º, n.º 2, 2.ª parte do Código da Propriedade Industrial.

110 Art. 352.º, n.º 2, 2.ª parte do Código da Propriedade Industrial.

111 Art. 313.º do Código da Propriedade Industrial, por remissão do art. 352.º, n.º 2, 2.ª parte do mesmo Código.

A violação do dever de confidencialidade quanto a informação representativa de segredo comercial gera, por princípio, consequências para o infrator, como decorre do que *supra* se referiu quer quanto à possibilidade de condenação no pagamento de montante ressarcitório, quer quanto à prolação de decisões de natureza inibitória e acessória.

A aplicação das medidas, procedimentos e vias de reparação deve desenvolver-se em conformidade com o princípio da proporcionalidade e de modo a evitar abusos ou a criação de obstáculos ao comércio legítimo.¹¹²

Tais medidas, procedimentos e vias de reparação não serão adotados, porém, quando a obtenção, utilização ou divulgação de um segredo comercial se tenha verificado em contexto: *i*) de exercício do direito à liberdade de expressão e de informação (com inclusão do respeito pela liberdade e pelo pluralismo dos meios de comunicação social) consagrado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; *ii*) de revelação de má conduta, irregularidade ou atividade irregular, se a revelação tiver sido realizada pelo infrator para proteção do interesse público geral; *iii*) de divulgação por trabalhadores aos respetivos representantes quando estes se encontrem em exercício legítimo das suas funções representativas, nos termos legais, se tal revelação for necessária para o exercício dessas funções representativas ou *iv*) de proteção de um interesse legítimo e legalmente reconhecido.¹¹³

6. CONCLUSÃO

Não obstante a autonomia científica existente entre direito material e direito processual, conecta-os um duplo tipo de relação.

Por um lado, num plano geral, uma relação de instrumentalidade geral, na medida em que, no âmbito de um sistema de justiça pública (enquadrado em contexto de Estado de Direito), o processo (na dimensão de *due process of law*) representa a via constitucional e legalmente admitida, como regra, para a resolução de conflitos com relevo jurídico e, assim, para a prática e concreta realização do direito substantivo.

Instrumentalidade cuja efetividade assume natureza essencial, na medida em que constitui meio de garantia do direito constitucional de acesso ao direito e a tutela jurisdicional efetiva¹¹⁴.

Como JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA nota, “o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições

112 Art. 351.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial.

113 Art. 351.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

114 Art. 20º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa. No art. 5.º, XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil o direito de acesso à justiça encontra-se consagrado enquanto garantia de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema”.¹¹⁵

Tal efetividade pode implicar que o regime processual acompanhe, com previsões instrumentais (adjetivas) especiais, as especialidades que o regime substantivo assuma. Com o que se entra num segundo plano de instrumentalidade, dotado de nota de especialidade.

A técnica legislativa adotada no Código da Propriedade Industrial atualmente vigente em Portugal congrega os dois planos, na medida em que o legislador optou por assegurar a tutela jurisdicional dos direitos materiais aí regulados através de disposições adjetivas (instrumentais) especiais, complementadas pela aplicação subsidiária do regime instrumental geral (regulado no Código de Processo Civil).

Tais notas especiais respeitam a dimensões fulcrais do processo. Contendem, de modo direto, com áreas normativas que intensamente condicionam a preservação do efeito útil da ação (no que respeita às especialidades em sede de procedimentos cautelares), a efetividade de direitos processuais (no que concerne às medidas de obtenção e de preservação de prova), o teor da atividade jurisdicional (no que diz respeito aos critérios de decisão judicial) e a escala de divulgação do conteúdo da tramitação processual, bem como do seu resultado último (grau de publicidade processual).

O que nasce com vocação de especialidade pode, contudo, vir a assumir eficácia irradiante para quadrantes jurídicos não integrados nessa particular área. O que permite admitir como hipótese que algumas das notas especiais de regime que vimos de analisar – mormente as que relevam em sede de prova e de publicidade – possam (pelos seu relevo prático) vir a servir de mote inspirador para adoção de regime equivalente, devidamente adaptado, no âmbito do regime processual civil geral.

115 “Efetividade do processo e técnica processual”, *Temas de Direito Processual Civil*, Sexta Série, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 197.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

5

Do que se ocupa um(a) processualista?¹⁻²

What are the main concerns of a civil procedure expert?

Fredie Didier Jr.

Professor of Civil Procedure at the
Federal University of Bahia, Brazil, Lawyer

Sumário: 1. Nota introdutória: o tradicional objeto de investigação do processualista (as dimensões normativa, de participação e institucional); 2. Necessidade de ampliação do objeto de estudo: as diversas “portas de acesso à justiça” e o ensino do processo; 3. Repensando a dimensão normativa; 4. Repensando a dimensão da participação; 5. Repensando a dimensão institucional; 6. Duas considerações finais.

Resumo. O texto procura responder a uma das perguntas fundamentais da epistemologia da ciência do processo: do que deve ocupar-se um processualista? O artigo propõe uma revisão das dimensões tradicionais (normativa, de participação e

1 Texto-base da palestra proferida no *III Congresso do Instituto Carioca de Processo Civil*, Rio de Janeiro, em 24.11.2020.

2 Este artigo é também resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia, cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq respectivamente nos endereços dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053. O grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

institucional) e o acréscimo de dois novos objetos de estudo (as diversas portas de acesso à justiça e o ensino).

Palavras-chave. Epistemologia. Ciência do Processo. Norma processual. Justiça multiportas. Sujeitos do processo.

Abstract: The objective of the text is to answer one of the fundamental questions of civil procedure epistemology: what must concern a civil procedure expert? The article proposes a revision of the traditional dimensions (normative, participative, and institutional) and the addition of two new research subjects (the various doors of access to justice and teaching).

Keywords: Epistemology. Civil procedure science. Procedural law. Multidoor Courthouse System. Subjects of the procedure.

1. NOTA INTRODUTÓRIA: O TRADICIONAL OBJETO DE INVESTIGAÇÃO DO PROCESSUALISTA (AS DIMENSÕES NORMATIVA, DE PARTICIPAÇÃO E INSTITUCIONAL).

O objeto das preocupações dos processualistas vem-se transformando muito rapidamente, e com muita intensidade. Se comparamos a extensão da área de investigação desse ramo da ciência jurídica no final do século XX com o que temos hoje, a diferença é realmente significativa: basta confrontar os índices dos livros didáticos de processo civil para perceber isso.

Desde a inserção de temas dogmáticos tradicionalmente ligados a outras disciplinas (direitos fundamentais, controle de constitucionalidade, teoria das fontes do Direito, hermenêutica jurídica), até o reconhecimento de objetos novos de investigação (como as relações entre o processo e a tecnologia), parece clara uma tendência de ampliação do objeto epistêmico das ciências do processo.

Isso parece *bom* – embora reconheça ser fundamental questionarmos a correção desse caminho de expansão do universo processualista.

E essa transformação não tem sido objeto de reflexão pelos próprios processualistas.

E isso não é bom.

Pensar o *futuro* do processo – e, por tabela, do *ensino do processo* –, passa necessariamente pela resposta a esse questionamento epistemológico fundamental: sobre o que devemos nos debruçar?

É conhecida a ideia de que o estudo do “processo” deve ocupar-se das *normas jurídicas processuais*, dos *participantes do processo* (a interação entre eles, seus papéis e respectivas funções etc.) e da *administração judiciária*: dimensões normativa, da participação e institucional³.

3 Sir Jack Jacob. *The fabric of English Civil Justice*. London: Stevens, 1987, p. 2-3; MITIDIERO, Daniel. *A justiça civil – da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje*. São Paulo: RT, 2018, p. 8; ZANETI Jr., Hermes. *A constitucionalização do processo*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2021, no prelo.

Em vez de “civil procedure”, “civil justice”, que serve como designação de todo o sistema de administração da justiça civil. O Direito Processual Civil (em sentido estrito) seria apenas uma parte do estudo do “sistema de justiça civil”, e, portanto, também parte das preocupações dos processualistas.

A lição é boa e ajuda a responder à pergunta fundamental.

Partiremos deste trinômio: *normas, participantes e instituições*. Mas proponho algumas glosas, pois, ao que tudo indica, o objeto parece ser ainda mais amplo.

2. NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO: AS DIVERSAS “PORTAS DE ACESSO À JUSTIÇA” E O ENSINO DO PROCESSO.

Há duas outras dimensões que devem compor os estudos da Justiça Civil.

Meios de solução dos conflitos ou portas de acesso à justiça. A partir da premissa de que a “justiça” pode ser alcançada por diversas portas, e não apenas pela porta da “jurisdição estatal”, os outros meios de solução dos conflitos (e, conseqüentemente, de tutela dos direitos) passam a fazer parte do sistema de justiça civil e incorporam-se definitivamente ao âmbito de preocupação dos processualistas. A cartografia dos caminhos da Justiça é hoje uma das principais preocupações dos processualistas⁴.

Não é por acaso que: *i)* o CPC ponha a promoção pelo Estado da solução consensual do conflito como uma norma fundamental (art. 3º, § 3º), trate longamente sobre mediação e conciliação (arts. 165 e segs.) e traga uma série de regras sobre a arbitragem (art. 3º, §1º, 189, IV, 260, §3º, 337, §§ 5º e 6º, 485, VII, *fine*, 515, §1º, 1.061, CPC); *ii)* o Conselho Nacional de Justiça tenha tratado de regulamentar a conciliação e

4 Dois exemplos emblemáticos, ambos oriundos de professoras catedráticas: *a)* um dos trabalhos que Paula Costa e Silva apresentou para obtenção da cátedra de Processo Civil na Universidade de Lisboa foi, exatamente, SILVA, Ana Paula Costa e. *A nova face da Justiça – os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009; *b)* o último livro de Ada Pellegrini Grinover é uma proposta de reconstrução da Teoria Geral do Processo; ela apresenta um novo conceito de jurisdição, em que se insere o que chama de “jurisdição consensual” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade – fundamentos para uma nova Teoria Geral do Processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 18). Sobre o tema, a bibliografia entre os processualistas é cada vez mais vasta: ZANETI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia (coord.). *Grandes temas do novo CPC - Justiça multiportas*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018; LESSA NETO, João. “O CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2015, v. 244, p. 427 e segs.; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. “O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, v. 195, p. 185 e segs.; GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007; GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. *Tribunais Multiportas: pela efetivação dos Direitos Fundamentais de Acesso à Justiça e à razoável duração dos processos*. Curitiba: Juruá, 2014; NUNES, Juliana Raquel. *A importância da mediação e da conciliação para o acesso à justiça: uma análise à luz do novo CPC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; MARZINETTI, Miguel. *Justiça multiportas e o paradoxo do acesso à justiça no Brasil: da falência do poder judiciário aos métodos integrados de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2019; FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Tecnologia e justiça multiportas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

a mediação (Resolução n. 125/2010); *iii*) praticamente não haja uma obra sistemática sobre processo civil que não tenha ao menos um capítulo sobre as “outras técnicas de solução de conflito”; *iv*) os principais eventos científicos promovidos por associações científicas sobre o Direito processual prevejam painéis que abordam essa temática.

O acesso à justiça, tema clássico a que se dedicam processualistas de várias gerações⁵, passa a ser estudado também a partir dessa nova perspectiva.

Ensino e doutrina jurídicos. A compreensão da Justiça Civil passa, também, pela compreensão do ensino jurídico⁶ e da doutrina jurídica.

No fim das contas, inseri-los no âmbito de preocupação do processualista é uma forma de reconhecer o importante papel da doutrina no desenvolvimento do Direito. Debates sobre elaboração de currículo mínimo para os cursos de Direito e o desenvolvimento de uma história das ideias sobre a Justiça Civil e o processo são, por exemplo, indispensáveis⁷.

É possível inserir a *doutrina* na rubrica “normas jurídicas”, se a considerarmos fonte do direito, ainda que em sentido amplo. Mas parece mais proveitoso epistemologicamente aproximá-la do ensino jurídico, dando-lhes *status* de objeto específico de investigação.

