



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

***Civil Procedure Review* - ISSN 2191-1339**
Electronic Law Review in the field of Procedural Law

<http://www.civilprocedurereview.com>

Vol.7 – N°2 – may/aug. 2016



Summary

Vol.7 – N°2 – may/aug. 2016

LE SAISI: ESSAI DE SYSTÉMATISATION DE LA QUALITÉ DE DÉBITEUR EN DROIT DE L'EXÉCUTION
(ESSAY OF SYSTEMATIZATION OF THE CONCEPT OF A DEBTOR IN EXECUTION PROCEEDINGS)

LÉONARD LEMO p.3

LE NOUVEAU CODE DE PROCEDURE CIVILE BRESILIEN (THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE)

ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES AND TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER p.27

ACESSO À JUSTIÇA: PROMESSA OU REALIDADE? UMA ANÁLISE DO LITÍGIO SOBRE CRECHE E PRÉ-ESCOLA NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO (ACCESS TO JUSTICE: A PROMISE OR REALITY? AN ANALYSIS OF THE DISPUTE ON NURSERY SCHOOLS IN THE CITY OF SÃO PAULO)

SUSANA HENRIQUES DA COSTA p.38

EL PRINCIPIO GENERAL DEL ABUSO DEL DERECHO Y SU INCIDENCIA EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL (THE GENERAL PRINCIPLE OF ABUSE OF RIGHTS AND ITS APPLICATION IN PROCEDURAL MATTERS)

ROBERTO OMAR BERIZONCE p.69

JUSTICIA CIVIL PÚBLICA Y PRIVADA: TÉRMINOS PARA UN ADECUADO ENTENDIMIENTO. UNA MIRADA DESDE CHILE Y SUS PROCESOS DE REFORMA (PUBLIC JUSTICE AND PRIVATE ORDERING: TERMS FOR AN ADEQUATE UNDERSTANDING. A LOOK FROM CHILE AND ITS REFORMS)

DIEGO PALOMO VÉLEZ AND JORDI DELGADO CASTRO p.86

COLABORAÇÃO PREMIADA (LEI N. 12.850/2013): NATUREZA JURÍDICA E CONTROLE DA VALIDADE POR DEMANDA AUTÔNOMA – UM DIÁLOGO COM O DIREITO PROCESSUAL CIVIL (PLEA BARGAIN IN BRAZIL: NATURE AND CONTROL OF ITS VALIDITY THROUGH AN AUTONOMOUS LAWSUIT – A DIALOGUE BETWEEN CRIMINAL AND CIVIL PROCEDURE)

FREDIE DIDIER JR. AND DANIELA BOMFIM p. 135



Le Saisi : Essai de systématisation de la qualité de débiteur en droit de l'exécution

Essay of systematization of the concept of a debtor in execution proceedings

Léonard Lemo

Assistant at the University of Maroua, Cameroon

RÉSUMÉ: En voies d'exécution, la notion de saisi semble relever de l'évidence, car il s'agit du débiteur dont les biens ont fait l'objet d'une saisie. Mais, cette évidence n'est, en réalité, qu'apparente dans la mesure où, s'il est acquis que le saisi est le débiteur identifié dans le titre exécutoire, il n'en demeure pas moins vrai que la situation de certaines personnes continue à semer des confusions. Ces personnes, n'étant pas désignées en qualité de débiteur dans le titre exécutoire, subissent néanmoins les opérations de saisie dans leur patrimoine personnel. La présente étude ambitionne alors de systématiser la qualité de débiteur saisi.

ABSTRACT: In civil procedures execution, the concept of seized person seems to be obvious, because it is the debtor whose property has been seized. But this evidence is in fact apparent to the extent, if acquired before the debtor is identified in the executory right, it is nevertheless true that the situation of certain persons continues to sow confusion. These people are not designated as debtor in the executory right, nevertheless suffer the seizure operations of their private property. This study aims to systematize then the quality of the debtor seized.



1. Le substantif « *saisi* »¹ désigne, en procédures civiles d'exécution², la personne dont les biens sont saisis ou celle contre laquelle la procédure d'exécution est dirigée. Autrement dit, le saisi est le débiteur du saisissant. Cette définition vaut, même lorsque la saisie est pratiquée entre les mains d'un tiers³. Dans ces conditions, il peut paraître inopportun de consacrer une étude à la détermination de la qualité de saisi, dans la mesure où le titre exécutoire, en vertu duquel l'opération d'exécution est entreprise, identifie nommément le débiteur qui doit exécuter.

2. Mais, cette présentation, en dépit de son apparence de simplicité et d'évidence, peut rencontrer quelques zones d'incertitudes lorsque la procédure d'exécution est dirigée contre une personne différente de celle qui est identifiée dans le titre exécutoire. Ces incertitudes ont d'ailleurs conduit certains auteurs, lorsqu'ils envisagent l'étude des débiteurs, à créer une sorte de catégorie intermédiaire composée des personnes qui ne sont ni des débiteurs, ni des tiers⁴. Pour s'en convaincre, il importe d'en relever quelques cas.

D'abord, il est acquis que l'héritier peut devenir le débiteur du créancier saisissant du défunt, en cas d'acceptation de la succession. Cette solution est consacrée par l'article 877 du Code civil en ces termes : « *Les titres exécutoires contre le défunt sont*

¹ Il faut souligner au passage que le mot « *saisi* » a une double nature grammaticale. Employé comme adjectif qualificatif, il désigne la personne ou le bien qui fait l'objet d'une saisie. Pris comme nom commun de personne, le terme signifie, en droit de l'exécution, l'opposé du saisissant, c'est-à-dire le débiteur. Dans ce dernier sens qu'il est employé dans le cadre de la présente étude. Sur les différents sens du mot, v. notamment, J. REY-DEBOVE et A. REY, *Le Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, éd. 2013, p. 2295 ; G. CORNU, (s/dr.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF, 2011, p. 928.

² Les procédures civiles d'exécution, encore appelées « *Voies d'exécution* » ou « *Droit de l'exécution* », sont une branche du droit privé qui étudie les procédures permettant au créancier impayé d'obtenir, au besoin en ayant recours à la force publique, l'exécution des titres qui lui reconnaissent des prérogatives ou des droits contre son débiteur. Cette terminologie est la plus utilisée aujourd'hui. Sur l'évolution de cette terminologie, v. J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 24^e éd., D. 1996, n^{os}1 et 2 ; P.-G. POUGOUE et F. TEPPI KOLLOKO, *La saisie immobilière dans l'espace OHADA*, Coll. Vade-Mecum, PUA, 2005, p. 126 ; P. DJONGA, *Le contrôle juridictionnel des procédures civiles d'exécution dans l'espace OHADA*, Thèse, Université de Ngaoundéré, 2015, p. 9, n^o20 ; H. CROZE, « Une autre idée de la procédure », *Mélanges A. DECOCQ, Litec, 2004*, p. 136, n^o14.

³ Cette éventualité est prévue à l'article 50 de l'Acte Uniforme OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, entité juridique qui a vu le jour le 17 octobre 1993 à Port-Louis en Île Maurice, date et lieu de la signature du Traité la créant par les États membres) portant organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution (en abrégé AUPSRVE).

⁴ V. notamment, M. DONNIER et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 7^e éd., Litec, 2003, p. 77, n^o201.



pareillement exécutoires contre l'héritier personnellement ». La situation présente peu d'intérêt lorsque l'héritier accepte universellement la succession. Par contre, lorsqu'il l'accepte sous bénéfice d'inventaire, sa qualité de saisi devient complexe à valider, car il se trouve, en quelque sorte, à la tête de deux patrimoines distincts⁵.

Ensuite, la nature de la dette peut également créer une incertitude sur la qualité à attribuer aux personnes qui en sont tenues. C'est généralement le cas des dettes dites solidaires⁶. À titre d'illustration, il faut se référer, par exemple, à l'article 220 du Code civil qui impose la solidarité entre les personnes mariées pour les dettes relatives à l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants. Ainsi, il n'est pas évident d'en déduire hâtivement que les deux ont la qualité de saisi, surtout lorsque le titre exécutoire est délivré à l'encontre de l'une d'entre elles seulement.

Enfin, le mécanisme de la représentation⁷ provoque aussi un certain flou sur la détermination de la qualité de saisi. En effet, la loi exige que la saisie engagée contre un représenté doit être dirigée et menée contre son représentant. C'est dire que la signification de différents actes d'exécution doit être faite à ce représentant. On peut se demander qui de deux a finalement la qualité de saisi ?

3. En sus de ces différentes situations, sources d'incertitudes, une autre, généralement rencontrée en matière de saisie immobilière, mérite d'être mentionnée. Il s'agit de celle qui concerne les personnes trivialement qualifiées de « *tiers détenteurs* »⁸, alors que

⁵ Sur la distinction entre le patrimoine de l'héritier sous bénéfice d'inventaire et celui de la succession, lire notamment les articles 802 et 803 du Code civil. En effet, selon le premier, en son paragraphe 2, l'effet du bénéfice d'inventaire est de donner à l'héritier l'avantage « *de ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succession* ». Quant au second texte, il indique que « *l'héritier bénéficiaire est chargé d'administrer les biens de la succession, et doit rendre compte de son administration aux créanciers et aux légataires* ».

⁶ Encore appelées « *solidarité passive* », les dettes solidaires sont celles qui supposent plusieurs débiteurs tenus en vers un ou plusieurs créanciers d'une obligation unique. Le créancier peut alors exiger de l'un quelconque des débiteurs le paiement de l'intégralité de la dette. Et, corrélativement, le paiement effectué par l'un des débiteurs libère tous les autres à l'égard du créancier. Sur l'ensemble de cette question, voir J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t.3 Le rapport d'obligation*, 5^e éd., Sirey, 2007, pp. 227 et s., n^{os}311 et s.

⁷ On n'envisagera que la représentation légale qui permet au représentant d'agir pour le compte et au nom du représenté, personne mineure frappée d'une incapacité d'exercice. Sur cette représentation, v. les articles 388 et s. du Code civil.

⁸ On définit le tiers détenteur en matière de saisie immobilière comme l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué contre lequel est dirigée une saisie immobilière en vertu du droit de suite que confère l'hypothèque, soit la caution



leurs biens personnels sont saisis. On reconnaît volontiers que la saisie est « *pratiquée contre* »⁹ elles. À la question de savoir s'il s'agit des débiteurs ou des tiers, la réponse n'est pas unanime¹⁰, même si le législateur les qualifie expressément de « *tiers détenteurs* »¹¹.

4. La situation se complexifie davantage en matière de saisie-attribution¹². Dans cette dernière procédure, le tiers entre les mains duquel est pratiquée la saisie est dénommé « *tiers saisi* ». Dans ces conditions, on peut se demander si un tiers peut avoir la qualité de saisi, alors que les biens qui sont saisis entre ses mains appartiennent au débiteur poursuivi. Une partie de la doctrine semble lui reconnaître la qualité de partie justifiée par sa situation de débiteur du débiteur saisi¹³. Mais, cette qualification est sujette à critique, dans la mesure où toutes les mesures d'exécution opérées entre les mains des tiers supposent que ces tiers soient en rapport avec le débiteur saisi. En conséquence, adopter une position contraire, c'est remettre en cause le postulat définitionnel du terme « *saisi* » préalablement proposé¹⁴. Ce personnage reste donc un tiers, même si l'adjectif employé est impropre et source de confusion.

5. Compte tenu de ces zones d'ombre, la qualité de « *saisi* », qui apparaît simple à déterminer, se trouve plutôt complexe à maîtriser. On s'accorde donc avec HEGEL pour dire que : « *Ce qui est familier n'est pas pour cela connu* »¹⁵. La doctrine a néanmoins dégagé un critère qui permet de déterminer la qualité de saisi. Ce critère repose sur le principe de la

réelle qui a consenti une hypothèque sur un de ses immeubles pour garantir la dette d'autrui. Sur cette notion, v. G. CORNU (s/dr.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° *détenteur (tiers)* ; F. ANOUKAHA et A.-D. TJOEN, *Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution en OHADA*, Coll. Droit uniforme africain, PUA, 1999, p. 53, n°128 ; A.-M. ASSI-ESSO et NDIAW DIOUF, *OHADA Recouvrement des créances*, Coll. Droit uniforme africain, Bruylant, Juriscope, 2002, pp. 48 et 49, n°74.

⁹ G. COUCHEZ, *Voies d'exécution*, 10^e éd., Sirey, 2010, p. 220.

¹⁰ Une certaine doctrine propose de « *parler de tiers acquéreur plutôt que de tiers détenteur* », F. EVANO, *Le tiers dans le droit de l'exécution*, Thèse, Université de Rennes I, 2003, p. 73, n°182. Dans le même sens, v. G. COUCHEZ, *Voies d'exécution, op. cit.*, p. 230.

¹¹ Par exemple, l'article 225 de l'AUPSRVE emploie expressément le concept « *tiers détenteur* ».

¹² Sur la saisie-attribution, lire les articles 153 à 172 de l'AUPSRVE ; P.-G. POUGOUE et F. TEPPI KOLLOKO, *La saisie-attribution des créances en OHADA*, Coll. UNIDA, PUF, 2005.

¹³ V. G. COUCHEZ, *Voies d'exécution, op. cit.*, p. 230. *Contra* : M. DONNIER et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution, op. cit.*, p. 80, n°211.

¹⁴ V. *supra*, n°1.

¹⁵ Cité par M. GRAWITZ, *Méthode des sciences sociales*, D. 1979, p. 377.



personnalisation du débiteur dans le titre exécutoire¹⁶. En effet, si ce critère a permis, sans doute, de résoudre notamment le problème posé par la théorie de la solidarité au stade de l'exécution¹⁷, il présente toutefois quelques limites. Ces dernières reposent, pour l'essentiel, sur le fait que le principe ignore la variation dans le temps de la qualité de débiteur sans nécessairement emporter sa désignation dans le titre exécutoire¹⁸.

6. La présente étude, au regard des insuffisances que présente le critère personnel qui confère la qualité de saisi, a l'ambition de lui adjoindre un critère matériel qui prend en compte la situation des personnes qui, sans acquérir la qualité de saisi par les mécanismes de transmission et de transformation¹⁹, le deviennent plutôt par l'effet de l'extension légitime et légale des procédures d'exécution à leur encontre. Avec ces deux critères, on peut dire que le saisi est tantôt le débiteur personnellement désigné (I), tantôt le débiteur matériellement tenu (II).

I – LE SAISI, DEBITEUR PERSONNELLEMENT DÉSIGNÉ

7. En partant du postulat que le saisi est le débiteur du créancier saisissant, l'on peut se servir du titre exécutoire, qui matérialise l'existence du lien qui unit ces deux protagonistes,

¹⁶ Sur le principe de la personnalisation du débiteur dans le titre exécutoire, v. notamment, P. TATU, concl. sous, Civ. 2^e, 19 mai 1998, *D. 1998*, p. 405 ; R. PERROT, obs. sous, Civ. 2^e, 19 mai 1998, *RTD civ. 1998*, p. 750 ; R. PERROT, obs. sous, Com., 26 octobre 1999, *RTD civ. 2000*, p. 167 ; B. VAREILLE, obs. sous, Civ. 2^e, 28 octobre 1999, *RTD civ. 2000*, p. 386 ; J. HAUSER, obs. sous, Civ. 2^e, 30 avril 2009, *RTD civ. 2009*, p. 701 ; S. POISSON, « L'exigence d'une condamnation explicite dans le titre exécutoire », *Dr. et procéd. 2011*, I. 04, p. 76 ; Y. CHARTIER, « L'évolution de l'engagement des associés », *Rev. soc. 1980*, p. 1 et s. ; D. GIBIRIDA, « L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles », *Defrénois 1998*, p. 625.

¹⁷ En effet, avec ce principe, la jurisprudence décide que : « toute exécution forcée implique que le créancier soit muni d'un titre exécutoire à l'égard de la personne même qui doit exécuter, et que le titre délivré à l'encontre d'un époux en recouvrement d'une dette ayant pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants n'emporte pas le droit de saisir les biens de son conjoint, à défaut de titre exécutoire pris contre celui-ci, les deux époux fussent-ils tenus solidairement des dettes du ménage ». Civ. 2^e, 28 octobre 1999, *Personne et Famille, Janvier 2000*, p. 14, note S. VALORY ; *RTD civ. 2000*, p. 386, obs. B. VAREILLE.

¹⁸ À titre d'illustration, on peut notamment citer le cas de l'héritier qui accepte universellement la succession et en devient débiteur des créanciers du défunt.

¹⁹ Ces deux mécanismes sont inspirés des J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, dans leur ouvrage collectif consacré au *Droit civil : Les obligations, t.3, Le rapport d'obligation*, LGDJ 2005. Ces auteurs distinguent les deux mécanismes en ce que le premier entraîne le changement de débiteur sans anéantir l'obligation initiale, alors que le second le fait en transformant cette obligation. Sur l'ensemble de ces techniques, v. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 285 et 301.



pour l'identifier. Car, ce titre les désigne nominativement. Mais il n'est pas exclu que la qualité de débiteur soit transmise, au stade de l'exécution, à d'autres personnes qui, jusque-là, étaient des tiers²⁰. On peut donc en déduire que le saisi est non seulement le débiteur initialement désigné **(A)** dans le titre exécutoire, mais également celui dont le nom figure actuellement sur l'acte d'exécution **(B)**.

A – Le saisi, débiteur initialement désigné dans le titre exécutoire

8. Le titre exécutoire est un écrit en vertu duquel les mesures d'exécution peuvent être entreprises²¹. Il détermine nommément le créancier bénéficiaire et le débiteur tenu ; d'où le principe de la personnalisation du débiteur dans le titre exécutoire. L'attribution de la qualité de saisi au débiteur qui y est identifié s'applique avec moins de difficulté lorsque sa désignation est exacte **(1)**. Mais, des incertitudes peuvent apparaître lorsque cette désignation est erronée **(2)**.

1 – L'hypothèse de désignation exacte du débiteur

9. Lorsque le nom du débiteur est écrit sans erreur dans le titre exécutoire, l'on ne peut entreprendre des mesures d'exécution qu'à l'encontre de celui-ci. Lui seul doit avoir alors la qualité de saisi. On ne saurait, sous le prétexte de la théorie de la solidarité²², poursuivre une

²⁰ Sur la variabilité de cette qualité, v. L. LEMO, *Le titre exécutoire et les tiers*, Thèse, Université de Ngaoundéré (en cours).

²¹ Sur la notion de titre exécutoire, v. L. LEMO, *Le titre exécutoire et les tiers*, Thèse, Université de Ngaoundéré (en cours).

²² Sur cette théorie, v. notamment Ph. LE TOURNEAU et J. JULIEN, *Rép. civ. D. janv.2010, V° Solidarité* ; L.-C. HENRY, *Rép. civ. D. oct. 2007, V° Solidarité* ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations, op. cit.*, 10^e éd., pp. 1228 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Droit civil : Les obligations, t.3, Le rapport d'obligation*, LGDJ 2005, pp. 225-237 ; DUCHON, *De l'idée de représentation dans la solidarité*, Thèse, Paris 1907 ; SEILER, *L'autorité de la chose jugée en matière de solidarité passive*, Thèse, Paris, 1933 ; D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, LGDJ, 1975. La jurisprudence a fait sienne cette idée de représentation mutuelle en qualifiant le coobligé solidaire de « *contradicteur légitime et représentant nécessaire de ses coobligés* », voir Cass. Civ., 28 déc. 1881, *DP* 1882, 1, p. 377 ; Cass. Civ. 2^e, 06 mai 1998, *Bull. civ.*, II, n°145, *JCP G.* 1998, II, 10174, note DU RUSQUEC ; Cass. Civ. 3^e, 02 mars 2005, *RJDA*, 8-9/2005, n°1033. Mais il faut relever que cette tendance est aujourd'hui vivement critiquée. Sur ces critiques, v. notamment GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, p. 165 ; ROLAND, *Chose jugée et tierce opposition*, Pref. B. STARCK, LGDJ 1958, n°96 et s. et 318 et s. ; Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Pref. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000, n°388 et s. ; D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE, « La représentation mutuelle des coobligés », *Mel.*



personne différente de celle qui est identifiée dans le titre exécutoire. La jurisprudence et la doctrine majoritaire²³ sont unanimes à ce sujet. Cette thèse qui emporte notre adhésion est justifiée, de manière constante, en jurisprudence. En effet, et à titre de droit comparé, il faut rappeler que la Cour de cassation française décide fréquemment que toute exécution forcée implique que le créancier soit muni d'un titre exécutoire à l'égard de la personne même qui doit exécuter. Elle a ainsi rompu avec l'attitude qui consistait à poursuivre, sur le seul fondement du titre exécutoire portant condamnation à paiement à la charge la société, les associés indéfiniment liés²⁴, car, selon elle, « *le titre délivré à l'encontre d'une société n'emporte pas le droit de saisir les biens des associés, fussent-ils indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales* »²⁵.

La même solution a été étendue à la solidarité légale instituée par l'article 220 du Code civil entre les époux. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation française rappelle à ce sujet que « *toute exécution forcée implique que le créancier soit muni d'un titre exécutoire à l'égard de la personne même qui doit exécuter, et que le titre délivré à l'encontre d'un époux en recouvrement d'une dette ayant pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants n'emporte pas le droit de saisir les biens de son conjoint, à défaut de titre exécutoire pris contre celui-ci, les deux époux fussent-ils tenus solidairement des dettes du ménage* »²⁶.

Par ailleurs, la chambre commerciale de la même haute juridiction française emboîte le pas en retenant les mêmes solutions sus évoquées dans ses différentes décisions. C'est ainsi qu'elle a réaffirmé sa position en ce sens dans une affaire où le trésor public entendait

Weil, 1983, *D- Litec*, p. 547 ; J. MESTRE, « Solidarité et exercice des voies de recours », *RTD civ.*, *D.*, 1990, p. 283 ; J. THERON, « De la communauté d'intérêts », *RTD civ.* 2009, p. 19.

²³ V. notamment, P. TATU, concl. sous, Civ. 2^e, 19 mai 1998, *D.* 1998, p. 405 ; R. PERROT, obs. sous, Civ. 2^e, 19 mai 1998, *RTD civ.* 1998, p. 750 ; R. PERROT, obs. sous, Com., 26 octobre 1999, *RTD civ.* 2000, p. 167 ; B. VAREILLE, obs. sous, Civ. 2^e, 28 octobre 1999, *RTD civ.* 2000, p. 386 ; J. HAUSER, obs. sous, Civ. 2^e, 30 avril 2009, *RTD civ.* 2009, p. 701 ; S. POISSON, « L'exigence d'une condamnation explicite dans le titre exécutoire », *Dr. et procéd.* 2011, *I.* 04, p. 76 ; Y. CHARTIER, « L'évolution de l'engagement des associés », *Rev. soc.* 1980, p. 1 et s. ; D. GIBIRIDA, « L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles », *Defrénois* 1998, p. 625.

²⁴ Les décisions contraires à cette nouvelle exigence ont été annulées. V. à titre indicatif, T.G.I. Lyon, 15 février 1994, *D.* 1995, p. 47, note PREVAULT ; Douai, 19 mai 1994, *Gaz. Pal.* 1994, 2, *somm.* 28 décembre, cités par R. PERROT, « Titre exécutoire : personnalisation du débiteur », *RTD civ.* 1955, p. 194.

²⁵ V. notamment R. PERROT, obs. sous, Civ. 2^e, 19 mai 1998, *RTD civ.* 1998, p. 750.

²⁶ Civ. 2^e, 28 octobre 1999, *Personne et Famille*, Janvier 2000, p. 14, note S. VALORY ; *RTD civ.* 2000, p. 386, obs. B. VAREILLE.



poursuivre les associés en vertu d'un rôle des impôts délivré à l'encontre de la société en ces termes : « *Toute exécution forcée implique que le créancier soit muni d'un titre exécutoire à l'égard de la personne même qui doit exécuter et que le titre délivré à l'encontre d'une société n'emporte pas le droit de saisir les biens des associés, fussent-ils indéfiniment et solidairement liés des dettes sociales, à défaut de titre exécutoire pris contre eux* »²⁷.

10. En droit OHADA, la même interprétation est permise, puisque l'alinéa 1 de l'article 28 de l'AUPSRVE du 18 janvier 1998 est pareillement rédigé comme l'article 2 de la loi française du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution²⁸, lequel fonde le principe de personnalisation du débiteur dans le titre exécutoire. Ainsi, si des questions similaires ne se sont pas encore, en l'état actuel, posées devant les juridictions appliquant le droit OHADA, il paraît logique et soutenable que les solutions jurisprudentielles proposées en droit français soient retenues dans cet espace juridique. En conséquence, on peut dire que le débiteur identifié dans le titre exécutoire est le seul qui puisse avoir la qualité de saisi. Mais, qu'en est-il du cas où cette identification est erronée ?

2 – L'hypothèse de désignation erronée du débiteur

11. Il se peut que la personne réellement débitrice soit désignée dans le titre exécutoire sous un vocable générique. Cette éventualité peut être examinée sous deux angles.

12. D'une part, l'erreur peut consister en une omission, un rajout ou un remplacement d'un des éléments constitutifs du nom de la personne. En réalité, il s'agit de la même personne, mais la dénomination s'est distinguée entre celle qui figure sur le titre exécutoire et celle sur

²⁷ Com., 03 mai 2006, *Dr. et procéd. 2006, J.*, obs. E. PUTMAN. Antérieurement à cette décision, v. Com., 26 octobre 1999, *RTD civ. 2000*, p 167, obs. R. PERROT.

²⁸ L'article 2 de la loi française du 9 juillet 1991 est disposé comme suit : «...*, tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard...* ». L'article 28 de l'AUPSRVE dispose, quant à lui, que « *À défaut d'exécution volontaire, tout créancier peut, quelle que soit la nature de sa créance, dans les conditions prévues par le présent Acte Uniforme, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard ou pratiquer une mesure conservatoire pour la sauvegarde de ses droits* ».



l'acte d'exécution²⁹. Devant une telle situation, la jurisprudence française indique que cette erreur est sans incidence sur le principe de personnalisation du débiteur³⁰. En effet, elle a retenu cette solution dans une affaire dont les faits méritent d'être reproduits.

En l'espèce, un médecin psychiatre était porteur d'un titre condamnant son ex-employeur, l'« *Institut d'éducation sensorielle* », à lui payer diverses sommes. En exécution de ce titre, le créancier avait fait signifier un commandement de payer et un procès-verbal de saisie-attribution à l'encontre de la « *Congrégation des sœurs aveugles de Saint Paul* ». Cette dernière avait contesté la mesure d'exécution entreprise en se fondant l'absence du titre délivré à son encontre. Son argumentaire a été écarté tant en instance qu'en appel. La Cour de cassation rejette le pourvoi en approuvant les juges de fond qui, ayant constaté que l'Institut concerné, étant dépourvue de personnalité juridique, et l'association suscitée disposent de la même adresse, ont le même représentant, le même compte postal et utilisent les mêmes bulletins de paie, en avaient déduit que les deux entités ne formaient qu'une seule et même personne morale à l'encontre de laquelle s'appliquait le titre exécutoire.

13. D'autre part, lorsque l'erreur consiste à désigner deux personnes juridiquement distinctes, elle ne peut tolérer le même raisonnement. En effet, il est des hypothèses où des sociétés subdivisent leurs activités entre plusieurs sociétés appelées filiales qui, juridiquement, ont une relative autonomie au sein d'un groupe³¹, et où la diversité plus ou moins de leur

²⁹ Cette question a été posée devant les juridictions françaises dont nous exploitons les solutions retenues à titre de droit comparé.

³⁰ Civ. 2^e, 17 novembre 2005, *Dr. et procéd. 2006, J. mai 2006*, obs. A. LEBORGNE.

³¹ Sur le groupe de sociétés, v. MAMADOU KONE, « La notion de groupe de sociétés en droit OHADA », *Penant n°856*, p. 285, *Ohadata D-06-54*. Sur l'ensemble des groupes de sociétés, v. DESPAX, « Groupe de sociétés et contrat de travail », *Droit social, 1961, chron.*, 596 ; « Groupe de sociétés et institutions représentatives du personnel », *JCP, 1972, I, 2465* ; Ch. FREYRIA et J. CLARA, « De l'abus de biens et crédit en groupe de société », *JCP E 1993, I, 247* ; « Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ? (à propos de la proposition de la loi Cousté) », *JCP n°26, 1971, Doctrine, I, 2401 bis* ; « Les groupes de sociétés. Analyse du droit positif français et perspectives de réforme », *RTD com.*, 1972, p. 813. et s. ; R. SINAY, « Vers un droit des groupes de sociétés, l'initiative allemande et le marché commun », *Gaz. Pal.*, 1967, I, 70 ; A. SUPLOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTD com*, 1985, p. 621 et s. ; C. D'HOIR-LAUPETRE, « L'émergence d'un droit des obligations adapté au phénomène des groupes de sociétés », *Droit social, 1993, chron.*, 248 ; R.-J. HOPT, « Le droit des groupes de sociétés, expérience allemande et perspectives européennes », *Rev. Soc.*, 1987, p. 371 et s. ; B. OPPETIT et A. SAYAG, « Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés », *Rev. Soc.*, 1970, p. 243 et s. ; F. ANOUKAHA, ABDOULLAH CISSE, NDIAW DIOUF, J. NGUEBOU TOUKAM, P.-G. POUGOUE et MOUSSA SAMB, *OHADA, Sociétés commerciales et G.I.E.*, Coll. Droit Uniforme, Bruylant, Juriscope 2002 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 19^e éd.,



dénomination finit par semer la confusion. La question peut se poser de savoir si, sur la base d'un titre exécutoire obtenu à l'encontre d'un membre du groupe, l'exécution pourra être engagée contre les autres.

La réponse à cette question a été diversement apportée par les juges nationaux dans l'espace OHADA. Pour comprendre ces diverses solutions, il faut rappeler l'espèce ayant occasionné une telle divergence. En effet, par une décision rendue par la Cour d'appel judiciaire de Libreville qui avait condamné la société P.I.P. SA du groupe Bolloré au profit de la société P.I.P. SARL et de J. DUPUYDAUBY³², les créanciers, ayant obtenu l'exéquatur dudit arrêt dans certains pays membres de l'OHADA, ont opéré des saisies-attributions sur les créances des sociétés appartenant au Groupe Bolloré à savoir SIGERPRAG ; SDV Cameroun, SAGA Cameroun et SEPBC ; SDV Tchad, domiciliées respectivement au Gabon, au Cameroun et au Tchad. Les différents juges saisis sur les contestations soulevées ont déplacé le centre d'intérêt de la question sur le terrain de l'existence ou non du lien de solidarité entre les différentes sociétés du même groupe. Si le juge de l'exécution camerounais³³ a rejeté les contestations au motif qu'il existe un lien économique entre les différentes sociétés du Groupe Bolloré, lequel lien entraînerait leur solidarité, ses homologues gabonais³⁴ et tchadien³⁵ en revanche, pour ordonner la mainlevée, ont soutenu que les différentes sociétés d'un même groupe ont chacune sa personnalité juridique de sorte que l'une ne peut être tenue pour responsable du passif de l'autre. C'est dire, selon le juge camerounais, que la solidarité établie entre les différentes sociétés permet de pratiquer la saisie sur les biens appartenant aux autres membres du groupe.

2006 ; M. GERMAIN, *Les sociétés commerciales*, in G. RIPERT et R. ROBLOT, (s/dr.), *Traité de droit commercial*, t.1, v.2, 19^e éd., LGDJ, n°2024.

³² Cour d'appel judiciaire de Libreville, arrêt du 22 juin 2007, citée par A. ANABA MBO, « L'exécution sur les biens des sociétés du groupe », *Miroir du droit n°001-2009*, p. 23.

³³ PTPI de Yaoundé, Ord. n° 283/C du 03 juin 2008, *inedit*.

³⁴ TPI de Libreville, Ord. du 21 mars 2008, *inedit*.

³⁵ Cour d'appel de N'Djamena, arrêt du 05 mai 2008, *Revue juridique tchadienne n° 1*, p. 21, citée par A. ANABA MBO, « L'exécution sur les biens des sociétés du groupe », *Miroir du droit n°001-2009*, p. 23.



La position des juges camerounais, qui conforte la thèse favorable à la confusion entre le droit du créancier et le titre dont il se prévaut, est soutenue par une partie de la doctrine³⁶. Cette dernière avance notamment l'argument relatif à la solidarité qui lierait les membres d'un groupe de sociétés. C'est une solution qui peut paraître pertinente, puisque, sous le prisme de la théorie du groupe de sociétés, certaines actions, notamment en matière de procédures collectives, peuvent atteindre les différents membres du groupe. Il en est ainsi lorsqu'ayant constaté la confusion des patrimoines, « *le juge peut dès lors fondre l'ensemble des patrimoines des sociétés du groupe en un seul et unique patrimoine ; tous les actifs de ces sociétés sont alors utilisés sans considération des cloisonnements juridiques pour éponger le passif d'une d'entre elle* »³⁷. Et, en cas de cessation des paiements d'une des sociétés, « *le juge saisi procédera à l'ouverture d'une même et unique procédure sans qu'il soit nécessaire de relever l'état de cessation des paiements de chaque société* »³⁸.

Mais, une telle analyse tombe sur la confusion malheureuse qui considère le droit de l'exécution comme la continuation des autres disciplines. Pourtant, cette discipline, bien qu'elle soit le prolongement de celles-là, conserve néanmoins des principes qui lui sont propres, notamment le principe de la personnalisation du débiteur dans le titre exécutoire, le principe de la condamnation explicite, le principe de la spécialité de la condamnation³⁹. En effet, si le créancier veut faire jouer la solidarité imposée entre les membres du groupe de sociétés, il doit le faire dans le cadre d'un procès et non, pour la première fois, au stade de l'exécution. Ainsi, conformément à l'article 28 de l'AUPSRVE, on ne saurait étendre la qualité de débiteur aux autres membres non identifiés dans le titre exécutoire. En conséquence, on ne peut pas poursuivre un membre d'un groupe de sociétés sur la base d'un titre exécutoire désignant un débiteur bien déterminé.

³⁶ A. ANABA MBO, « L'exécution sur les biens des sociétés du groupe », *Miroir du droit* n°001-2009, p. 23.

³⁷ F. ANOUKAHA, ABDOULLAH CISSE, NDIW DIOUF, J. NGUEBOU TOUKAM, P.-G. POUGOUE et MOUSSA SAMB, *OHADA, Sociétés commerciales et G.I.E., op. cit.*, p. 188, n°276.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Sur ces différents principes, v. notamment J. FOMETEU, « Théorie générale des voies d'exécution OHADA », in P.-G. POUGOUE, (s/dr.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, pp. 2064 et s., n°26 et s.



14. De ce qui précède, on peut retenir que la qualité de saisi doit être attribuée à la personne dont le nom a été simplement mal rédigé et, en revanche, refusée à celle qui, juridiquement distincte du débiteur, est rattachée à ce dernier par un lien de solidarité qui n'a pas été prévaluée à la phase l'instance. Toute chose qui est différente de l'hypothèse par laquelle la qualité de saisi est régulièrement transmise à une autre personne.

B – Le saisi, débiteur actuellement désigné dans l'acte d'exécution

15. Il se peut qu'au cours de l'exécution d'une obligation contenue dans un titre exécutoire désignant un débiteur précis, les mesures soient engagées contre une personne différente de ce débiteur. Cette personne, qui, au départ, n'est pas identifiée dans le titre exécutoire, acquiert la qualité de débiteur sans que la procédure d'obtention d'un nouveau titre soit nécessaire. Cette hypothèse est permise par les mécanismes de transmission **(1)** et de transformation **(2)** des obligations.

1- L'acquisition de la qualité de saisi par le mécanisme de transmission des obligations

16. Le mécanisme de transmission des obligations par changement de débiteur⁴⁰, compte tenu des inconvénients⁴¹ qu'il présente pour les créanciers, n'est envisagé que dans les cas limitativement permis par la loi. C'est pour cette raison que seule la transmission d'une universalité est juridiquement envisageable. Mais, en dehors de cette hypothèse, il n'est pas interdit que la loi en impose une autre.

17. Dans le premier cas, il faut au préalable rappeler que l'universalité est un ensemble d'éléments composés de droits et d'obligations lesquels sont soumis à un système juridique global, en ce sens que l'actif et le passif sont indissolublement liés. Sa transmission est

⁴⁰ Sur ce mécanisme, v. J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 285 ; L. ANDREU, *Du changement de débiteur*, Thèse, Université de Paris XI, 2008, cité par F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, 10^e éd., D. 2010, p. 1297.

⁴¹ La personne du débiteur, ses qualités, ses activités, son patrimoine, sont autant d'éléments déterminants pour le créancier qu'il serait inconcevable de lui imposer un autre débiteur qui ne présente pas les mêmes potentialités.



généralement opérée, pour les personnes physiques, à cause de mort, et, pour les personnes morales, à cause de leur transformation.

La première hypothèse se réalise lorsque l'héritier accepte universellement la succession du débiteur décédé⁴². Dans ce cas, les créanciers du défunt peuvent saisir aussi bien les biens provenant de la succession que ceux appartenant à l'ayant-cause universel⁴³. Il acquiert ainsi la qualité de saisi sans que le titre exécutoire le nomme expressément. Ce mode de substitution est interprété par le Professeur PERROT comme une exception légalement apportée au principe de personnalisation du débiteur dans le titre exécutoire⁴⁴.

Relativement aux personnes morales, il faut dire que la transmission des obligations à d'autres personnes provient soit de la fusion, soit de la scission. La fusion est une opération par laquelle deux ou plusieurs sociétés réunissent leurs patrimoines pour ne former qu'une seule société⁴⁵. Elle se réalise par absorption⁴⁶ ou par constitution⁴⁷. Dans tous les cas, la fusion entraîne la dissolution de la société absorbée sans liquidation et la transmission universelle de son patrimoine à la société absorbante dans l'état où il se trouve à la date de sa réalisation définitive. Cela implique que la société absorbante acquiert la qualité de partie dans tous les rapports de droit créés par les sociétés absorbées. Naturellement, les titres exécutoires obtenus contre les sociétés absorbées sont pareillement exécutoires contre la société absorbante. Il y a là une véritable substitution de débiteur et, par conséquent, de saisi.

⁴² Sur les successions, voir notamment B. BEIGNIER, *Libéralités et successions*, Montchrestien, 2012, pp. 151 et s. L'acceptation pure et simple entraîne la confusion des patrimoines tandis que celle sous bénéfice d'inventaire encore appelée acceptation à concurrence de l'actif net maintient la séparation du patrimoine personnel de l'héritier de celui du défunt. Sur ces questions, v. V. BREMOND, « La nouvelle acceptation à concurrence de l'actif net », *JCP N*, 2006, 1331 ; N. LEVILLAIN, « L'acceptation à concurrence de l'actif net », *JCP N*, 2008, 1058.

⁴³ Bien entendu, il faut rappeler que cette opération de saisie ne peut être pratiquée que lorsque l'ayant-cause universel a été informé conformément aux dispositions de l'article 877 du Code civil. Ainsi, les créanciers ne pourront en poursuivre l'exécution que huit jours après la signification de ces titres à la personne ou au domicile de l'héritier. L'emploi du terme *signification* implique que les successeurs, pour acquérir la qualité de partie au titre exécutoire, doivent être informés par exploit d'huissier de justice. Toute autre forme de notification est alors proscrite.

⁴⁴ R. PERROT, obs. préc., *RTD civ.* 1998, p. 750.

⁴⁵ F. ANOUKAHA et autres, *op. cit.*, p. 203, n°306.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 200, n°296.

⁴⁷ *Ibidem.*



Quant à la scission, elle est définie comme une opération par laquelle une société transmet son patrimoine à plusieurs sociétés qui, soit préexistent, soit sont créées à l'occasion de la scission⁴⁸. Cette transmission, quelle que soit sa forme, entraîne la dissolution sans liquidation de la société mère au profit de celles constituées à cause de la scission. Il s'en suit que les titres exécutoires délivrés contre la société originaire sont pareillement exécutoires contre les sociétés scindées. Ces dernières, qui deviennent par le biais de ce mécanisme des nouveaux débiteurs, acquièrent ainsi la qualité de saisi.

18. Le second cas concerne ce que le Professeur PERROT a appelé la cession de dette instituée par « *la volonté de la loi* »⁴⁹. En effet, l'auteur explique que ce mode de transmission peut expressément être permis par la loi. Pour justifier cette possibilité, il invoque les dispositions de l'article L 311-8 de la Loi portant Code français de construction et d'habitat, qui ont permis à la jurisprudence d'admettre la valeur d'un tel mécanisme en rejetant une prétention fondée sur le moyen selon lequel les poursuites étaient engagées contre une personne non identifiée dans le titre exécutoire⁵⁰.

En l'espèce, le Crédit foncier avait consenti un prêt notarié à une Société de Construction Immobilière et où, après le partage, le créancier avait engagé des poursuites pour le remboursement du prêt contre l'un des attributaires. Les juges du fond avaient annulé lesdites poursuites en se fondant sur le fait que l'acte notarié ne visait que la Société de Construction Immobilière et non point l'attributaire contre lequel une procédure de saisie immobilière était engagée. Cette décision a été cassée par la Haute juridiction française qui, par la même occasion, rappelle de ne pas confondre le mécanisme de substitution et celui de solidarité.

La doctrine, favorable à cette thèse, en a déduit que cette décision était plutôt riche d'enseignement⁵¹. Car, la précision qu'elle apporte ne dément pas la pertinence du principe de

⁴⁸ *Ibid*, n°298.

⁴⁹ L'expression est du Professeur PERROT. V. R. PERROT, note sous Com., 26 octobre 1999 ; Civ. 2^e, 28 octobre 1999 ; Civ. 2^e, 16 décembre 1999, *RTD civ. 2000*, p. 167.

⁵⁰ Civ. 2^e, 16 décembre 1999, *RTD civ. 2000*, p. 167, obs. R. PERROT.

⁵¹ R. PERROT, obs. sous, Civ. 2^e, 16 décembre 1999, *RTD civ. 2000*, p. 167.



personnalisation du débiteur dans le titre exécutoire, mais lui en apporte simplement une exception, laquelle exception peut aussi bien résulter d'une substitution de plein droit que d'une substitution conventionnelle. La substitution de débiteur qui repose sur le mécanisme de transmission des obligations, peut également être fondée sur celui de transformation.

2 – L'acquisition de la qualité de saisi par le mécanisme de transformation des obligations

19. La transformation peut être comprise comme « *un changement survenu dans un rapport d'obligation dont l'existence n'est pas remise en cause* »⁵². Ainsi, même si certaines techniques entraînent l'extinction de l'ancienne obligation par la création d'une nouvelle, mais « *la succession de deux obligations est en réalité une transformation dès lors que la seconde obligation est destinée à remplacer la première* »⁵³. En effet, la novation constitue une de ces techniques de transformation par excellence. La doctrine y ajoute également la délégation et la modification de l'obligation. Mais, cette dernière technique présente peu d'intérêt dans le cadre de la présente, car elle n'entraîne pas la substitution des personnes.

a – L'acquisition de la qualité de saisi par la technique de la novation

20. L'article 1271, alinéa 2, du Code civil envisage la novation⁵⁴ par changement de débiteur dans deux hypothèses selon que l'initiateur de l'opération est le débiteur primitif⁵⁵

⁵² J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 301, n°415.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ La novation peut être définie comme une « *opération juridique par laquelle les parties décident de substituer une obligation nouvelle à une obligation préexistante, qui est corrélativement éteinte* ». Cette technique juridique peut résulter soit d'un changement de l'une des parties, soit d'un changement de l'un des éléments objectifs à savoir ; la cause, l'objet, les modalités de l'obligation. Ce dernier groupe d'éléments n'influe pas sur la substitution des sujets et, par conséquent, ne sera pas envisagé dans le cadre de la présente étude. Sur l'ensemble de cette technique, v. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 1397, n°1417. Dans le même sens, v. J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 302, n°416 ; Ch. PACTET, « De la réalisation de la novation », *RTD civ.* 1975, p. 435 et 643 ; D. CHOLET, « La novation du contrat », *RTD civ.* 2006, p. 467 ; J.-L. AUBERT, *D. Rép. Civ.*, v° *Novation*.

⁵⁵ Le débiteur originaire présente un nouveau débiteur au créancier dans l'optique de se décharger de son obligation. L'acceptation par le créancier de cette offre entraîne alors la libération du débiteur originaire en remplacement du nouveau. Cette opération renvoie à celle de délégation parfaite ou novatoire. Bien entendu,



ou le nouveau débiteur⁵⁶. En effet, lorsque l'opération de novation est régulièrement réalisée, il peut se poser la question de savoir si cette technique peut s'étendre aux parties dont l'obligation constatée dans un titre exécutoire est novée.

La réponse affirmative que l'on peut apporter à cette question heurte de front, en principe, l'effet extinctif de la novation⁵⁷. On enseigne que l'opération de novation entraîne la disparition de l'ancienne obligation avec tous ses caractères et ses accessoires⁵⁸. Il en résulte que le titre exécutoire dans lequel l'obligation éteinte était constatée disparaît également. Ainsi, le créancier devra obtenir un nouveau titre exécutoire contre le nouveau débiteur pour entreprendre des mesures d'exécution forcée à son encontre.

21. Mais, cette analyse ne saurait emporter totalement conviction, dans la mesure où les articles 1278, *in fine*, et 1279, alinéa 2, du même Code civil permettent que les hypothèques et les privilèges primitifs de la créance puissent être conservés, avec le consentement des propriétaires des biens grevés, pour la garantie de l'exécution de l'engagement du nouveau débiteur⁵⁹. On peut étendre cette hypothèse au titre exécutoire dont se prévaut le créancier. Dans ce cas, quoique le titre exécutoire n'identifie pas nommément le nouveau débiteur, le créancier peut s'en prévaloir pour entreprendre des mesures d'exécution à son encontre. Le même raisonnement, à quelques différences près, peut être mené relativement à la technique de la délégation.

cette libération entraîne la disparition de l'ancienne obligation avec ses caractères par la création de la nouvelle. C'est dire que le débiteur originaire devient tiers au rapport d'obligation tandis que le nouveau perd cette qualité pour acquérir celle de partie.

⁵⁶ Lire l'art. 1274 du Code civil. Il s'agit de l'hypothèse où l'opération de novation par substitution d'un nouveau débiteur se réalise sans le concours du premier débiteur. Par cette technique encore appelée « *expromission* », un tiers accepte de s'engager envers le créancier moyennant la libération par celui-ci de son débiteur originaire. En tout cas, lorsque le créancier accepte cette proposition, le débiteur initial perd la qualité de partie et en acquiert celle de tiers. Inversement, le tiers initiateur devient partie en perdant la qualité de tiers.

⁵⁷ Sur les effets de la novation, v. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 1400 et s. ; -L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 302 et s.

⁵⁸ Il s'agit des exceptions et des sûretés qui grevaient l'ancienne obligation, v. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, pp. 1412-1414.

⁵⁹ Sur le maintien conventionnel des sûretés, v. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 1416.



b – L’acquisition de la qualité de saisi par la technique de la délégation

22. La délégation⁶⁰ peut entraîner, selon les cas, soit la substitution de l’ancien débiteur par un nouveau⁶¹, soit l’adjonction d’un nouveau débiteur au côté de l’ancien⁶². Que la délégation soit parfaite ou imparfaite, la question qui se pose est celle de savoir si cette technique peut être invoquée au stade de l’exécution. En d’autres termes, le délégataire peut-il se prévaloir du même titre exécutoire obtenu contre le délégant pour poursuivre le délégué ?

23. Relativement à cette question, on est tenté *a priori* d’apporter une réponse négative. Car, lorsque la délégation opère novation par changement de débiteur, elle entraîne la disparition de l’obligation qui pèse sur le délégant ; le délégué étant tenu d’une nouvelle obligation. Ce qui suppose qu’à l’égard de ce dernier, il faudra obtenir un nouveau titre exécutoire.

Mais, comme pour la novation, des exceptions peuvent être apportées à cette solution. Ainsi, rien n’interdit aux parties à la délégation de maintenir le titre exécutoire dans lequel l’obligation déléguée est constatée. Bien entendu, cette décision de maintien doit être notifiée au délégué par tout moyen laissant trace écrite. En fait, cette solution n’est pas nouvelle. Elle avait déjà été suggérée par M. SALATI qui, étudiant l’exécution par les « *techniques du droit des obligations* », relève fort opportunément que la délégation, contrairement à certains mécanismes⁶³, « *est un moyen détourné intéressant contre les voies d’exécution* »⁶⁴. C’est dire que la technique de la délégation peut être utilisée au stade de l’exécution. En considérant cette éventualité, le délégué peut être poursuivi sur le fondement d’un titre exécutoire obtenu contre le délégant. Dans ces conditions, il acquiert la qualité de saisi. Toutefois, ces modes ne

⁶⁰ La délégation est définie par l’article 1275 du Code civile comme « *la délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s’oblige envers le créancier, n’opère point de novation, si le créancier n’a pas expressément déclaré qu’il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation* ».

⁶¹ Dans cette hypothèse, on parle de la délégation parfaite qui a un effet novatoire.

⁶² Dans ce cas, on parle de la délégation imparfaite.

⁶³ L’auteur cite l’astreinte, la clause pénale, l’action oblique et l’action directe. Voir O. SALATI, « L’exécution par moyens détournés hors du droit de l’exécution », in Cl. BRENNER, (s/dr.), *Le droit de l’exécution forcée : entre mythe et réalité*, Colloque organisé par la revue Droit et procédures – La revue des huissiers de justice, Paris, Cour de cassation, Première Chambre civile, les 27 et 28 avril 2007, pp. 138 et 139.

⁶⁴ O. SALATI, « L’exécution par moyens détournés hors du droit de l’exécution », *op. cit.*, p. 139.



s'appliquent pas à certaines personnes dont les biens peuvent valablement être saisis sans rechercher si elles ont ou non acquis la qualité de débiteur.

II- LE SAISI, DEBITEUR MATÉRIELLEMENT TENU

24. La loi permet parfois que les biens de certains tiers soient saisis sans que ceux-ci aient acquis la qualité de débiteur par le biais des différents mécanismes qui viennent d'être étudiés. Mais ils acquièrent la qualité de saisi par le simple fait que les biens, garantissant l'obligation contenue dans le titre exécutoire, leur appartiennent. Ils sont identifiables comme tels à l'aide de ce critère matériel qui repose sur la propriété du bien saisi. Cette situation concerne respectivement l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué (**A**) et la caution (**B**).

A – L'attribution de la qualité de saisi à l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué saisi

25. Avant d'exposer l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué aux affres de la « *procédure d'expropriation* », l'article 255 de l'AUPSRVE lui offre deux possibilités, l'une « *de payer l'intégralité de la dette en capital et intérêts* » invoquée par le créancier poursuivant et l'autre « *de délaisser l'immeuble hypothéqué* ». Ainsi, lorsque l'acquéreur choisit de payer l'intégralité de la dette invoquée par le créancier poursuivant, il échappe à la procédure de saisie immobilière. Le paiement ainsi effectué entraîne à son profit une subrogation dans les droits du créancier qu'il a désintéressé⁶⁵. Dans ce cas, la frontière du droit de l'exécution forcée n'étant pas encore franchie, le problème de sa qualité de saisi ne se pose même pas.

De même, lorsque l'acquéreur opte de délaisser l'immeuble, cela signifie qu'il en abandonne la possession. Cet abandon entraîne la remise en cause de la propriété transférée⁶⁶ et lui permet de ne pas subir la procédure de saisie immobilière. Il conserve pour ainsi dire sa qualité de tiers absolu à la procédure de saisie qui sera pratiquée sur ce bien.

⁶⁵ A.-M. H. ASSI-ESSO et NDI AW DIOUF, *op. cit.*, p. 198 ; G. COUCHEZ, *op. cit.*, p. 220.

⁶⁶ Sauf son recours en garantie contre le vendeur, s'il a acheté cet immeuble.



26. En revanche, lorsque l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué n'a choisi ni de purger l'hypothèque qui grève l'immeuble, ni de délaisser cet immeuble, il subit la « *procédure d'expropriation* », c'est-à-dire la saisie immobilière. La doctrine reconnaît que, contrairement à la saisie-vente ou saisie-appréhension qui se déroule entre les mains d'un tiers détenteur, la saisie immobilière, dans ce cas, est dirigée contre celui-ci⁶⁷. La question peut se poser de savoir à quelle qualité cet acquéreur subit-il la procédure de saisie immobilière. En d'autres termes, est-il poursuivi en qualité de tiers ou celle de débiteur ?

27. La question peut paraître banale, étant entendu que cet acquéreur est habituellement et malheureusement appelé « *tiers détenteur* », lequel serait différent de celui connu dans le cadre des saisies mobilières⁶⁸. On soutient cette qualification par deux arguments. D'une part, il est qualifié de tiers, parce que la procédure de saisie dirigée contre lui n'est pas suivie de la même manière que celle pratiquée contre le débiteur lui-même, car le commandement aux fins saisie, à lui, signifié est assorti d'une sommation⁶⁹. D'autre part, sa qualité de tiers se justifie par le fait qu'il n'est pas personnellement obligé.

28. Mais, cette analyse est fragile et résiste peu à la critique. Les arguments avancés pour la justifier peuvent facilement être battus en brèche. En effet, relativement à la différence des procédures selon que la saisie est pratiquée contre le débiteur lui-même ou dirigée contre l'acquéreur, ce critère de distinction ne saurait être retenu, puisque la sommation ne vise qu'à permettre à cet acquéreur d'opérer un choix entre les trois possibilités qui lui sont proposées⁷⁰. Ainsi, lorsqu'il accepte de subir la procédure de saisie immobilière, les conséquences qui en découlent sont pareillement identiques. On ne distingue plus selon que la saisie est pratiquée contre le débiteur lui-même ou qu'elle est dirigée contre l'acquéreur⁷¹.

⁶⁷ M. DONNIER et J.-B. DONNIER, *op. cit.*, p. 198 ; G. COUCHEZ, *op. cit.*, p. 220.

⁶⁸ Le tiers détenteur en matière de saisies mobilières est toute personne qui détient un bien meuble corporel pour le compte du débiteur et entre les mains duquel se déroule une opération de saisie.

⁶⁹ V. l'art. 255 de l'AUPSRVE.

⁷⁰ Payer la dette invoquée par le créancier poursuivant, délaisser l'immeuble hypothéqué et subir la procédure de saisie, v. art. 255 de l'AUPSRVE.

⁷¹ En France, le décret du 27 juillet 2006 précité est clair sur cette question. L'article 31, alinéa 1, dispose que : « *La signification du commandement de payer valant saisie au tiers détenteur produit à l'égard de celui-ci les effets attachés à la signification du commandement de payer valant saisie au débiteur* ».



Quant à l'argument qui repose sur l'obligation personnelle, il ne saurait non plus emporter totalement adhésion, puisque la question fondamentale qui se pose est celle de savoir qui est le propriétaire de l'immeuble à saisir. Si tant est vrai que par l'acte de vente, la propriété de l'immeuble hypothéqué a été transférée à l'acquéreur, cela revient à dire qu'il a accepté en connaissance de cause de subir la « *procédure d'expropriation* » dans son propre patrimoine. Étant donc « *propriétaire actuel du bien considéré* »⁷², il acquiert la qualité de saisi dans la limite de la procédure de saisie immobilière dirigée contre lui. C'est la raison pour laquelle la doctrine la plus autorisée suggère que cet acquéreur est poursuivi en qualité de saisi⁷³. Il devrait bénéficier des prérogatives attachées à cette qualité, notamment la faculté d'agir en nullité des actes de procédure irrégulièrement accomplis. Les mêmes prérogatives devraient être également reconnues à la caution.

B – L'acquisition de la qualité de saisi par le mécanisme du cautionnement

29. Selon l'article 13 de l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés⁷⁴, le cautionnement est défini comme « *un contrat par lequel la caution s'engage, envers un créancier qui accepte, à exécuter une obligation présente ou future contractée par le débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même* »⁷⁵. Lorsque la caution accepte d'exécuter elle-même l'obligation contractée, dans le cas où le débiteur principal ne remplirait pas son engagement, elle est appelée « *caution personnelle* ». En revanche, lorsqu'elle, au lieu de s'engager à exécuter personnellement, offre plutôt en garantie une hypothèque sur un immeuble lui appartenant, elle est dite « *caution réelle* ». La question peut alors se poser de savoir si le titre exécutoire obtenu contre le débiteur principal vaut également à l'égard des

⁷² G. COUCHEZ, *op. cit.*, p. 220.

⁷³ V. notamment G. COUCHEZ, *op. cit.*, p. 30.

⁷⁴ Ci-après, abrégé AUS, dans sa forme révisée du 15 décembre 2010 à Lomé. V. J.O. OHADA, 15^e année N°22, 15 février 2011.

⁷⁵ Certains auteurs estiment que cette définition est incomplète et propose que le cautionnement soit défini comme « *une sûreté personne accessoire créée par un contrat unilatéral qui oblige la caution à exécuter la dette [future ou présente] du débiteur principal et lui donne un recours en remboursement contre ce dernier* ». Sur cette question, v. M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *Droit des Sûretés*, 8^e éd., Litec, Paris, 2008, p. 32, n°38 ; J.-C. NGNINTEDEM, « Les mutations du cautionnement en droit OHADA/ Du droit civil au droit des affaires », *RDAI/IBLI*, 6-2012, p. 679.



cautions lorsque ledit débiteur est défaillant. La réponse à cette question mérite qu'on examine distinctement le cas de la caution personnelle et celui de la caution réelle.

1 – Le cas de la caution personnelle

30. La caution personnelle peut-elle être poursuivie sur le fondement d'un titre exécutoire obtenu contre le débiteur principal défaillant ? L'AUPSRVE est muet sur la question. Mais, en scrutant attentivement l'AUS, un début de solution peut être envisagé. L'article 23 de cet Acte Uniforme précise que la caution n'est tenue de payer la dette qu'en cas de non-paiement de la part du débiteur principal. Ce texte, comme l'a souligné le Professeur ISSA-SAYEGH, « *traite du caractère subsidiaire de l'engagement de la caution et en déduit toutes les conséquences* »⁷⁶. Cela signifie que le créancier ne peut entreprendre des poursuites contre la caution que lorsque la défaillance du débiteur principal est établie et portée à sa connaissance. L'AUS révisé précise d'ailleurs que cette défaillance est considérée comme établie dès lors que la mise en demeure de payer adressée au débiteur est restée sans effet⁷⁷. Dans ce cas, le créancier peut directement engager un procès contre la caution sans pouvoir chercher à obtenir, au préalable, un titre exécutoire contre le débiteur principal, si cette caution refuse de payer spontanément ce à quoi elle s'est engagée.

31. En revanche, si justement le créancier a obtenu un titre exécutoire contre le débiteur principal sans avoir mis en cause la caution, même en vertu de la solidarité imposée entre les deux par l'article 20 de l'AUS⁷⁸, ce titre ne vaut pas à l'encontre de cette caution⁷⁹. La jurisprudence française est assez claire sur la question. Elle décide qu'un titre exécutoire doit être obtenu contre la caution pour permettre une saisie-attribution à son encontre, la transaction homologuée qui se borne à constater son engagement de caution ne suffisant pas à

⁷⁶ J. ISSA-SAYEGH, Commentaire de l'AUS, in *OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, op. cit.*, p. 667, v°art. 13.

⁷⁷ Lire l'al. 2 de l'art. 23 de l'AUS.

⁷⁸ L'art. 20, al. 1, de l'AUS dispose que : « Le cautionnement est réputé solidaire ».

⁷⁹ TRHC de Dakar, jugement civil n°2377, 24 décembre 2003, *aff : FPE c/ DAOUDA NIANG et Me IBRAHIMA NIANG*, *Ohada.com/Ohadata J-04-279*.



la rendre partie à l'acte⁸⁰. Par voie de conséquence, il est logique de soutenir que la caution personnelle conserve sa qualité de tiers absolu au rapport d'exécution créé en vertu du titre exécutoire obtenu à l'encontre du seul débiteur principal défaillant. Mais, la situation est beaucoup plus complexe lorsqu'il s'agit de la caution réelle.

2 – Le cas de la caution réelle

32. Lorsqu'une personne affecte son bien en garantie de la dette d'autrui⁸¹, elle est trivialement appelée « *caution réelle* ». L'acte dans lequel elle exprime sa volonté est désigné sous le vocable de « *cautionnement réel* »⁸². Ce concept connaît désormais une vive controverse en droit français. Cette controverse vise tantôt son maintien, tantôt sa suppression⁸³. Quoiqu'il en soit, la chambre mixte de la Cour de cassation française rejette aujourd'hui l'expression de « *caution réelle* », et par extension, le cautionnement réel⁸⁴.