Esses cinco elementos não são estanques, evidentemente. Há permanentes, inevitáveis e variadas interações entre eles⁸. A mistura que resulta dessas combinações

5 CAPPELLETTI, Mauro. “Acceso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero”. *Rivista di Diritto Processuale*, 1982, v. 37, p. 233-245; CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Ellen Gracie Northfleet (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997; SOUZA, Wilson Alves. *Acesso à justiça*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2011; NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999; QUEIRÓZ, Raphael Augusto Sofiati de (org.). *Acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; SOARES, Fábio Costa (org.). *Acesso à justiça: segunda série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (org.). *Acesso à justiça e efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; CASTILHO, Ricardo. *Acesso à justiça: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão*. São Paulo: Atlas, 2006; DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2007; GOMES NETO, José Mário Wanderley. *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013; PASSOS, José Joaquim Calmon de. “O problema do acesso à justiça no Brasil.” In: PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Ensaios e artigos*. v.1. Salvador: Editora Juspodivm, 2014; GORETTI, Ricardo. *Mediação e acesso à justiça*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017; CIANCI, Mirna. *O acesso à justiça e as reformas do CPC*. São Paulo: Saraiva, 2009.

6 Como tentei fazer para o ensino da Teoria Geral do Processo em DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 5ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

7 Como fizeram, por exemplo, MITIDIERO, Daniel. *A justiça civil – da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje*. São Paulo: RT, 2018, p. 8 e especialmente na p. 474-494; ZANETI Jr., Hermes. *A constitucionalização do processo*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2021, no prelo; JOBIM, Marco Felix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

8 Embora se refira apenas aos elementos profissional, institucional e normativo, a lição de Sir Jack Jacob é precisa: “These are not separate and self-contained areas of civil justice, since they intermesh and interact with each other, and indeed it is necessary as well as desirable to regard the subject of civil justice as single organic whole”. (Sir Jack Jacob. *The fabric of English Civil Justice*. London: Stevens, 1987, p. 3).

redunda numa dada *cultura processual*, que, mais simplificada, é resultante do modo como interagem todos esses elementos em uma dada comunidade em um dado momento histórico.

3. REPENSANDO A DIMENSÃO NORMATIVA.

O estudo das “normas processuais passará necessariamente, também, pela compreensão das respectivas fontes e das técnicas de interpretação e aplicação do Direito. Não é por acaso que *i*) o CPC está recheado de “normas de interpretação” (arts. 8º, 322, §2º, 489, §§2º e 3º, e 926); *ii*) há uma preocupação constante, entre os processualistas, em estudar a hermenêutica jurídica⁹ e as fontes do Direito.

Ainda na *dimensão normativa*, é preciso voltar os olhos às “boas práticas” processuais. A indeterminação, a vagueza ou mesmo a lacuna das disposições normativas processuais oferecem oportunidade para que os operadores do Direito – juízes, advogados, membros do Ministério Público, defensores públicos etc. – encontrem soluções práticas dogmaticamente interessantes e eficientes para o correto desempenho do sistema de Justiça.

Desde práticas em julgamentos colegiados (o relator anunciar previamente o resultado do seu voto, de modo a que o advogado possa, se for o caso, abdicar da sustentação oral, por ex.), as práticas em processos estruturais (audiência preliminar para conhecimento do caso, p. ex.); de práticas na arbitragem internacional relacionadas ao controle da imparcialidade do julgador (como os comportamentos devidos pelo árbitro no sentido de informar as partes, p. ex.), àquelas relativas à produção da prova (como os testemunhos em conferência, por exemplo).

O estudo das “boas práticas” tanto pode revelar que algumas delas se tenham transformado em verdadeiros “costumes processuais”, e, portanto, normas jurídicas, como também pode demonstrar o importante papel que a *soft law* cumpre em tema de processo.

Seguramente não é por acaso que o Conselho Nacional de Justiça se preocupa em editar tantas “recomendações”, muitas delas sobre o Direito processual¹⁰, que nada

9 Assim, por exemplo, MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. “Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, n. 75, p. 146-160.

10 Alguns exemplos de Recomendações do Conselho Nacional de Justiça relacionadas ao Direito Processual: *a*) n. 5/2006, recomenda o estudo da viabilidade da criação de varas especializadas em direito de família, sucessões, infância e juventude, e de Câmaras ou Turmas com competência exclusiva ou preferencial sobre tais matérias; *b*) n. 6/2007, recomenda aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Regionais do Trabalho e aos Tribunais de Justiça que adotem providências no sentido de que os acordos homologados judicialmente sejam valorados como sentenças, para todos os efeitos; *c*) n. 14/2007, recomenda aos Tribunais a adoção de medidas para dar prioridade aos processos e procedimentos em que figure como parte interveniente pessoa com idade

mais são do que o reconhecimento – e uma exortação – de boas práticas, que passam a ser “recomendadas” pelo órgão regulador do sistema judiciário brasileiro. O Conselho Nacional do Ministério Público vai na mesma linha, dedicando um setor da sua página na rede mundial de computadores à divulgação de “boas práticas”¹¹.

4. REPENSANDO A DIMENSÃO DA PARTICIPAÇÃO.

Na dimensão da “participação”, os estudos devem ir além das normas que regem as condutas processuais dos juízes, membros do Ministério Público, advogados e defensores públicos e auxiliares da justiça – exercentes das profissões jurídicas¹².

É preciso investigar a seleção, a formação,¹³ a deontologia e a responsabilidade (civil, penal e disciplinar) de todos esses atores – e esses temas nada têm de “processuais”, embora inequivocamente se relacionem com o “processo”.

superior a 60 anos, em qualquer instância; d) n. 22/2009, recomenda aos tribunais que priorizem e monitorem permanentemente demandas jurídicas envolvendo conflitos fundiários; e) recomenda aos juízes e tribunais a realização de mutirão para instrução e julgamento de processos criminais e sessões de julgamento do Tribunal do Júri; f) n. 38/2011, recomenda aos tribunais a instituição de mecanismos de cooperação judiciária entre os órgãos do Poder Judiciário, e dá outras providências; g) n. 54/2018, recomenda aos tribunais a não exigência de tradução de documentos estrangeiros redigidos em língua portuguesa; h) n. 56/2019, recomenda aos Tribunais de Justiça que promovam a especialização de varas e a criação de câmaras ou turmas especializadas em falência, recuperação empresarial e outras matérias de Direito Empresarial; i) n. 57/2019, recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial a adoção de procedimentos prévios ao exame do feito, e dá outras providências; j) n. 58/2019, recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação; k) n. 60/2019, recomenda aos juízes estaduais que mantenham a tramitação de processos previdenciários propostos antes da eficácia da Lei nº 13.876/2019 na Justiça Estadual; l) n. 63/2020, recomenda aos Juízes com competência para o julgamento de ações de recuperação empresarial e falência a adoção de medidas para a mitigação do impacto decorrente das medidas de combate à contaminação pelo novo coronavírus causador da Covid-19; m) n. 66/2020, recomenda aos Juízes com competência para o julgamento das ações que versem sobre o direito à saúde a adoção de medidas para garantir os melhores resultados à sociedade durante o período excepcional de pandemia da Covid-19; n) n.71/2020, dispõe sobre a criação do Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejusc Empresarial e fomenta o uso de métodos adequados de tratamento de conflitos de natureza empresarial; o) n. 76/2020, dispõe sobre recomendações a serem seguidas na gestão dos processos, em termos de ações coletivas, no âmbito do Poder Judiciário; p) n. 80/2020, recomenda aos Tribunais e outros órgãos do Poder Judiciário com atuação direta ou indireta sobre os Juizados Especiais a adoção de diversas medidas de aperfeiçoamento dos Juizados Especiais.

- 11 <https://www.cnpmp.mp.br/portal/servicos/101-enasp/216-boas-praticas>
- 12 Sir Jack Jacob refere-se à dimensão “profissional”, termo que pode ser submetido, com mais vantagem, por dimensão da participação ou dimensão pessoal. *The fabric of English Civil Justice*. London: Stevens, 1987, p. 2. Daniel Mitidiero usa termo “participação”, em vez de “profissional”, embora se refira, em texto explicativo posto entre parênteses, aos “advogados, juízes e membros do Ministério Público” (MITIDIERO, Daniel. *A justiça civil – da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje*. São Paulo: RT, 2018, p. 8).
- 13 “Todos estes estudos têm vindo chamar a atenção para um ponto tradicionalmente negligenciado: a importância crucial dos sistemas de formação e de recrutamento dos magistrados e a necessidade urgente de os dotar de conhecimentos culturais, sociológicos e económicos que os esclareçam sobre as suas próprias opções pessoais e sobre o significado político do corpo profissional a que pertencem, com vista a possibilitar-lhes um certo distanciamento crítico uma atitude de prudente vigilância pessoal no exercício das suas funções numa sociedade cada vez mais dinâmica e complexa”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. “Introdução à sociologia da administração da justiça”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, 1986, n. 21, p. 26).

Não é por acaso que: *i)* a *accountability* dos juízes tem sido objeto de estudos¹⁴⁻¹⁵ e encontros de processualistas; *ii)* qualquer investigação sobre imparcialidade do órgão julgador e dos membros do Ministério Público, e seus impactos no processo, não pode prescindir de uma análise sobre as normas que regulam seus deveres éticos e funcionais; *iii)* a estrutura e as funções do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, embora não sejam órgãos jurisdicionais, não possam ser ignorados em exposições sistemáticas sobre o processo civil brasileiro.

Além disso, é fundamental inserir os sujeitos processuais “não profissionais”, como as partes e aqueles que, embora ainda não se tenham incorporado ao processo, podem vir a sê-lo ou, mesmo não podendo, participam do processo de modo oculto¹⁶ – como, por exemplo, algum tipo de financiador do litígio. Embora não sejam integrantes formais do sistema de justiça, esses sujeitos são a sua própria razão de ser: o sistema é estruturado para esses participantes.

Nesse contexto, é importante reafirmar, por exemplo, a importância da distinção entre litigantes habituais (os *repeat players*) e os litigantes eventuais, seja para desenhar regras processuais com incentivos para o não uso do sistema estatal de justiça (pelos litigantes eventuais, inclusive), seja para impor, por exemplo, regras regulatórias que possam aprimorar a efetividade desse mesmo sistema de justiça.

Também não se pode ignorar o papel que alguns litigantes habituais, como os *marketplaces* (Mercado Livre, por exemplo), têm exercido no desenvolvimento de sistemas *on-line* de soluções de disputas (a “*odr*”, *on line dispute resolution*). A própria participação dos litigantes habituais na plataforma governamental www.consumidor.gov.br merece destaque, com índices altos de solução exitosa de conflitos¹⁷.

Aliás, a compreensão do fenômeno da “litigância repetitiva” é indispensável para a boa aplicação das normas do sistema de gestão e julgamento de casos repetitivos arquitetado pelo CPC (arts. 69, § 2º, VI, e 928, CPC). E não será possível compreender a litigância repetitiva sem compreender o litigante repetitivo.

Também não é por acaso que avultam estudos com novas reflexões sobre a participação de terceiros¹⁸ e o tema do financiamento dos litígios venha ganhando muita força¹⁹.

14 Por exemplo, LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: RT, 2000.

15 Por exemplo, MITIDIERO, Daniel (coord.). *Accountability e transparência na Justiça Civil*. São Paulo: RT, 2019.

16 Sobre terceiros ocultos, TEMER, Sofia. *Participação no processo civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 403-437.

17 MARQUES, Ricardo Dalmaso. “A resolução de disputas online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça”. *Revista de Direito e as novas tecnologias*. São Paulo: RT, 2019, v. 5.

18 Apenas para exemplificar: CINTRA, Lia. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz*. São Paulo: RT, 2017; COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018; TEMER, Sofia. *Participação no processo civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020; TALAMINI, Eduardo; SICA, Heitor; CINTRA, Lia Batista; EID, Elie (coord.). *Grandes temas do CPC – Partes e terceiros no processo civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

19 Sobre o financiamento dos litígios, e o interesse que processualistas passaram a ter sobre o papel deles, CABRAL, Antonio do Passo. “Convenções sobre o custo da litigância (II): introdução ao seguro e financiamento processuais”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2018, v. 277, p. 47-78; TEMER, Sofia. *Participação no processo civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 404-412.