33. En droit OHADA, une nature mixte du cautionnement réel a été prévue dans l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés⁸⁵. Madame le Professeur Thérèse ATANGANA-MALONGUE relève bien cette nature en ces termes : « *Certes la notion de cautionnement réel n'apparaît pas expressément dans l'article 12 suscité mais il n'y pas de doute que c'est bien de cette institution dont il s'agit. Il suffit pour s'en convaincre de se référer à l'article 47, alinéa 2, de l'AUS qui dispose que le constituant du gage pour autrui « est tenu*

⁸⁰ Civ. 2^e, 8 janvier 2015, *Dr. et procéd. N°2, J.07, février 2015*, pp. 37 et 38, obs. N. FRICERO.

⁸¹ Il peut s'agir soit d'un engagement de la caution doublée d'une sûreté réelle, soit d'un engagement personnel limité à la valeur d'un bien, ou soit un *propter rem* sans obligation personnelle. V. T. ATANGANA-MALONGUE, « Le cautionnement réel dans l'acte uniforme OHADA », *RRJ Droit prospectif*, 2009- 4, p. 2093.

⁸² Sur le cautionnement réel, v. F. GRUA, « Le cautionnement réel », *JCP G, Doctr. 1984*, I. n°3167.

⁸³ Une première thèse explique que l'expression « *cautionnement réel* » est une création doctrinale ou jurisprudentielle qui n'a aucune parenté avec le mécanisme du cautionnement. La seconde thèse, fondée sur le constat selon lequel la qualité de tiers du constituant ne pouvant être dépourvue d'incidence, le cautionnement réel est une sûreté hybride ou mixte, plus précisément une sûreté réelle empruntant certains de ses effets au cautionnement. Sur l'ensemble de la question, v. Civ., 1^{re}, 4 mai 1999, *JCP G. 1999, I, 156*, n°5, obs. Ph. SIMLER; *RTD civ. 1999*, p. 880, obs. P. CROCCQ.

⁸⁴ Ch. mixte, 2 décembre 2005, *JCP G. N°52 2005, II, 10183*, pp. 2425 et s., note Ph. SIMLER

⁸⁵ Ci-après abrégé AUS.



comme une caution »⁸⁶. Il faut tout de même préciser que si les dispositions de l'article 12 suscité ont été intégralement reprises dans le nouvel article 22⁸⁷ de l'AUS révisé, celles de l'article 47, alinéa 2, ont été supprimées. La question peut se poser de savoir si la nature mixte du cautionnement réel a été également supprimée. En tout cas, même si le législateur n'en parle pas expressément, la constitution d'un gage ou d'une hypothèque pour garantir la dette d'autrui place le constituant dans la situation d'une « *caution réelle* »⁸⁸.

34. En partant de cette considération, une partie de la doctrine qualifie la caution réelle de tiers détenteur dans la procédure de saisie immobili re⁸⁹. Cette qualification de tiers détenteur, à notre sens, est exagérée et, par conséquent, critiquable. La raison tient au fait que l'affectation d'un immeuble en garantie à la dette d'autrui n'entraîne pas le transfert de sa propriété au débiteur principal. Ainsi, la caution réelle, même si elle n'est pas personnellement visée par le titre exécutoire, en est atteinte dans son patrimoine. Dans ces conditions, elle doit avoir la qualité de saisi⁹⁰. C'est la raison pour laquelle le législateur français la met dans la même situation que le débiteur principal en matière de procédure de saisie⁹¹. En effet, quoique la caution ne soit pas personnellement identifiée dans le titre exécutoire, il n'en demeure pas moins qu'elle le soit matériellement, car elle garantit l'obligation contenue dans ce titre par son bien personnel. Ainsi, lorsque son bien affecté en garantie est saisi en vertu d'un titre exécutoire obtenu contre le débiteur principal⁹², la caution réelle acquiert par là même la qualité de saisi.

⁸⁶ T. ATANGANA-MALONGUE, « Le cautionnement réel dans l'acte uniforme OHADA », *RRJ Droit prospectif*, 2009-4, pp. 2090 et 2091.

⁸⁷ L'art. 22 de l'AUS révisé dispose que : « *La caution peut garantir son engagement en consentant une sûreté réelle sur un ou plusieurs de ses biens (al.1). Elle peut également limiter son engagement à la valeur de réalisation du ou des biens sur lesquels elle a consenti une telle sûreté (al. 2)* ».

⁸⁸ En ce sens, v. Ph. SIMLER, note sous, Ch. mixte, 2 décembre 2005, *JCP G. N 52 2005, II, 10183*, p. 2429.

⁸⁹ A.-M. H. ASSI- ESSO et NDI AW DIOUF, *op. cit.*, p. 49, n 74.

⁹⁰ Dans le même sens, v. G. COUCHEZ, *op. cit.*, p. 30, n 31.

⁹¹ *Ibid.*, n 407. Dans le même sens, v. P. CROCQ, « La caution réelle, la caution personnelle et le tiers détenteur », in *Les poursuites contre les tiers non débiteurs, Acte de Colloque organisé par l'AAPPE.*, 16 septembre 2011, p. 11, n 19.

⁹² Bien entendu, la caution réelle n'étant personnellement engagée, il apparaît inconvenant d'obtenir un titre exécutoire à son encontre pour réaliser le bien qu'elle a affecté en garantie. Cela signifie que le seul titre exécutoire obtenu à l'encontre du débiteur défaillant vaut également à l'encontre de la caution réelle. Elle doit alors avoir la qualité de saisi.



Conclusion

35. Au terme de cette étude, il convient de retenir le saisi peut le débiteur identifié dans le titre exécutoire ou la personne à laquelle la qualité de débiteur est transférée à l'aide des mécanismes juridiques de transmission ou de transformation des obligations. À côté de ces personnes qui reçoivent la qualité de saisi au moyen du critère personnel, il est souhaitable d'ajouter celles qui l'acquièrent par la voie du critère matériel, c'est-à-dire lorsqu'elles peuvent être valablement impliquées dans leur patrimoine personnel sans passer par les mécanismes juridiques de transfert des obligations. Mais on risque de se buter à l'habitude terminologique de tiers détenteur qui leur est communément attribuée.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Le Nouveau Code de Procédure Civile Brésilien

(The new Brazilian Civil Procedure Code)

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Professor at the University of Rio de Janeiro and University Estácio de Sá, Brazil. Federal Appellate Judge

and

Teresa Arruda Alvim Wambier

Professor at the Pontifical Catholic University of São Paulo (PUC-SP). Lawyer

Keywords: New Brazilian Civil Procedure Code. Objectives. Main Modifications.

Mots-clés: Nouveau Code de Procédure Civile Brésilien. Objectifs. Principales modifications.

Table of Contents: 1. The conception and the objectives of the new Brazilian Civil Procedure Code - 2. Temporary protection based on urgency or evidence. The possibility of stabilization of anticipatory measures - 3. The judgment of juridical theses, faced with repetitive questions, system of precedentes and the procedural economy - 4. The tolerance of the legislator vis-à-vis the nullities - 5. The strengthening of the principle that both side must be heard, of the motivated judicial decisions and of the *amicus curiae* - 6. The possibility of distribution of evidences - 7. The interactive and democratical management of procedure - 8. Motivate consensual way of disputes resolution - 9. Count of procedural deadlines in working days - 10. Changes about estoppel and appellate against first instance decisions - 11. Attorney's fees at appellate instance - 12. Limits of Brazilian jurisdiction - 13. Inclusion of prejudicial questions at the limits of the *res judicata* - 14. Final remarks



Sommaire: 1. L'avènement et les objectifs du nouveau Code de Procédure Civile au Brésil - 2. « Tutelle provisoire d'urgence et d'évidence ». La possibilité de stabilisation des mesures anticipatoires - 3. Le jugement des questions répétitives, le système de précédents et l'économie processuelle - 4. La tolérance du législateur vis-à-vis des nullités - 5. Le renforcement du contradictoire dans le procès, de la motivation des décisions de justice et de l'*amicus curiae* - 6. La possibilité de la distribution dynamique de la preuve - 7. La gestion participative et démocratique de la procédure - 8. L'incitation aux voies consensuelles dans la résolution des conflits - 9. Le décompte des délais de procédure en jours ouvrables - 10. Modification dans le domaine des forclusions et des recours déposés contre des décisions rendues en premier ressort - 11. Les honoraires des avocats remboursés par la partie condamnée sur le plan des recours - 12. Les limites de la juridiction brésilienne - 13. L'inclusion des questions préjudicielles dans les limites de la chose jugée - 14. Considérations finales

1. L'avènement et les objectifs du nouveau Code de Procédure Civile au Brésil :

Depuis le 16 mars 2015, le Brésil dispose d'un nouveau Code de Procédure Civile¹, qui entrera en vigueur le 18 mars 2016, puisque soumis à une *vacatio legis* d'un an. Il a commencé à être examiné par le Pouvoir Législatif brésilien en 2010.

En 2009, le Sénat a nommé une Commission dont une des auteurs de cet article a été rapporteur général et qui avait pour président le ministre Fux, aujourd'hui juge au Tribunal Fédéral Suprême.² Une deuxième Commission, intégrée par des processualistes de renom, a de même été nommée par le Sénat. Dans la Chambre des Députés, plusieurs

¹ Loi n. 13.105, du 16.03.2015, publiée le 17.03.2015.

² Les processualistes ayant intégré cette Commission ont été les professeurs Luiz Fux, Teresa Arruda Alvim Wambier, Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Júnior, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Jansen Fialho de Almeida e Marcus Vinicius Furtado Coelho.



processualistes ont travaillé également à ce projet.³ De retour au Sénat, le deuxième auteur de cet article, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, a pris part aux travaux.

Le Code de 2015 n'a pas été inspiré d'un nouveau paradigme. Des nouveautés intéressantes y ont été incluses, mais ces dernières ont été toutes le résultat de critiques faites par la doctrine, du besoin de corriger des choix erronés faits par la jurisprudence et, assez souvent, de la considération de certaines prises de position considérées justes qui étaient déjà accueillies par les Tribunaux.

Le Code s'avère mieux organisé et contient 1.072 articles. Désormais, il présente une partie générale contenant des règles applicables aux étapes de l'instance et de l'exécution. La partie spéciale est subdivisée en trois livres : I) De la procédure d'instance et de l'application de la sentence ; II) De la procédure d'exécution ; et III) Des procédures dans les tribunaux et des moyens de contestation des décisions de justice. Enfin, il s'ajoute à cela un livre complémentaire avec des dispositions finales et transitoires.

Dans son exposé des motifs, cinq aspects ont été élus comme éléments constitutifs du champ d'application de la nouvelle législation : a) la recherche d'une conformité plus grande avec la Constitution ; b) permettre au juge de prononcer des décisions plus en accord avec la réalité factuelle de la cause ; c) la simplification de la procédure ; d) augmenter la force de la jurisprudence et créer des précédents, en quelques cas spéciaux obligatoires; et e) augmenter le degré d'organicité du système. En termes d'objectifs, il convient de souligner dans le nouveau Code le renforcement du contradictoire, une plus grande exigence en ce qui concerne la motivation des décisions, et l'établissement de normes et d'instruments destinés à l'économie processuelle, visant à la préservation de l'isonomie, de la sécurité juridique et de la durée raisonnable de la procédure.

³ Dans la Chambre des députés, des juristes invités ont assisté le Député Paulo Teixeira: Fredie Didier Jr., Luiz Henrique Volpe Camargo, Leonardo Carneiro da Cunha, Daniel Mitidiero, Paulo Lucon, José Manoel Arruda Alvim, Alexandre Freitas Câmara, Rinaldo Mouzalas, Marcos Destefenni, Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Freire, Antônio Carlos Marcato, Antônio Claudio da Costa Machado, Athos Gusmão Carneiro, Cândido Rangel Dinamarco, Carlos Alberto Sales, Cassio Scarpinela Bueno, Dierle Nunes, José Augusto Garcia, Kazuo Watanabe, Lenio Streck, Luiz Guilherme Costa Wagner, Luiz Guilherme Marinoni, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, Regina Beatriz Tavares, Teresa Arruda Alvim Wambier.



2. « Tutelle provisoire d'urgence et d'évidence ». La possibilité de stabilisation des mesures anticipatoires :

Les mesures conservatoires, auxquelles le Code précédent consacrait un livre contenant 94 articles, ont été éliminées du nouveau Code. En effet, elles ne sont plus traitées de façon analytique et individualisée. La nouvelle loi n'aborde plus d'ailleurs les mesures spéciales, avec leurs procédures propres : saisie, mise sous séquestre, saisie conservatoire, etc. On y trouve 18 dispositifs traitant de façon *générique* des présupposés pour que ces mesures soient appliquées. Le titre est « *tutelle provisoire* » et comprend aussi bien les mesures dites *satisfactoires* que les mesures *conservatoires*. On utilise l'expression *provisoire*, dans le sens où l'examen des preuves par le juge se fait selon le principe du *quantum satis*. Le nouveau Code de Procédure Civile désigne comme « tutelle provisoire » les mesures de référé appliquées après une première analyse des griefs par le juge, conformément au *fumus boni iuris*.

De manière beaucoup plus concise que le fait le CPC toujours en vigueur, la nouvelle loi a l'intention de protéger : (a) les situations de droit « évident », *indépendamment de l'existence de periculum in mora* – péril qui découle du retardement dans l'accueil d'une requête, pouvant endommager ou même rendre inefficace la décision rendue (b) les situations typiques de prévention de dommage, dans lesquelles il est question de *periculum in mora*. Dans les deux cas, les effets de la sentence peuvent, s'ils sont réversibles, être entièrement anticipés. La nouvelle loi, fortement inspirée du *référé* en droit français⁴, ouvre la possibilité de *stabilisation* des effets de la décision prononcée, sans chose jugée, dans les cas où il n'y aurait pas de résistance de la part du défendeur. Cette décision, tout en ayant ses effets stabilisés, peut être contestée par le biais d'une demande particulière dans un délai de deux ans.

3. Le jugement des questions répétitives, le système de précédents et l'économie processuelle :

Le Brésil constitue ce que les anglais appellent une *litigious society*. L'excès de judiciarisation des conflits conduit à des chiffres étonnants : nous avons près de 100 millions de

⁴ Arts. 488 à 492-1 du Code de Procédure Civile Français.



procès en cours dans le pays. Une partie considérable de ces litiges concerne le contentieux de masse. Le nouveau Code perfectionne des institutions juridiques existantes (recours répétitifs, dans lesquels les tribunaux supérieurs choisissent et jugent certains des cas représentatifs du différend, avec la suspension de procès identiques et l'application postérieure de la thèse prédominante aux autres cas particuliers) et en crée d'autres (spécialement le dit « Incident de Résolution de Demandes Répétées »⁵, qui est inspiré et se rapproche du *Musterverfahren* allemand et de la *Group Litigation Order* anglaise) dans le but de rationaliser la procédure et le traitement de ce genre de conflit.

Une des méthodes utilisées est la création d'hypothèses selon lesquelles le respect aux précédents est exigé par le système, sous peine de « réclamation ». La réclamation est une action en justice dont la finalité est de reconduire la décision du juge s'étant éloignée du précédent qui aurait dû être observé.

4. La tolérance du législateur vis-à-vis des nullités :

Il convient de souligner une caractéristique très marquante du nouveau Code : la tolérance du législateur vis-à-vis des nullités y est beaucoup plus visible. Les vices, quoique graves par leur nature (parmi ceux susceptibles d'être connus d'office), peuvent être corrigés ou ne pas être considérés, pourvu que cela n'ait pas donné lieu à un grief.

La distinction entre vices plus graves et moins graves continue à être importante notamment en ce qui concerne la forclusion pour les parties et la possibilité de connaissance *ex officio*. Les vices plus graves (nullités absolues) n'engendrent pas de forclusion et peuvent être connus d'office par le juge (avec un contradictoire préalable) ; et les nullités relatives ne peuvent pas être connues par le juge en l'absence de demande d'une partie.

Néanmoins, la tendance est que l'on admette que tous les vices soient corrigés, à l'exception des plus graves. Des défauts dans la demande initiale, dans la représentation, et

⁵ À propos de ces institutions respectives, en Allemagne, en Angleterre et au Brésil, voir MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



même ceux relatifs à des matières d'ordre public peuvent être désormais « réparés » pour que l'on atteigne le but du procès, qui est de juger son mérite.

5. Le renforcement du contradictoire dans le procès, de la motivation des décisions de justice et de l'*amicus curiae* :

Le nouveau Code de Procédure Civile met en place une version très étendue du principe du contradictoire. La conception traditionnelle concerne fondamentalement le droit d'être entendu. Les parties ont le droit d'être assignées à comparaître et de se faire entendre. Mais la nouvelle loi va encore plus loin et affirme que le juge doit donner aux parties l'occasion de se manifester même lorsqu'il s'agit de matières d'ordre public, étant autorisé à rendre des décisions *ex officio*, comme c'est le cas des droits allemand⁶ et italien⁷. À la lumière du NCPC, les décisions dites de *terza via*, c'est-à-dire, les décisions inattendues, ne seront plus possibles.

Une autre dimension du contradictoire qu'il convient de relever est celle qui est relative aux attributions du juge. En effet, les charges incombant aux parties, d'alléguer et de prouver le droit qu'elles affirment avoir, n'a de sens que si l'on suppose l'existence d'un observateur impartial, soit le juge. La façon dont ce tiers neutre prend part au contradictoire constitue, fondamentalement, la motivation de la sentence. C'est dans ce moment que le juge est tenu de démontrer qu'il a pris en compte les arguments des parties et d'expliquer pour quelle raison il a écarté les arguments qui auraient pu le conduire à une conclusion différente de celle à laquelle il est arrivé.

Ceci est un des principaux atouts du NCPC : il s'agit d'un dispositif analytique qui détermine comment doit se constituer la motivation de la sentence.

Cet article, d'ailleurs, brise clairement un des tabous des pays de *civil law*, une fois qu'il rappelle le fait évident selon lequel le juge peut fonder ses décisions sur la jurisprudence et que cela ne veut nullement dire que, ce faisant, il méprise la loi. Il ne s'agit que de choisir une des voies possibles d'interprétation de la loi.

⁶ § 139 de la ZPO. Voir ROSENBERG, Leo, SCHWAB, Karl Heinz e GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. 16. ed. München: C.H. Beck, 2004.

⁷ À propos de cela, voir GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e le questioni rilevabili d'ufficio. In: *Revista de Processo (RePro)*, vol. 186, ago. 2010, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 186.



Enfin, une dernière facette relative au contradictoire sur laquelle la nouvelle loi procédurale se concentre et qu'il est opportun de relever est celle du contradictoire ouvert à la société. C'est par le biais de l'acceptation étendue de l'*amicus curiae*, qui pourra prendre partie à n'importe quel procès, revenant au juge ou au tribunal de faire appel à lui, que s'établit le dialogue avec la société. L'*amicus curiae*, notion qui est née dans le droit anglo-saxon, est un tiers, personnalité physique ou morale, susceptible de présenter au juge des éléments ou des renseignements sur la question ou, encore, de l'informer sur la façon dont une certaine catégorie sociale – par exemple, les chefs d'entreprise, les consommateurs, les femmes au foyer – voient et ressentent les problèmes liés au thème sur lequel le juge est tenu de décider. La manifestation de l'*amicus curiae*⁸ peut apporter une contribution importante pour que la décision rendue soit plus proche de la réalité, notamment dans des *hard cases*, problèmes complexes qui font objet d'une grande mobilisation sociale, si courants dans les sociétés contemporaines où le recours à la justice est de plus en plus accessible.

6. La possibilité de la distribution dynamique de la preuve :

La nouvelle loi permet au juge de s'éloigner des règles traditionnelles quant à la distribution de la charge de la preuve⁹ dans les cas où s'appliqueraient des prévisions légales expresses ou en raison des particularités de la cause (impossibilité ou difficulté excessive – ou un plus grand accès à l'obtention de la preuve du fait contraire). Le juge sera donc en mesure d'attribuer la charge de la preuve à l'autre partie et devra le faire sous forme de décision (pouvant faire objet de recours). L'éloignement des règles de la charge de la preuve pourra aussi avoir lieu suite à un accord des parties, pourvu que cela se fasse conformément à certains présupposés.

⁸ Comme il est largement exposé dans BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁹ D'après les enseignements de Jorge W. Peyrando. Dans ce sens, voir : Informe sobre La doctrina de las cargas dinamicas. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual – homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.



7. La gestion participative et démocratique de la procédure :

La gestion des affaires procédurales est une autre nouveauté du nouveau code de procédure civile¹⁰. Celle-ci est une autre nouveauté du CPC de 2015 : les parties et le juge, ou seulement les parties, peuvent réaliser des accords de procédure, qui peuvent avoir pour conséquence la modification de délais et la mise en place d'un véritable calendrier devant être respecté par le juge et par les parties, indépendamment d'avoir reçu une assignation à comparaître devant le juge.

De surcroît, comme expression du principe républicain et de la transparence, le nouveau Code a établi que les juges et les tribunaux seront tenus de rendre les décisions et les arrêts selon l'ordre chronologique de la conclusion des jugements, admettant la possibilité d'exceptions, comme dans les cas d'urgence, de décisions qui mettent fin aux procès ou de celles rendues en bloc, aussi bien que celles fondées sur des précédents établis lors du traitement de demandes répétitives. Les organes du Pouvoir Judiciaire devront, pour ce faire, rendre publique la liste et l'ordre de conclusion des procès, tout cela devant être accessible également depuis l'internet.

8. L'incitation aux voies consensuelles dans la résolution des conflits :

Le nouveau Code encourage l'adoption de modes alternatifs (*rectius*, appropriés) de résolution de conflits et, selon une de ces perspectives, la nouvelle règle générale veut que le défendeur d'un procès intenté, si la demande initiale n'est pas rejetée ou la requête n'est pas refusée dès le départ, soit assigné à comparaître, non pas pour contester, mais pour participer à l'audience de conciliation ou médiation, au moins vingt jours avant la date où cette dernière est prévue. Il convient de relever que les audiences pourront être réalisées également par des moyens électroniques.

¹⁰ Sur ce thème, voir les mémoires de master de Claudia Elisabete Schwerz Cahali (O gerenciamento do processo) et de Bruno Garcia Redondo (Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no Direito Processual brasileiro), soutenus à la PUC-SP sous la direction de Teresa Arruda Alvim Wambier.



Dans les cas où il n’y aurait pas d’accord, ce n’est que lorsque l’audience s’achève que démarre le délai pour la contestation. La non réalisation de l’audience n’aura lieu que si le demandeur et le défendeur manifestent expressément ne pas vouloir prendre partie à un mode alternatif de résolution du conflit, moyennant une demande enregistrée au moins dix jours avant la date prévue pour l’audience, ou si le cas en question n’admet pas d’auto-composition [mode alternatif de règlement des conflits dans lequel celui-ci s’opère spontanément, par les parties elles-mêmes].

9. Le décompte des délais de procédure en jours ouvrables :

Les délais seront désormais calculés, non pas en jours suivis, comme c’était le cas dans le Code de 1973, mais seulement en jours ouvrables, comme le dispose l’article 217 du nouveau CPC. Cette modification répond à une demande ancienne des avocats car, étant souvent des professionnels autonomes, ces derniers affirmaient ne pas pouvoir profiter pleinement de leurs week-ends et jours de congé en raison du décompte ininterrompu des délais.

10. Modification dans le domaine des forclusions et des recours déposés contre des décisions rendues en premier ressort :

Le nouveau CPC a modifié le système de forclusions, qui ne s’appliquent pas aux décisions ne pouvant pas faire l’objet d’un appel interlocutoire. Ainsi, tout comme dans le droit procédural portugais, les appels contre ces décisions qui ne font pas immédiatement objet de recours doivent être réunis dans le futur et éventuel appel ou en réponse à celui-ci, respectivement si la partie dépose le recours ou en fait l’objet (art. 1.006). L’appel interlocutoire reste donc réservé aux hypothèses où, selon la loi, on ne peut pas attendre la conclusion de la procédure en premier ressort sans dommage à la partie, comme en sont des exemples la décision qui délibère sur la « tutelle provisoire », ou celle qui détermine l’exclusion de litisconsorts.



11. Les honoraires des avocats remboursés par la partie condamnée sur le plan des recours :

Le nouveau CPC rend plus rationnelle la règle condamnant la partie perdante à payer les honoraires de l'avocat de l'autre partie, disposant dans son art. 85, §11^o que ces derniers seront majorés dans la mesure où les recours portés contre les décisions rendues dans un procès seront tranchés. La fixation des honoraires devient ainsi proportionnelle et correspond aux instances de recours devant lesquelles les avocats sont appelés à comparaître jusqu'à la fin du procès, et non plus exclusivement à la procédure entamée devant une juridiction de premier degré. De cette manière, on cherche à (a) dissuader les recours n'ayant pour but que de prolonger le traitement des procès et (b) permettre une compensation financière au travail effectué par l'avocat dans toutes les étapes du procès, minimisant ainsi les coûts revenant à la partie gagnante.

12. Les limites de la juridiction brésilienne :

Dans le Code de 1973, la juridiction brésilienne n'était prévue¹¹ expressément que lorsque (a) le défendeur était résident du pays ; (b) l'obligation en question devait être accomplie au Brésil ; (c) la cause faisant l'objet de la demande était un fait ou un acte s'étant produit au Brésil ; (d) la requête était relative à des biens immeubles situés au Brésil ; et (e) dans les cas d'inventaire et de partage de biens situés au Brésil. Les trois premières situations pourraient s'appliquer à des juridictions concurrentes, alors que les deux dernières ne seraient reconnues qu'exclusivement par la juridiction nationale.

Le CPC de 2015 a innové aussi dans la mesure où il a étendu les hypothèses d'application concurrente de la juridiction brésilienne dans trois situations en plus des traditionnelles. La première traite de l'obligation alimentaire lorsque le demandeur seul réside au Brésil, pourvu que le défendeur ait des rapports avec le pays, spécialement en ce qui concerne son patrimoine, rendant possibles et viables des mesures de saisie pour assurer le paiement des sommes dues.

¹¹ A ce sujet, voir MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e TIBURCIO, Carmen. Jurisdiction over Torts with Foreign Elements according to Brazilian Law. In: *International Journal of Procedural Law*, vol. 3, Cambridge: Intersentia, 2013, p. 223-238.



La deuxième hypothèse est liée aux demandes découlant des relations de consommation lorsque le consommateur est résident du Brésil. Il s'agit d'une conséquence de l'internationalisation de l'économie et des entreprises, aussi bien que de la circulation de personnes et de biens dans le contexte mondial.

La troisième prévoit que les parties pourront être soumises expressément ou de manière tacite à la juridiction brésilienne.

En outre, la nouvelle législation reconnaît expressément la possibilité de la clause d'élection d'un for exclusivement étranger dans les contrats internationaux, ceci ne pouvant être refusé que dans les cas de clauses abusives.

13. L'inclusion des questions préjudicielles dans les limites de la chose jugée :

L'inclusion des questions préjudicielles dans les limites objectives de la chose jugée est une autre modification essentielle promue par le nouveau CPC. Si dans le CPC de 1973 ces questions devaient faire l'objet d'un renvoi préjudiciel pour qu'elles soient couvertes par la chose jugée, dans le nouveau CPC elles le seront indépendamment de postulations dans ce sens, pourvu que (a) de cette question dépende le jugement du mérite, (b) elle ait fait l'objet d'un contradictoire et (c) le juge ait la compétence, en raison de la matière et de la personne, pour la connaître et la juger (art. 500, §1^o), ceux-ci étant des prérequis qui s'appliquent à la majorité des cas.

14. Considérations finales:

Pour conclure, il est toujours intéressant de rappeler que les lois ne font pas de miracles. Ce qu'elles permettent, à vrai dire, c'est de modifier le monde des faits. Pour l'instant, ce dont nous disposons c'est la loi écrite – *law in books*. D'ici quelques années nous pourrions vérifier à quel point le droit décrit par les livres correspond à la *law in action*, c'est-à-dire, au droit réellement appliqué.



Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo

(Access to justice: a promise or reality? An analysis of the dispute on nursery schools in the city of São Paulo)

Susana Henriques da Costa

Professor of Civil Procedure at São Paulo Law School of University of São Paulo. Professor of Civil Procedure at the São Paulo Law School of Fundação Getulio Vargas. Visiting Researcher at University of Wisconsin – Madison Law School

Resumo: O artigo busca, a partir do marco teórico do acesso à justiça, sob a perspectiva de CAPPELLETTI (1981) e GALANTER (2010) e, via análise do caso creche e pré-escola do Município de São Paulo, responder à pergunta de como a litigância judicial, individual e coletiva, tem servido como mecanismo de transformação social pela efetivação de direitos e/ou (ii) tem encontrado um Judiciário acessível ao ingresso de conflitos, com as técnicas processuais racionais e adequadas? No curso do texto, ainda, feita uma análise dos repeat players atuantes na litigância coletiva em prol da implementação do direito à educação infantil e de suas vantagens perante o Judiciário Paulista.

Palavras-chaves: Acesso à Justiça, Litigância no Brasil, Educação Infantil, *Repeat players*

Abstract: The article adopts the theoretical framework of access to justice and, from the perspective of CAPPELLETTI (1981) and GALANTER (2010), analyses the dispute about lack of



space on nursery schools in the City of São Paulo. The article's main questions are: (i) has individual and group litigation being a mechanism of social transformation by enforcing rights and/or (ii) has it found an accessible Judiciary with rational and appropriate procedural techniques? During the development of the research, the article also analyses how repeat players behave in group litigation, when searching for entitle educational rights and what are their advantages inside Courts.

Keywords: Access to Justice, Litigation in Brazil, Early Childhood Education, Repeat players

Sumário: 1. Introdução: acesso à justiça como uma linha historicamente em expansão; 2. O direito social à educação infantil: a litigância sobre vagas em creche e pré-escola no Município de São Paulo; 3. A litigância individual; 4. A litigância coletiva; 5. Conclusões. Referências

1. Introdução: acesso à justiça como uma linha historicamente em expansão

É difícil abordar o tema do acesso à justiça e não se remeter a uma narrativa histórica. Inserido no contexto mundial pós-guerra de expansão de direitos e remédios legais e judiciais, o movimento de acesso à justiça buscava ampliar os caminhos e as instituições (judiciais ou não), perante as quais um indivíduo poderia buscar justiça. O marco histórico desse movimento é o conhecido projeto Florença, financiado pela Fundação Ford, pelo Conselho Italiano de Pesquisa e pelo Ministério de Educação da Itália. O projeto, dirigido por CAPPELLETTI, resultou na edição de inúmeros volumes de pesquisa comparativa e consolidou uma visão mais ampla de acesso à justiça que a anteriormente limitada ao simples ingresso no Poder Judiciário.¹ Segundo concluiu CAPPELLETTI:

“O problema do *acesso* apresenta-se, pois, sob dois aspectos principais: por um lado, como *efetividade* dos direitos sociais que não têm de ficar no plano das declarações meramente teóricas, senão, devem efetivamente, influir na situação econômico-social dos membros da

¹ GALANTER. *Access to justice in a world of expanding social capability*, p. 115-117.



sociedade, que exige um vasto aparato governamental de realização; mas, por outra parte, inclusive como busca de formas e métodos, amiúde, novos e alternativos, perante os tradicionais, pela racionalização e controle de tal aparato e, por conseguinte, para a proteção contra os abusos os quais o mesmo aparato pode ocasionar, direta ou indiretamente”.²

O acesso à justiça tem, portanto, uma dimensão substancial de transformação social pela efetivação de direitos e tem também uma dimensão procedimental, relacionada à ampliação, racionalização e controle do aparato (instituições e procedimentos) governamental de realização dos direitos.

Nos países centrais europeus e nos Estados Unidos, retratados no estudo de CAPPELLETTI, o movimento de acesso à justiça inseriu-se num contexto de expansão de direitos sociais já reconhecidos por cartas de direitos nacionais e internacionais. Tratava-se de um período em que se discutia o potencial do *welfare state* de realização do valor de igualdade material e direitos das minorias.

No Brasil, o movimento de acesso, entendido como produção sistemática de estudos sociojurídicos, iniciou-se somente na década de 80.³ Ao contrário da vertente europeia e americana, inseriu-se num contexto de reconhecimento de direitos básicos à população, viabilizado pelo processo de abertura política e conseqüente surgimento dos movimentos sociais. Em especial, a década de 80 traz estudos legais sociológicos e dogmáticos sobre

² CAPPELLETTI, Acesso à justiça como programa de reforma e como método de pensamento, *Processo, ideologia e sociedade*. P. 385.

³ Interessante notar que o Brasil não consta do relatório do projeto Florença, o que indica a ausência de reflexão sistemática sobre o tema à época da pesquisa. Sobre o tema, especula JUNQUEIRA: “A não participação do Brasil no *Florence Project* teria sido resultado das dificuldades de contatar pesquisadores brasileiros interessados em analisar esta questão? Ou seria decorrente da falta de interesse dos nossos pesquisadores em relação ao tema na segunda metade dos anos 70, já que o assunto só introduzido no cenário acadêmico e político brasileiro a partir do final daquela década, quando (e aqui não coincidentemente) se inicia o processo de abertura política? Infelizmente, não é possível responder a essas indagações. No entanto, chama atenção a ausência do Brasil no *Florence Project*, enquanto outros países da América Latina (como Chile, Colômbia, México e Uruguai) se fizeram representar, relatando as suas experiências no campo do acesso à justiça”, *Acesso à justiça: um olhar retrospectivo*, p. 390.



acesso à justiça dos interesses difusos e coletivos⁴ (interesses transindividuais ou interesses de grupos) e sobre formas de absorção da litigiosidade individual contida, seja (i) pela análise dos sistemas alternativos/extraoficiais ou informais/oficiais (juizados de pequenas causas) de solução de conflitos, seja (ii) pelo estudos dos óbices financeiros, sociais ou culturais que impediam os indivíduos de reconhecerem e verem reconhecidos (e implementados) seus direitos básicos.⁵

Após a promulgação da Constituição de 1988, a temática do acesso à justiça avançou pela positivação dos direitos sociais e pelo reconhecimento de que a existência de um mecanismo inafastável, eficiente e justo de solução de controvérsias é um direito fundamental social (art. 5º, CF). Uma vez positivados na Constituição, os direitos fundamentais sociais se tornaram estrutura básica do Estado e da sociedade brasileira⁶ e, com o passar do tempo, permitiram, em maior ou menor grau, demandar de um dever prestacional estatal. O texto constitucional, destarte, ampliou as potencialidades da litigância pela implementação de direitos, na medida em que disponibilizou todo um novo aparato institucional e normativo substancial e procedimental.

Esse aparato, com o passar do tempo, foi tornando os direitos sociais cada vez mais exigíveis. Primeiro, houve a edição, na década de 90, de leis regulamentadoras e viabilizadoras da construção de políticas públicas sociais (p.ex. Lei n. 8080/90 – Lei do SUS, e Lei 9394/96 – Lei de Diretrizes Básicas da Educação). Essas leis, ainda, propiciaram a criação de planos nacionais, com o estabelecimento de metas a serem cumpridas e, portanto, metas aptas a serem exigidas.

⁴ Com abordagem sociológica, v. FALCÃO, *Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife*, p. 79-101. Com abordagem mais tendente à dogmática, v. GRINOVER, *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, p. 25-44; GRINOVER, *as garantias constitucionais do processo nas ações coletivas*, p. 19-30; e GRINOVER *Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores: a Lei 7.347, de 24.7.85*, p. 113- 128; BASTOS, *A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro*, p. 36-44; BARBOSA MOREIRA, *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*, P. 55-77; BARBOSA MOREIRA, *A ação popular do direito brasileiro como instrumento da tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'*, p. 7- 19; NERY JR. *A ação civil pública*, p. 224-232; WATANABE, *Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir*, p. 197-206.

⁵ Com abordagem sociológica, v. OLIVEIRA, *Polícia e classes populares*, p. 85-94. Com abordagem dogmática, v. WATANABE, *Assistência judiciária e o Juizado de Pequenas Causas*, p. 161-167; e *Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas*, p. 1-7.

⁶ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 379.



Paralelamente à construção das políticas públicas, as duas décadas que se seguiram a 1988 testemunharam a concretização da potencialidade do Poder Judiciário, também reformulado pelo texto constitucional, como protagonista na arena pública. SADEK enfatiza que “modelos institucionais e cartas de direitos fornecem parâmetros”, “são indicadores que delineiam possibilidades”.⁷ O Judiciário brasileiro, alçado em 1988 pelo novo desenho institucional à condição de Poder, estava apto se inserir no debate político. Além de ter sua área de atuação ampliada pela presença de novos direitos individuais e coletivos, teve suas portas abertas por garantias de gratuidade, inafastabilidade e devido processo legal. A “dimensão, a profundidade e o ritmo da efetivação dessas virtualidades”, porém, dependiam “do empenho, da habilidade ou do grau de ativismo de seus integrantes e das reações encontradas por parte das demais instituições e atores”.⁸

O alto grau de visibilidade que as cortes brasileiras atingiram nos últimos anos não deixa dúvidas de que a potencialidade criada pela Constituição de 1988 se tornou uma realidade.⁹ Em matéria de implementação de direitos sociais, partiu-se de uma postura reticente, tendente a entender as normas constitucionais como programáticas, e chegou-se a uma situação de acentuado ativismo, que leva a altos índices de justiciabilidade¹⁰ e intensa interferência, ainda que randômica e não planejada, em políticas públicas.¹¹

Seja pela ampliação do debate na arena essencialmente política (Executivo e Legislativo), seja pela abertura da via adjudicatória (Judiciário), o fato é que as demandas por

⁷ SADEK, *Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política*, p. 10.

⁸ SADEK, *Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política*, p. 10.

⁹ “Com efeito, nos últimos anos, tem sido inegável a conversão do virtual, das potencialidades, em fatos de realidade. Muitas políticas públicas têm encontrado ressonância no Judiciário, quer na forma de contestação, quer na de exigência de realização, quer ainda no questionamento de sua execução. Dificilmente se encontrarão áreas de política pública em que não tenham sido notáveis os impactos provocados pela atuação do Judiciário”, SADEK, *Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política*, p. 23. Sobre o tema, v., ainda, VIEIRA, *Supremocracia*, p. 441 e ss.

¹⁰ Nesse sentido, é importante pontuar que a justiciabilidade de um direito sociais não é categoria processual, mas sim requisito para o julgamento favorável do mérito da demanda. Trata-se, portanto, de conceito pertencente ao direito material (v. WATANABE, *Controle jurisdicional de políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis*, p. 216).

¹¹ Para dados federais sobre judicialização da saúde, v. MINISTÉRIO DA SAÚDE, *Panorama da Judicialização*, disponível em <http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>, acesso em 25/2/2015.



implementação de direitos se avolumaram e se tornaram cada vez mais complexas. Como aponta GALANTER, “justiça não é mais, se um dia chegou a ser, estável e determinada”. Ao contrário, é uma linha “fluida, dinâmica e instável” (tradução livre).¹² Dentro de uma sociedade com senso de justiça em expansão, - seja pela incorporação de novos direitos, seja por descobertas científicas de novas causalidades e responsabilidades, - cresce proporcionalmente, a sensação (linha) de injustiça. Nesse sentido, segundo o autor, “a busca por justiça é guiada pela produção de injustiça” (tradução livre)¹³ e, quanto mais o conhecimento humano se aprimora, mais aumenta expectativa de melhores condições de vida e, conseqüentemente, mais se avança a linha móvel da sensação injustiça. GALANTER, ainda, aponta que outra dimensão da linha móvel da justiça é a incorporação não só de novos direitos, mas de outros grupos sociais minoritários, anteriormente situados à margem da agenda social.¹⁴

O entendimento das linhas da justiça e da injustiça como linhas móveis paralelas implica reconhecer que um aumento de justiça não leva necessariamente à diminuição da sensação injustiça. Essa relação não é inversa e, muitas vezes, em função da intensificação da sensação de injustiça, ocorre a ampliação “simbólica” de direitos, que precede a existência de condições institucionais de concretização e reivindicações.¹⁵ Olhando para o movimento de acesso à justiça brasileiro, é possível verificar uma pressão para o alargamento da linha da justiça, que partiu da luta pelo reconhecimento de direitos básicos, no momento de abertura política (década de 80). Quando da Constituinte, a sensação de injustiça levou, num primeiro momento, à positivação “simbólica” de direitos e criou potencialidades normativas e institucionais de reivindicações. Embora a realidade aponte para a concretização de algumas dessas potencialidades constitucionais, os índices de desigualdade social brasileira ainda nos posicionam longe da linha de justiça em expansão e nos inserem em uma sociedade bastante conflituosa, que luta pela implementação e priorização de direitos.

¹² GALANTER, *Access to justice in a world of expanding social capability*, p. 124.

¹³ GALANTER. *Access to justice in a world of expanding social capability*, p. 125.

¹⁴ GALANTER. *Access to justice in a world of expanding social capability*, p. 125-126.

¹⁵ GALANTER. *Access to justice in a world of expanding social capability*, p. 126.



Nesse contexto de expansão da linha da justiça e de busca pela concretização de promessas constitucionais, esse artigo pretende analisar a litigância judicial do direito social à educação infantil no município de São Paulo, pela lente da dúplici dimensão, substancial e processual, do movimento de acesso à justiça. A pergunta que se procura responder é: a litigância judicial envolvendo o direito à educação infantil no município de São Paulo (i) tem servido como mecanismo de transformação social pela efetivação de direitos (dimensão substancial) e/ou (ii) tem encontrado um Judiciário acessível ao ingresso de conflitos, com as técnicas processuais racionais e adequadas (dimensão procedimental)?

O direito à educação infantil (creche e pré-escola) foi escolhido por preencher as características das bases teóricas já postas. Trata-se de direito social positivado pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental (art. 6º, CF) de atendimento prioritário (art. 208, IV e art. 227, CF).¹⁶ Por se tratar de requisito viabilizador do emprego dos genitores, é também constitucionalmente garantido como direito do trabalhador (art. 7º, XXV, CF), possuindo, assim, dupla titularidade. O direito à educação está regulamentado por lei específica (Lei 9394/96 – Lei de Diretrizes Básicas da Educação) e está inserido no Plano Nacional de Educação do Governo Federal (Lei n. 13.005/2014). Junto com o direito à saúde, ainda, o direito à educação constitui a espécie de direitos sociais de maior índice de justiciabilidade no Judiciário. Trata-se, portanto, de um direito em franco processo de expansão.

O objeto desse artigo é restrito à análise do papel do Judiciário na litigância do direito à educação infantil e, por isso, não abarcará a mobilização social diretamente voltada à pressão dos demais Poderes do Estado para a concretização dos direitos sociais. Embora não se ignore que, muitas vezes, o Judiciário é utilizado como foro político de pressão do Executivo e do Legislativo, por recorte metodológico, essa dimensão não será o foco de análise.

¹⁶ O processo de expansão do direito à creche depende do julgamento do Agravo de Instrumento nº 761.908/SC, de Relatoria do Min. Fux, que discute a autoaplicabilidade do art. 208, IV, da Constituição Federal. Para fins desse estudo, parte-se da premissa da autoaplicabilidade deste direito.



Por fim, foi escolhida a litigância sobre creche e pré-escola no município de São Paulo porque São Paulo é o maior município do país, conta com estrutura social complexa e, portanto, possui movimentos sociais organizados e articulados na defesa do direito à educação infantil. Diante da dimensão do município, ainda, há política pública intrincada e detalhada que é diuturnamente submetida a debate e questionamento judiciais.¹⁷ Finalmente, como se verá abaixo, a litigância judicial do direito a creche e pré-escola tem longo histórico e significativa proporção. Permite, assim, uma avaliação mais global das respostas que o sistema de justiça tem dado a essa específica demanda social.

Trata-se de estudo empírico qualitativo, sem pretensões generalizantes, mas que, a partir da análise de caso específico, buscará trazer dados para o melhor conhecimento da realidade (*law in action*) e aprofundamento do debate. O estudo se funda em dados secundários e as fontes utilizadas foram: relatórios oficiais de pesquisa, estudos empíricoacadêmicos, reportagens da grande mídia, website da Prefeitura Municipal de São Paulo, documentos disponibilizados pelos apelantes nos autos da Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo e acórdãos disponíveis no site do Tribunal de Justiça de São Paulo.

2. O direito social à educação infantil: a litigância sobre vagas em creche e pré-escola no Município de São Paulo

O Plano Nacional de Educação do Governo Federal (Lei n. 13.005/2014), regulamentando normas constitucionais (art. 7º, XXV e art. 208, IV, CF) que reconhecem prioridade absoluta à infância, estabeleceu como meta n. 1 o atendimento, até 2016, de todas as crianças com idade entre 4 a 5 anos em pré-escola e de 50% das crianças de 0 a 3 anos em creches. A cidade de São Paulo, de acordo com o Censo Demográfico IBGE 2010, possuía

¹⁷ A despeito da política pública desenvolvida, São Paulo não tinha, até agosto de 2015, Plano Municipal de Educação. V. reportagem de título “Câmara aprova Plano Municipal de Educação de SP sem palavra gênero”, disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/08/camara-aprova-plano-municipal-de-educacao-de-sp-sem-palavra-genero.html>, acessada em 26.9.15.



710.927 crianças com idade entre 0 a 4 anos.¹⁸ Segundo o Censo Educacional (MEC/INEP), São Paulo, em 2012, disponibilizava somente 259.095 vagas em pré-escola, número inferior ao percentual fixado pelo Plano Nacional de Metas.¹⁹

Dados do município de São Paulo, de setembro de 2014, indicavam a existência de 225.806 vagas em creches e 203.415 vagas em pré-escola. A lista de crianças esperando vagas contava com de 160.495 inscritos para creche e 12.082, para pré-escola.²⁰ Ainda que se leve em conta que os dados são do final do ano e que, portanto, há uma demanda represada das vagas que serão liberadas pela entrada de um percentual considerável dessa população no ensino fundamental, o déficit é muito grande. A criação de vagas não tem ocorrido na proporção do crescimento populacional.

Os números refletem uma situação permanente de violação do direito de milhares de crianças ao ensino e o direito de milhares de mães e pais à assistência ao trabalho. Mostram, ainda, como se verá abaixo, que grande parte dos afetados, por razão déficit informacional, educacional e/ou cultural, não reconhece sua situação de sujeito de direitos violados ou, se a reconhece, não busca o aparato administrativo ou judicial do Estado para sua concretização.²¹ Há, porém, uma parcela da população que, informada sobre seus direitos, rompe as barreiras ao exercício da cidadania e busca tutela no sistema de justiça.

Nesse sentido, é possível identificar duas formas de encaminhamentos judiciais do conflito envolvendo o déficit de vagas em creche e pré-escola no município de São Paulo: a individual e a coletiva. Há a propositura de milhares de demandas buscando a garantia do direito individual dos seus autores à vaga em creche. A ilustrar a dimensão da litigância

¹⁸ Censo Demográfico 2010, disponível em: <http://cidades.ibge.gov.br/xtras/temas.php?lang=&codmun=355030&idtema=1&search=sao-paulo|sao-paulo|censo-demografico-2010:-sinopse->, acesso em 23.2.2015.

¹⁹ Censo Educacional 2012, disponível em: <http://cidades.ibge.gov.br/xtras/temas.php?lang=&codmun=355030&idtema=117&search=sao-paulo|sao-paulo|ensino-matriculas-docentes-e-rede-escolar-2012>, acesso em 23.2.2015.

²⁰ Dados da Secretaria Municipal da Educação, consultados no site: <http://portalsme.prefeitura.sp.gov.br/anonimo/demanda.aspx>, em 26.9.2015..

²¹ Sobre a pirâmide de disputas e as suas camadas (violação de direitos, percepção de violação, responsabilização de terceiro, pretensão e ação judicial, v. FELSTINER, ABEK e SARAT, *The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming*, p. 631 e ss.



individual, somente a Defensoria Pública de São Paulo, - órgão criado em São Paulo em 2006, com atribuição constitucional de proteção dos economicamente hipossuficientes, - foi procurada por cerca de 8.000 famílias que buscavam vagas em creche para seus filhos no ano de 2013.²² São cerca de 55 novos casos por dia. A Secretaria Municipal de Educação recebeu, em 2014, 14.040 ordens judiciais para matrícula de crianças em creches.²³ Trata-se de litigância repetitiva de massa, um fenômeno crescente no Judiciário brasileiro, caracterizado por demandas fracionadas e atomizadas, representativas de parcela um macro conflito social.

Paralelamente às demandas individuais, há a litigância coletiva, voltada à discussão, na arena judicial, da política pública municipal de educação infantil. A litigância coletiva sobre direito à educação infantil inicia-se em São Paulo ainda na década de 1990, com a propositura de ações civis públicas pelo Ministério Público.²⁴ Esses primeiros anos de experiência revelaram um padrão decisório do Judiciário Paulista muito mais propício ao acolhimento de demandas individuais (p.ex. pedido de vaga em creche) ou mesmo de demandas coletivas voltadas à concessão de tutelas jurisdicionais clássicas (p. ex. vedação à cobrança de taxas ou proibição de extinção de classes). Nesses casos, o conflito pode ser equacionado pela moldura processual tradicional bilateral (Caio X Tício), com provimentos voltados a restaurar situações passadas. Em casos em que o Judiciário teve que enfrentar conflitos efetivamente plurilaterais, com pedidos de provimentos futuros, buscando a alteração da realidade social, constatou-se a presença de vários entraves jurídico-processuais, institucionais e culturais, que muitas vezes e, por muito tempo, culminaram com a extinção

²² Dados informados pelo site G1 (Globo), em reportagem de título “*Mais de 6 mil procuram Defensoria Pública para pedir vaga em creche*” disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/04/mais-de-6-mil-procuram-defensoria-publica-para-pedir-vaga-em-creche.html>

²³ Dados informados pelo site R7 (Record), em reportagem de título “*55 famílias procuram a Defensoria Pública de SP por dia para conseguir uma vaga em creche*” disponível em: <http://noticias.r7.com/educacao/55-familias-procuram-a-defensoria-publica-de-sp-por-dia-para-conseguir-uma-vaga-em-creche-26012015>

²⁴ MARINHO identificou 36 ações civis públicas propostas e transitadas em julgado pela Promotoria de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos da Criança e do Adolescente da Capital, entre 1996 e 2005, 15 delas com pedidos envolvendo direitos difusos, *Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Análise de Julgados do Direito à Educação sob o Enfoque da Capacidade Institucional*, pp. 59-67.



reiterada de processos, sob o argumento da impossibilidade jurídica do pedido por discricionariedade administrativa.²⁵

Tendo em vista o padrão decisório identificado, é clara a mudança de estratégia pelo MP, que passa a propor ações civis públicas não mais voltadas à tutela de interesses difusos (pedidos de condenação a que o Município fosse obrigado a matricular todas as crianças inscritas em suas listas), mas sim à tutela de interesses individuais homogêneos fracionados e previamente identificados (matrícula de crianças constantes de rol anexado à inicial).²⁶ Embora essa nova estratégia tenha recebido melhor acolhida do Judiciário, na medida em que mais próxima do modelo tradicional de resposta comutativa, sua eficácia era bastante limitada. Até o rito procedimental chegar à fase de cumprimento das decisões judiciais, muitas crianças listadas já haviam ultrapassado a idade da matrícula em creche e pré-escola. Em decorrência da constatação da ineficácia da nova estratégia, o MP buscou lidar com a questão pela assinatura de termos de ajustamento de condutas. Em 2005, em especial, foi assinado termo de ajustamento de conduta no qual o Município se comprometia a criar 15.000 novas vagas em creche por ano. Esse TAC vigeu até 2009, quando, por negativa da Prefeitura em discutir critérios de qualidade na educação, não foi renovado.

Após decisões paradigmáticas prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal em 2005, contudo, a postura do Judiciário Paulista começa a mudar e se tornar mais progressista.²⁷ A

²⁵ MARINHO, *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*, p. 13. RIZZI, Ester e XIMENES, Salomão. *Ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo: litigância estratégica para a promoção de políticas públicas*, p.119.

²⁶ MARINHO, *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*, p. 59-67.

²⁷ Em parecer, GOTTI e XIMENES, sustentam que: “O cenário jurisprudencial começa a se consolidar a partir de 2005, com as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) provocadas por Recursos Extraordinários do MP contra decisões do TJSP que negavam exigibilidade jurídica ao direito à educação infantil com base nos argumentos acima elencados. Tais decisões do STF extrapolam, por seu caráter paradigmático e simbólico, o tema específico da educação infantil, sendo hoje reconhecidas como importantes precedentes no tratamento judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral. Além de reconhecer a exigibilidade jurídica imediata do direito à educação infantil, em tais decisões o STF declara expressamente que cabe ao Judiciário atuar subsidiariamente na garantia dos direitos fundamentais sociais, determinando que sejam assegurados sempre que comprovada a omissão dos demais poderes. Nessas decisões e nas que se seguiram reiteradamente, o STF define a educação infantil como “prerrogativa constitucional indisponível”, cuja exigibilidade decorre do próprio texto constitucional e impõe ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola. Interpretou de forma bastante restritiva a



instituição começa a se enxergar como arena legítima para o debate da política pública educacional, em casos coletivos, adicionando, dessa forma, maior grau de justiciabilidade ao direito à educação, em convergência com a narrativa histórica de expansão de direitos acima descrita. Entretanto, no tocante às demandas envolvendo interesses difusos, ainda apresenta postura indefinida e dificuldade no tratamento de questões envolvendo justiça distributiva,²⁸ tanto no tocante ao equacionamento do conflito (processo de conhecimento), quando no momento da efetivação da decisão judicial (cumprimento da sentença).

Após rever vários estudos acadêmicos sobre o tema, GOTTI e XIMENES, em parecer exarado nos autos da Apelação 0150735-64.2008.8.26.0002 da Comarca de São Paulo, sustentam a existência atual do seguinte padrão decisório nos Tribunais paulistas, a respeito da educação infantil:

- a) os pedidos judiciais englobando direito individual à matrícula em instituições de educação infantil normalmente são deferidos, sendo que após 2006 o estudo constata que 100% dessas ações tiveram resultado favorável aos autores;
- b) as ações judiciais coletivas que requerem um número preciso de vagas (direitos individuais homogêneos) também são

chamada “cláusula de reserva do possível” amplamente alegada em ações contra o Poder Público -, reconhecendo como única possibilidade de adiamento da aplicação do direito à educação infantil a hipótese de comprovação objetiva, por parte do gestor público, de que todas as iniciativas ao seu alcance foram tomadas, com a aplicação do máximo de recursos disponíveis (*Litígio estrutural – Déficit de vagas em creches e pré-escolas no Município de São Paulo – Multiplicidade de Ações Judiciais – Estratégia de exigibilidade alternativa*, Opinião Legal extraída dos autos da Apelação n. 0150735-64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo). No referido parecer, foram citadas as seguintes decisões do STF: Agravos Regimentais em Recurso Extraordinário n. 410715-5/SP e n. 436.996, do Município de Santo André, relatado pelo Min. Celso de Mello, nos quais a Segunda Turma confirmou decisão monocrática desse ministro em favor do recurso do Ministério Público. Outros casos, com o mesmo posicionamento, alguns deles confirmando acórdãos do TJSP: RE 463.210- AgR/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, Julgamento em 06/12/2005, DJ em 03/02/2006. RE 431.916-AgR/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, Julgamento em 25/04/2006, DJ em 19/05/2006. RE 469.819 AgR/SP, Rel. Min. Cesar Peluso, Segunda Turma, Julgamento em 12/09/2006, DJ em 06/10/2006. RE 465.066 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 13/12/2006, DJ em 16/02/2007. RE 384.201 AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Julgamento em 26/04/2007, DJ em 03/08/2007. RE 595595 AgR / SC, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, Julgamento em 28/04/2009, DJ em 28/05/2009. RE592.937 AgR/SC, Rel. Min. Cesar Peluso, Segunda Turma, Julgamento em 12/05/2009, Publicação em 04/06/2009. AI 592.075 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 19/05/2009, DJ em 04/06/2009. RE 554.075 AgR/SC, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, Julgamento em 30/06/2009, DJ em 20/08/2009.

²⁸ MARINHO, *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*, p. 16-17.



normalmente deferidas;

- c) não há posição pacífica quanto às ações judiciais coletivas e difusas, que veiculam interesses relacionados não a uma lista específica e limitada de crianças, mas à matrícula de todas as demandantes atuais em determinada região ou todas as potenciais e futuras demandantes;
- d) as ações coletivas que veiculam pedidos relacionados à construção de unidades de educação ou ampliação física da rede são normalmente rejeitadas, sob o argumento de interferência na esfera de discricionariedade administrativa;
- e) as ações coletivas que buscam tutelas específicas em políticas públicas, requerendo plano de expansão e previsão de destinação orçamentária, sofrem grande resistência no Judiciário, mesmo que o TJSP reconheça a possibilidade jurídica de tais pedidos.²⁹²⁹

O novo padrão decisório do Judiciário, além de influenciado por decisões do STF envolvendo direitos sociais, é impactado pelo surgimento de novos atores, em meados dos anos 2000. Nesse período, os movimentos sociais mais articulados e fortalecidos começam a ver no Judiciário uma arena a ser conquistado. A litigância estratégica coletiva começa a ganhar força, com destaque para a criação, pela ONG Ação Educativa, do Programa Ação na Justiça, cujo objetivo era desenvolver uma litigância estratégica voltada à “além da atuação judicial propriamente dita”, promover “o aprofundamento e difusão” da justiciabilidade do direito à educação sob a perspectiva dos direitos humanos, “nos campos jurídico e educacional; a participação no debate público; a mobilização pela ampliação das garantias materiais e processuais relacionadas aos direitos sociais e a formação e mobilização de defensores populares do direito à educação. Em sua estratégia de litigância, procura

²⁹ GOTTI e XIMENES, *Litígio estrutural – Déficit de vagas em creches e pré-escolas no Município de São Paulo – Multiplicidade de Ações Judiciais – Estratégia de exigibilidade alternativa*, Opinião Legal extraída dos autos da Apelação n. 0150735-64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo.



fortalecer a articulação com redes de defesa e promoção de direitos humanos e educacionais”.³⁰

No final de 2007, o programa levou à criação do Movimento Creche Para Todos, integrado por entidades da sociedade civil e movimentos sociais comprometidos com a defesa da causa da educação infantil. Em 2012, ainda, surgiu o Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre Educação Infantil (GTIEI), formado pela Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo; pelo Grupo de Atuação Especial de Educação (GEDUC) do Ministério Público do Estado de São Paulo; por Rubens Naves, Santos Jr e Hesketh – Escritórios Associados de Advocacia; e pelo Grupo de Trabalho de Educação da Rede Nossa São Paulo. Com litigância estratégica complexa, o Movimento Creche Para Todos, articulado com o GTIEI, vem questionando judicialmente não só o déficit de vagas, mas a qualidade do ensino público e o nível de investimento do municipal em educação infantil. Trata-se de exemplo concreto de expansão da linha da justiça pela inclusão de novas dimensões do direito e de novos grupos sociais à litigância coletiva (GALANTER).³¹ Dentro da estratégia, há destaque para a propositura de várias ações civis públicas e a assinatura de termos de ajustamento de condutas, buscando implementação de direitos e a impetração de alguns mandados de segurança, objetivando acesso e transparência nos dados públicos.³²

Um dos ápices dessa litigância foi o julgamento, em 2013, da Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, oriunda de demanda proposta pela Ação Educativa Assessoria Pesquisa e Informação, pelo Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares, pela Casa dos Meninos, pelo Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo e pela Associação Internacional à Humanidade Jardim Emílio Carlos e Irene, todos integrantes do Movimento Creche para Todos, em face do Município de São Paulo. O processamento do recurso, - que também contou com a participação próxima do GTIEI e,

³⁰ RIZZI e XIMENES, *Ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo: litigância estratégica para a promoção de políticas públicas*, p. 105.

³¹ GALANTER. *Access to justice in a world of expanding social capability*, p.125-126.

³² RIZZI e XIMENES, *Ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo: litigância estratégica para a promoção de políticas públicas*, p. 116.



assim, dos órgãos do sistema de justiça responsáveis pela tutela do direito à educação infantil (Ministério Público e da Defensoria Pública estaduais), - levou à realização da primeira audiência pública da história do Tribunal de Justiça³³ e, após tentativa de conciliação infrutífera, culminou com a condenação do réu à entre os anos de 2014 e 2016, a: (i) criar, no mínimo, 150.000 (cento e cinquenta mil) novas vagas em creches e em pré-escolas para crianças de zero a cinco anos de idade; (ii) incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada, (iii) apresentar plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil, de forma a atender toda a demanda oficialmente cadastrada, de acordo com o Plano Nacional de Educação. A decisão, paradigmática, determinou a vinculação do Município ao cumprimento do seu próprio plano de metas e teve repercussão social relevante.³⁴ O acórdão não transitou em julgado, pois houve interposição de recursos especiais e extraordinários,³⁵ pendentes de julgamento. Há, porém, execução provisória em andamento, uma vez que o efeito suspensivo aos recursos pleiteado pela Municipalidade, foi negado.³⁶

Uma característica importante da decisão do TJ/SP é ter rompido com o padrão decisório anteriormente mencionado e, para além da fixação numérica de vagas a serem criadas, fixou a obrigação de o município apresentar plano de expansão de vagas,

³³ Informação disponível no site oficial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em reportagem de título “*TJSP inicia audiência pública sobre vagas na educação infantil da Capital*”, disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=19610>, acessado em 23.2.2015.