5. REPENSANDO A DIMENSÃO INSTITUCIONAL.

Na dimensão “institucional”, devem ser investigadas não apenas relações entre órgãos judiciários: também é relevante compreender o modo como se estabelecem as relações entre os órgãos judiciários e outras *instituições*.

No primeiro caso, além de examinar a estruturação da administração judiciária, inclusive com reflexões sobre seu *design*, é fundamental aprimorar a dogmática e a prática das relações entre os órgãos judiciários (relações *interjudiciárias*), sendo essa a principal razão de o CPC ter dedicado um grande espaço ao regramento da cooperação judiciária, internacional e nacional²⁰.

No segundo caso, examinam-se as relações entre o Judiciário e outras instituições, estatais ou não, como os tribunais administrativos, a advocacia pública, os tribunais arbitrais e as serventias cartoriais extrajudiciais. Não é por acaso que: *i*) se tem admitido a cooperação judiciária *interinstitucional* (arts. 1º, II, 15 e 16 da Resolução n. 350-2020 do Conselho Nacional de Justiça); *ii*) o CPC se tenha preocupado em regular a *carta arbitral* (arts. 189, IV, e 260, §3º; art. 22-C, Lei n. 9.307/1996); *iii*) o §12 do art. 19 da Lei n. 10.522/2002 expressamente tenha previsto a celebração de negócios processuais entre o Poder Judiciário e a Advocacia Pública federal; *iv*) o CPC tenha cuidado, com extensão e minúcia inéditas, das relações entre Judiciário e as funções cartoriais (como, p. ex., arts. 53, III, “f”, 98, §1º, IX, §§ 7º e 8º, 384 784, XI), incluindo mudanças na Lei de Registros Públicos (art. 1.071, CPC).

6. DUAS CONSIDERAÇÕES FINAIS.

a) É inevitável pensar, ainda, de que modo a tecnologia impacta em todos esses objetos de investigação (normas, participantes, ensino/doutrina, administração judiciária e portas do acesso à justiça).

As relações entre o processo e a tecnologia atravessam todos os possíveis objetos de estudo de um processualista: como controlar a imparcialidade e a integridade no uso de algoritmos para auxiliar as decisões judiciais? De que modo a tecnologia pode auxiliar no acesso à justiça (o tema das “ODR’s – *on line dispute resolution*” volta à tona)? Como inserir as interações entre o processo e a tecnologia nos currículos acadêmicos? De que modo o Direito Processual pode incorporar, ao conteúdo de suas normas, sem o risco da obsolescência, as diversas dimensões das viradas tecnológicas? São inúmeras e infindáveis questões²¹.

20 Sobre a importância dos estudos sobre administração judiciária para um processualista, CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa – seis lições brasileiras*. Daniel Mitidiero, Bibiana Gava Toscano de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando (trad.). São Paulo: RT, 2017, p. 43.

21 Certamente não é por acaso que recente obra didática tenha dedicado um capítulo para tratar das interações entre o processo e a tecnologia: NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Teoria Geral do Processo: com comentários da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 113 e segs.

b) Esses mesmos objetos de investigação podem, evidentemente, ser abordados por uma perspectiva científica ou filosófica e, ambos os casos, não necessariamente de dogmática jurídica. Pode haver, por exemplo, uma sociologia das instituições judiciárias²², uma antropologia do Direito processual, uma psicologia da decisão, uma filosofia da justiça ou uma história das ideias sobre o processo²³.

Abordando inúmeros aspectos das relações entre o processo e a tecnologia, há importante coletânea: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo; NAVARRO, Erik (org.) *Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

- 22 A sociologia judiciária ou sociologia dos tribunais, exemplo de sociologia das organizações, pode ter por objeto o acesso à justiça, a administração da justiça (enquanto instituição política e organização profissional) e a litigiosidade social e os respectivos mecanismos de solução (SANTOS, Boaventura de Sousa. “Introdução à sociologia da administração da justiça”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, 1986, n. 21, p. 17).
- 23 Conteúdo que pode ser apresentado, ainda que em nível propedêutico, na disciplina introdutória sobre o Direito processual, como visto em DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 6ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021 (1ª edição em 2012).



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

6

Os precedentes judiciais entre "obrigatoriedade" e "poder persuasivo": notas comparativas e reflexões sobre o novo CPC brasileiro e sua "súmula vinculante"^(*)^(**)

Judicial precedents between "binding"
and "persuasive power": comparative notes
and reflections about the new Brazilian Code
of Civil Procedure and its "súmula vinculante"

Marino Marinelli

Professor of Civil Procedure at the University of Padova

(*) O escrito reproduz substancialmente, com adição das notas, o texto do relatório desenvolvido na conferência internacional de estudos "*Novas tendências do direito processual*", realizada em Curitiba (Paraná, Brasil), nos dias 19 e 20 de setembro de 2019, sob iniciativa e impulso dos amigos e colegas Antonio Cabral, Teresa Arruda Alvim e Sérgio Arenhart. O trabalho é dedicado à memória do professor Nicola Picardi, grande processualista italiano, que ao Brasil e, em particular, a Curitiba, era vinculado não só cientificamente, mas também no plano afetivo (Giovanni Picardi, o pai de Nicola, tinha cidadania brasileira: era nascido no estado do Paraná onde, especificamente em Curitiba, sua capital, viveram três gerações dos Picardi).

(**) Texto original traduzido por Fabiano da Rosa Tesolin.

Resumo: Neste texto, o autor faz uma comparação entre vários países no que diz respeito à autoridade dos precedentes judiciais. Entre esses países, também existem os de *common law*. Suas conclusões são no sentido de que, embora existam muitos pontos em comum o modo de pensar de um jurista de *civil law* sempre será muito diferente do de um jurista de *common law*.

Palavras-chave: *Stare decisis* – Precedente obrigatório – Precedente persuasivo – súmula vinculante – Jurisprudência vinculante – *Common law* – *Civil law*.

Abstract: In this text the writer makes a comparison between innumerable countries about the authority of judicial precedents. Between those countries, there are also those of *common law*. His conclusions are that, even if there are many common points, the way of thinking of a jurist of *civil law* will always be different of a jurist from the *common law*.

Keywords: *Stare decisis* – Binding precedent – Persuasive precedente – Súmula vinculante – Binding jurisprudence – *Common law* – *Civil law*

Sumário: 1. Premissa. - 2. A distinção entre precedente “vinculante” e “persuasivo” como uma das características fundamentais distintivas da *summa divisio* entre sistemas de *common law* e sistemas de *civil law*. - 3. Um *overview* sucinto (e fatalmente incompleto): os sistemas de *common law*. - 4 (continua). Os sistemas de *civil law*: Itália, França e ordenamentos da Europa Central. - 4.1 (continua). Espanha, Hungria e Bulgária como sistemas com “jurisprudência vinculante”. - 4.2 (continua). Um olhar sobre alguns ordenamentos da América Latina (Brasil, Chile, Colômbia, México e Venezuela). - 5. Conclusões: relatividade da distinção entre precedente “vinculante” e “persuasivo” e persistência de dois diversos modos de tratar o “precedente” judiciário (um “empírico-fatual”, outro “jurídico-normativo”). - 6 (continua). Observações posteriores e conclusivas.

1. Qualquer estudo – mesmo que de direito interno – a respeito de precedente judicial não pode eivar-se de se medir com sua dimensão estritamente comparatista. E, de resto, que a investigação comparatista seja inerente ao precedente – a não dizer algo mais – confirma-se plenamente na circunstância de que todos as contribuições mais autorizadas (recentes e menos recentes) sobre o tema, fizeram (e fazem) sempre referência aos estudos de direito comparado⁽¹⁾.

Na verdade, foi a própria pesquisa comparatista que – há algum tempo – chegou (se não a considerar inaceitáveis ou mesmo inúteis) a relativizar algumas tradicionais

(1) As referências à literatura poderiam ser mais amplas: limito-me aqui – na doutrina italiana – à recente monografia de Passanante, *Il precedente impossibile (contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile)*, Torino, 2019, especialmente 195 ss.

contraposições na matéria, mostrando que, sob esses rótulos (de certo modo, apaziguadores), esconde-se uma realidade bem mais completa e irregular⁽²⁾, que – se assim posso dizer – está em contínuo movimento, como testemunha também o amplo, intenso e (por vezes) sofrido debate que, na doutrina e jurisprudência brasileiras, acompanhou a introdução, no novo Código de Processo Civil de 2015, de normas sobre a obrigatoriedade do precedente judiciário e das “súmulas” (ou “máximas”) dos juízes supremos⁽³⁾.

Uma realidade que essa mesma expressão “precedente” – por si só – não está provavelmente em condições de explicar e abranger em sua absoluta totalidade. E, sobretudo quando se leem algumas recentes investigações sobre o tema⁽⁴⁾, surge a suspeita de que, por diversas partes, tenha-se tido a pretensão de chamar com o mesmo nome fenômenos que, ao invés disso, são diversos entre si (tanto que, a esse propósito, já se deveria talvez pensar em um diverso arcabouço semântico e conceitual).

2. Uma das tradicionais contraposições, às quais frequentemente se recorre para distinguir os vários tipos de precedentes, é a distinção entre precedente “vinculante” ou também “obrigatório” (horizontal e/ou vertical, dependendo se a obediência ao precedente refere-se ao mesmo juiz que proferiu a decisão ou a juiz inferior) e precedente “persuasivo” ou “de fato”⁽⁵⁾.

É sabido que, com essa dicotomia, refere-se a uma ou mais decisões judiciais anteriores, consideradas em seu próprio valor (mais ou menos estritamente) cogente ou puramente indicativo⁽⁶⁾ na comparação com um processo posterior que trate da mesma questão ou – mais frequentemente – sobre questão similar, que torne útil um cotejo (processo pendente atribuído ao mesmo juiz ou a um de competência inferior).

(2) V. as conclusões e referências feitas por Taruffo, *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 110 e ss., (estudo publicado também com o título *Note sul precedente giudiziale*, in *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, organizado por Carleo, Bologna, 2018, 105 ss.).

(3) V. por todos (nas revistas jurídicas em língua italiana), Lucon, *Il sistema dei precedenti nel c.p.c. brasiliano del 2015*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 271 ss., também Mitidiero, *Corti supreme, precedenti e giurisprudenza nel nuovo c.p.c. brasiliano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1009 ss., e suas posteriores referências de literatura brasileira (em especial os escritos de Marinoni). Em minha opinião, entretanto, permanece fundamental a pesquisa (diacrônica e sincrônica) de J. R. Tucci, *Precedente Judicial como Fonte do Direito*, São Paulo, 2004.

(4) V., na doutrina italiana, o já citado volume organizado por Carleo, *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti* (com contribuição de Legnini, Irti, Canzio, De Felice, pela mesma Carleo, também de Mottura, Guastini, Rordorf, Taruffo, Alpa, Anelli, Cavallone, Consolo, Di Porto, Gambaro, Vaccarella, Bichi, Covelli, Curzio, Patroni Griffi e Proto Pisani), também Passanante, *Il precedente impossibile* cit., especialmente 100 ss. e 185 ss.; na literatura brasileira, v. Tucci, *Precedente Judicial* cit., especialmente 170 ss.

(5) Sobre a qual, v. por todos – na doutrina italiana – o clássico trabalho de V. Marinelli, entrada “*Precedente giudiziario*”, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 2002, § 5 e, na literatura anglo-americana, Schauer, *Precedent*, in *Stanf. Law Review*, 1987, 571 ss.

(6) Sobre os diversos graus de intensidade dos precedentes judiciais (sejam “vinculantes” ou “persuasivos”), v. Schauer, *Precedent*, cit., 592-593 e mais recentemente, com riqueza de análise e referências, Arruda Alvim, *Modulação (Na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes)*, São Paulo, 2019, § 5.1.

Trata-se de uma distinção que, tradicionalmente, subentende e implica, no ponto, também uma contraposição entre os sistemas de *common law* e *civil law*. E, de fato, ainda hoje é difundida a afirmação de que, nos ordenamentos de *common law*, vigora a regra do precedente vinculante, ao passo que, naqueles ordenamentos de *civil law*, o precedente tem natureza meramente persuasiva⁽⁷⁾.