³⁴ Reportagem de título “*Justiça condena Prefeitura de São Paulo a criar 150.000 vagas de educação infantil*”, disponível em <http://veja.abril.com.br/noticia/educacao/justica-condena-preitura-de-sao-paulo-a-criar-150000-vagas-em-creches>, acesso em 12.4.2015; reportagem de título “*Prefeitura de SP deverá oferecer 150 mil vagas em educação infantil*”, disponível em <http://jornalggm.com.br/blog/centro-de-referencias-em-educacao-integral/prefeitura-de-sp-devera-oferecer-150-mil-vagas-em-educacao-infantil>, acesso em 12.4.2015; reportagem de título “*TJ manda Prefeitura de SP criar 150 mil vagas em educação infantil até 2016*”, disponível em <http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,tj-manda-prefeitura-de-sp-criar-150-mil-vagas-em-educacao-infantil-ate-2016,1109277>, acesso em 12.4.2015; e reportagem de título “*Prefeitura de SP é condenada a abrir 150 mil vagas na educação infantil*”, disponível em <http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/12/16/prefeitura-de-sp-e-condenada-a-abrir-150-mil-vagas-na-educacao-infantil.htm>, acessadas em 23.2.2015.

³⁵ O recurso especial foi sobrestado para aguardar o julgamento do AI 761.908/SC, que como visto na nota 17, teve repercussão geral reconhecida e irá decidir sobre a autoaplicabilidade do art. 208, IV, CF.

³⁶ Inicialmente, houve a concessão de efeito suspensivo a um dos recursos, mas essa decisão foi revista em 15.9.2015 (Medidas Cautelares Incidentais nº 0150735-64.2008.8.26.0002/50000 e nº 0018645-21.2010.8.26.0003/50001, Rel. Des. Eros Piceli).



dentro de critérios de qualidade, estabelecidos pelo Conselho Nacional de Educação e pelo Conselho Municipal de Educação. Foi designada, ainda, a Coordenadoria de Infância e Juventude, órgão interno do Tribunal de Justiça, para acompanhar o cumprimento provisório da sentença. Para assessorar a Coordenadoria, foi criado um Comitê de Monitoramento da execução, composto por parcela das instituições envolvidas com a causa.³⁷ O Comitê se reúne periodicamente para o acompanhamento da execução. A Prefeitura, por sua vez, tem se reunido com o Comitê e a Coordenadoria e apresentando relatórios de implementação do plano de expansão de vagas em educação infantil. Há notícias, nos autos das Medidas Cautelares Incidentais nº 0150735-64.2008.8.26.0002/50000, do Tribunal de Justiça de São Paulo, de que o referido plano está sendo cumprido.

O relato de parcial cumprimento da condenação, porém, ainda não se refletiu nos dados oficiais. O site da Prefeitura Municipal de São Paulo publica dados até setembro de 2014, que, conforme demonstra o gráfico abaixo, indicam que toda a intervenção judicial relatada não foi capaz de alterar a situação de déficit de vagas, principalmente em creche, no município de São Paulo. As variações ocorridas no período são:

³⁷ Compõem o Comitê de Monitoramento da execução: Ação Educativa; Associação Comunidade Ativa Vila Clara; Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo; Defensoria Pública do Estado de São Paulo; Fórum Municipal de Educação Infantil; Fórum Paulista de Educação Infantil; Grupo de Atuação Especial de Educação do MPSP (GEDUC); Grupo de Trabalho de Educação da Rede Nossa São Paulo; Hesketh Advogados, Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares; NEGRI – Núcleo de Estudos de gênero, raça e idade; Rubens Naves Santos Junior – Advogados.

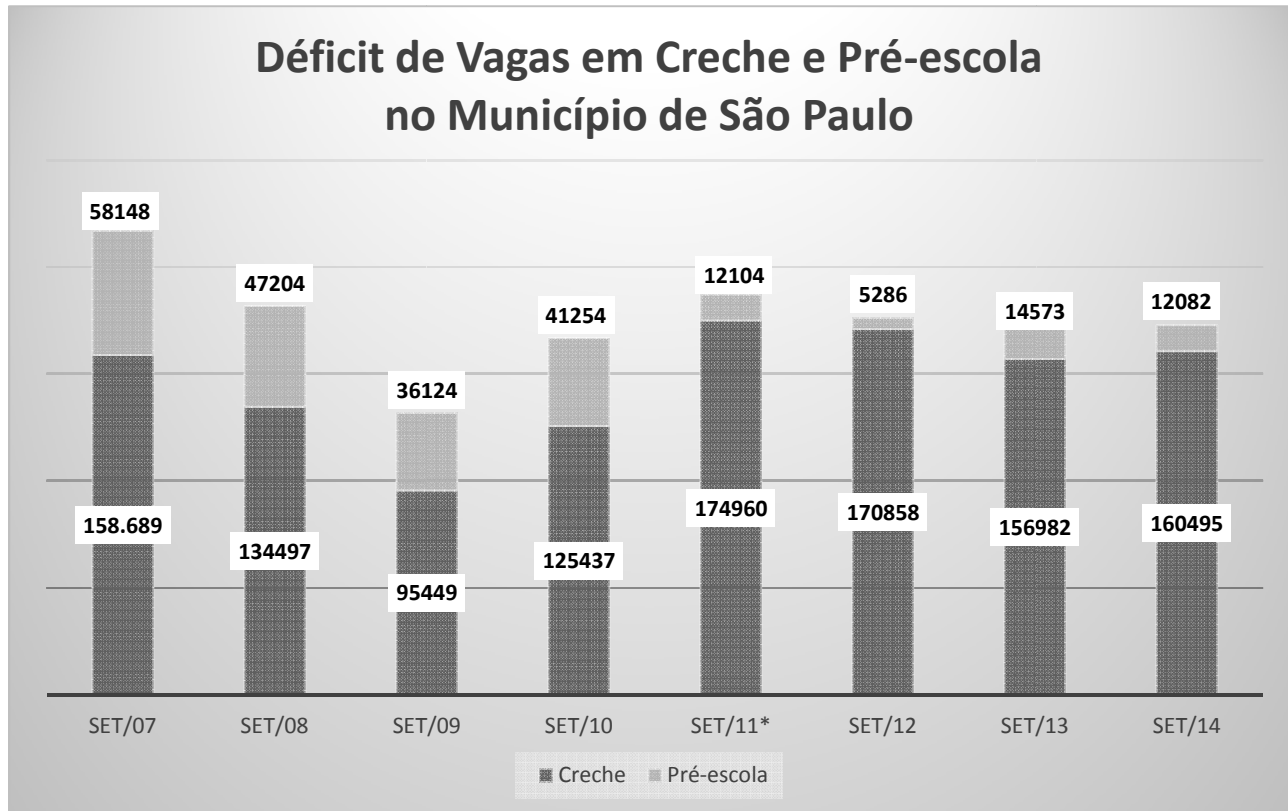


Tabela 1: Secretaria Municipal de Educação³⁸

* Em 2011, houve um reagrupamento dos dados e parcela da demanda de pré-escola foi deslocada para creche

Diante do cenário acima descrito, passa-se à análise da litigância individual e coletiva sobre educação infantil em São Paulo, respectivamente, para buscar responder às perguntas propostas.

3. A litigância individual

Sob a perspectiva procedimental, o acesso individual à justiça das crianças (e genitores) que não tiveram vagas em creches e pré-escolas fornecidas pelo município é bastante restrito. Partindo do número oficial da Secretaria Municipal de Educação, de que

³⁸ Dados da Secretaria Municipal da Educação, consultados no site: <http://portalsme.prefeitura.sp.gov.br/anonimo/demanda.aspx>, em 26.9.2015.



havia mais de 160 mil crianças na fila de espera para vaga em creche em setembro de 2014, o montante de 14.040 determinações judiciais de inclusão recebidos pelo município representa cerca de 7,73% dessa litigância. A maior parte das crianças (e genitores) prejudicadas pela omissão do município se perde dentro da pirâmide da litigância, pois não conhece seus direitos ou os responsáveis por sua violação, não conhece instituições hábeis a fazê-los valer judicialmente e, por esse motivo, não chega às vias judiciais. Embora o direito, em tese (*law in the books*), garanta a possibilidade de acesso individual ao Judiciário como um direito fundamental de todos (art. 5º, inciso XXXV, CF), óbices informacionais, jurídicos e sociais (*law in action*) impedem o significativo tratamento do macro lide de déficit de vagas em creches e pré-escolas sob a perspectiva individual e atomizada.

O tratamento individualizado pelo Judiciário, porém, tem como característica maior efetividade na concretização do direito social do autor. O padrão de litigância do Judiciário acima descrito aponta para o acolhimento do pedido dos autores (processo de conhecimento) em praticamente todos os casos e para o cumprimento das decisões pelo Poder Público (*enforcement*), embora não necessariamente imediato, em função da necessidade de aguardar o surgimento de uma vaga³⁹. De fato, o Judiciário está acostumado com o enquadramento jurídico retrospectivo e com a moldura bilateral “credor-devedor” utilizados nas demandas individuais. Sob o ponto de vista do autor que consegue chegar ao topo da pirâmide da litigância (acesso à justiça procedimental), portanto, a judicialização da educação é bem eficiente e implementadora de (acesso à) justiça substancial. Por esse ângulo, a judicialização da educação pode ser vista como um importante mecanismo garantidor de direitos às classes populares e um passo à frente na expansão da linha da justiça.

A despeito de garantir o direito subjetivo do autor, porém, a estrutura da litigância processual individual traz efeitos perversos ao macro conflito. As múltiplas decisões

³⁹ Ainda que a efetivação do direito à creche não seja imediata, o direito judicialmente reconhecido tem maior índice de efetividade que as decisões coletivas. Nesse sentido, o então Secretário Municipal de Educação, afirmou na audiência pública realizada nos autos da Apelação nº 0150735- 64.2008.8.26.0002 que, em 2013, 12.073 crianças haviam conseguido vagas em creche em São Paulo, por via de decisões judiciais. Reportagem de título “Em SP, 12 mil conseguiram vaga em creche por ordem judicial em 2013”, disponível em <http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/08/29/em-sp-12-mil-vagas-em-creches-foram-preenchidas-por-ordem-judicial.htm>, acessada em 26.9.15.



concessivas de direitos sociais interferem no planejamento e execução da política pública em curso, na medida em que obrigam a sua adaptação e revisão para o cumprimento das ordens judiciais. As demandas individuais são reducionistas por essência⁴⁰ e não permitem a discussão da política pública como um todo, mas somente da particular situação do autor. Isso significa a prolação de decisões distantes da realidade do Poder Público, que não levam em conta a necessidade de universalização do direito social à creche e pré-escola. Logo, as demandas individuais têm apresentado pequeno potencial transformador da realidade social macro (acesso à justiça substancial).

Ao permitir que aqueles que ajuizaram demandas tenham suas vagas garantidas, ainda, as demandas individuais institucionalizaram a prática do chamado “fura fila”, consistente na alteração da ordem da lista oficial. Elas não têm sido capazes, porém, de criar pressão ou desconforto suficiente no Poder Executivo para a modificação da política pública educacional e pela redução do déficit de vagas (vide dados acima). Há mera mudança de posição na lista em favor de indivíduos que, se por um lado devem ter seus direitos garantidos, por outro lado, estão na mesma condição jurídica e, às vezes, em melhores condições sociais, que aqueles que são deixados para trás.⁴¹

Em última análise, diante do desenho institucional e da dinâmica de funcionamento do Judiciário brasileiro, chega-se a uma situação paradoxal trágica: o tratamento judicial individualizado da litigância sobre educação infantil é restrito a parcela ínfima do conflito (acesso à justiça procedimental), porém, é qualificadamente eficiente na garantia de direitos. Sob a perspectiva do acesso à justiça substancial, porém, não tem potencial de resolução do macro lide e acentua as desigualdades, uma vez que garante o direito à creche e pré-escola somente àquele que consegue ultrapassar as barreiras do acesso à justiça

⁴⁰ SALLES, *Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil*, p. 790.

⁴¹ Segundo o ex-Secretário Municipal de Educação, a Prefeitura adota cotas sociais para a composição da lista. A cada dez matrículas, duas são de crianças que pertencem a famílias consideradas de “extrema pobreza”, assim entendidas aquelas que, com base no Cadastro Único do governo federal, têm renda familiar per capita de até R\$ 70,00, dado constante de reportagem de título “*Sentenças judiciais exigindo creches aumentam 365%*”, do site O Estadão, disponível em <http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,sentencas-judiciais-exigindo-creches-aumentam-365,1560747>, acesso em 12.4.2015.



procedimental. Logo, para fazer cumprir os mandamentos constitucionais de igualdade de alguns (direitos sociais), o Poder Judiciário, no tratamento individualizados de demandas, acaba se transformando em gerador de desigualdades sociais.⁴²

4. A litigância coletiva

A litigância coletiva tem potencial para superar os problemas identificados na litigância individual. Primeiro, o processo coletivo possibilita o ingresso de todo conflito social perante o Judiciário. Ele traz a complexidade e as contradições sociais para equacionamento, ele permite a análise de toda política pública *sub judice* e suas limitações estruturais e orçamentárias e, destarte, permite uma decisão mais completa, rente à realidade, com maior legitimidade política. Por esses motivos, em tese, o processo coletivo é o único que viabiliza o que FISS chama de reforma estrutural, ou seja, um tipo de adjudicação distinto, caracterizado pelo embate com a burocracia estatal e pela assunção da premissa de que valores constitucionais não podem ser assegurados sem que sejam realizadas mudanças básicas nos arranjos institucionais e nas organizações sociais.⁴³

Os processos coletivos, ainda, teoricamente permitem um maior equilíbrio de forças entre os litigantes, pois transformam o processo em um embate entre litigantes habituais, que GALANTER denomina de *repeat players*. Os *repeat players* são tipos ideais criados pelo autor que, por já terem participado do jogo da litigância, antevêm-na e, a partir daí, traçam estratégias de atuação pela avaliação dos riscos. GALANTER enumera as seguintes vantagens dos *repeat players* na litigância: (i) o *repeat player* tem conhecimento prévio acumulado e, portanto, é capaz planejar seus movimentos e transações futuros; (ii) os *repeat players* têm acesso à especialistas, ao mesmo tempo em que diminuem seus custos porque trabalham em economia de escala; (iii) como trabalham em escala, os *repeat players* podem adotar o que o autor chama de estratégia minimax (eles podem maximizar ganhos a longo prazo, ainda que isto implique perda total em alguns casos); (iv) os *repeat players*, por

⁴² Sob a perspectiva de gestão processual, ainda, a existência de milhares de demandas tratando do mesmo tema é ineficiente e contraproducente e representa desperdício recursos humanos e material.

⁴³ FISS, *As formas de justiça*, p. 27.



sua proximidade com as instituições, têm maior facilidade em desenvolver mecanismos informais facilitadores de obtenção de vantagens por funcionários oficiais; (v) o *repeat player* têm uma reputação de “combatente” a manter, a partir da qual têm em seu favor reconhecido o respeito como negociador; (vi) os *repeat players* podem, por fim, disputar as regras da litigância, pois, ao contrário dos litigantes ocasionais (*one-shooter*), - que buscam resultados pessoais tangíveis em cada demanda, - os *repeat players* geralmente têm por objetivo a formação de uma jurisprudência favorável, que o beneficie em casos futuros. É possível para eles adotar estratégias como acordar casos com pequena chance de êxito e insistir em demandas mais faticamente favoráveis ao reconhecimento do fundamento jurídico que quer ver reconhecido pelo sistema de justiça.⁴⁴

A litigância coletiva no caso creche é um caso evidente de embate entre *repeat players*, ou seja, luta entre entes de igual envergadura (Golias X Golias). Não há dúvida de que o réu Poder Público municipal tem todas as características descritas por GALANTER. Ele encontra-se há anos na litigância sobre direitos sociais, com evidente conhecimento acumulado. Possui departamento específico para a defesa de mandados de segurança e ações coletivas ajuizadas em face do município,⁴⁵ podendo trabalhar em escala. Em função da existência de juízos especializados para o julgamento de processos contra o Poder Público (Varas da Fazenda Pública), os procuradores municipais têm relação próxima e natural de convivência com a burocracia judicial. É um combatente respeitado, até mesmo porque é a encarnação da noção de interesse público e, sem dúvida, busca formação de jurisprudência favorável.

De fato, até meados da década de 2000, o Poder Público tirou proveito das vantagens que sua condição de *repeat player* lhe forneceu e teve êxito em manter um padrão decisório conservador e desfavorável à justiciabilidade coletiva do direito à educação infantil.

⁴⁴ Os litigantes ocasionais (*one-shooters*) não têm essas vantagens. Não são estruturados e suas demandas são geralmente únicas. Exatamente por isso, tem dificuldade em traçar estratégias, na medida em que seu espaço para negociação é diminuto. Buscam resultados concretos e não se preocupam com a formação de jurisprudência, GALANTER, *Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change*, p. 4- 6.

⁴⁵ JUD 3, segundo site oficial da Prefeitura, inserida dentro da estrutura da Procuradoria do Município, http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/negocios_juridicos/procuradoria_geral/index.php?p=348, acesso em 27.2.2015.



Como visto acima, a tendência era a extinção de demandas coletivas, sem julgamento do mérito, por atentado à discricionariedade administrativa. Era utilizada técnica processual de filtragem de demandas (a condições da ação impossibilidade jurídica do pedido) para a impedir a apreciação (acesso à justiça procedimental) do conflito social pelo Judiciário.

O Ministério Público que, como se verá abaixo, também é um *repeat player*, não conseguiu, até a década de 90, a despeito das várias estratégias empregadas, alterar a postura restritiva à judicialização coletiva do Judiciário Paulista. A partir de 2005, o MP Paulista, porém, consegue importantes vitórias no órgão de vértice da estrutura judiciária brasileira (STF), o que exerce uma verticalizada e significativa influência no então vigente padrão decisório judiciário paulista. Paralelamente a isso, aparecem novos *repeat players* na litigância coletiva. O Programa Ação na Justiça da ONG Ação educativa é lançado em 2004; Defensoria Pública Paulista é instituída em 2006; em 2007, há a criação do Movimento Creche para Todos e; em 2012, é formado o Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre Educação Infantil (GTIEI). Há um movimento de articulação e fortalecimento dos entes processualmente legitimados, segundo a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7347/85), para a litigância coletiva dos direitos sociais relacionados à educação infantil.

Individualmente, cada um desses legitimados é um *repeat player*. O Ministério Público tem a expertise da extensa litigância coletiva anterior. A Defensoria Pública rapidamente se torna responsável pelo ajuizamento de milhares de demandas individuais buscando vagas em creche e pré-escola, o que lhe dá um contato privilegiado com conflito. As associações civis, por fim, por derivarem dos movimentos sociais envolvidos com a militância política em prol do direito à educação, talvez sejam os entes mais experientes para a construção de soluções viáveis e rentes à realidade. Além de experiência acumulada, esses *repeat players* possuem em seus quadros pessoas com formação acadêmica especializada em direito à educação e judicialização de políticas, o que permite diagnósticos precisos e criação de inúmeras e diversificadas estratégias inovadoras de atuação judicial, todas voltadas a



conseguir ganhos jurisprudenciais pela alteração de padrão decisório.⁴⁶ Vários dos entes mencionados possuem, ainda, proximidade com a justiça, o que acaba por neutralizar vantagens do *repeat player* passivo.

A união de *repeat players* legitimados à defesa judicial coletiva teve o condão de equilibrar o jogo e pressionar o Judiciário Paulista a, em alguns casos, modificar do padrão decisório até então adotado, conseguindo algum avanço no reconhecimento judicial do direito à educação infantil. De fato, ainda que paulatinamente, a porta de acesso do Judiciário começa a se abrir para a litigância coletiva do direito à educação (acesso à justiça procedimental). Uma vez ingresso o conflito, porém, evidencia-se uma extrema dificuldade do Judiciário Paulista em lidar com questões de justiça distributiva (conflitos plurilaterais) em um modelo processual tradicional, liberal e individualista, desenhado para resolver questões de justiça comutativa.

As decisões judiciais em processos coletivos ainda seguem a lógica adjudicatória e os juízes encontram dificuldades em adotar uma postura menos imperativa e mais mediadora de conflitos sociais. Como consequência, há a prolação de decisões simbolicamente importantes, porém com pouco potencial de alteração da realidade social.⁴⁷ No caso paulistano, embora seja identificado uma sensível alteração do padrão de decisão do Poder Judiciário, que começou a, em alguns casos, apreciar demandas coletivas voltadas à discussão da política pública da educação infantil, essa intervenção judicial não tem sido capaz, até agora, de alterar o estado de coisas e a situação de déficit de vagas em creche no município permanece, como visto acima. A litigância coletiva até agora realizada não gerou o incremento do acesso à justiça substancial pela absorção integral da coletividade beneficiada pelo direito à creche e pré-escola no município.

⁴⁶ V. GOTTI e XIMENES, *Litígio estrutural – Déficit de vagas em creches e pré-escolas no Município de São Paulo – Multiplicidade de Ações Judiciais – Estratégia de exigibilidade alternativa*. Opinião Legal extraída dos autos da Apelação 0150735-64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo) (2007 a 2012).

⁴⁷ A cidade de Santo André, em relação a qual foi prolatada a paradigmática decisão do STF (410715-5/SP) em 2006 que permitia o controle judicial da política pública da educação infantil e que foi determinante para a alteração do padrão de litigância coletiva do Judiciário, ainda em 2013, sofria com a falta de vagas em creche. v. reportagem de título “Santo André irá criar 3.190 vagas em creche”, Diário do Grande ABC, disponível em <http://www.dgabc.com.br/Noticia/460415/sto-andre-ira-criar-3-190-vagas-na-educacao-infantil>, acesso em 12.4.2015.



É verdade, porém, que a litigância estratégica coletiva dos direitos sociais ainda tem história recente no Judiciário brasileiro e, por isso, apresenta espaço de ampliação e aprimoramento. Nesse sentido, a decisão prolatada na Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002 parece representar outra importante clivagem no padrão de julgamento do Tribunal de Justiça de São Paulo. Houve a busca pelo incremento da legitimidade política e da qualidade da decisão, via a ampliação do espaço de debate pela realização da paradigmática audiência pública que, de fato, permitiu a participação da sociedade. Houve, ainda, sensível alteração da postura dos julgadores diante do conflito, seja pela realização de tentativa séria de conciliação dos interesses em jogo, seja pelo teor da decisão, claramente preocupada com a manutenção do espaço necessário de discricionariedade administrativa do Poder Público (pela apresentação de planos e cronogramas próprios de execução das metas traçadas) e, principalmente, preocupada em estabelecer reais condições de eficácia (executoriedade) do provimento jurisdicional prolatado (pela criação de Comitê heterogêneo de acompanhamento da execução). Embora não traduzida ainda nos números oficiais, há notícia, ainda de que a Municipalidade estaria cumprindo o plano de expansão inicialmente estabelecido na execução provisória.

O desenrolar dessa litigância estratégica, que ainda depende do reconhecimento da autoaplicabilidade do direito à creche (art. 208, IV, CF) e da confirmação da decisão prolatada na Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002 pelos Tribunais de vértice do nosso Judiciário, pode trazer elementos importantes para reflexão sobre os reais potencialidade de a arena judicial funcionar como transformadora da realidade social brasileira e garantir efetivo acesso à justiça.

5. Conclusões

Este artigo buscou responder à seguinte pergunta: a litigância judicial envolvendo o direito à educação infantil no município de São Paulo (i) tem servido como mecanismo de transformação social pela efetivação de direitos (dimensão substancial) e/ou (ii) tem



encontrado um Judiciário acessível ao ingresso de conflitos, com as técnicas processuais racionais e adequadas (dimensão procedimental)?

A análise do caso creche e pré-escola, ainda em andamento e em processo de expansão, permite-nos concluir que, no tocante ao direito à educação infantil no município de São Paulo, o amplo acesso à justiça, em ambas as suas acepções, é, por enquanto, mais uma promessa (potencial) que uma realidade.⁴⁸

Sob a dimensão processual, o acesso individual ao Judiciário é pequeno, se comparado ao tamanho do macro conflito. A maior parte dos lesados pela falta de vagas se perde durante a ascensão na pirâmide da litigância e não chega a propor suas demandas. É certo que, uma vez ajuizada a demanda individual, o Judiciário Paulista tem oferecido técnica processual adequada ao indivíduo, na medida em que, reconhecido o direito à creche e pré-escola, suas ordens de inclusão de crianças têm, como regra, sido cumpridas pelo Município, ainda que não imediatamente. Essas decisões individuais, porém, por serem randômicas, atomizadas e não racionalizadas ou planejadas, não têm impactado na diminuição do déficit de vagas em creche no município e, portanto, não tem sido fator de transformação social pela efetivação do direito à educação infantil (dimensão substancial).

O acesso coletivo, por sua vez, ainda encontra resistência pelo Judiciário Paulista. Embora seja possível identificar uma tendência judicial ampliadora do conhecimento de pretensões coletivas envolvendo a políticas públicas educacionais, o Judiciário Paulista muitas vezes resiste, pela adoção de argumentos “escudos” como o da discricionariedade administrativa, à apreciação de pedidos voltados à tutela, especialmente, de interesses essencialmente difusos. Nos casos em que as pretensões transindividuais ingressam no Judiciário, muitas vezes encontram técnicas processuais inadequadas, obsoletas e

⁴⁸ Segundo GALANTER, os sistemas de justiça “das democracias modernas são desenhados de tal forma que, se todos que tenham uma demanda legítima a invocassem, o sistema entraria em colapso. A viabilidade desses sistemas depende, assim: (a) da eficácia dos “efeitos gerais”, ou seja, do controle exercido sobre comunicação e informação mais que do efetivo *enforcement*; (b) da disponibilidade de procuradores informais para a ação legal, e, finalmente; (c) da apatia, da ignorância e das barreiras financeiras e culturais que inibem a assertiva pela busca de direitos. Esses sistemas são inerentemente totêmicos ou simbólicos – regras existem para serem celebradas e adoradas, não para serem aplicadas em todas as instâncias que elas presumidamente cobrem”, *Access to justice in a world of expanding social capability*, p. 119 (tradução livre).



essencialmente adjudicatórias, bem como um Judiciário não preparado para o equacionamento de demandas de natureza distributiva. Logo, sob a dimensão processual (ingresso, adequação e racionalidade), a litigância processual coletiva sobre educação infantil ainda não encontra um Judiciário plenamente acessível. É digna de nota, porém, a experiência ainda em andamento da Apelação n. 0150735-64.2008.8.26.0002, que sinaliza um processo de amadurecimento do Judiciário Paulista para lidar com demandas voltadas à discussão de políticas públicas, seja pela ampliação democrática do debate, seja pela adoção de postura mais mediadora.

Sob a dimensão substancial, a litigância coletiva também não tem sido apta a propiciar a transformação social pela efetivação do direito à educação. Como visto acima, o número de crianças que busca vaga em creche em São Paulo ainda é enorme. O sistema de justiça, no caso analisado, permanece na procura por caminhos de articulação e aprimoramento para a concretização da promessa de acesso à justiça e efetivação desse específico direito social.⁴⁹

A constatação de que a litigância sobre direito à creche e pré-escola em São Paulo não apresentou resultados substanciais, até agora, na efetivação do direito universal à educação infantil, contudo, não significa dizer que ela não tenha gerado outros impactos sociais relevantes. Não há como negar que as decisões judiciais (individuais e coletivas) representam um avanço na linha de acesso à justiça, no sentido do reconhecimento da exigibilidade do direito à educação infantil. Esse avanço tem efeito simbólico importantíssimo. O crescente reconhecimento judicial do direito à educação como um direito individual e coletivamente justiciável e, portanto, exigível em face do Estado, traz impactos jurídicos e sociais que vão além da resolução dos conflitos trazidos à apreciação judicial.

GALANTER enfatiza que:

“a relação entre as Cortes (arenas oficiais) e os conflitos é multidimensional. A resolução decisiva, enquanto importante, não é a

⁴⁹ Sobre o acesso como promessa e forma de manutenção de estruturas de dominação, v. LAURIS, *Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece Dinâmicas de colonialidade e narra(alterna)tivas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal*, p. 101-104.



única (nem, eu entendo, a principal) ligação entre Cortes e conflitos. Conflitos podem ser prevenidos pelas decisões das Cortes (p. ex. por permitir ao litigante se planejar para evitar um conflito ou para juridicamente desarmar um potencial litigante contrário). Ainda, as Cortes podem aumentar e mobilizar conflitos, como ocorre quando suas decisões declaram a existência de direitos e legitimam o aumento de expectativas sobre a chances de êxito da propositura de uma demanda, ou quando as mudanças de interpretações de regras sobre legitimidade de agir sugerem uma nova possibilidade de ajuizar uma demanda com sucesso. Além disso, Cortes podem deslocar os conflitos para arenas alternativas e legitimar essas arenas com poder decisório. Por fim, as Cortes podem transformar os conflitos, na medida em que questões decididas são objeto de interpretações que ampliam, restringem ou transformam os enquadramentos inicialmente trazidos pelas partes. Em suma, Cortes não somente resolvem conflitos, elas os previnem, mobilizam, deslocam e transformam” (tradução livre).⁵⁰

Este artigo se limitou a analisar impacto da litigância sobre direito à educação infantil, como mecanismo de transformação social pela via direta, ou seja, pela efetivação de direitos pelo exercício da jurisdição. Não pretendeu, dessa forma, medir efeitos indiretos e multidimensionais da litigância sobre direito à creche e à pré-escola. Esses efeitos, porém, são empiricamente sensíveis e podem ser constatados, p. ex., pelo incremento da propositura de demandas individuais e coletivas voltadas à concretização do direito à educação infantil; e pela ampliação da articulação dos atores (institucionais e sociais) envolvidos com a causa. São efeitos relevantes e não devem ser descartados dentro de uma avaliação mais global sobre os impactos potencialmente transformadores da judicialização dos direitos sociais.

A constatação de que os impactos das decisões judiciais são mais complexos e transbordam a mera análise da potencialidade do Judiciário de resolver conflitos de forma

⁵⁰ GALANTER, *The Radiating effects of Courts*, p. 123.



definitiva, ainda, deve ser considerada na discussão e futuras pesquisas voltadas ao estudo dos limites da arena judicial como espaço de discussão de interesses públicos predominantes.

Referências

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 55-77, jul./set. 1985.

_____. A ação popular do direito brasileiro como instrumento da tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 7-19, out./dez. 1982.

BASTOS, Celso. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 6, n. 23, p. 36-44, jul./set. 1981.

BRASIL, Advocacia Geral da União, Intervenção Judicial na Saúde: panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos da seara da Justiça Estadual, Brasília, 2013 (Consultoria Jurídica), disponível em . <http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa---o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>, acesso em 25/2/2015.

BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo Demográfico 2010*, Brasília, 2011 (Relatório de Pesquisa).

BRASIL, Ministério da Educação, Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais – INEP, *Censo Educacional 2012*, Brasília, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Portugal, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.



_____. Acesso à justiça como programa de reforma e como método de pensamento, *Processo, ideologia e sociedade*, v. 1, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, 379-397.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife. In: FALCÃO, Joaquim Arruda (org.). *Conflitos de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, p. 79-101, 1984.

FELSTINER, William L. F., ABEK, Richard L. E SARAT, Abel and Austin, The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming, *15 Law & Society Review*, n. ¾, 1980-1981, p. 631-654.

FISS, Owen. As formas da justiça. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord. trad.). *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25-104.

GALANTER, Marc. Access to justice in a world of expanding social capability, *37 Fordham Urban Law Journal*, 2010, p. 115-128.

_____. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change, *9 Law & Society Review*, n. 1, 1974, pp. 95-160.

_____. The Radiating effects of Courts, *Empirical Theories About Courts* 117 Keith Boyum & Lynn Mather eds., 1983.

GOTTI, Alessandra, XIMENES, Salomão, *Litígio estrutural – Déficit de vagas em creches e pré-escolas no Município de São Paulo – Multiplicidade de Ações Judiciais – Estratégia de exigibilidade alternativa*, Opinião Legal, extraída dos autos da Apelação n. 0150735-64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 14-15, ano 4, p. 25-44, abr./set. 1979



_____. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 11, n. 43, p. 19-30, jul./set. 1986.

_____. Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores: a Lei 7.347, de 24.7.85. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 11, n. 44, p. 113-128, out./dez. 1986.

GROSS CUNHA, Luciana. *Juizado Especial: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça*, São Paulo, Saraiva, 2008.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo, *Revista Estudos Históricos*, n. 18 (1996), p. 389/401.

LAURIS, Élida. *Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece Dinâmicas de colonialidade e narra(alterna-)tivas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal*.

Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2013,

(https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/24297/1/Tese%20Elida%20final_29-09-2013.pdf), acesso em 24.2.2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e colocação no quadro geral dos “interesses”. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 55, ano 14, jul./set. 1989.

MARINHO, Carolina Martins. *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*, Dissertação de Mestrado apresentada no Departamento de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

NERY JR., Nelson. A ação civil pública. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 8, n. 31, p. 224-232, jul./set. 1983.

OLIVEIRA, Luciano. Polícia e classes populares. *Cadernos de Estudos Sociais*, n.1, Recife, jan./jun. 1985, p. 85-94.

RIZZI, Ester e XIMENES, Salomão. Ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo: litigância estratégica para a promoção de políticas públicas, FRIGO, Darci, PRIOESTE



Fernando e ESCRIVÃO FILHO, Sérgio Escrivão Filho (org.). *Justiça e direitos humanos: experiências de assessoria jurídica popular*, Curitiba: Terra de Direitos, 2010, p. 105-127.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública, um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini & WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1-32.

SALLES, Carlos Alberto de. Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena, Supremocracia, *Revista Direito GV*, n.8, São Paulo, jul./dez. 2008, p. 441-464.

WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 9, n. 34, p. 197-206, abr./jun. 1984.

_____. Assistência judiciária e o Juizado de Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo. (Org.). *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 1985, p. 161-167.

_____. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo. (Org.). *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 1-7.

_____. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini & WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 213-224.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

El principio general del abuso del derecho y su incidencia en el ordenamiento procesal

(The general principle of abuse of rights and its application in procedural matters)

Roberto Omar Berizonce

Professor Emeritus at the University of La Plata, Argentina. Honorary President of the Iberoamerican Institute of Procedural Law

Keywords: Abuse of procedural rights

Abstract: the essay explores the applicability of the general principle of the abuse of rights in the field of procedural law

“Sobreviene en un singular momento de nuestra cultura jurídica la consolidación de una transición que busca el reencuentro del derecho y el orden de valores que él auspicia en línea prioritaria en un renovado orden axiológico, en el marco de un paisaje institucional que procura abrir nuevas perspectivas más afines al respeto y jerarquía de las modernas maneras de prestar tutela efectiva a los derechos fundamentales”.

Augusto M. Morello, *El Derecho privado en su relación con el Derecho Procesal desde la visión constitucional y transnacional (Constitucionalización del Derecho Civil o “civilización” del Derecho Constitucional?)* en MORELLO A.M., SOSA G.L. y BERIZONCE R.O., *Códigos Procesales...* Abeledo-Perrot/LEP, Bs. As., 2^a ed., 2004, v. X-A, p. 349.



Sumario: I. “Juridización” de la Constitución y “principalismo”. II. Principios del Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación. III. Los principios procesales incorporados a la legislación sustantiva. 1. Procesos de familia. 2. Procesos de restricción a la capacidad. 3. Reafirmación del modelo de la “justicia de acompañamiento”. IV. Irradiación de los principios generales y procesales del CC y CN e incidencia en los ordenamientos procesales. 1. De nuevo (y concreción) sobre “principalismo”, “policromía normativa”, “microsistemas” y “diálogo entre las fuentes”. 2. Impacto de los principios generales del Título Preliminar. V. Responsabilidad por daños derivados del abuso del proceso. VI. El abuso del proceso como inconsistencia de las pretensiones u oposiciones, la “declaración palmaria de flagrancia” y la justicia “temprana”. 1. Declaración palmaria de “flagrancia”. 2. Moralidad, economía y evidencia. 3. Insustancialidad de las pretensiones u oposiciones y justicia “temprana”. 4. Incidencia del art. 10, CC y CN. VII. Conclusiones.

I. “Juridización” de la Constitución y “principalismo”

La constitucionalización de los nuevos derechos y de las garantías, junto con la recepción de las convenciones humanitarias, ha significado el ingreso en lo que se considera la fase madura de uno de los fenómenos universales más trascendentes en la evolución del derecho y la justicia. La reforma constitucional de 1994 trajo consigo un renovado “bloque de constitucionalidad” asentado en una concepción superadora del tradicional Estado democrático de derecho que, sin renegar de los valores democrático-liberales, viene a incorporar un catálogo ampliado de nuevas categorías de derechos y garantías –aquellos de la segunda y tercera generación–, asentados en *valores, principios y paradigmas* que ensalzan la dignidad humana o, si se prefiere, el principio “*pro hominis*”, como eje central para el ejercicio de la libertad. Esquema en el cual el modelo del Estado social se erige en palanca para asegurar la efectividad en concreto de tales nuevos derechos, principalmente los sociales, económicos y culturales, incluyendo los derechos colectivos. A la misma exigencia de operatividad



corresponde, igualmente, la paralela “constitucionalización” de las garantías judiciales y el reconocimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y eficiente.

1. En orden a su contenido, la Constitución al juridizarse ha venido a incorporar con jerarquía suprema preceptos que, tras su “ascenso”, ahora integran “nuevos” bloques, producto de una fragmentación que atiende a las diversas materias sustantivas o formales. Se alude así a un *derecho privado constitucional* o *derecho privado constitucionalizado* o, aún, a la *constitucionalización del derecho civil o privado*¹, lo que contribuye a componer el sistema jurídico “por dos caminos”². Con similares razones predica la existencia de un *derecho constitucional de familia*³, o la *constitucionalización del derecho comercial*, particularmente en ciertos capítulos como aquel que comprende y ensambla con los preceptos supremos, las normas mercantiles y las propias de la defensa de los consumidores y de la competencia⁴. Y, desde luego, se ha ido articulando un robusto *derecho procesal constitucional* o *constitucional procesal* sobre cuyos alcances se debate. Novedosas visiones que vienen impactando igualmente en la doctrina judicial⁵.

2. Hay, todavía, un aspecto central relativo a la contextura misma morfológica de las normas supremas, de lo que deriva lo que se ha dado denominar la apertura “principiológica”.

¹ LORENZETTI R.L., *Fundamento constitucional de la reparación de daños*, La Ley, 2003-C, pp. 1185 y ss.. RIVERA J.C., *El Derecho Privado Constitucional* en Rev. Der. Priv. y Comun., Rubinzal-Culzoni ed., Santa Fe, nº 7, p. 52 y ss.; *id.*, *Estudios de Derecho Privado (1984-2005)*, Rubinzal-Culzoni ed., Santa Fe, 2006, pp. 275 y ss.; *id.*, *Globalización y derecho. Las fuentes del derecho de los contratos comerciales*, La Ley, 2005-F, pp. 1105 y ss..

² ALTERINI A.A., *Respuestas antes las nuevas tecnologías: sistema, principios y jueces*, La Ley 2007-F, pp. 1338 y ss..

³ GIL DOMINGUEZ A., FAMA M.B. y HERRERA M., *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Bs. As., 2006, v. I y II. LLOVERAS N. y SALOMON M., *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, ed. Universidad, Bs. As., 2009.

⁴ ALEGRÍA H., *Régimen legal de protección del consumidor y derecho comercial*, La Ley, 2010-C, pp. 835-842. Asimismo, RIVERA J.C., obs. cit..

⁵ SCBA, causa C. 104.935, “Lisi R.L. c. Sancor, s/ ds. y perj.”, 3-11-2010, voto Dr. de Lázari. C.Civ. y Com. Azul, Sala II, 14-10-2010, La Ley Bs. As., 2011, p. 506, con nota de V.A. Testa, *La protección constitucional de la vivienda familiar: ¿un derecho operativo o programático?*. Del mismo tribunal: sentencia del 19-5-2011, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Rodríguez V.E.G.”, voto Dr. Galdós, en la misma revista, pp. 532 y ss..



Más allá de las arduas dificultades semánticas que derivan de la ambigüedad e imprecisión de la expresión “principios”, sus diversos sentidos⁶, su relación con los valores e incluso su asimilación⁷, o con las denominadas “directrices políticas”⁸, lo que resulta claro, nos parece, es que los principios son “normas fundantes”, criterios o reglas genéricamente formuladas, que están en la base de los ordenamientos jurídicos positivos; verdaderas reglas “inspiradoras” de una estructura, que le imprimen cierta dosis de cohesión y tendencia a la armonía, entre otras de sus funciones⁹. Mientras los principios son constitutivos del orden jurídico, en cambio las reglas, aún cuando puedan estar insertas en los textos fundamentales, son puramente instrumentales, se agotan en sí mismas y no tienen ninguna fuerza más allá de lo que ellas significan; a los principios se les presta adhesión, a las reglas se las obedece¹⁰.

Al margen de tan arduas disquisiciones, en una síntesis apretada y por ello no exenta de arbitrariedad, parece claro que el reconocimiento de los principios jurídicos ha tenido profunda incidencia sobre la concepción clásica de las fuentes del derecho y, correlativamente, sobre la misión de los jueces. Los principios son esencialmente pautas o criterios de interpretación, orientaciones generales, guías o fórmulas que permiten elaborar una lectura armónica al conjunto de reglas contenidas en un determinado ordenamiento, y que se sustentan en exigencias básicas de justicia y moral apoyadas en la que puede ser considerada la “conciencia jurídica popular”. La apertura “principiológica” provoca, de algún modo, la ruptura con el modelo subsuntivo derivado de un derecho basado en simples reglas¹¹; y, en ese contexto, el juez pasa a ser observado como quien identifica los consensos básicos de la sociedad, el *ethos* jurídico dominante, para erigirlos en sustento de sus decisiones. De ahí que el nuevo paradigma del Estado Democrático de Derecho presupone la superación del derecho como sistema de reglas, incorporando democráticamente a los principios en el discurso constitucional; y, con

⁶ DWORKIN R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999, trad. M., Guastavino, pp. 72,190; CARRIÓ G.R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 10.

⁷ ALEXY R., *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica en Doxa*, Alicante, nº 5, 1998, p. 145.

⁸ DWORKIN R., ob. cit., p. 190.

⁹ El principio es concebido como una regla general y abstracta, o bien como una regla general preexistente (LORENZETTI R.L., *Las normas fundamentales del derecho privado*, Rubinzal Culzoni ed., Santa Fe, 1995, pp. 268).

¹⁰ ZAGREBELSKY G., *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 2005, trad. M. Gascón, p. 110.

¹¹ MARINONI L.G., *Teoría geral do processo*, Rev. Edit. do Tribunais, São Paulo, 2006, pp. 47-53.



ello, la posibilidad, por conducto de los principios, de conectar la política con el derecho¹². A salvo, claro está, de todas las reservas y condicionamientos que provienen de las teorías del discurso, la argumentación para el apoyo de las decisiones y los límites de la razonabilidad que igualmente integran las garantías fundamentales. Lo cual conduce también a la cuestión no menos difícil del conflicto, interferencia o choque entre principios y valores, el “peso relativo” de cada uno¹³, que lleva a la aplicación de la “ley de ponderación”¹⁴.

3. La Constitución y los tratados y convenciones humanitarias constituyen entonces las fuentes primigenias de los principios y valores, que las normas infraconstitucionales desarrollan e integran a través de reglas más o menos precisas. Sin embargo, entre unos y otros órdenes normativos queda un ancho campo para la construcción de verdaderos *principios genéricos que son propios de la teoría general del derecho* y que se van elaborando desde el ordenamiento común y la doctrina jurisprudencial de los altos tribunales.

II. Principios del Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación

Lo novedoso ahora es que el flamante CC y CN incluye en su Título Preliminar ciertas reglas para el ejercicio de los derechos subjetivos que participan de los caracteres propios de los principios, en el sentido antes referido¹⁵. Se trata de típicos conceptos indeterminados que surgen de los principios y valores superiores. Son normas de integración y de control axiológico útiles como marco de comprensión de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas,

¹² STRECK L., *Verdad y consenso. Constitución, hermenéutica y teorías discursivas*, ARA ed., Lima, 2009, trad. A. Álvarez Aranda, p. 48; GUZMÁN N.L., *Legalismo y constitucionalismo: como límites conceptuales en la interpretación de los principios procesales en un Estado Democrático de Derecho en Principios Procesales*, R.O. Berizonce coord., LEP, La Plata, 2011, pp. 6-7. VIGO R.L., *Fuentes del derecho en el Estado de derecho y el neoconstitucionalismo*, La Ley, 2012-A, p. 1012 y ss..

¹³ DWORKIN R., ob. cit., p. 77.

¹⁴ ALEXY R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, trad. M. Atienza y I. Espejo, p. 349. LORENZETTI R.L., *Teoría de la decisión judicial*, Rubinzal-Culzoni ed., Santa Fe, pp. 21 y ss..

¹⁵ FALCON E.M., *El Derecho Procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni ed., Bs. As., 2014, pp. 150-153.



dentro de un sistema de derechos basado en principios y reglas¹⁶. Con la particularidad que precisamente por su ubicación en un código que, según la tradición histórica, es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado, tiene una irradiación y fuerza expansiva singular.

En el Capítulo 3 referido al *ejercicio de los derechos* y que tiene por destinatario general a todos los ciudadanos, se incluyen los *principios o cláusulas generales de la buena fe* (art. 9), el *abuso del derecho* (art. 10), el *fraude a la ley* (art. 12) y otras. Son pautas generales fundamentales aplicadas a cualquier ejercicio de un derecho o situación jurídica y que se complementan con reglas específicas. El CC y CN reproduce en este tramo, con algunas variantes, los institutos incorporados por la ley 17.711, en el entendimiento que las cláusulas generales se integran y consolidan su alcance lentamente a través de la tarea jurisprudencial.

En relación al abuso del derecho, importa señalar el apartado final incorporado en el art. 10 aludido: “el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”. Resulta novedosa la previsión de las “situaciones jurídicas abusivas”, concepto ya desarrollado por la doctrina civilista, y que se configura como resultado de una pluralidad de derechos que, considerados aisladamente, podrían no ser calificados como tales¹⁷. Como estatuye el art. 1120 CC y CN, “cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos”.

III. Los principios procesales incorporados a la legislación sustantiva

El CC y CN contiene una notable cantidad de normas de naturaleza procesal, al amparo de la jurisprudencia reiterada de la CSN que ha convalidado la validez constitucional de aquellos

¹⁶ Como se destaca en los fundamentos del Anteproyecto, Título Preliminar, la jurisprudencia de la CSN reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contrarias a valores jurídicos. Conf: LORENZETTI R.O., *Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, 2012-C, p. 581 y ss..

¹⁷ Anteproyecto, Título Preliminar, cit., LORENZETTI R.L., *Aspectos valorativos...*, cit..



preceptos sancionados por el Congreso de la Nación en tanto resultan necesarios para asegurar la efectividad de las instituciones y derechos de fondo¹⁸, con soporte, además, en añeja aunque perdurable doctrina¹⁹. No parece del caso, para nosotros, reabrir un debate definitivamente zanjado, aún a la vista del arrasador impulso de los codificadores de 2014²⁰; sin perjuicio de dejar a salvo el ejercicio del escrutinio constitucional en relación a algunas singulares normas que pudieran haber excedido el cartabón asentado por la Corte. El CC y CN, de todos modos, deja anchos márgenes para la regulación procedimental reservada a las Provincias.

1. Procesos de familia

Lo que aquí nos interesa es focalizar ciertos preceptos que instituyen principios procesales para los procesos en materia de familia. Así el art. 706, bajo el acápite *Principios generales de los procesos de familia* enuncia los de *tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso ilimitado al expediente*. Agrega que “las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos”. A su vez, el art. 709, bajo el acápite *Principio de oficiosidad* prevé que en tales procesos el impulso procesal está a cargo del juez, quien además puede ordenar pruebas oficiosamente. También se establecen *principios relativos a la prueba*, como los de libertad, amplitud y flexibilidad (art. 710). Añade que la carga de la prueba recae, finalmente, en quien esté en mejores condiciones de probar (art. cit., *in fine*)²¹. El capítulo de Disposiciones generales se complementa con reglas respecto de la participación en el proceso de niños, niñas,

¹⁸ CSN, Fallos, 138:157; 190:124; 200:203; 244:527, entre otros.

¹⁹ MERCADER A.A., *Poderes de la Nación y de las Provincias para instituir normas de procedimiento*, Ejea, Bs. As., 1939, pp. 73 y ss., 115 y ss.. Conf. DÍAZ C.A., *Instituciones de Derecho Procesal*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1968, Parte General, v. I, pp. 177 y ss..

²⁰ Como señala FALCON, desde el punto de vista sistémico la cuestión tiene importancia menor (*El Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 150).

²¹ Las cargas probatorias dinámicas están reguladas igualmente en el capítulo de la responsabilidad civil y la función resarcitoria, art. 1735, donde se explicitan las facultades judiciales. La interpretación habrá de armonizarlas.



adolescentes y personas con capacidad restringida (art. 707), acceso limitado al expediente (art. 708) y admisibilidad de testigos (art. 711).

Por último, en los capítulos 3 y 4 del mismo Título VIII se estatuye sobre *reglas de competencia* (arts. 716 a 720) y *medidas provisionales* (arts. 721 a 723), sea aquellas *relativas a las personas* en el divorcio y en la nulidad de matrimonio –verdaderas tutelas anticipadas y urgentes, en enunciación no taxativa (art. 721)- y otras *relativas a los bienes* –cautelares típicas- (art. 722).

Como se ha señalado²², la compatibilidad del sistema del CC y CN con el CPCN requerirá una adaptación adecuada, sin perjuicio de la aplicación judicial.

2. Procesos de restricción a la capacidad

Lo propio acaece con la preceptiva procesal que se aloja en los arts. 31 y ss., a propósito del régimen de las restricciones a la capacidad de las personas. Allí sobresalen algunos principios específicos, como el que consagra los alcances amplios del derecho a participar en el proceso judicial que se reconoce a la persona encausada (art. 31, apart. e), favorecida también por el deber del juez de garantizar la inmediatez personal con el interesado y más ampliamente, con los dilatados poderes-deberes que le corresponde ejercer en orden a la dirección e instrucción de la causa, incluyendo la flexibilización –“los ajustes razonables” del procedimiento de acuerdo a la situación de aquel”- (art. 35). Igual trascendencia cabe atribuir a la regla complementaria de las garantías que impone la “evaluación de un equipo interdisciplinario”, en sustitución de la tradicional pericia psiquiátrica (arts. 31 apart. c, 37, 41 apart. a). Principios, por otra parte, igualmente propios del Código de Vélez y de la LSM n° 26.687, que continua siendo el eje de todo el sistema²³.

²² FALCON E.M., *El Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 532-536.

²³ Anteproyecto, Fundamentos, IV) Libro Primero. Parte general, Título I, capítulo 2. Capacidad.



3. Reafirmación del modelo de la “justicia de acompañamiento”

En la evaluación crítica de los principios procesales del CC y CN, en este tramo, puede aseverarse que resultan altamente positivos, en tanto vienen a acentuar el modelo de la justicia de protección o “de acompañamiento”, reflejado de modo principal en la tendencia a la publicización del proceso, con la correlativa ampliación de los poderes del juez, el principio de inmediación, la flexibilización y adecuación de las formas y la acentuación de las garantías del proceso justo, con la finalidad de asegurar la tutela efectiva de los derechos fundamentales involucrados. Son reglas particulares que dibujan la justicia “de acompañamiento”²⁴, en consonancia con el “paradigma protectorio” aludido en la presentación del anteproyecto²⁵.

IV. Irradiación de los principios generales y procesales del CC y CN e incidencia en los ordenamientos procesales

1. De nuevo (y concreción) sobre “principalismo”, “policromía normativa”, “microsistemas” y “diálogo entre las fuentes”

Como hemos visto, el fenómeno de la “juridización” de la Constitución y la incorporación a las convenciones humanitarias trajo consigo el ascenso, bajo forma de principios y valores de textura abierta y conceptualización indeterminada, de derechos y situaciones antes relegadas a los preceptos infraconstitucionales. En correlato a tal “principalismo”, quedaron disponibles anchos márgenes para la interpretación judicial intersticial y aún creativa, acicateada por la imposición constitucional del deber de asegurar y tornar efectivos los derechos fundamentales en concreto. En particular, los “nuevos derechos” se incorporan al “*bill of rights*”, incluyendo aquellos más “sensibles” pertenecientes a personas o categorías en situaciones de especial vulnerabilidad (art. 75, inc. 23 CN), en el marco de una

²⁴ FALCON E.M., *El Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 185.

²⁵ “El proyecto busca la igualdad real y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables” (R.L. LORENZETTI).



jurisdicción protectora para la gestión y aseguramiento de los intereses públicos comprometidos²⁶.

En ese contexto de confluencia y acumulación de diferentes fuentes normativas constitucionales e infraconstitucionales y aún jurisprudenciales, se generan verdaderos sistemas o “microsistemas” de protección, que involucran una multiplicidad de relaciones y situaciones regidas concurrentemente por una verdadera “policromía” normativa. El derecho común y las leyes específicas (por caso, la LDC 24.240 con sus modificaciones y las reglas locales de aplicación), el derecho administrativo, el derecho penal y el derecho procesal; esferas, todas ellas, engarzadas en relación de subordinación a los principios que dimanen de la Constitución y las convenciones. Queda todavía la tarea de conjugar armoniosamente tales ingredientes para configurar la unidad del ordenamiento jurídico. A esos fines la doctrina alemana perfeccionó el concepto de “diálogo entre las fuentes”²⁷, a fin de expresar metafóricamente una actitud que se requiere del intérprete para armonizar los distintos planos preceptivos con la finalidad última de tornar operativos los derechos y garantías. Así, podemos representarnos el “dialogar” de los *principios fundamentales* que emergen de la Constitución y de las convenciones que ella arropa (art. 75 inc. 23), junto con las diversas reglas normativas infraconstitucionales. Análisis confrontativo que asume el juez y en que realza la utilidad de la distinción básica entre *principios*, como guías o pautas directrices de razonamiento o mandatos de optimización, que desempeñan un rol superior y fundante en relación a las *reglas*, que les están lógicamente subordinadas. Diferencia cualitativa entre aquellos y éstas, que implica concentrar la atención, sobre todo, en los *conflictos de principios* y el método del *juicio de ponderación* con el que se los dirime²⁸. En ese sentido, el CC y CN establece una “comunidad de principios” entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado²⁹.

²⁶ Nos permitimos remitir a *La jurisdicción protectora o “de acompañamiento”*, RDP, 2014-2, p. 167 y ss..

²⁷ MOSSET ITURRASPE J., *Del “micro” al “macro” sistema y viceversa. El diálogo de las fuentes en Rev. Der. Priv. y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni ed., Bs. As. 2009-1, pp. 15 y ss..

²⁸ ALEXY R., *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 82-90; 98-101; 160-161 y ss.. Como expresara la CSN, “el juicio de ponderación constituye una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas o de interpretación de la ley” (22-4-2008, Fallos, 331:819, La Ley, 2008-C, p. 562).

²⁹ LORENZETTI R.L., *Aspectos valorativos...*, ob. cit., p. 581.



2. Impacto de los principios generales del Título Preliminar

Por su incidencia en los ordenamientos procesales importa analizar de modo especial los principios generales de buena fe y abuso del derecho (arts. 9 y 10, CC y CN)³⁰. En ese análisis, ha de convenirse que el agregado del tercer apartado del último precepto resulta clave para perfeccionar en el plano legislativo y aún en vía interpretativa el sistema de prevención de la lealtad, probidad y buena fe que se exige de los litigantes (art. 34 inc. 5, d, CPCN) y de sanción de la temeridad y malicia (art. 45 y conc., Cód. cit.). Y, por otro lado, el principio general sustantivo tan ampliamente receptado puede brindar soporte decisivo a diversas aunque concurrentes posturas interpretativas, que se vienen pergeñando desde la doctrina, orientadas hacia la simplificación del proceso y la aceleración de su desemboque para el logro de una justicia “temprana”, a tono con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y eficiente, que encarece la Constitución y las convenciones. Hemos de ver por separado ambos tópicos.

V. Responsabilidad por daños derivados del abuso del proceso

Debe conjugarse el derecho fundamental a la tutela judicial pronta y eficiente –principio de raíz constitucional y convencional- con el principio general del art. 10, apart. tercero CC y CN, que impone al juez el *poder-deber* de evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva, incluyendo la que se plantea en el proceso. Semejante armonización se integra, además, con el correlativo poder-deber derivado de los preceptos procesales del art. 34 inc. 4, apart. c, d y e, CPCN.

³⁰ Los ordenamientos procesales vigentes contienen numerosas disposiciones sustentadas en el principio general del abuso del derecho. Así, se consagra el criterio del mínimo sacrificio de los derechos del ejecutado (arts. 536, 206, CPCN), del cual se derivan los límites infranqueables que acotan la ejecución forzada. En esa línea, los arts. 574, 575 y 535, consagran la subasta progresiva, el sobreseimiento del juicio por el ejecutado aún con posterioridad a la subasta, *favor debitoris*. Y los mismos fundamentos sustentan las restricciones legales en la traba del embargo ejecutivo o ejecutorio (arts. 219, 220, 535, 203, 206, 208 y conc.). Conf.: BERIZONCE R.O., *Humanización del proceso y la justicia...* en *El proceso civil en transformación*, LEP, La Plata, 2008, pp. 23, 27, 28.



En ese marco, el derecho de defensa supone su ejercicio de modo regular, funcional, colaborativo, a través de la actuación proba y de buena fe. A la inversa, la conducta procesal y el abuso disfuncional de los instrumentos del proceso –incluyendo la articulación de proposiciones insustanciales o palmariamente inconsistentes-, no solo encuadran en las figuras y sanciones de la temeridad y malicia, sino que menoscaban el correcto desempeño y los propios objetivos de la función jurisdiccional, derivando en una cabal privación de justicia³¹.

Ahora bien, la virtualidad operativa de tales principios que provienen de la CN y del ordenamiento sustantivo, requiere de la articulación de las vías procesales adecuadas. Como es sabido, el CPCN y los demás ordenamientos que siguieran sus aguas solo previeron la prevención y sanción de la temeridad y malicia (art. 45 y conc.), empero no regularon la cuestión más amplia y abarcadora del conjunto de la problemática de la conducta contraria a los deberes de lealtad, probidad y buena fe, que se nuclea bajo el rótulo del *abuso del proceso*³². Precisamente, en ese terreno yermo ha avanzado el CC y CN cuando en el mentado art. 10 impone al juez el deber, no solo de evitar los efectos del ejercicio abusivo, sino además, en su caso, “procurar la reposición al estado de hecho anterior y *fijar una indemnización*”.

El mandato legal sustantivo autoriza de modo explícito, entonces, la reparación de los daños, y ello incluye sin duda los causados por el abuso del proceso³³. Se configura de ese modo un criterio de sanción específica³⁴ de singular utilidad cuyo formato procedimental deberán delinear los jueces en cada caso concreto. En tal sentido, cabe la aplicación analógica,

³¹ BERIZONCE R.O., *Abuso del proceso como insustancialidad de las proposiciones...*, RDP, 2011-1, p. 181 y ss..

³² MORELLO A.M., SOSA G.L. y BERIZONCE R.O., *Códigos Procesales...*, Abeledo Perrot, Bs. As., 2ª. ed., 1982, v. I, pp. 692-693.

³³ La responsabilidad por los daños procesales estaba ya regulada por el art. 96 del CPC italiano, cuando la parte vencida ha actuado o resistido en juicio con mala fe o culpa grave, en cuyo caso el juez, a instancia de la contraria, la condena no solo a las costas sino también al resarcimiento de los daños, que liquida aún de oficio en la sentencia. MORELLO A.M., SOSA G.L. y BERIZONCE R.O., ob. cit., pp. 672-673. Sobre la interpretación del precepto: CARPI F. y TARUFFO M., *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, Cedam, Padova, 5ª. ed., 2006, pp. 275-279.

³⁴ En verdad se trata de un remedio sustancial clásico que implícitamente enraizaba en el Código de Vélez. Claro que al presente la tendencia en la legislación procesal comparada conduce a la admisión de nuevos y más eficaces medidas –v.gr., multas procesales-. Conf.: TARUFFO M., *El abuso del proceso: perfiles comparados en Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Bs. As., 2009, pp. 311 y ss.. Asimismo, y especialmente sobre el régimen de la LEC española N° 1/2000: PICÓ i JUNOY J., *El principio de la buena fe procesal*, J.M. Bosch ed., Barcelona, 2003, pp. 265 y ss..



en lo pertinente, del art. 208 CPCN relativo al abuso en el pedido de medidas cautelares, que posibilita la decisión sobre el *an debeat* con remisión a la vía incidental para la determinación del *quantum*. Naturalmente, se requiere siempre solicitud de parte; y la concurrencia de una responsabilidad subjetiva derivada de dolo o culpa³⁵. Cualquiera fuere el procedimiento escogido, se trata de una pretensión nueva –de resarcimiento– que toma su *causa petendi* de los hechos censurables producidos en el mismo proceso.