Contudo, parece-me que a análise comparatista evidencia como essa distinção deva ser aceita *cum grano salis*, sob o risco de revelar-se enganosa (por sinal, sob mais de um aspecto).

3. Se olharmos aos ordenamentos de *common law*, fica claro que o ordenamento inglês, que – como é sabido – é o “berço” do precedente e da doutrina do “*stare decisis*”, é aquele no qual, ainda hoje, o princípio do poder vinculante do precedente é aplicado com mais intensidade. E, todavia, (digo algo talvez conhecido por todos) nem mesmo lá a obrigatoriedade do precedente – que não nasceu com o *common law*, mas foi introduzida pela *House of Lords* somente na segunda metade dos anos 1800 com as famosas sentenças “*Beamish*”⁽⁸⁾ e “*London Tramways Company*”⁽⁹⁾ – tem valor absoluto.

De fato, com o célebre *Practice Statement* de 1966⁽¹⁰⁾, a *House of Lords* estabeleceu formalmente não estar vinculada mais aos próprios precedentes (em outubro de 2009, a *House of Lords* foi sucedida pela *Supreme Court for the United Kingdom* que, entretanto – por sua própria declaração – atua da mesma forma também com relação ao respeito aos precedentes)⁽¹¹⁾. Mas deve-se destacar que, concretamente, a mesma *House of Lords* usou com parcimônia esse poder denominado de “*overruling*”: são pouco mais de uma dúzia de casos nos quais – de 1966 em diante – o supremo juiz inglês modificou os próprios precedentes⁽¹²⁾.

Aqui, no entanto, a superação do vínculo ao precedente restringe-se somente à Corte Suprema (ou seja, para usar uma difundida distinção, só o precedente “horizontal”). De fato, a própria *House of Lords* – ao sancionar, com o *Practice Statement*, o abandono

(7) Também aqui, as referências poderiam ser ampliadas: v. Por todos – dentro da literatura comparativa – Peczenik, *The Binding Force of Precedent*, in *Interpreting Precedents*, organizado por MacCormick e Summers, London-New York, 1997, 461 ss., especialmente 463-464; na literatura jurídica italiana, v., também para posterior referência, Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 230 ss., também Rordorf, *Il precedente nella giurisprudenza*, in *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, cit., 89 ss., especialmente 93 ss.

(8) [1861], IX H.L.C., 274, especialmente 338-339; v. *amplius*, Murphy-Rueter, *Stare Decisis in Commonwealth Appellate Courts*, Oxford, 1981, 3 ss. E a relevância que, antes de tal decisão, mesmo na Inglaterra os precedentes judiciais tinham valor meramente persuasivo.

10 A força vinculativa do precedente introduzida com as sentenças “*Beamish*” e “*London Tramways Company*” foi então confirmada pela própria *House of Lords* no caso “*Admiralty Commissioners v. Valverda*” del 1938: v. Murphy-Rueter, *Stare Decisis* cit., 5.

(10) *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966], 1 W.L.R. 1234 (*Westlaw*). A questão que velava ao fundo do *Practice Statement* – que tramitou na *House of Lords* nos casos “*London Transport Executive v. Betts*” del 1959 e “*Myers v. Director of Public Prosecutions*” del 1965 – era “*if a fundamental principle should prevail over precedent*” (v. por todos, Murphy-Rueter, *Stare Decisis* cit., 6-7).

(11) V. Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 194-195 nota 23 ao final, e aí a referência à observação da própria *Supreme Court* com a sentença “*Austin v. Southwark London Borough Council*” de 2010.

(12) V., pelas referências apropriadas, Murphy-Rueter, *Stare Decisis* cit., 6-7.

da vinculação ao precedente "horizontal" – logo teve o cuidado de especificar: *"This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House"*⁽¹³⁾. Permaneceu, assim, inabalado a vinculação, para todas as outras cortes inferiores, aos precedentes das cortes superiores e, no caso da *Court of Appeal* londrina (que tem, como é sabido, uma competência extensa e relevante), também aos próprios precedentes, (salvo – embora limitadíssimas – exceções listadas na célebre sentença *"Young v. Bristol Aeroplane Company"* de 1944)⁽¹⁴⁾.

Em suma, o modelo inglês – para usar as palavras de um hábil comparatista como Peczenik⁽¹⁵⁾ – *"is the strictest form of precedent: formally binding and with few possibilities for departure"*.

O acima observado, entretanto, não deve levar a crer que em todos os ordenamentos de *common law* – "derivados" de muitos modos daquele inglês – os precedentes judiciais funcionem da mesma forma e, sobretudo, sejam dotados (quantitativa e qualitativamente) da mesma força vinculante.

Mais particularmente, se analisarmos o caso dos Estados Unidos da América, é um fato dado pela literatura comparatista que aqui não há um sistema de precedentes paralelo ao inglês, pelo menos no sentido de que os precedentes absolutamente obrigatórios não existem. Observava isso com clareza, na Itália (mesmo ao final dos Anos 30 do século passado), Micheli em um estudo breve mas profundo⁽¹⁶⁾ e o confirmou – cinquenta anos depois – Mattei com suas pesquisas sobre o valor do precedente judiciário nos Estados Unidos⁽¹⁷⁾.

Ademais, são os próprios estudiosos norte-americanos que advertem que nos EUA, diversamente do sistema inglês, os juízes (especialmente a Suprema Corte e – mais em geral – as cortes superiores) aplicam os precedentes com notável discricionariedade e flexibilidade⁽¹⁸⁾ e que (malgrado o *Practice Statement* aprovado em 1966 pela *House of Lords*) *há razões para entender que a regra do "stare decisis" continue a ser observada com maior rigor por parte dos juízes ingleses que dos estadunidenses*⁽¹⁹⁾.

(13) *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966], 1 *W.L.R.* 1234 cit.

(14) [1944], 1 *K.B.* 718: v. *amplius*, Murphy-Rueter, *Stare Decisis* cit., 15 ss. e 43 ss. E também a referência à importante sentença *"Farrel v. Alexander"* del 1976.

(15) Peczenik, *The Binding Force of Precedent*, cit., 463.

(16) V. Micheli, *Contributo allo studio della formazione giudiziale del diritto. "Case law" e "stare decisis"*, Pavia, 1938, especialmente 54-55.

(17) V. Mattei, *Stare decisis: il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988, especialmente 299 ss. e 309 ss.; sobre essa abordagem também se encaminha a discussão comparativa de Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 198 ss.

(18) V. por todos, Spriggs, II-Hansford, *The U.S. Supreme Court's Incorporation and Interpretation of Precedent*, in *Law & Society Review*, 2002, 139 ss., especialmente 154-155 e aí a relevância de que as cortes americanas (não só a Suprema) tendem a desvincular-se do precedente *"when they consider it outdated, if it produces undesirable results or if it is based on poor legal reasoning"*

(19) Isso, por diversos motivos (que são contudo bem conhecidos): v. *amplius*, na própria literatura inglesa, Cross & Harris, *Precedent in English Law*, Oxford, 2004, especialmente 19 ss., que a esse respeito acentuam a multiplicidade das jurisdições típica do sistema americano e então, sobre o fato de que nos EUA a Suprema Corte desenvolve não só um controle de constitucionalidade em razão de uma constituição escrita, mas

Se, então, se observam alguns entre os mais importantes ordenamentos da *Commonwealth* (Canadá, Austrália, Nova Zelândia⁽²⁰⁾ e Cingapura⁽²¹⁾), pode-se dizer, com boas razões, que – obviamente tomadas em considerações as especificidades de cada sistema – a regra do precedente vinculante seja sim aplicada na dimensão “vertical”, mas seja completamente superada em sua dimensão “horizontal”. Isso também em virtude e ao término de um mais ou menos gradual processo de superação do vínculo aos precedentes judiciais da mãe-pátria inglesa. Processo no qual se insere a abolição da possibilidade, há um tempo prevista em tais sistemas, de recorrer-se àquele peculiar juiz de (extraordinária e) última instância que era (e ainda é agora para alguns países da *Commonwealth*) o *Judicial Committee* do *Privy Council* inglês.

Heterogêneo é também o quadro oferecido pelo exame de algumas das assim ditas “*mixed jurisdictions*”, isto é, de jurisdições pertencentes a sistemas de normas qualificadas como “híbridas”, já que influenciadas seja pelo *common law* seja pelo *civil law*.

Do que me consta, por exemplo, na Escócia, o precedente surge substancialmente dotado da mesma (notável) força vinculante que tem – quantitativamente e qualitativamente – no ordenamento inglês⁽²²⁾. O mesmo se verifica na África do Sul, cujo direito – sustenta-se – evidencia, também neste específico aspecto, uma profunda e inegável “*infusion of English law*”⁽²³⁾.

Ao invés disso, na Louisiana⁽²⁴⁾ e em Quebec⁽²⁵⁾, a doutrina do “*stare decisis*” não é considerada aplicável (a despeito da presença de algumas “*dissenting opinion*”)⁽²⁶⁾: aos precedentes judiciais é principalmente assegurado um valor puramente indicativo⁽²⁷⁾.

nesse aspecto “*the term of that document are governing factor and the case-law on the meaning of those terms is only a secondary consideration*” (assim, Cross & Harris, *Op cit.*, 20). V. também os apontamentos de Garvey Algero, *The Sources of Law and The Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation*, in *Louisiana Law Review*, 2005, 139 ss., especialmente 154-155.

- (20) V. – também pelas apropriadas referências jurisprudenciais – Murphy-Rueter, *Stare Decisis cit.*, 19 ss., especialmente 19-20, 22, 24, 55, 57-58, 66.
- (21) V. – também para referências posteriores – K.B. Tan, *Law and Values in Governance: The Singaporean Way*, in *Hong Kong Law Journal*, 2000, 91 ss., especialmente 96, ainda *Id.*, *We v I: Communitarism Legalism in Singapore*, in *Australian Journal of Asian Law*, 2002, 1 ss., especialmente 23 ss.
- (22) V. – também para referências posteriores – Walker, *Judicial Decisions and Doctrine in Scots Law*, in *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions*, organizado por Dainow, Baton Rouge, 1974, 202 ss., especialmente 209-211.
- (23) Nesses termos, Kahn, *The Role of Doctrine and Judicial Decisions in South African Law* (no excelente volume organizado por Dainow citado *supra* na nota. 22), 224 ss., especialmente 236.
- (24) V. Venturatos Lorio, *The Louisiana Civil Law Tradition: Archaic or Prophetic in the Twenty-First Century?*, in *Louisiana Law Review*, 2002, 1 ss., e referências posteriores.
- (25) V. – também para referências posteriores – Valcke, *Quebec Civil Law and Canadian Federalism*, in *Yale Journal of International Law*, 1996, 67 ss., especialmente 84 ss.
- (26) Como aquela de J.L. Baudouin, *The Impact of the Common Law on the Civilian Systems of Louisiana and Quebec*, in *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions*, cit., 1 ss., com a qual, em boa medida, as cortes da Louisiana e de Quebec tratariam os precedentes judiciais com a mesma *forma mentis* dos *common lawyers*.
- (27) Para a análise das razões que levam esses sistemas jurídicos (especialmente o da Louisiana) a decifrar no precedente judicial uma “*persuasive source of law*”, remeto às considerações de Barham, *A Renaissance*

4. Voltando a atenção, agora, aos ordenamentos de *civil law*, em princípio, na minha opinião pode-se dizer sem dúvida correta a afirmação de que o precedente judicial não tem eficácia vinculante.

Todavia, aqui também é preciso cuidado ao tomar, precipitadamente, conclusões indevida e exasperadamente generalizadas⁽²⁸⁾.

Vejamos, antes de mais nada, a Itália, a França e os ordenamentos da Europa Central (Alemanha, Áustria e Suíça).

Seguramente, trata-se de sistemas com *backgrounds* histórico-culturais – em relação à posição e função do juiz – são diferentes entre si.

Parte-se do modelo francês do juiz “à la Montesquieu” (juiz com “*être inanimé*” e “*bouche de la loi*”)⁽²⁹⁾ à peculiar compreensão – por muitos motivos declaradamente oposta^(29bis) – do papel do juiz própria da cultura jurídica alemã. Juiz ao qual – também em virtude do notável influxo da escola do direito livre e da jurisprudência dos interesses – deviam reconhecer a autonomia e a dignidade própria de um soberano (“*Richterkönigtum*”, segundo a fórmula – ainda que quase intraduzível – cara a Ernst Fuchs)⁽³⁰⁾; um sujeito chamado a decidir com plena consciência do valor e da função social própria de toda disposição normativa à qual se atribuía, em casos extremos, inclusive o poder de decidir *contra legem*⁽³¹⁾.

Mais ainda: tenha-se em mente a visão de Franz Klein – que permeia a legislação processual austríaca – do processo civil como “instrumento para a educação e para o bem estar social” que tem no juiz (e em sua “*materielle Prozeßleitung*”) o motor fundamental⁽³²⁾, bem como o célebre art. 1 do Código Civil Suíço, o qual, dispondo

of the Civilian Tradition in Louisiana, in *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions*, cit., 38 ss., especialmente 49.

- (28) Por último, evidencia-o Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 201-202, que, por sua vez, utiliza uma observação de Picardi, *Appunti sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 201 ss., especialmente 203.
- (29) Ideia bem refletida no lema do professor Joseph Bugnet, feito orgulhosamente pelos exegetas do *Code civil*: “*Je ne connais pas le droit civil, j’enseigne le Code Napoléon!*” (v. por todos, Bonnecase, *La pensée juridique française*, Paris, I, 1933, 292 e 524 ss.).
- (29bis) V. *amplius*, a bela monografia de Regina Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a.M., 1986, especialmente 191 ss. e outras referências.
- (30) V. Fuchs, *Schreibjustiz und Richterkönigtum. Ein Mahnruf zur Schul- und Justizreform*, Leipzig, 1907, *passim* especialmente 109 ss.
- (31) V. Kantorowickz (Gnaeus Flavius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906 (rist. Baden-Baden, 2002), 38 ss. e 46 ss. e também Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1903 (rist. 1973), 21 ss. Como já se observou no texto, a teoria do “*Richterkönigtum*” colocava-se em direta e polêmica contraposição ao modelo francês do “juiz boca da lei”, considerado uma “máquina de sentenciar”, “um operador autômato que segue leis mecanicistas” (v. por todos, Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1914, 4 ss., também Fuchs, *Verhältnis der Freirechtslehre zum deutschen und ausländischen Rechtsdenken*, in *Die Justiz*, 1925/1926, 349 ss.).
- (32) Remeta-se a *Die Aktualität der Prozess- und Sozialreform Franz Kleins*, organizado por Marinelli, Bajons e Böhm, Wien, 2015, pp. 1-394 (com contribuição dos três organizadores e de Azizi, Nörr, Consolo, Chizzini, Leipold, Trocker, König, Konecny, Brauner, Schurr, Nogler e Picardi).

que o juiz – quando faltar uma norma de direito escrito ou costumeiro – decide o caso concreto “em virtude da regra que ele instituiria se fosse o legislador”, codifica o imperativo categórico da razão prática de Kant⁽³³⁾.

Todavia, parece-me que – de relance – possa-se dizer sem dúvida que, nesses sistemas, a jurisprudência, já tendo há algum tempo um peso indubitavelmente mais relevante na interpretação também “criativa” das disposições da lei (basta que se pense, por exemplo, sobre a “concretização” judicial das ditas “cláusulas gerais”, como aquela sobre boa-fé)⁽³⁴⁾ não implica propriamente um vínculo aos juízes sucessivos⁽³⁵⁾.

Ademais, mesmo nesses sistemas às vezes registram-se, entre os estudiosos e/ou na jurisprudência, posições no sentido de reconhecer uma eficácia estritamente vinculante aos precedentes judiciais (especialmente àqueles das cortes superiores)⁽³⁶⁾.

Trata-se de posições, contudo, que permanecem isoladas (de qualquer forma, minoritárias)^(36bis) nas quais – parece-me – algumas vezes o “*credo quod cupio*” ou o “*wishful thinking*” assume o controle, assim acaba forçando de maneira excessiva e indevida os dados (antes de tudo aqueles juspositivos) presentes nesses sistemas, que não oferecem (ainda) elementos suficientemente seguros para atribuir uma força propriamente “vinculante” ao precedente judicial.

Além disso, o fato de que esses sistemas – aplicando a dicotomia “precedente vinculante/precedente persuasivo” – confluam *en bloc* para o “contingente” do precedente persuasivo não deve induzir a reflexões muito simplistas ou levianas.

Nesses ordenamentos, (como, de resto, em muitos outros nos quais ao precedente judicial é atribuída somente uma força orientadora) não se pode afastar “ingenuamente”

(33) Já o notava, com a sabida e inigualável fineza, Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, 1925, 160-161, e também a relevância que o poder discricionário do juiz – sobre cuja base é fixada essa regra – assume apenas em referência a determinado caso concreto: o juiz substitui-se ao legislador apenas “hipoteticamente”, não lhe é assegurada nenhuma função legislativa.

(34) Fenômeno relevantíssimo sobretudo no ordenamento alemão: v. por todos, Auer, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*, Tübingen, 2005, especialmente 102 ss., 126 ss. e 138 ss., e posteriores referências; v., a tal propósito, também as páginas dedicadas à “*transformation of the German law as a case-law revolution*”, no belo livro de Dawson, *The Oracles of the Law*, Westport-Connecticut, 1968 (rist. 1978), 432 ss., especialmente 461 ss.

(35) Isso vale também para o ordenamento suíço, no qual a regra fixada pelo juiz com base no art. 1º do Código Civil nunca assume a abrangência de norma geral, mas é somente um “elemento da sentença”, que, por si só, não é idôneo para adquirir força de coisa julgada: v. em tal sentido, Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, cit., pag. 161, e as referências às opiniões de Wach e Somló.

(36) V., por uma resenha rápida, Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 201 ss., também – com relação específica à jurisprudência administrativa italiana – De Siano, *Precedente giudiziario – Il principio di diritto espresso dall’Adunanza Plenaria quale norma giuridica*, in *Giur. it.*, 2018, 7, 1687 ss.

(36bis) Como, por exemplo, na Alemanha as teses de Kriele e Alexi que atribuíam ao precedente uma “força vinculativa presuntiva”, ou seja uma perturbação do ônus de demonstrar sobre quem – daquele precedente – pretenderia distanciar-se (v. *amplius*, a reconstrução de Sartor, *Il precedente giudiziale*, in *Contr. Imp.*, 1996, 234 ss., especialmente 267 ss.).

da jurisprudência formada, especialmente daquela da corte suprema⁽³⁷⁾. O juiz que – sobre uma ou mais questões específicas – distancie-se sobretudo da orientação da própria Suprema Corte obriga-se a motivar o ato (mais ou menos vigiado), devendo ilustrar as razões que o levaram a afastar-se dessa jurisprudência. E tal distanciamento, se considerada incongruente ou indevida, mesmo que não seja considerado para efeitos de uma medida prevista nos regramentos *ad hoc* (como, ao contrário, ocorre com a “reclamação” nos termos do art. 988 do novo Código de Processo Civil brasileiro)⁽³⁸⁾, constitui motivo de censura da decisão, eficazmente dedutível em sede de recurso^(38bis).

De fato, na Itália (depois das reformas do CPC de 2006 e 2016), muitas vezes ocorre que a Suprema Corte se, durante o exame das preliminares do *ricorso in cassazione*, entende que a decisão impugnada – com relação a uma ou mais questões específicas de direito – tenha patente e incongruentemente violado a própria jurisprudência, decide com procedimento acelerado e simplificado, previsto no art. 380-*bis* do CPC italiano, em casos de “manifesta razão” do recurso⁽³⁹⁾.

Nesses sistemas, além disso, na jurisprudência das respectivas Cortes Supremas, é frequente a afirmação de que até mesmo o juiz supremo, embora não vinculado aos próprios precedentes, quando tiver de desviar-se deles em virtude de razões (se não graves, ao menos fortes), tem o dever de justificar.^(39bis) E, aliás, quem estudou, conhecendo a relativa e complexa língua, alguns ordenamentos do Extremo Oriente, como Japão⁽⁴⁰⁾, Coreia do Sul⁽⁴¹⁾ e Taiwan⁽⁴²⁾ – do que pude constatar – descreve, no ponto de precedente judicial, um panorama muito similar ao dos sistemas euro-continentais.

E ainda: nesses mesmos sistemas, às vezes, é o mesmo legislador que intervém – se posso assim dizer – para “fortalecer” a persuasão da jurisprudência da própria Suprema Corte. E isso em duas diversas direções: seja em referência ao mesmo juiz supremo seja com relação às partes do processo.

(37) V. por todos, Curzio, *Il giudice e il precedente*, in *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, cit., 239 ss., com considerações que estão bem ligadas aos sistemas com precedente judicial dito “persuasivo”.

(38) V. por todos, Arruda Alvim, *Modulação* cit., § 5.2, e referências posteriores.

(38bis) Já o evidenciava Picardi, *Appunti sul precedente* cit., 206-207. E, de resto, isso emerge claramente do interessante e útil *report* dell’Ufficio Relazioni Internazionali della Cassazione Italiana (v. *Questionario sul “precedente giudiziario”*, organizado por Corbo e Grasso, Roma, 2018, pp. 1-65).

(39) V. De Cristofaro, *Art. 380-bis*, in *C.p.c. Commentario*, diretto da Consolo, Tomo II, Milano (VI ed.), 1718 ss., com ampla indicação de literatura.

(39bis) V. – também para referências jurisprudenciais apropriadas – Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 240-241.

(40) V. Itoh, *The Role of Precedent at Japan’s Supreme Court*, in *Washington University Law Review*, 2011, 1631 ss., especialmente 1632 e 1640.

(41) V. de Santa Cruz Oliveira-Garoupa, *Stare Decisis and Certiorari arrive to Brazil: A Comparative Law and Economics Approach*, in *Emory International Law Review*, 2012, 555 ss., especialmente 580.

(42) V. de Santa Cruz Oliveira-Garoupa, *Op. ult. cit.*, 579-580.

Por exemplo, no sistema italiano, o art. 374, III, do CPC – reformado em 2006 – prevê que, se uma seção simples da Corte de Cassação não compartilha uma interpretação (“princípio de direito”) sobre determinada questão, estabelecida pela própria Corte de Cassação em Sessão Reunida (ou seja, em sua composição mais importante), não pode decidir em discrepância (assim “rebelando-se” contra seu *Plenum*), devendo reenviar tal questão àquela Seção Reunida ⁽⁴³⁾.

Um mecanismo semelhante é previsto, também na Itália, pelo art. 99, III, do Código de Processo Administrativo de 2010 também pelos “princípios de direito” enunciados, no processo administrativo, para o *Plenum* do respectivo juiz supremo, ou seja a *Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, com o intuito de dirimir a controvérsia jurisprudencial ou então “em face da presença de questões principiológicas de particular importância” ⁽⁴⁴⁾. E mais: um mecanismo similar – ao menos para a opinião prevalente – funciona também para os “precedentes” (isto é, para as sentenças interpretativas em matéria de “questões prejudiciais”) da Corte de Justiça da União Europeia. O juiz do Estado-parte da UE que se depara com uma questão de direito europeu a respeito do qual já existe um precedente “interpretativo” da Corte de Justiça Europeia, ou simplesmente se atém ao precedente, ou, se não concorda com ele ou se está em dúvida quanto a tal obediência, envia novamente a questão à Corte de Justiça ⁽⁴⁵⁾.

E, sempre na Itália, o art. 360-*bis*, n. 1, do CPC, fruto da reforma de 2009, atribui à “jurisprudência” da Suprema Corte uma função de “barramento” dos recursos de cassação, dispondo que o recurso é declarado inadmissível quando a decisão impugnada resolveu questões de direito de modo conforme à jurisprudência da Cassação e a irrisignação proposta não oferece elementos para reformar essa jurisprudência. ⁽⁴⁶⁾. E ainda em tal caso, frequentemente ocorre que a Suprema Corte se, durante o exame preliminar do recurso de cassação, considerar incidir o art. 360-*bis*, n. 1, do CPC, decida no procedimento acelerado e simplificado, previsto no art. 380-*bis*, do CPC, nos casos de “manifesta inadmissibilidade” do recurso.