VI. El abuso del proceso como inconsistencia de las pretensiones u oposiciones, la “declaración palmaria de flagrancia” y la justicia “temprana”

Hemos ya referido, la aparición de diversas doctrinas que en vía de interpretación del abuso del proceso en general y sus efectos, postulan la aceleración de los desarrollos litigiosos y la “justicia temprana”.

1. Declaración palmaria de “flagrancia”.

En esa dirección van propuestas recientes en torno la *flagrancia* como técnica de anticipación de la tutela del derecho³⁶, que posibilita diseñar una suerte de proceso “mutante” que permita alterar su formateo, según fuere lo acontecido durante su trámite, cada vez que concurren ciertas circunstancias singulares que se configuran bajo el rótulo genérico de situaciones de “flagrancia”. Así, cuando se exhibe una fortísima atendibilidad de la pretensión, con el correlato de una notoria infundabilidad de la defensa u oposición, lo que genera *evidencia* que autoriza una “declaración palmaria de flagrancia”.

No se trata, entonces, de la aceleración corriente sustentada en la urgencia que lleva a una decisión provisoria y revocable, sino en todo caso de un procedimiento fundado en la *evidencia* y que se cierra con un pronunciamiento de fondo exhaustivo con fuerza de cosa juzgada. Situación excepcional que se da, vg., cuando se verifique la existencia de

³⁵ COUTURE E.J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Ediar, Bs. As., 1950, v. 3, pp. 235, 339. PEYRANO J.W., *Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil en Abuso procesal*, J.W. Peyrano director y J.A. Rambaldo coord., Rubinzal Culzoni ed., Bs. As., 2001, pp. 189 y ss..

³⁶ PEYRANO J.W., *La flagrancia civil*, La Ley, 2014-B, supl. 12-3-2014, Columna de opinión.



jurisprudencia obligatoria o precedentes reiterados que definan la materia en debate; o en supuestos de prueba “prevalente” decisiva (test de ADN en proceso de filiación), o más genéricamente en caso de un accionar de la demandada signado por el *abuso del derecho de defensa*. La declaración de flagrancia en tanto produciría diversos efectos en relación a la parte responsable, deberá contener una seria fundamentación, siendo susceptible de apelación con efecto suspensivo³⁷.

2. Moralidad, economía y evidencia

Aplicando un cartabón similar, se ha sostenido la procedencia de la ejecución provisional de la sentencia sujeta a recurso, no solo cuando aparecen configurados los presupuestos que condicionan las tutelas de urgencia, sino que también procede con sustento en el factor *evidencia*. El argumento encuentra sólido apoyo en las soluciones similares contempladas en el *certiorari* del art. 280 CPCN, cuyo denominador común es, precisamente, la evidencia. Aplicando *mutatis mutandi* tales pautas, se postula la procedencia de la ejecución provisoria cuando la petición se formula en un contexto de evidencia que permita constatar que el alzamiento no tendrá finalmente andamio, en virtud de existir doctrina legal obligatoria; o inequívoca jurisprudencia de la CSN en sentido adverso al planteo formulado por el recurrente, sin que éste aporte argumentos que, en razón de su seriedad, sean susceptibles de modificar el criterio resultante; o que el recurso exteriorice el palmario propósito de retardar maliciosamente la culminación del procedimiento. Solución que, por otra parte, encuentra soporte en los poderes-deberes del juez en orden a mantener la igualdad de las partes, lo que conduce a superar la falta de equilibrio que resulta de la desigual posición en que se instalan vencedor y vencido; y, fundamentalmente, en la operancia de los principios de moralidad y economía (arts. 34 inc. 4, apart. c, d y e, CPCN)³⁸.

³⁷ PEYRANO J.W., ob. y lugar cit..

³⁸ DE LAZZARI E.N., *La ejecución provisoria de la sentencia como tutela de urgencia y de evidencia*, La Ley, 2013-F, p. 585.



3. Insustancialidad de las pretensiones u oposiciones y justicia “temprana”

En una mirada abarcadora y en coincidencia con lo anterior, puede afirmarse que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que supone la decisión tempestiva del conflicto, en tiempo razonable, requiere de la operatividad de diversas técnicas procesales de anticipación de la tutela tendientes en general a la simplificación de los trámites, con la finalidad de racionalizar la distribución del *onus* del tiempo del proceso. He ahí el fundamento último de la inhibición de las proposiciones abusivas de las partes, y aún del exceso del ejercicio de las propias potestades judiciales. La conducta procesal y el abuso disfuncional de los instrumentos del proceso no solo encuadran en las figuras y sanciones de la temeridad y malicia, sino que menoscaban y ofenden el correcto funcionamiento y los propios fines y objetivos públicos de la función jurisdiccional.

Las técnicas de anticipación de la tutela del derecho procuran equilibrar la situación de las partes, cuantas veces el conflicto muestra de modo manifiesto que mientras una de ellas sostiene sus postulaciones de manera seria y sustentable, la otra, por el contrario, alega tan solo proposiciones o defensas que se exhiben de un modo patente como inconsistentes, infundadas. En la confrontación de ambas surge la evidencia del derecho, que pone al desnudo no solo la sinrazón de quien alega tan solo motivos manifiestamente febles, livianos, carentes de seriedad, insustanciales, sino además un *ejercicio antifuncional y abusivo de las prerrogativas procesales*.

Las aludidas técnicas de anticipación son susceptibles de aplicarse en todo tiempo a los diferentes estadios del proceso, toda vez que se configuren situaciones típicas de *evidencia e inconsistencia* –sea en el curso de las etapas diversas del proceso de cognición; tanto como a título cautelar o anticipatorio; en las instancias recursivas ordinarias o extraordinarias-³⁹.

³⁹ Para una fundamentación más acabada, nos permitimos remitir a *Abuso del proceso como insustancialidad de las proposiciones...*, RDP, 2014-1, pp. 181 y ss.. Asimismo: MARINONI L.G., *Anticipação da tutela*, Rev. Edit. dos Tribunais, São Paulo, 2008, 10ª. ed., pp. 273 y ss..



4. Incidencia del art. 10, CC y CN

La consagración enfática ahora, como principio general, de abuso del derecho (art. 10, CC y CN), reafirma sin duda el fundamento de todas las tesis que venimos analizando. FALCON ha resaltado la relación entre el abuso del derecho en el campo sustancial y las instituciones del proceso. Así, como elemento a considerar en el progreso de una cautelar, o en los procesos colectivos (arts. 14, apart. final, 240, CC y CN). En lo demás, la inclusión del abuso del derecho en la parte general del nuevo ordenamiento del abuso del derecho en la parte general del nuevo ordenamiento hace necesario considerar este instituto como un elemento a tener en cuenta en cada uno de los derechos que acuerda el ordenamiento⁴⁰. Del mismo, se puede afirmar que en la necesaria adecuación de los ordenamientos procesales por venir, deberá articularse soluciones, técnicas y procedimientos a través de los cuales se instrumente la operancia de aquel principio general. Mientras tanto, cabe a los jueces, aún en vía de creación pretoriana, aplicar el mandato del art. 10, CC y CN, en consonancia con la garantía fundamental de la tutela judicial eficiente.

VII. Conclusiones

Finalmente, a guisa de sintéticas conclusiones:

1. El fenómeno de la “juridización” de la Constitución, supuso no solo el “ascenso” de los nuevos derechos jerarquizados sino, además, una suerte de proliferación de principios y valores, verdaderas normas fundantes de todo el ordenamiento. Lo cual ha tenido profunda incidencia sobre la concepción clásica de las fuentes del derecho y la misión de los jueces como intérpretes últimos de los consensos básicos que tales principios enuncian.

2. En paralelo, el Código Civil y Comercial de la Nación incorpora en su Título Preliminar principios generales, complementarios de los supremos y que participan de las

⁴⁰ FALCON E.M., *El Derecho Procesal...*, ob. cit., pp. 182-184.



mismas notas típicas en tanto constituyen normas abiertas, conceptos jurídicos indeterminados. En su confluencia se articulan, junto con las reglas infraconstitucionales, verdaderos “microsistemas” de protección, que a su vez generan la necesidad de su armonización.

3. En los principios generales recogidos en el Título Preliminar se destacan las cláusulas generales de la buena fe, el abuso del derecho y el fraude a la ley (arts. 9, 10, 12, CC y CN), las cuales producen profunda incidencia en el régimen de los ordenamientos procesales, junto con otros diversos principios y reglas que se diseminan en todo el cuerpo sustantivo –vg., procesos de familia, de restricción a la capacidad, etc.-.

4. El principio general que proscribe el abuso del derecho impacta de lleno en el sistema procesal, superando el esquema tradicional asentado en la prevención del abuso instrumental configurado por la conducta temeraria y maliciosa y su sanción. Se abre camino, a partir del arts. 9 y 10 CC y CN, a la responsabilidad por los daños sufridos a consecuencia del ejercicio abusivo de las prerrogativas procesales o de las situaciones jurídicas abusivas. En tales casos, corresponde la aplicación analógica del art. 208, CPCN.

5. La virtualidad expansiva de los principios generales de los arts. 9 y 10, CC y CN, en consonancia con el derecho fundamental a la tutela judicial eficaz y eficiente, en tiempo oportuno, sustenta las diversas propuestas que alienta la doctrina y que pueden articular los jueces con la finalidad del mejor cumplimiento de los fines del proceso: la declaración de “flagrancia”, las tutelas anticipadas fundadas en la evidencia del derecho, la ejecución provisional de la sentencia sujeta a recurso, las declaraciones de insustancialidad de las pretensiones u oposiciones en los diversos supuestos que se han analizado, entre otras. Sin perjuicio de su incorporación normativa en la ahora imprescindible adecuación de los ordenamientos procesales.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Justicia civil pública y privada: términos para un adecuado entendimiento. Una mirada desde Chile y sus procesos de reforma

(Public justice and private ordering: terms for an adequate understanding.

A look from Chile and its reforms)*

Diego Palomo Vélez

Professor of Civil Procedure at the University of Talca, Chile. Ph.D. from the Universidad Complutense of Madrid, Spain

and

Jordi Delgado Castro

Professor of Civil Procedure at the University of Talca, Chile. Ph.D. from the University of Barcelona, Spain

Resumen: Este trabajo se enmarca en el contexto del enfrentamiento que alguna parte de la doctrina ha pretendido instalar entre las llamadas Justicia pública y Justicia privada. Se explica el contexto de las reformas a la Justicia en Chile, especialmente en sede civil, y se relaciona este proceso en desarrollo con el fomento en paralelo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Se revisan los fundamentos o propósitos que debiese perseguir el estímulo de

* Trabajo escrito en el marco del *Proyecto anillo (CONICYT) Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos como herramientas de modernización de la justicia. Construcción dogmática a partir de un análisis multidisciplinar (SOC 1406)*.



estos mecanismos, en especial a partir de dos experiencias del Derecho comparado (Argentina y España), cerrando con la situación existente a propósito de la reforma a la Justicia civil chilena. Se concluye y defiende la tesis que debe evitarse el peligro del reduccionismo de los mecanismos alternativos a una pura visión economicista ligada a la descongestión de los tribunales y el ahorro de recursos para el Estado, sin perjuicio de entender que estos mecanismos constituyen una pieza clave en los sistemas de justicia que se vienen instalando en nuestro país y el mundo. La clave, se sostiene, está en lograr una relación complementaria armónica que no subestime los valores que están detrás del proceso judicial y la Justicia pública, pero que a su turno no desprecie el aporte, que lo tiene, que pueden significar las fórmulas de cooperación que están presentes en los Masc.

Abstract: This paper is inserted in the confrontation that part of the doctrine does between Public courts and Private Justice. In the context of justice reform in Chile, specifically, civil procedure, the article contributes to the promotion of alternative dispute resolution mechanisms. The author reviews the grounds or purposes expected to be pursued when promoting these mechanisms, from two experiences of Comparative Law (specially, Argentina and Spain) to the current situation on the civil procedure reform in Chile.

The document concludes and argues that inferring that alternative mechanisms as a economic advantage is dangerous. While decongestion of the courts and resource saving by government are key in experiences in Chile and the world, savings should not be the paramount advantage. ADR should achieve a harmonious complementary relationship between Public courts and private justice that not only will not underestimate the values behind procedure and Public courts but also will not despise the proven contribution of cooperation formula found in ADR.

Palabras claves: Justicia civil - Mecanismos alternativos de resolución de conflictos - mediación – Reformas



Keywords: Civil procedure - Alternative mechanisms for conflict resolution - mediation – Reforms

I. Reforma de la Justicia pública en Chile. Tránsito en doble vía hacia la renovación y la solución del problema de la eficiencia.-

Hace ya algunos años nos encontramos en Chile en un proceso permanente de reformas a la Justicia pública, que a la luz de los resultados cuantitativos y cualitativos se encontraba en una situación de crisis. De hecho, hablar de Justicia en nuestro país, ha sido las más de las veces sinónimo de reformas, y en ocasiones “reformas a las reformas”, todas ellas motivadas, pensadas, gestadas e implementadas teniendo a la vista en primer lugar una generalizada insatisfacción respecto de su desempeño por parte de la ciudadanía.

En efecto, a través de una serie de reformas se ha buscado, con mayor o menor éxito (valoración que siempre dependerá del factor central que sirva para el análisis), cambiar, pero sobretodo mejorar el desempeño de una Justicia que venía quedando fuera de juego tanto respecto de los progresos que en otros países se han venido consagrando desde hace tiempo, como en cuanto a las necesidades de las personas en la época actual.

Como se sabe, las reformas generales a las que hacemos referencia acá (que de paso cambiaron el tradicional modelo de “parcheo” legislativo al que se acostumbró durante el siglo XX), se inauguraron con el sistema de Justicia penal, donde Chile registraba un sistema tan desfasado como resistido por su naturaleza eminentemente inquisitiva, además de su muy deficitaria compatibilidad con las exigencias del derecho a un debido proceso y una manifiesta falta de eficiencia.

A esta reforma siguieron cambios igualmente amplios también en otros órdenes jurisdiccionales, como lo son la Justicia de familia y la Justicia laboral, que desde el punto de vista de los objetivos declararon desde sus bases un compromiso con una mejora en la



eficiencia del desempeño de la Justicia también tratándose de esta clase de controversias. Se encuentra pendiente finalizar la tramitación de la reforma a la Justicia civil.

Se impuso entre nosotros un amplio consenso en torno a la conveniencia y hasta la necesidad de “rescatar” nuestra Justicia, reforzándola con mayores recursos (refuerzo que ha variado en su intensidad en cada reforma), tanto materiales como humanos¹, pero especialmente redefiniendo los pilares sobre los cuales se quiere su funcionamiento, en un proceso de transformación sustancial en busca de un sistema más eficiente que no es propio ni exclusivo de nuestro país, sino que ha sido y sigue siendo preocupación de muchos países de Latinoamérica y el mundo desde hace tiempo.

En todos estos procesos de reformas procesales destaca la aspiración (que en ocasiones se ha pretendido como refundacional) en torno a las finalidades de la jurisdicción, del proceso y la actividad probatoria, una redistribución de los roles de las partes y los jueces dentro del proceso, además de una redefinición de lo “privado” y lo “público”, con su correlato en la lucha entre la imposición entre la lectura “liberal” y la lectura “autoritaria” de los nuevos diseños procesales.

Destaca también la decisión legislativa en torno a la configuración de sistemas de procesos divididos en dos fases, una destinada a la preparación (y eventual solución anticipada), y otra en donde toma lugar la práctica probatoria y la sentencia. Todo ello sobre la base de la opción de sistemas “por audiencias”, que parte por reconocer una serie de ventajas ligadas al predominio de la oralidad y sus reglas conexas por sobre lo que “ofrecía” el modelo

¹ Hemos reiterado que la reforma de las reglas procedimentales es de suyo importante, pero con ella no alcanza para lograr consolidar cambios sustanciales en la Justicia. En otras palabras, un verdadero giro en el desempeño de la Justicia no se encuentra disponible a precio de rebajas. Es fundamental que el Estado asuma con seriedad la tarea reformadora, dotando los nuevos sistemas, desde la entrada, de los recursos necesarios para que ellos puedan desplegar todas las posibilidades de desempeño que se le reconocen. No entender bien este punto termina exponiendo a los ciudadanos a experiencias fallidas, que deben ser corregidas (reformadas) a poco andar, o bien que en la realidad práctica parecen configurar más un simulacro de lo que se declaró y prometió por el legislador. Las reformas procesales pueden significar una mejora técnica, no siempre sustantiva, si no se acompaña de los medios adecuados para que los preceptos legales se puedan materializar. Véase, entre otros: Ramos, Francisco, “La eficacia del proceso”, Revista Justicia, 1982, pp. 101 y ss.



escriturado, en especial desde la perspectiva de las mejores posibilidades para una Justicia más moderna, transparente, de calidad y con mayores grados de eficiencia².

Quede dicho lo anterior en lo que respecta a los cambios generales implementados o pendientes de implementar (como ocurre justamente en el orden jurisdiccional civil) en materia de nuevos modelos procedimentales predominantemente orales. Junto a ello, y recogiendo lo que también ha ido ganando fuerza en el proceso de modernización de la Justicia, cabe consignar también el rol que se ha buscado reconocer y fortalecer a la incorporación de mecanismos alternativos de solución de los conflictos, recogiendo una tendencia que forma parte también de la realidad de otros países que muestra a la *desjudicialización* como otra de las vías a través de las cuales se pretende superar las consecuencias de una Justicia pública que no estuvo y al parecer sigue no estando, a pesar de las reformas introducidas, en condiciones de hacerse cargo de toda la demanda de tutela judicial efectiva³.

Expresiones de esta tendencia favorecedora de la configuración de un “sistema de Justicia”⁴ que excede al Poder judicial, que excede el paradigma de la adjudicación, y apuesta por la introducción de los denominados mecanismos alternativos de solución de conflictos se

² Acá debemos señalar que la cuestión de la búsqueda de la eficiencia en la Justicia ha sido ligada unidireccionalmente con la mejora en los tiempos de duración de los procesos que, con el sistema escriturado no cumplen con un estándar razonable, reflejándose claramente en la lentitud con la que los tribunales brindan respuesta a los justiciables, debiendo pasar varios años para una respuesta jurisdiccional eficaz. Por ello, no es de extrañar que el *eslogan* principal de las reformas a la Justicia ha estado centrado fundamentalmente en enfrentar la búsqueda de una mayor eficiencia para la sobrecarga de causas, en general, y el factor tiempo en particular, para una Justicia secuestrada por un modelo escriturado que ponía serias dificultades a la posibilidad de acortar el horizonte temporal de una respuesta jurisdiccional eficaz. Ha sido la marca en Chile, donde unas estadísticas de buena gestión pareciera ser lo único que al final importara en los procesos reformados hacia la oralidad, asociando estrechamente esta mayor celeridad en la respuesta que se brinda al justiciable con la meta de la modernización de la Justicia. No se valora suficientemente la importancia que tiene el tiempo, y mantenemos agobiados a los tribunales por una dinámica que sólo valora la velocidad, y en dónde el sistema “por audiencias”, no pocas veces termina operando como si se estuviese operando una *fábrica de salchichas*.

³ Véase: Bordalí, Andrés, “Justicia privada”. Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XVI, 2004, pp. 165-186

⁴ La doctrina así lo ha recogido, destacando que una de las principales lecciones que tenemos que rescatar de los procesos de reforma es que la Justicia va más allá y es mucho más compleja que los procedimientos que aplica para resolver los conflictos que llegan a su conocimiento. Por ello es que se requiere del establecimiento de un sistema de Justicia, expresión que denota la existencia de un “conjunto de arreglos institucionales que exceden al Poder Judicial y a los procedimientos que estos utilizan”. Vargas, Juan, “La reforma a la Justicia civil desde la perspectiva de las políticas públicas”, CEJA-JSCA, p. 3, en: http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/2930-la-reforma-a-la-justicia-civil-desde-la-perspectiva-de-las-politicas-publicas. Consultado el 25/02/2016.



pueden apreciar en todos nuestros procesos de reforma en los distintos órdenes jurisdiccionales. Así por ejemplo, en sede penal, deben anotarse el principio de oportunidad, los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento; en los asuntos de familia debe registrarse junto a la conciliación, el mecanismo de la mediación; lo propio en materia laboral, donde además de la conciliación y la mediación, debe sumarse la negociación⁵. Pero sobre esto volveremos más adelante.

La reforma a la Justicia civil, una reforma cuya importancia no se puede ocultar si se considera el carácter general y supletorio de esta regulación, no ha quedado al margen de esta tendencia. Así se desprende del Mensaje del Proyecto de nuevo Código Procesal Civil: “Sin perjuicio de la importancia de la heterotutela como instrumento del Estado para el ejercicio de la función jurisdiccional, la Justicia civil debe ser entendida como un sistema que engloba todos los mecanismos de resolución de conflictos de intereses de relevancia jurídica que el Estado pone a disposición de los particulares, los cuales deben actuar de forma armónica. Sin duda alguna, es relevante que el legislador regule y se haga cargo no sólo de la vía jurisdiccional o adjudicativa sino también de los sistemas alternativos de resolución de conflictos, de manera tal que los ciudadanos tengan a su disposición otras vías para precaver o poner término a sus problemas de común acuerdo, tanto dentro como fuera del proceso, con o sin la asistencia de un tercero, en la medida que se trate de derechos disponibles y que, incluso, puedan convenir en acudir a un árbitro designado especialmente al efecto”⁶.

II. Algunos fundamentos o justificaciones para los mecanismos alternativos de solución de conflictos.-

Desjudicializar, así tal cual, es una de las justificaciones que se han planteado cuando de mecanismos alternativos de solución de conflictos se trata. Para entender hacia donde apunta esta justificación, se explica, hay que quitar el velo a una serie de tópicos o “cantos de sirena” y

⁵ A esto deben sumarse las expresiones de mecanismos alternativos que ofrecen la legislación de protección al consumidor (mediación); la Ley Num. 19.966 en materia de salud (mediación); o lo que dice relación con la Justicia vecinal a cargo de la Corporación de Asistencia Judicial o las Unidades de Justicia Vecinal (mediación).

⁶ Mensaje Proyecto de nuevo Código Procesal Civil, Num. 432-359, de 12 de marzo de 2012, pp. 18 y ss.



descubrir una realidad que, generalmente, es resistida y poco asumida, y que dice relación con la capacidad de respuesta del sistema judicial. “Siempre existirá un inmenso contraste entre las ilimitadas aspiraciones de justicia de cualquier ciudadano y la realidad de los casos. La Justicia, al igual que la salud, la salud o cualquiera del resto de los valores reconocidos por la Constitución, también tiene sus limitaciones”⁷. Se ha caído en una excesiva jurisdiccionalización en las sociedades modernas, y se presenta la necesidad de desjurisdiccionalizarlas⁸.

Con todo, como apunta Ramos, la desjudicialización no tendría como objetivo descargar el sistema judicial del exceso de asuntos. El objetivo sería mayor, y diría relación con la expresión de un “excelente síntoma de una sociedad civil madura, que tiene alternativas” que no terminan necesariamente en el sistema judicial. Desde luego, agrega el autor citado, que entre los efectos del estímulo de las alternativas estará la descarga del sistema judicial, “liberando recursos humanos y materiales para actuaciones de mayor importancia”⁹. Para ello, agrega, “el legislador debe dejar de incentivar el consumo de Justicia estatal”¹⁰ (pública, en nuestra denominación), opción que ni debe considerarse una afrenta al sistema o una infracción constitucional que justifique rasgar vestiduras: el Poder Judicial siempre estará ahí, “siempre será la última opción”, pero no impide que se busquen alternativas, como ocurre, por ejemplo, en materia de servicios de seguridad, específicamente con el auge de los servicios de seguridad privados. ¿Por qué en materia de soluciones alternativas privadas no puede existir un campo tan libre como el que se ha creado respecto de otros servicios públicos dónde hasta no hace mucho el estado tenía el monopolio?¹¹.

Para Vargas las alternativas, la desjudicialización o la solución de los conflictos fuera del paradigma judicial también deben estimularse, bajo la lógica de la persecución de objetivos de política pública en la Justicia. El paradigma de la adjudicación sobre el cual opera la Justicia

⁷ Ramos, Francisco, “Desjudicialitzar: el repte d’una societat civil madura i democrática”, Revista La Notaria, 2010, Vol. 2, 2010, p. 28.

⁸ Barona, Silvia, “El movimiento de las ADR en el Derecho comparado”. En: Catalina, María; Castillejo, Raquel (Dir.), 2011, p. 459.

⁹ Ramos, Francisco, “Desjudicialitzar: el repte d’una societat civil madura i democrática”, Op. Cit., p. 28.

¹⁰ Ramos, Francisco, “Desjudicialitzar: el repte d’una societat civil madura i democrática”, Op. Cit., p. 29.

¹¹ Ramos, Francisco, “Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito civil patrimonial”, Revista Justicia, 1994, p. 808.



pública, no puede estar disponible para todos los casos. De hecho, “sólo una ínfima parte de los conflictos en estas materias (civiles) se resuelven por esta vía, la mayoría de ellos son resueltos directamente por las partes o con asistencia de algún profesional a través de la negociación. Incluso cuando el conflicto escapa al control de las partes y ellas reconocen su incapacidad para resolverlo y acuden a una instancia formal para ello – que es donde empiezan a intervenir las políticas públicas -, no necesariamente se desemboca en un mecanismo de adjudicación, pues el Estado puede poner a disposición de ellas – y de hecho hoy lo hace cada vez más a menudo – mecanismos colaborativos de resolución tales como la mediación y la conciliación”. “No existiría país del mundo con la capacidad para institucionalizar todos los conflictos, ni ciudadanos capaces de soportar una sociedad transformada en una pesadilla kafkiana”¹².

Una consecuencia lógica de esta posición, como lo advierte el propio autor, es la necesidad que el sistema contemple desincentivos. Ya no se trata sólo de hacer un llamado a que el Estado no incentive el consumo de Justicia pública, sino que derechamente se postula generar desincentivos, entendiendo la conveniencia del uso eficiente de los recursos públicos. Léase el establecimiento de tasas de justicia (para que las personas internalicen los costos de la misma o bien ampliar los casos de exclusión), casos de arbitraje forzoso o de mediación prejudicial obligatoria)¹³.

En un sentido similar puede leerse a Peña, que en todo caso al motivo de eficiencia económica que acompañaría el fomento de los mecanismos alternativos de solución conflictos, suma un motivo social ligado a razones de justicia redistributiva: “... al contrario de lo que suelen pensar los abogados, la Justicia no constituye, desde el punto de vista económico, un bien público, sino un bien privado. Se trata de un bien que, al ser consumido o utilizado importa, necesariamente, exclusiones de otros sujetos que, por ese hecho, no pueden ya consumirlo o utilizarlo. Es decir, el uso del sistema de administración de Justicia posee externalidades negativas (la exclusión) que se traducen en que los más pobres (los excluidos) subsidian a quienes logran acceder al sistema. Este carácter de los sistemas de administración

¹² Vargas, Juan, “La reforma a la Justicia civil desde la perspectiva de las políticas públicas”, Op. Cit., pp. 4-5.

¹³ Vargas, Juan, “La reforma a la Justicia civil desde la perspectiva de las políticas públicas”, Op. Cit., p. 5.



de Justicia permite que quienes acceden al sistema externalicen parte importante de sus costos de litigar en la clase de todos los potenciales litigantes. Pues bien: enfrente de esta característica de los sistemas de administración de Justicia se hace necesario instituir mecanismos que permitan que cada litigante internalice buena parte de sus costos de litigar¹⁴.

En las explicaciones precedentes predomina la visión que los mecanismos alternativos encontrarían justificación en su aporte a la descongestión del sistema de Justicia pública, y serían, apreciado desde un punto de vista económico, la mejor vía para dar respuesta a los pequeños conflictos cuya envergadura socialmente no justifique la utilización del mecanismo adjudicatorio.

Al enfoque de las explicaciones apuntadas debe agregarse otro, no sin antes consignar una cuestión que parece fundamental, pero que puede quedar invisibilizada si no es explicitada. Esta cuestión dice relación con una exigencia o condición que se debe imponer antes del estímulo de los mecanismos alternativos: debe mantenerse una Justicia pública de primera clase. “... no siempre existe la posibilidad de buscar alternativas al pleito. Hay sectores y situaciones que se podrían considerar inmunes a tales vías. Por todo ello, no hay más remedio que apostar por un sistema judicial fuerte¹⁵.”

El otro enfoque reconoce la importancia de la descarga de la presión que pesa en los tribunales y el ahorro de recursos públicos, pero no agota la justificación en este punto. Se subraya que los mecanismos alternativos poseen un valor propio como método de solución de litigios al que los ciudadanos y las empresas pueden acceder fácilmente. Merecen, por tanto, “promoverse independientemente de su efecto de descarga de la presión sobre el sistema judicial¹⁶.”

¹⁴ Peña, Carlos, “Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos”, Justicia y Sociedad, 1999, pp. 117-118.

¹⁵ Ramos, Francisco, “Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito civil patrimonial”, Op. Cit., p. 818.

¹⁶ Iglesias, José; Calderón, Ma Pía, “Acceso a la Justicia y mediación en asuntos civiles y mercantiles. Cuatro tópicos, tres problemas y una doble precisión (Unión europea y España). En: Aragüena, Coral (Coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Madrid, Ed. Comares, 2011, pp. 15-16.



Se destaca que las alternativas ofrecen a las personas un diseño que fomenta la participación directa de los litigantes bajo una lógica constructiva, menos jerárquica y de consenso, que humaniza la visión del adversario y la resolución del conflicto, que refuerza el valor del acuerdo, la pacificación de la sociedad, y que facilita instancias más rápidas y económicas que el proceso judicial tradicional¹⁷, cuadro que, con todo, no termina de convencer en su formato de cuadro idílico de justicia coexistencial y no conflictual, al menos a un sector de la doctrina¹⁸.