(43) E isso também se tal norma não tem uma formulação desejável, tanto é que, a respeito dele, na doutrina italiana houve grande debate (também porque não se esclarece o que acontece se o órgão fracionário – que não compartilha o precedente ou os precedentes do órgão reunido – não encaminhar a questão ao *Plenum*, decidindo então em disparidade): v., para uma revisão das diversas posições a esse respeito, Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 232 ss.

(44) Evidencia-o, L. P. Comoglio, *Riflessioni su rule of law e “precedente” giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, § 5 (texto e nota 80).

(45) A respeito do dito “precedente comunitário”, v. *amplius*, Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 218 ss., também para referências posteriores (também a tese, apesar de minoritária, de matriz francesa, segundo a qual a sentença interpretativa da Corte de Justiça teria a “*autorité de la chose interprétée*”, incorporando-se na disposição interpretada e adquirindo assim uma verdadeira e própria eficácia normativa vinculante para todos os juízes da União Europeia).

(46) V. por todos, De Cristofaro, *Art. 360-bis*, in *C.p.c. Commentario*, diretto da Consolo, Tomo II, cit., 1523 ss., também para referências posteriores (e literatura); mas v., também e sobretudo, as observações (*more solito* penetrantes) de Consolo, *Il valore del precedente fra interpretazione giuridica e scandaglio del fatto del caso concreto*, in *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, cit., 161 ss., especialmente 163.

Estamos, portanto, na presença de um “filtro de barreira” da impugnação em último grau – frequentemente usado para “cortar caminho” substancialmente *in limine* sobre as questões (também e, sobretudo, “repetitivas”), sobre as quais a Suprema Corte já formou uma orientação (mais ou menos) consolidada – que é semelhante (ainda que menos severa e com operabilidade mais restrita) àquela prevista nos arts. 332, 927 e 932 IV do novo CPC brasileiro^(46bis), em favor das decisões fixadas em matéria de “demandas repetitivas” ou “recursos extraordinário e especial repetitivos”⁽⁴⁷⁾.

4.1. Por outro lado, permanecendo sempre no continente europeu, estudos recentes comparatistas⁽⁴⁸⁾ evidenciam como há alguns ordenamentos (precisamente: Espanha, Bulgária e Hungria) menos conhecidos e estudados, mas ainda assim ligados à tradição da *civil law*, nos quais vige disposição (inclusive) legislativa, que sob determinadas condições, estabelece a obrigatoriedade (sobretudo para os juízes inferiores) de alguns pronunciamentos (especialmente aqueles decorrentes do juiz supremo).

Na Espanha – que também (a exemplo de Portugal) é um sistema no qual, em regra, os juízes inferiores são livres para distanciar-se das decisões do *Tribunal Supremo* (conforme reiterado pelo mesmo *Tribunal Constitucional*)⁽⁴⁹⁾ – o art. 493 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 dispõe, todavia, que certos pronunciamentos do *Tribunal Supremo*, proferidos em sede de “*Recurso en interés de la ley*” (que, aqui, – diferentemente do art. 363 do CPC italiano sobre recuso no interesse da lei ao tribunal supremo – não pode ser proposto pelas partes, mas somente pelo Ministério Público ou por sujeito institucional específico, como a Defensoria Pública), uma vez publicados no *Boletín Oficial del Estado*, vinculam todas as cortes (com exceção do juiz supremo).

Trata-se, precisamente, das sentenças com as quais o *Tribunal Supremo* – sem adentrar concretamente na controvérsia decidida (e, assim, sobre o julgado que a define e regula) – resolve uma controvérsia surgida entre os *Tribunales Superiores de Justicia* em matéria de *recurso extraordinario por infracción procesal*, a respeito da interpretação de uma única regra processual (civil e penal)⁽⁵⁰⁾.

Quanto à Hungria, o art. 25 (III) da Carta Fundamental (aprovada pelo Parlamento de Budapeste em 19 de abril de 2011 e em vigor desde 1º de janeiro de 2012) dispõe expressamente que a Corte Suprema “assegura a uniformidade da aplicação judicial do direito e as suas decisões são vinculantes a todas as cortes inferiores”⁽⁵¹⁾.

(46bis) Quem acolhesse as teses – minoritárias na Alemanha – de Kriele e Alexi (v. acima, nota 36bis), pensaria aqui em precedente (ou melhor: jurisprudência) “presumidamente” vinculante.

(47) No Brasil, de fato, o “filtro de barramento” opera em qualquer grau e não somente nas fases derradeiras (ainda que, em primeiro grau, limitadamente nas causas que se possam decidir sem se imiscuir nos meios de prova): v. *amplius* – para uma análise da matéria – Lucon, *Il sistema dei precedenti* cit., § 4.

(48) V. por último, na doutrina italiana, Passanante, *il precedente impossibile* cit., 212 ss.

(49) V. por todos, Ruiz Miguel-Laporta, *Precedent in Spain*, in *Interpreting Precedents*, cit., 259 ss., especialmente 269.

(50) Reconhece-o Passanante, *Op. ult cit.*, 213.

(51) V. Tajti (Thaythy), *Diritto italiano in Ungheria (1861-2018)*, in *Dig. Disc. priv.*, XI (*Aggiornamento*), Torino, 2018, 183 ss., especialmente 186, que recorda também que, até o fim da Segunda Guerra Mundial, as

A Bulgária, no ponto, ainda apresenta um profundo traço da tradição jurídica da União Soviética, onde os “esclarecimentos diretivos” do Pleno da Suprema Corte tinham valor vinculante para todos os juízes inferiores. De fato, os arts. 130 e 131 da lei búlgara sobre organização judiciária de 7 de agosto de 2007 dispõem que, defronte um interpretação ou aplicação errada da lei, e, em particular, na presença de divergência jurisprudência, intervenha o Pleno da Suprema Corte de Cassação ou da Suprema Corte administrativa, a fim de resolver o dissídio mediante uma sentença interpretativa ou, quando se trata de juízos de composição “mista” (porque formados por magistrados ordinários e magistrados administrativos), mediante um “decreto interpretativo”. Essas providências são expressamente definidas pela lei como “vinculantes para todas as autoridades judiciárias e administrativas” (e são publicadas nos diários oficiais das respectivas cortes supremas)⁽⁵²⁾.

4.2. Se, então, olharmos – ainda que rapidamente e sem pretensão de esgotamento – para a América Latina cujos ordenamentos, como sabido, são tradicionalmente lastreados no sistema do *civil law*, o quadro apresenta-se complexo e variado.

Por um lado, encontram-se sistemas nos quais o precedente judicial tem força meramente persuasiva: pensa-se no Chile, onde o art. 3, II, do Código Civil é claro ao dispor que “as sentenças dos juízes não vinculam partes exteriores à causa na qual foram pronunciadas” (com a exceção, de certa forma óbvia, dos pronunciamentos da Corte Constitucional que têm eficácia vinculante *erga omnes*)⁽⁵³⁾. Muito parecida – se não substancialmente idêntica – é a situação da Venezuela.⁽⁵⁴⁾

Por outro lado, entretanto, encontram-se as experiências (diversas umas das outras, sob vários aspectos) da Colômbia, do México e sobretudo do Brasil.

Na Colômbia, diversas leis já ao final do séc. XIX (precisamente entre 1887 e 1896), deram trato normativo à assim dita “*doctrina probable*” elaborada pela Corte Suprema sobretudo para induzir os juízes inferiores a uniformizarem-se de acordo com a jurisprudência da Corte⁽⁵⁵⁾, e dispõem que a decisão em certo sentido de uma mesma questão por três vezes consecutivas por parte da Corte Suprema de Justiça tem, para

sentenças das (*olim*) três cortes supremas húngaras gozavam de uma força muito autoritária nos confrontos com os juízes de categoria inferior: uma força “parecida, se não igual, aos efeitos da doutrina do *stare decisis* típica dos sistemas de *common law*”; v. também *Ungheria-Corte Suprema*, in *Questionario sul “precedente giudiziario”*, cit., 63-65.

(52) V. Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 214-15; v. também *Bulgaria-Corte di Cassazione*, in *Questionario sul “precedente giudiziario”*, cit., 11.

(53) V. por todos, Friedler, *Judicial Review in Chile*, in *Journal of Law and Trade in the Americas*, 2000 (7), 321 ss., especialmente 343-344, também para referências posteriores

(54) V. Brewer-Carias, *Judicial Review in Venezuela*, in *Duquesne Law Review*, 2007, 439 ss., especialmente 445-447.

(55) Sulla “*doctrina probable*”, v. *amplius*, Bernal Pulido, *El Precedente en Colombia*, in *Revista del Derecho del Estado*, 2008, 81 ss., especialmente 87.

os juízos sucessivos (especialmente para aqueles inferiores), valor vinculante a respeito da questão ⁽⁵⁶⁾.

No México⁽⁵⁷⁾, de acordo com o vigente *Código Federal de Procedimientos Civiles*, quando a Corte Suprema de Justiça da Nação (e desde 1968, também os *Tribunales Colegiados de Circuito*) manifesta-se por cinco vezes consecutivas (isto é, não interrompida por uma decisão em sentido contrário), com uma específica maioria de votos e com referência a uma mesma questão de direito federal, o princípio ou máxima nesses termos enunciados têm valor vinculante para todos os juízos ⁽⁵⁸⁾.

O mesmo se aplica para a máxima ou princípio de direito fixado na decisão (e aqui basta uma e somente uma) com a qual o Pleno da Suprema Corte resolve um dissídio jurisprudencial entre seus próprios órgãos fracionários (ou também entre os *Tribunales Colegiados de Circuito*).

Por fim, tem-se a experiência do Brasil que, haja vista o complexo "emaranhado" de disposições que seu novo Código de Processo Civil de 2015 dita a respeito (conferir especialmente os arts. 311, 332, 489, 926, 927, 979, 988 e 1022), investiu "robustamente" no precedente e – mais em geral – na jurisprudência "vinculante", desenvolvendo um importante fator de racionalização e de uniformização na aplicação judicial do direito ^(58bis).

Nesse assunto, ao lado do precedente judicial que também tem força vinculante, existem os chamados "*enunciados de súmula vinculante*" (ou seja "máximas vinculantes") do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (conferir o art. 927 do CPC)⁽⁵⁹⁾. Os "*enunciados de súmula*" abrangem e fixam em uma máxima (ou princípio de direito) uma ou mais decisões (do próprio tribunal – em particular daquele supremo – que assim confecciona e aprova, às vezes com um quórum específico requerido para tal fim,

(56) A "*doctrina probable*" e sua aplicação na via legislativa obtiveram sucessivamente, quanto à legitimidade constitucional, aval substancial do "juiz das leis" colombiano (cfr. *Corte Constitucional*, 9 de agosto de 2001, *Sentencia C-836/01*: v. *amplius*, Bernal Pulido, *El Precedente* cit., 91 ss.).

(57) Sobre o sistema jurídico mexicano e sua peculiaridade, v. *amplius* e em geral, Zamora-Cossio-Perezniето-Xopa-Lopez, *Mexican Law*, Oxford, 2004, especialmente (no que aqui interessa) 85 ss.

(58) Fala-se de "*jurisprudencia obligatoria*" (v. Serna de la Garza, *The Concept of Jurisprudencia in Mexican Law*, in *Mexican Law Review*, 2009, 132 ss., especialmente 138 ss., também para referências posteriores sobre "cobertura" constitucional da matéria; v. também o amplo estudo de Mirow, *Marbury in Mexico: Judicial Review's Precocious Migration*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 2007, 41 ss., especialmente 57, texto e nota 99). Afora os casos de "*jurisprudencia obligatoria*", os precedentes judiciais (aí incluídos os da Corte Suprema) têm um valor meramente persuasivo.

(58bis) Remeto – também para as referências apropriadas de doutrina e jurisprudência brasileira – aos estudos de Lucon e Mitidiero, citados na nota 3.

(59) Como observado no texto, trata-se de uma disciplina mais articulada que, sobretudo pela coexistência no plano normativo de "precedentes" e "súmulas" dos juízos superiores – ambos considerados *ex lege* vinculantes – não resulta em fácil e imediata compreensão (em especial, por um observador estrangeiro): aclarou-me completamente o amigo e colega Antonio Cabral, processualista da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a quem aqui agradeço.

a “*súmula*”) que entenderam em um certo sentido uma questão mais específica. Os “*enunciados de súmula vinculante*” servem, assim, para “veicular” (sobretudo no plano “vertical”) a aplicação do precedente pelos juízes sucessivos nos quais esse precedente deve ser observado (debatendo-se a mesma ou uma similar questão), facilitando, pois, – às partes e ao juiz – o conhecimento e a (obrigatória) aplicação⁽⁶⁰⁾.

A “*súmula vinculante*” atraiu – quase imediatamente – a atenção dos estudiosos, mesmo fora do Brasil⁽⁶¹⁾, entre os quais há quem a indica como exemplo de regulamentação equilibrada e pragmática da relação – muitas vezes tensa e conflitante nos sistemas de *civil law* – entre o princípio da legalidade ou “*rule of law*” e o “*stare decisis*” e assim, como modelo a ser seguido no futuro⁽⁶¹⁾. O exemplo e a experiência do Brasil – observa-se – demonstrariam como a eventual vinculação do juiz a respeito de determinados precedentes não seria inconstitucional, podendo compatibilizar-se com o princípio da legalidade e com as garantias de independência interna do magistrado.⁽⁶²⁾

5. Parece-me, portanto, que mesmo esta análise geral (ainda que sintética e fatalmente incompleta) demonstra que a clássica dicotomia entre precedente “vinculante” como traço distintivo dos sistemas de *common law* e precedente “persuasivo” como marca típica dos sistemas de *civil law* deva ser considerada – como observado no início – *cum grano salis*.

De fato, por um lado, se na Inglaterra não há dúvida de que esteja vigente a regra do precedente vinculante, ela tem um valor mais limitado – sob um aspecto quantitativo – nos mais importantes ordenamentos da *Commonwealth* e é aplicada com maior elasticidade nos Estados Unidos da América (ademais, é acolhida apenas em parte em sistemas de “jurisdição mista”, como a Escócia, a África do Sul, o Quebec e a Louisiana).

Por outro lado, se de precedente (ou – melhor – de jurisprudência)^(62bis) propriamente vinculante não se pode falar aplicar ao contexto da Itália, da França e da Europa Central, há indubitavelmente sistemas ligados ao *civil law*, nos quais são encontradas uma ou mais disposições de lei que determinam, se atendidos certos requisitos, a obrigatoriedade das manifestações (ou de algumas manifestações) ou

(60) A “*súmula vinculante*” brasileira tem algumas características análogas às “Instruções” do Conselho de Governo do Tribunal Supremo Popular de Cuba (indagadas sobretudo por Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 109-110, 217; v. também Taruffo, *notas* cit., 110). Tal órgão tem o poder (de clara derivação soviética) de emanar normas de obediência obrigatória por todos os tribunais populares e de recomendar diretivas vinculantes para estabelecer uma praxe judiciária uniforme na interpretação e aplicação da lei.

(61) V., por exemplo, na doutrina italiana, Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 100 ss. e 215 ss.; L.P. Comoglio *Riflessioni su rule of law* cit., especialmente § 6; Taruffo, *Note* cit., especialmente §§ 2 e 6;

(61) É a opinião de L. P. Comoglio, *Riflessioni su rule of law* cit., § 6, para o qual, sob esse aspecto, o sistema brasileiro encontra-se muito mais avançado que o italiano.

(62) Nestes termos, quase literalmente, L. P. Comoglio, *Op. ult. cit. loc. cit.*

(62bis) Se se segue a taxonomia de Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 709 ss., especialmente § 2; *Id.*, *notas* cit., § 2 e – na sequência – de Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 61 ss., especialmente 91 ss e 99 ss.

de alguns juízes (sobretudo daqueles supremos). Isso vale, na Europa, para Espanha, Hungria e Bulgária e, na América Latina, para o México e (antes ainda) para a Colômbia.

O sistema brasileiro constitui, ao contrário, uma unidade, pois no sentido do novo CPC de 2015 têm eficácia obrigatória tanto os precedentes quanto as "máximas" (ou "súmulas") confeccionadas pelos juízos de superposição (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) em matéria constitucional e em matéria infraconstitucional, respectivamente⁽⁶³⁾.

Se a dicotomia não deve, portanto, ser absoluta, a contraposição que ela subentende e implica entre os sistemas de *common law* e de *civil law*, não deve ser muito relativizada (excesso do qual se arrisca cair).

Não há dúvida de que a distinção tradicional na qual os ordenamentos de *common law* seriam fundadas sobre o precedente judicial, enquanto aqueles de *civil law* fundar-se-iam nas leis escritas (nem jamais teve mesmo no passado, na minha opinião), não tem qualquer valor substancial.

A *common law* preexistia às doutrinas do precedente e do *stare decisis* (com as quais certamente não nasceu: relembro que, na Inglaterra, a vinculação ao precedente foi introduzido pela *House of Lords* somente em 1898, embora anteriormente a praxe judiciária já admitisse largamente a referência aos precedentes, que não eram considerados vinculantes, contudo). Além disso, nos sistemas de *civil law*, na teoria e na prática, faz-se um maciço uso da jurisprudência (que, ao longo do tempo, adquiriu espaços notáveis de "criatividade" jurídica, tornando-se em certos campos uma "legisprudência" ^(63bis)). Ademais, mesmo nos ordenamentos de *common law*, assiste-se há um tempo a uma "*statutorification*"⁽⁶⁴⁾: também aqui usa-se frequentemente a lei escrita e diversas matérias jurídicas (do direito comercial ao processual) podem ser ditas, se não "codificadas", amplamente "normatizadas".

Isso, no entanto, não deve induzir a subvalorizar os *backgrounds* (jurídico-institucionais, histórico-culturais e político-judiciários) dessas duas realidades, que são e permanecem diversas e que, ainda hoje, incidem inevitavelmente sobre o modo de pensar – e, assim, de referir-se aos institutos – dos juristas (teóricos e práticos). Essa diversidade de *backgrounds* (bem ilustrada no clássico trabalho de Radbruch sobre o "espírito" do direito inglês e, naqueles sucessivos e mais recentes, de Dawson,

(63) Eis porque, segundo uma parte da doutrina, seria mais apropriado usar uma outra nomenclatura e assim falar de "força" do precedente, para indicar o grau diverso de intensidade com a qual – no direito comparado – isso consegue influir nas decisões sucessivas (v. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, cit., especialmente § 5) ou de diversas "culturas do precedente" (v. Passanante, *il precedente impossibile* cit., 242 ss.).

(63bis) Do qual fala Andrieux em sua bela *Histoire de la jurisprudence*, Paris, 2012.

(64) Segundo o neologismo criado por Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Oxford, 1982, 5 ss. Ademais, já antes na Alemanha, o jurista alemão mais fascinante do séc. XX usava a mesma fórmula ("*Vergesetzlichung*") para descrever (negativamente) *trends*: v. C. Schmitt, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1950, especialmente 14 ss.

Damaška e sobretudo de Berman)^(64bis) aparece precisamente neste campo e faz com que a *forma mentis* do *common lawyer* ao lidar com o dito “precedente judicial” seja e remanesça diversa – ou pelo menos não de todo sobreposta – àquela do *civil lawyer*⁽⁶⁵⁾.

No *common law*, o precedente tem uma dimensão “factual” que é, ainda hoje, totalizante. Aqui, embora em diversos graus, o fato é o momento central e decisivo (não só no trabalho cotidiano do juiz e do defensor, mas também) na teoria do precedente. O trabalho acerca do caso concreto, o som “assustador” do caso concreto é aquilo que – no trato do precedente – marca o jurista e, sobretudo, o juiz de *common law*. E, de fato, as margens de amplitude do precedente, especialmente no sistema inglês que é a sua pátria, resultam mais estreitos ou mais amplos de acordo como são individualizados, reconstruídos e interpretados os fatos concretos do caso em particular.

Berman – em páginas esclarecedoras⁽⁶⁶⁾ – identifica a raiz desse *modus procedendi* “experimental” (e assim, em nada apriorístico) no estreito e peculiar liame que, entre o fim do séc. XVII e a primeira metade do séc. XVIII, liga a (nova) ciência jurídica inglesa ao método empírico empregado nas outras ciências (em particular nas naturais)⁽⁶⁷⁾. E isso a tal ponto que se se compara o método empírico das ciências naturais, como descrito por Newton, com o método casuístico do pensamento jurídico refletido na doutrina do precedente, a semelhança, segundo Berman, é impressionante⁽⁶⁸⁾.

(64bis) V. Radbruch, *Der Geist des englischen Rechts*, Göttingen, 1956, *Lo spirito del diritto inglese*, trad. italiana di A. Baratta, Milano, 1962, especialmente 22 ss, 33 ss. e então, em todo o livro; Dawson, *The Oracles of the Law*, cit., especialmente 50 ss.; Damaška, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven-London, 1986, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, trad. it. di A. Giussani e F. Rota, Bologna, 1991, especialmente 40 ss.; Berman, *Law and Revolution II. The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, London, 2003, *Diritto e rivoluzione, II. L’impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, trad. it. di D. Quaglioni, Bologna, 2010, especialmente 486 ss.

(65) Depois de tudo, a união feita pelo Novo CPC brasileiro entre “precedente” e “súmula” arrisca-se de resultar não genuína, já que a “cultura do precedente” brasileira permanece (ao menos em alguns aspectos) irredutivelmente *civilian* (v. por exemplo, as observações de Cabral, *A técnica do julgamento-alerta. Na mudança de jurisprudência consolidada*, in *Revista de processo*, 2013, 13 ss.; mas v. também *infra*, no texto).

(66) V. Berman, *Law and Revolution* cit., 486 ss., especialmente 540-541 (para não pesar o texto, transcrevo dele as passagens relevantes nos duas sucessivas notas de rodapé).

(67) V. Berman, *Op. ult. cit.* (na elegante tradução de D. Quaglioni), 540: “Assim como a coerência nos resultados dos experimentos nas ciências da natureza serve para estabelecer a verdade, a coerência das decisões judiciais nos casos análogos serve para estabelecer tanto a verdade quanto a justiça: a verdade que os casos são, em certa medida, semelhantes, e a justiça do princípio que os casos similares devem ser decididos de modo semelhante. Além disso, seja a coerência de um sistema de regras jurídicas, seja a previsibilidade em sua aplicação, são acrescidas da probabilidade que as cortes aplicarão nos casos futuros aquilo que aplicaram nos casos passados análogos.

(68) V. Berman, *Op. ult. cit.*, 540-541: “Newton afirmou que seu método de investigação das leis que governam a gravidade e outras forças ativas na natureza implicavam três graus principais: (1) a derivação de princípios gerais (“leis”) de demonstração empírica, (2) a extensão desses princípios mediante procedimentos matemáticos, e (3) a dedução de fatos ainda não descritos a partir da exposição geral da teoria. Ele chamou o primeiro grau de “análise” e o último de “síntese”. Tal síntese, ou explicação, ele afirmou, devia sempre ser compreendida como sujeita a revisão à luz de novas demonstrações [...] De modo semelhante, na aplicação da doutrina do precedente, os juizes ingleses analisavam na demonstração empírica do precedente os casos

Uma cultura do valor do precedente que, portanto, não é mecanicista (e assim é influenciada por uma certa "fantasia" criadora); que não procede de modo cartesiano e, assim, por máximas ou princípios, no qual o *jus* resulta abstraído do *factum*, mas que, vice-versa, traz ao lume o "caso" em todas as suas facetas em nome do – se assim posso dizer – "*distingue frequenter*". Aqui, a conhecida (e difícil) distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* não é um simples corolário da doutrina do precedente – como principalmente ocorre nos sistemas de *civil law* (penso em particular, mesmo que não apenas, na Itália) – mas é o seu verdadeiro coração⁽⁶⁹⁾. E o mesmo vale para as refinadas técnicas argumentativas funcionais que distinguem a *ratio decidendi* dos *obiter dicta*: o "*distinguishing*" (com os quais o juiz do caso seguinte observa que o precedente não pode ser adotado por causa da falta de analogia com os fatos sobre os quais aquele foi pronunciado) e o "*overruling*", com o qual uma corte expressamente declara de não levar mais em conta um precedente proferido por ela mesma. Basta analisar o conhecido e citado "*Baedeker*" de Twining & Miers⁽⁷⁰⁾ para ver como essas técnicas argumentativas complexas e sofisticadas (e às vezes sofisticadas e capciosas!), são, senão estrangeiras, estranhas ao *civil lawyer*⁽⁷¹⁾.

De fato, (recentemente demonstrou-o Passanante na doutrina italiana, em uma bela e documentada monografia, sugestivamente intitulada "*Il precedente impossibile*"), nos sistemas de *civil law*, o jurista (teórico e prático) e também o legislador tendem, por sua *forma mentis*, a identificar o precedente judicial o mais das vezes com um enunciado normativo, que tem caráter geral e abstrato, consagrado em uma máxima ou princípio de direito, que nem sempre (ao contrário, raramente) leva em conta os

análogos e procuravam de derivas desses alguns princípios gerais. Tais juizes elaboravam esses mesmos princípios mediante procedimentos lógicos (embora, indubitavelmente, não matemáticos), com o fim de aplicá-los ao caso com o qual se defrontavam. Então, finalmente, os juizes às vezes podiam completar o terceiro passo de deduzir da teoria geral, isso é, da *ratio decidendi* (*holding*), sua aplicação a casos diversos daquele que enfrentavam. A decisão no caso concreto devia servir como precedente para os casos análogos subsequentes, ainda que tais novos casos pudessem gerar dúvida sobre a validade dos princípios previamente estabelecidos, que então seriam sujeitos a revisão".

(69) Remeto o leitor às considerações de Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 243 ss.

(70) V. Twining-Miers, *How To Do Things With Rules. A Primer of Interpretation*, London, 1982, *Come far cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*, trad. it. di C. Garbarino, Milano, 1988.

(71) De resto, tudo isso está à mão, se se observam os institutos processuais (aí compreendido o precedente), inclusive de um ângulo visual prático e se vive, então, uma experiência concreta e direta de um processo civil de *common law* comparando-a, sobre o ponto, com aquele de um processo italiano (ou também francês, alemão ou mesmo austríaco). Pessoalmente, conservo uma viva lembrança de dois processos ingleses nos quais vi bem de perto (e em diversos papéis) a aplicação do precedente judicial. Se penso aos procedimentos empregados naquela causa pelas partes (nos *pleadings* e no *hearing*) e então, sobretudo no esforço interpretativo realizado pelo *judge* para individualizar a *ratio decidendi* do precedente (e então, para estabelecer a *fattispecie* concreta), com aquele seu contínuo (fascinante, mas, muito artificial) oscilar entre "particularismo" e "universalismo", entre "fatos concretos", entendidos em sua própria natureza, e "fatos abstratos", entendidos como categorias em grau de incluir um número potencialmente indefinido de fatos concretos, parece-me que eles têm pouco em comum com o modo no qual as partes e o juiz de um processo italiano, francês, alemão ou austríaco (dos quais sim tive, e tenho, uma experiência concreta) é usual determinar o âmbito de aplicação de um precedente judicial.

traços próprios do caso em concreto. E mesmo quando acontece de a máxima ou o princípio fazerem referência aos fatos, isso decorre amiúde de tal modo que os fatos em si, longe de estarem descritos em sua concretude, já estão reduzidos a um tipo normativo (ou paranormativo) e, assim já portam em si mesmos um nível mais elevado de abstração ^(71bis).

Isso vale sem dúvida para a Itália (onde é difuso – ou mais enraizado – o uso das máximas como substituto ou na verdade como verdadeiro equivalente do precedente), mas o mesmo ou análogo discurso pode fazer-se, de bom grado, também por outros sistemas. Basta olhar as formas (mais ou menos) “liofilizadas” referidas nos “*Sommaires*” dos *ârrêts* publicados nos *Bulletins* da *Cour de Cassation* francesa, nas “*Leitsatzentscheidungen*” ^(71ter) dos *Zivil* e *Strafsenate* do *Bundesgerichtshof* alemão, nos “*Resúmenes*” de *sentencias* do *Tribunal Supremo* ibérico ⁽⁷²⁾.

Ou seja, em resumo extremo (talvez simplista): no processo de *civil law*, partes e juiz (e também o legislador) tendem a aplicar o precedente *grosso modo* como aplicariam uma norma jurídica (a aplicação do precedente é modelada naquela aplicação de normas gerais e abstratas sobre fatos concretos e sob subsunção dos segundos nos primeiros).

De resto, a ideia (ou o “perigo”) que, na realidade da *civil law*, o dito “precedente” judicial possa reduzir-se, em grande medida, a (e então, possa ser veiculado nos juízos sucessivos na forma de) um enunciado (mais ou menos) geral e abstrato, criado artificialmente ou “em abstrato” (e assim, longe – ou de qualquer forma despregado – dos fatos concretos) encontra recente confirmação na disciplina (“corretiva”) do novo CPC brasileiro quanto ao tema da “*súmula vinculante*”. De fato, o art. 926, § 2º, do CPC dispõe que a redação das “*súmulas*” tome em conta as circunstâncias fáticas expressas nas orientações expressas na jurisprudência. E mais: o art. 489, § 1º, V e VI, do CPC obriga ao juiz que aplique ou afaste um “*enunciado de súmula*”, fundamentando sua decisão, que a motive cõngrua e pontualmente ⁽⁷³⁾.

6. A diversidade de mecanismos com os quais a força (seja qual for) do precedente judicial é veiculada nos sistemas de *common law* (nos quais é central a perspectiva

(71bis) Com o risco (que a experiência italiana do precedente judicial – sobretudo aquela *in apicibus* – bem evidencia) de um uso massivo e, sobremaneira, apodítico do precedente e a conseguinte compreensão do “*distinguishing*” que, quando não é mero artifício lógico, é substância de “razões experimentais naturais”: aquela de perceber que os casos são infinitos e que raramente um precedente se ajusta com perfeição (assim, Consolo, *Il valore del precedente cit.*, in *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti cit.*, 165).

84 ^(71ter) Sobre os quais, Alexi-Dreier, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, in *Interpreting Precedent cit.*, 40, 51.

(72) Por outro lado – do que pude ver, lendo as “*Súmulas Vinculante do Supremo Tribunal de Justiça*” – as fórmulas usadas pelos juízes brasileiros são curiosamente muito parecidas, em forma e estrutura, com as máximas elaboradas pelo Ufficio del Massimario della Cassazione Italiana.

(73) Não saberia dizer se e quando, na prática do ato, esses contrapesos (positivamente validados por L. P. Comoglio, *Riflessioni su rule of law cit.*, § 6 in fine) revelam-se verdadeiramente eficazes.

empírico-factual ou "particularista") e de *civil law* (onde, ao invés, é sobressalente a perspectiva jurídico-normativa ou "universalista") reverbera também sobre a "direção do precedente"⁽⁷⁴⁾.

As pesquisas que investigam o perfil "de quem faz o precedente" ressaltaram que, nos ordenamentos de *common law*, em grande parte são os juízes sucessivos que fazem de uma decisão anterior um verdadeiro e próprio precedente.

O precedente fornece uma regra (em tese "generalizável") que se pode aplicar como critério decisório no caso sucessivo em razão da identidade ou da analogia entre os fatos do primeiro e do segundo casos. Mas a analogia dos dois tipos não é *in re ipsa*, é afirmada ou rejeitada pelo juiz do caso sucessivo, segundo identifique elementos de identidade ou de diferenciação entre as duas situações jurídicas concretas⁽⁷⁵⁾. Isso ocorre também e sobretudo porque a decisão, que então poderá ser aplicada a título de precedente, quase nunca inclui aquilo que um *civil lawyer* chamaria de "máxima" ("princípio de direito", "súmula") ou, de qualquer forma, uma regra jurídica de pronta aplicação. Aqui, é difícil imaginar a *Supreme Court for the United Kingdom* (ou outro juiz supremo) que – *sua sponte* ou em virtude de uma disposição legislativa – "fazer doutrina" para formular precedentes que valham *pro futuro* (vinculantes ou persuasivos, que sejam).

Ao contrário, nos sistemas de *civil law*, nos quais o "precedente" é *frequentemente entendido como um enunciado* normativo, que, logo, como tal pode também conter-se em "máximas" ou "princípios de direito" (ou também "súmulas"), tende-se a pensar no precedente como qualquer coisa na qual é inserida essa qualidade, desde o momento em que é pronunciado e que, especialmente no caso das decisões das cortes supremas, oferece às partes e ao judicante aquela interpretação, entre as diversas possíveis, que é certificada como exata pelo mesmo juiz supremo (e assim apaziguadora para o julgador, notadamente se de instância inferior). Interpretação que tanto será mais exata quanto mais vezes seja repetida em um mais ou menos breve lapso de tempo. Tanto é assim que, no caso do México e, mais ainda, no da Colômbia⁽⁷⁶⁾, ela torna-se vinculante para os juízes sucessivos, exatamente porque repetida três ou cinco vezes.

Isso explica também o fato de que, em diversos ordenamentos de *civil law*, seja o mesmo juiz supremo a "fazer doutrina" e assim "gerar" o precedente⁽⁷⁷⁾. Tudo isso, com o risco de despir as vestes de juiz (cuja atividade é, por definição, marcada pelo

(74) Tema tratado, na doutrina italiana, sobretudo por Taruffo, *notas cit.*, § 2; *Id.*, *Precedente e giurisprudenza*, *cit.*, § 4; v. também Passanante, *Il precedente impossibile* *cit.*, 254 ss.

(75) Nesses termos, quase literalmente, Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, *cit.*, § 2

(76) V. acima, § 4.

(77) Juiz supremo que, para fazer isso, vale-se de mecanismos internos (também previstos legislativamente) de natureza organizativa ou procedimental (sem esperar, como é muitas vezes o caso das cortes de *common law*, que sejam os juízes sucessivos que transforme aquela decisão em precedente): sobre esses aspectos v. – quanto à Cassazione italiana – as observações "de dentro" de Canzio e Rordorf in *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, *cit.*, 27 ss. e 89 ss.

trabalho cotidiano sobre a situação jurídica concreta, na qual *jus* e *factum* resultam irredutivelmente mesclados) para vestir aquelas do “docente abstrato”⁽⁷⁸⁾, procedendo assim, consoante fórmulas cartesianas (mais ou menos “liofilizadas”) ou às vezes – se posso dizer – para “fazer doutrina”, entregando-se ao “voo de Píndaro” do direito puro (como demonstra a experiência das consideradas “sentenças-tratado” da Corte de Cassação italiana).

Em resumo, a aproximação progressiva e inquestionável entre *common law* e *civil law* não elimina, todavia, as diferenças fundamentais que encontram no tratamento do “precedente judicial” um ponto crucial (em minha opinião, ainda hoje). E estar ciente disso pode servir inclusive à melhor compreensão dos desafios que se enfrentam em um ordenamento de *civil law* o qual – como o Brasil está fazendo de modo bem interessante e original – decida investir no precedente judicial, identificando um importante fator de racionalização, uniformidade (ainda que flexível), previsibilidade e paridade de tratamento, diante da quantidade notável e variável de casos que as cortes são provocadas a decidir⁽⁷⁹⁾.

(78) Faço minha a eficaz metáfora de Consolo, *Il valore del precedente* cit., 166.

(79) É isso que – comprovam-no também diversos estudos de *law and economics* – o precedente é (ou pode ser), se olharmos a algumas experiências exitosas: v. por exemplo, de Santa Cruz Oliveira-Garoupa, *Stare Decisis and Certiorari* cit., especialmente 589 ss.