De la mano de lo anterior se levanta como justificación o propósito de los mecanismos alternativos el mejoramiento del derecho fundamental de acceso a la Justicia, con el propósito de hacerse cargo de una serie de obstáculos que quieren vencerse, como lo son el costo del litigio, el problema que representan las reclamaciones pequeñas de los no privilegiados, o el tiempo (retraso) en la respuesta, que a su vez entroncan con la cuestión de reconocer que la igualdad perfecta entre partes es utópica lo que impone la necesidad de hacerse cargo de dichas barreras para dar significado efectivo al acceso a la Justicia¹⁹. Justamente en esta línea, autores como Cappelletti han venido señalando la conveniencia y necesidad que los reformadores de la Justicia utilicen cada vez más el recurso a arbitrajes, conciliaciones e incentivos económicos para lograr acuerdos fuera del tribunal. Advierte que estas técnicas se pueden volver obligatorias para algunas o todas las reclamaciones, o pueden hacerse accesibles por opción voluntaria de las partes²⁰.

Desde otra perspectiva, se ha dicho que el derecho de acceso a la Justicia no puede ser entendido como lo que le puede o debe conceder el Estado a los ciudadanos a la hora de administrar Justicia, este derecho “ha de analizarse como una especie de derecho bisagra cuya

¹⁷ Lillo, Ricardo; Cabezón, Andrea; Fandiño, Marco, Mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la Justicia en América Latina, CEJA-JSCA, p. 14, en: http://www.cejamericas.org/Documentos/librosvirtuales/informe_IDRC/index.html. Consultado el 25/02/2016.

¹⁸ Chase, Oscar, “El incremento del ADR en el contexto cultural”. En Chase, Oscar, Derecho, cultura y ritual: sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural, Madrid, Madrid, Ed. Marcial Pons, Colección Proceso y Derecho, 2011, p. 155.

¹⁹ Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant, El acceso a la Justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos, México, Fondo de Cultura Económica, Política y Derecho, 1996, pp. 14 y ss.

²⁰ Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant, El acceso a la Justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos, Op. Cit., p. 53.



finalidad es poder alcanzar la efectividad de una multitud de derechos de otras índoles”: “Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de Justicia para obtener la tutela de dicho derecho”²¹.

Pues bien, se ha argumentado, al inicio la visión del acceso a la Justicia estaba restringida al acceso propiamente dicho al sistema judicial como se desprende de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Pero un sector señala que tanto la jurisprudencia de la CIDH como la doctrina y los principales organismos internacionales coinciden en la necesidad de hablar del acceso a la Justicia como un derecho amplio que abarque las soluciones extrajudiciales a los conflictos, la información y orientación jurídica a los ciudadanos y la obligación positiva de los Estados de eliminar las barreras de acceso al sistema judicial²². Así, la redefinición del concepto de acceso a la Justicia toma protagonismo y se pone al centro del debate de la perspectiva de las políticas públicas a través de la incorporación al sistema judicial de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, en donde la intervención estatal de fomento genera anomalías como lo es a nuestro juicio la obligatoriedad prejudicial que se aprecia en varios ordenamientos de la Región, violentando la voluntariedad privilegiando, otra vez, el afán de descongestión de los tribunales.

III. La experiencia argentina y española: en especial a propósito de la mediación prejudicial obligatoria como ícono del fomento de las alternativas.

El “caso argentino” (paradigma latinoamericano)²³ resulta especialmente interesante cuando se trata de abordar la cuestión de los mecanismos alternativos, su fomento por parte

²¹ Lillo, Ricardo; Cabezón, Andrea; Fandiño, Marco, *Mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la Justicia en América Latina*, Op. Cit., p. 17.

²² No ocultan algunos que este fomento de alternativas tiene a la vista un perfil de usuarios cuyas barreras de acceso a la Justicia son económicas, culturales y geográficas: Lillo, Ricardo; Cabezón, Andrea; Fandiño, Marco, *Mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la Justicia en América Latina*, Op. Cit., pp. 33-34.

²³ Barona, Silvia, “El movimiento de las ADR en el Derecho comparado”, Op. Cit., pp. 491-492. Una mirada a los Masc en América Latina en: Mera, Alejandra, “Mecanismos alternativos de solución de conflictos en América Latina. Diagnóstico y debate en un contexto de reformas”. En: *VVAA, Aportes para un diálogo sobre el acceso a la Justicia y reforma civil en América Latina*, Santiago, CEJA-JSCA, 2013, pp. 375 y ss.



del Estado y las definiciones adoptadas tanto para concretar este fomento como para justificarlo.

No hay dudas que en el país trasandino ha dado pasos relevantes para consolidar las alternativas al proceso judicial estatal. Y los esfuerzos desplegados en torno a la consolidación de la mediación (verdadera “punta de lanza” de estas técnicas²⁴²⁵) son un buen ejemplo de ello, y merece la pena detenerse particularmente en este punto²⁶. Se declaró de interés público la institucionalización y el desarrollo de la mediación, con finalidad fundamentalmente descongestionadora²⁷, que se introduce con carácter obligatorio previamente a todo juicio,

²⁴ Véase: López-Barajas, Inmaculada, “La efectividad de la Justicia: una exigencia constitucional (los nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos)”. *Revista de Derecho Político*, Num. 85, 2012, p. 147. También traemos a colación lo expuesto por Barona: “... se ha relanzado la necesidad de buscar fuera del proceso, pero sin darle la espalda, un revulsivo, que sirve, que funciona, que es eficaz y satisface a los sujetos implicados, incluido el Estado. Ello ha provocado la necesidad de desarrollarla, de configurar las características del mediador, de establecer las consecuencias jurídicas de su realización, así como las económicas de estos procedimientos, provocando esa necesidad de convertirle en engranaje jurídico”: Barona, Silvia, “El movimiento de las ADR en el Derecho comparado”, *Op. Cit.*, p. 464.

²⁵ Algunos prefieren hablar de arte de la mediación, para subrayar la importancia del mediador. “El técnico en cuanto tal, es decir, el sujeto que aplica la técnica y que sigue el protocolo, resulta irrelevante y/o intercambiable por la propia naturaleza del conocimiento implicado. Esto es así porque todo aquel que siga los pasos establecidos en el protocolo acaba alcanzando el resultado buscado. En el caso de la mediación esto no ocurre jamás: el carácter, la disposición y/o la virtud del ‘técnico’ (en nuestro caso, del mediador) son esenciales para la obtención de los resultados. En definitiva, como he tratado de mostrar a lo largo de este libro, la mediación no es una técnica en el mismo sentido en que lo es la técnica de desinfección del material quirúrgico: en la mediación, la creatividad y la virtud del mediador tienen un protagonismo muy superior a la del protocolo de actuación. En la desinfección del material quirúrgico ocurre estrictamente a la inversa: el protagonismo está mucho más del lado del protocolo de actuación que del de la creatividad y la virtud del técnico”. Aguiló, Josep, *El arte de la mediación: argumentación, negociación y mediación*. Madrid, Ed. Trotta, 2015, p. 128.

²⁶ “El proceso de gestación de la mediación en Argentina data de principios de los años noventa cuando las Dras. Gladys Stella Álvarez y Elena Highton, quienes viajan a Estados Unidos y entran en contacto con las experiencias de resolución alternativa de conflictos”. Lillo, Ricardo; Cabezón, Andrea; Fandiño, Marco, *Mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la Justicia en América Latina*, *Op. Cit.*, p. 54.

²⁷ “La conflictividad social de los últimos tiempos ha dado lugar a que los tribunales se vean rebasados en sus posibilidades de atender los conflictos y se intente dar cauce para solucionarlos a través de la resolución alternativa de conflictos o de disputas...”. Arazí, Ronald; y otros. *Código Procesal civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires: anotado y comentado*. Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2ª edición ampliada y actualizada, Tomo I, p. 694.



carácter obligatorio que, dicho sea de paso, por más explicaciones que se intenten²⁸, choca con uno de los pilares de la mediación cual es la voluntariedad²⁹.

Cabe preguntarse si estos esfuerzos han sido coherentes y firmemente justificados, especialmente en lo que dice relación con la imposición prejudicial obligatoria a las partes de pasar por la instancia de mediación. Como lo explica bien Giannini, “dicha modalidad imperativa tuvo su primer expresión en ese país en el régimen nacional, donde fue contemplada inicialmente como un instrumento provisional para impulsar y difundir el sistema (Ley 24.573, 1995), transformándose quince años después en una opción de política pública declarada como permanente (Ley 26.589, 2010)”³⁰, obligatoriedad que luego fue trasladándose a otras provincias.

Frente a esta contundente y temprana definición del país vecino se ha insistido por la mejor doctrina en una cuestión que ya hemos anotado antes: “... tanto la mediación como otros instrumentos de descongestión, no tienen razón de ser si tales remedios sólo son pensados como alternativas frente a un servicio de Justicia que no responde a las necesidades de un proceso justo y eficiente”³¹. En otras palabras: “... la preocupación principal del Estado no es la de asegurar que el ciudadano tenga un mecanismo de escape o fuga a un proceso lento y oneroso, sino la de garantizar la tutela judicial efectiva, para que sabiendo que tiene en el

²⁸ Que lo “obligatorio” sería el trámite y no el llegar a la solución: Arazi, Ronald; y otros. Código Procesal civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires: anotado y comentado, Op. Cit., p. 694.

²⁹ Se he señalado críticamente al respecto: “La mediación comparta un medio de resolución de conflictos basado en el diálogo entre las partes con el objetivo de obtener el acuerdo que ponga fin a la disputa. De este modo se puede afirmar que la voluntariedad constituye una condición sine qua non de la mediación en la medida que la ausencia de este principio haría inviable ab initio cualquier discusión en torno al conflicto existente... En este mismo sentido se pronuncia el Libro Verde sobre los modos alternativos de resolución de los litigios en materia civil y mercantil. Propugna su apartado 64 que podría ser inútil obligar a alguien a participar de un ADR contra su voluntad en la medida en que el éxito del proceso depende de esa misma voluntad.... La Directiva 2008/52/CE consagra el principio de voluntariedad en el art. 3, párrafo a), refiriendo que en la mediación las partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas el acuerdo para su disputa. De igual modo, la voluntariedad está consagrada como principio de la mediación en diversos ordenamientos jurídicos como el de Portugal... Bélgica... o el de Francia.... Sin embargo, viene verificándose una tendencia para que los ordenamientos jurídicos restrinjan la exigencia de voluntariedad solamente a la obtención del acuerdo consagrando sistemas obligatorios de mediación en que las partes son forzadas a someterse a este medio con carácter previo a su acceso a los tribunales.... Una de las provisiones pioneras en esta materia se constató en Argentina...”. Marques, Cátia, La mediación. Madrid, Ed. Marcial Pons, 2013, pp. 169-170.

³⁰ Giannini, Leandro, La mediación en Argentina, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 2015, p. 38.

³¹ Giannini, Leandro, La mediación en Argentina, Op. Cit., p. 69.



servicio jurisdiccional una forma adecuada de remediar sus conflictos, el interesado pueda además contar con instrumentos de autocomposición eficientes, a los que acuda voluntariamente (y no huyendo de un sistema de Justicia que no lo satisface)³². Si no se entiende e implementa de este modo, las alternativas en general y la mediación en particular terminan siendo aplicadas como una variante de justicia de segunda o tercera clase, que se desentiende del valor justicia³³, perdiéndose de vista que los mecanismos alternativos “son simplemente una alternativa al derecho humano esencial de acceder a la Justicia y contar con el debido proceso legal”³⁴.

Pero volviendo a los fundamentos esgrimidos a propósito del fomento de la mediación prejudicial obligatoria en Argentina, Giannini no oculta que éstos variaron notablemente a medida que mutaron los eje centrales del discurso político dominante, de allí que el autor se pregunte si la mediación es una herramienta tan flexible que puede servir, a la vez, para perseguir finalidades tan distintas como la descongestión del Poder Judicial y el acceso a la Justicia³⁵. ¿Instrumento de descongestión o de acceso a la Justicia?, se pregunta.

El autor revela que cuando la mediación previa obligatoria fue implantada originalmente la respuesta a la pregunta anterior era clarísima: la mediación era un instrumento de descongestión de una Justicia estatal en crisis, en emergencia y colapsada, mientras se diseñaba y abordaba una reforma que mejorase su desempeño. Una razón de eficiencia, en auxilio de un sistema de Justicia colapsado. Pero, como bien explica, la opción que en un comienzo era de emergencia, se consolidó como definitiva, y surgió la necesidad de encontrarle una justificación más “presentable” y con mayor vocación de permanencia.

De este modo es que la reforma introducida el año 2010 (Ley 26.589) da un giro justificativo y centra el fundamento en alzar a la mediación como un mecanismo de *acceso a*

³² Giannini, Leandro, La mediación en Argentina, Op. Cit., p. 69.

³³ Berizonce, Roberto, “Mediación, cultura y valores: por qué la conciliación-mediación valorativa”. Civil Procedure Review, Vol. 4, Num. 3, 2013, p. 2.

³⁴ Oteiza, Eduardo. “Punto de vista: Marc/Adr y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano”. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Num. 8, 2005, pp. 197 y ss.

³⁵ Giannini, Leandro, La mediación en Argentina, Op. Cit., p. 154.



*justicia*³⁶, lo que permite a los promotores de este mecanismo contar con un apoyo que se aleja de la emergencia y provisionalidad³⁷. Cabe consignar que no es una explicación exclusiva planteada desde Argentina, sino que es una justificación que ha ido hundiendo raíces en parte de la doctrina también europea que ha subrayado que con el tiempo fue naciendo la idea de que junto a los tribunales deberían existir otros organismos y posibilidades de resolución de litigios: “El derecho de acceso a la Justicia, como la posibilidad de que todos acudan al tribunal, se está transformando en la realización de la Justicia en el caso concreto, garantizando la igualdad efectiva de la partes y la imparcialidad del medio de administración de la Justicia, cualquiera que sea”³⁸.

Nótese que se emplea la expresión “acceso a justicia” y no acceso a la Justicia, como si se quisiera evitar o esquivar las críticas por el uso (o abuso) de los conceptos, frente a lo cual la

³⁶ La Comisión nacional de acceso a justicia y el Mapa de acceso a justicia así lo ponen en evidencia. “El concepto de “Acceso a justicia” es más amplio que el de “acceso a la justicia” ya que incluye una gran variedad de soluciones alternativas de disputas. Las políticas judiciales tendientes a garantizar el acceso a justicia de las poblaciones más vulnerables se centran en ofrecer a la ciudadanía una variedad de métodos de resolución alternativa de conflictos con el objeto de que los propios afectados puedan encontrar vías de solución de disputas sin necesidad de que ello implique la apertura de un proceso judicial, que por lo general es largo y costoso.

Para dar cumplimiento a esos objetivos, la CNAJ elaboró —en la primera etapa de su trabajo— un Mapa Judicial que contiene un exhaustivo relevamiento (actualizado periódicamente y disponible a través de la web) de los diversos métodos de acceso a justicia existentes en todas las jurisdicciones del país y los resultados obtenidos en su aplicación.

En la segunda etapa para cumplir los objetivos fijados por la CNAJ, se realizó la difusión de todas las prácticas, con sus características y resultados. De esta manera, los jueces, el Ministerio Público y la ciudadanía en general tuvieron conocimiento de los distintos sistemas que en materia de acceso a justicia se estaban desarrollando, especialmente de aquellos que han arrojado resultados favorables. Se llegó así a la tercera y última etapa, que consiste en el diseño e implementación de las experiencias más exitosas. A tal fin se conformó un grupo de trabajo integrado por secretarios de los superiores tribunales provinciales, que actúan de nexo entre la CNAJ y esos tribunales en la coordinación de acciones conjuntas tendientes a la puesta en práctica de sistemas concretos en cada una de las jurisdicciones”. Véase: <http://www.cnaj.gov.ar/cnaj/quees.do> Consultado el 02/03/2016

³⁷ Giannini, Leandro, La mediación en Argentina, Op. Cit., p. 157.

³⁸ Se cita como ejemplo paradigmático el caso de la Ley francesa de acceso a la Justicia y a la Resolución amigable de conflictos, de 18 de diciembre de 1998, “que privilegia las medidas que evitan el acceso a los tribunales, promoviendo la información jurídica e incentivando la creación de otras vías complementarias y alternativas de resolución de litigios”: Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 46.



mejor doctrina (pensamos en De la Oliva ahora) ha planteado severas críticas ya desde hace tiempo³⁹.

Desde la otra vereda, como también se ha apuntado, estaríamos en presencia de la integración de la mediación en el moderno concepto de *access to justice*⁴⁰, donde una serie de instrumentos (incluida la mediación) han alcanzado un protagonismo “sin parangón en la historia”. La omnipresencia y protagonismo del Poder Judicial en la vida jurídica de las personas ha venido experimentando una “vertiginosa metamorfosis” dada la necesidad de buscar nuevos medios de gestión de las relaciones y sus conflictos, “que permitieran solventarlos de la forma más pacífica y menos traumática posible”. “Poco a poco fue calando en la sociedad la idea de que la justicia iba más allá de lo procesal y de los tribunales”, concretándose una “evolución y cambio de perspectiva” hacia una moderna consideración del acceso a la Justicia⁴¹.

Como sea, por buena intención y voluntad que se ponga, parece que la cuestión no es tan sencilla como se quisiera. De entrada anótese una obviedad: que el acceso a la Justicia no

³⁹ Así lo ha explicado De la Oliva: “Un segundo lugar común, erróneo y muy nocivo, es el que cabría enunciar así: ‘En Derecho todo es discutible’. En realidad nunca ha sido cierto - y lo vengo diciendo desde hace tiempo - ese tópico según el cual ‘en Derecho todo es discutible’, un tópico que también ampara la ignorancia y la más feroz resistencia a informarse y estudiar. Todo puede ser discutido si se quiere partir de cero, es decir, si se quiere volver a estadios primitivos como los que, según la ingenuidad de Cicerón (La Invención, I, 2), fueron remediados por la elocuencia. Muchas cosas son discutibles, pero es innegable que el debate jurídico y el progreso jurídico – doctrinal, legislativo, jurisprudencial, etcétera – se apoyan sobre un consenso, no pocas veces unánime, en ciertos instrumentos entre los cuales sobresalen muchos conceptos que, como dije hace más de treinta años, son ‘instrumentos de comunicación’. Si las bases de la comunicación estuviesen todas, y siempre, en discusión, poco se podría avanzar y muy poco se habría avanzado”. De la Oliva, Andrés, “Tres tópicos falsos sobre el derecho y un colofón para juristas”, Reforma judicial: Revista Mexicana de Justicia, Num. 4, 2004, pp. 73-79.

⁴⁰ “Todo y que nunca como antes se ha mostrado una concienciación tan grande sobre la necesidad de contar con una justicia eficaz como requisito imprescindible para el logro del desarrollo económico de los pueblos y para la consolidación de la paz social. Exigencia que se extiende como una gran preocupación universal. En la búsqueda de este paradigma de justicia eficaz, los tribunales han venido siendo la pieza esencial, enero elementos endógenos y exógenos impredecibles e inevitables han llevado a su consideración como insuficientes para alcanzar los resultados pretendidos. Las experiencias de algunos modelos mucho más proclives a este cambio de perspectiva nos fueron ofreciendo innumerables respuestas, en algunos casos extrapolables a los demás ordenamientos jurídicos; en otros casos, de menor aplicación, pero que han venido enriqueciendo, no cabe duda, el movimiento ya universal y globalizado de incorporación de las ADR en el marco de una moderna justicia, más acorde con la realidad que vivimos, y en las que se ofrecen plurales vías al ciudadano para solventar sus posibles diferencias”. Barona, Silvia. “Integración de la mediación en el moderno concepto de Acces to justice: luces y sombras en Europa”. In Dret, Revista para el análisis del Derecho, 2014, p. 4. En: <http://www.indret.com/pdf/1092.pdf>. Consultado en: 03/03/2016

⁴¹ Barona, Silvia. “Integración de la mediación en el moderno concepto de Acces to justice: luces y sombras en Europa”, Op. Cit., p. 6.



debe equipararse a “acceso al Poder Judicial”⁴². Pero señalar que la mediación es un instrumento de acceso a la Justicia parece ser un salto difícilmente sostenible por distintas razones, pero fundamentalmente debe hacerse presente, como lo hemos manifestado en anteriores ocasiones, la situación de afectación de los ciudadanos que si se atiende a la nota de obligatoriedad que marca y acompaña este fomento de la mediación, se ven empujados a un sistema donde no es fácil asegurar la “independencia e imparcialidad” propias de la actuación judicial. De hecho, se afirma, se trataría de postulados no solo inexistentes en los denominados ADR, sino que innecesarios.

Por su parte, se ha dicho por Giannini que un sistema que pretenda equipararse a un mecanismo de acceso a la Justicia no debe desatender factores esenciales: a) la ruptura de la desigualdad material que las partes portan consigo al dirimir una contienda y que incide seriamente en el proceso de negociación, y b) la justicia intrínseca del resultado final del proceso de mediación⁴³⁴⁴.

Se remata por alguno: Los métodos alternativos pueden ser útiles y tener ventajas desde la perspectiva de la celeridad, la simplicidad, la informalidad y la economía, pero estaríamos frente a un precio a pagar demasiado alto en términos de justicia⁴⁵.

Serían justamente las limitaciones a las posibilidades de la Justicia lo que impediría hablar, *con tanta soltura de cuerpo*, de un mecanismo de acceso a la Justicia. De allí que incluso alguno postule que al regularse la mediación no debiese estar disponible ni ser considerado

⁴² Giannini, Leandro, La mediación en Argentina, Op. Cit., p. 157.

⁴³ Giannini, Leandro, La mediación en Argentina, Op. Cit., p. 160.

⁴⁴ Por ejemplo, si de lo que se trata es de la superación de los obstáculos materiales de acceso, “cabe advertir que las partes llegan, transitan y salen del proceso de mediación en la misma posición de desigualdad que traían al ingresar. El mediador debe conservar un papel neutral que ni los jueces tienen, por lo que no está dentro de sus cometidos rebalancear los típicos obstáculos de acceso (diferencias económicas, de acceso a la información, etc.) ni desarrollar acciones positivas que mejoren esos factores... Por ello es que las conocidas Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia incorporan a los MAPJ (entre ellos: la mediación) como instrumentos que pueden contribuir en tal sentido, pero para ello no basta que sean un instrumento de descongestión, sino que deben tender a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad. Parte de los programas de mediación comunitaria desarrollados en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación y de algunas provincias argentinas parece estar enderezada en esta línea, pero no la mediación prejudicial civil y comercial que venimos analizando”. Giannini, Leandro, La mediación en Argentina, Op. Cit., p. 161.

⁴⁵ Comoglio, Luigi, “Mezzi alternative di tutela e garanzie costituzionali”, Rivista di Diritto Processuale, 2000, p. 371.



legítimo el “adoptar esquemas que por encima y ‘de espaldas a la Justicia’ se contenten con la sola e insuficiente finalidad de asistir neutralmente a las partes en la creencia ingenua de que ellas, por sí solas, puedan resolver el conflicto”. Se caería en un esquema que “desdeña la desigualdad natural de los contendientes” y, además, “potencia la injusticia del producto resultante”⁴⁶.

Al contrario, pareciera que el problema está en determinar si los métodos alternativos, cuando se consagran con carácter prejudicial obligatoria, son un impedimento al acceso a la Justicia. Así, Gozaini, ha destacado que parece insostenible tolerar la obligatoriedad respecto de todo juicio (que no tiene parangón en el Derecho comparado) con la cual se le he dispuesto en la ley argentina⁴⁷, que no hace sino evidenciar “que sólo busca descongestionar el Poder Judicial, llevando al Estado a desertar de uno de sus ámbitos más esenciales: el impartir justicia...”⁴⁸.

No en vano, algunas voces disidentes en Alemania (magistrado del Oberlandesgericht de Frankfurt, Dr. Peter Eschweiler) ha subrayado que la mediación (se refiere en este caso a los casos de familia) es importante, “más solo si se hace depender de la existencia de un proceso, de manera que según sus propias palabras “la mediación familiar es impensable sin la existencia de un proceso judicial, porque ella se encuentra a la ‘sombra del Derecho’, lo que conecta con la necesaria existencia de un proceso asentado en el principio de contradicción, donde la propia existencia del juez de familia ya es una garantía para las partes en el conflicto, y añade que el juez de familia puede cumplir con esa misión mediadora a la que se refieren los demás autores atribuyéndola a sujetos que no son del juez, y ello por cuanto el juez de familia va a ayudar a que sean las partes las que tengan la posibilidad de auto responsabilizarse de alcanzar una solución al conflicto existente, lo que no es, para él, incompatible con la existencia del proceso”⁴⁹.

⁴⁶ Berizonce, Roberto, “Mediación, cultura y valores: por qué la conciliación-mediación valorativa”, Op. Cit., p. 24.

⁴⁷ Gozaini, Osvaldo. Introducción a los medios alternativos de resolución de conflictos. En: Alpa, Guido; Córdoba, Marcos (Dirs.), La mediación: Nuevas investigaciones y portes desde el Derecho comparado. Buenos Aires, UAI, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2015, p. 393.

⁴⁸ Gozaini, Osvaldo. Introducción a los medios alternativos de resolución de conflictos, Op. Cit., p. 394.

⁴⁹ Véase: Barona, Silvia, “El movimiento de las ADR en el Derecho comparado”, Op. Cit., p. 482.



Ahora bien, que no sea efectivamente un mecanismo de acceso a la Justicia no importa negarse a su promoción como un mecanismo complementario⁵⁰ al sistema judicial, entiendo que en ciertos casos y para algunos asuntos (conflictos coexistenciales) puede resultar un instrumento cualitativamente útil y eficaz por ser menos formal que el proceso judicial, por implicar una mayor participación de los interesados que les somete al resultado alcanzado, etc⁵¹.

Pero los MARC en general y la mediación en particular “son simplemente una alternativa al derecho humano esencial de acceder a la justicia y contar con el debido proceso legal. La Justicia y los MARC tienen dimensiones complementarias y deben ser empleados para beneficio de la gente como opciones posibles para paliar situaciones diversas”⁵². Con todo no cabe desconocer que el movimiento a favor de los mecanismos alternativos y la mediación ha calado incluso entre los mismos órganos jurisdiccionales, de manera que cada vez hay más tribunales que tratan de estimular, y en algunos casos, conminar a que los litigantes participen en alguna de las técnicas previas de solución de conflictos, entre ellas las mediaciones, elevándose a casi un cincuenta por ciento las causas que se resuelven mediante mediaciones⁵³.

Respecto del “caso español”, exponente europeo de corte continental (diverso de los países anglosajones) en cuanto al fomento de la mediación, cabe anotar que ha sido de más reciente data, y también cabe formular algunas observaciones, para brindar mayor amplitud a esta mirada de derecho comparado que ofrecemos en este apartado, especialmente teniendo

⁵⁰ Algunos acuñan, en reemplazo de la expresión mecanismos alternativos de solución de conflictos, la denominación de mecanismos apropiados de solución de conflictos, evitando de ese modo denotar un orden secundario para el tratamiento de los conflictos. Frei, Gonzalo (Director), “Informe final “Modelo de gestión para la desjudicialización de materias bajo la nueva Justicia procesal civil”, Universidad Alberto Hurtado, 2013, p. 4. Véase también: Barona, Silvia, “El movimiento de las ADR en el Derecho comparado”, Op. Cit., p. 458.

⁵¹ Barona, Silvia, “El movimiento de las ADR en el Derecho comparado”, Op. Cit., p. 469.

⁵² Oteiza, Eduardo. “Punto de vista: Marc/Adr y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano”, Op. Cit., pp. 197 y ss.

⁵³ Barona, Silvia, “El movimiento de las ADR en el Derecho comparado”, Op. Cit., p. 471.



presente la influencia que ha tenido en este caso el desarrollo de directivas europeas que han marcado la pauta en esta materia al otro lado del charco⁵⁴.

En efecto, la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, estableció normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos⁵⁵, concretando una preocupación que ya venía arrastrándose en el ámbito del Consejo de Europa por ejemplo a través de algunas Recomendaciones sobre mediación familiar y penal, entre otras⁵⁶. Pero como bien se ha dicho, “es la Directiva de 2008 la que constituye el marco normativo de la mediación en la UE con el objetivo de promover la uniformidad en los Estados miembros y como vehículo de difusión de la mediación. En efecto, refiere su considerando 7 que para promover el uso más frecuente de la mediación y garantizar que las partes que recurran a ella puedan contar con marco jurídico predecible, es necesario establecer una legislación marco que aborde, en particular, los aspectos fundamentales del procedimiento civil”⁵⁷.

Ahora bien, también se ha consignado que el art. 1 de la Directiva postula que se deberá promover una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial, lo que a juicio de Marques parece una nota fundamental en el enfoque de promoción de este mecanismo como un medio complementario y no sustitutivo⁵⁸.

⁵⁴ Se ha dicho: “En teoría, los derechos reconocidos a nivel sustantivo deberían disponer de una vía de reparación y protección a través del sistema jurídico del Estado. En la práctica, ningún país del mundo ha sido capaz de asegurar tan amplia protección debido a la falta de recursos existentes a todos los niveles para desarrollar un sistema verdaderamente accesible. En concreto, los retrasos y los costes actúan como impedimentos al acceso a la Justicia del Estado y han fomentado la búsqueda de sistemas/soluciones alternativas para asegurar la protección de los derechos”. Vigoriti, Vincenzo, “Access to Justice, ADR, perspectives”. En VVAA, Anuario de Justicia Alternativa, 2008, pp. 119 y ss.

⁵⁵ Respecto de Europa y la Directiva se subraya. No hay incertezas: el valor es el acceso a la justicia, en sentido lato, y la intención es la de favorecerlo también con la predisposición de procedimientos, precisamente, alternativas de naturaleza no contenciosa y de carácter contractual. En sentido estricto, lo que se quiere no es facilitar sino más bien evitar el recurso al juez nacional. Véase: Vigoriti, Vincenzo. La Directiva europea sobre la mediación ¿Cómo actuar?. En: Alpa, Guido; Córdoba, Marcos (Dirs.), La mediación: Nuevas investigaciones y aportes desde el Derecho comparado. Buenos Aires, UAI, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2015, p. 264.

⁵⁶ Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 88.

⁵⁷ Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 88.

⁵⁸ Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 88.



España, a través de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, elabora una norma interna que siendo un resultado del imperativo comunitario⁵⁹ regula sus principios generales, efectuando la necesaria adaptación. Según expresa el preámbulo, se establece un régimen jurídico general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles y dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de junio de 2002⁶⁰.

También se recoge en el Preámbulo de la referida Ley:

“La mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible. Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia”.

No toda la doctrina española ha mostrado su complacencia con la nueva normativa ni con el fomento de la mediación que se declara. Al contrario, se han realizado planteamientos críticos al abordaje de esta materia, partiendo por cuestionar que la mediación no se contemple como un sistema de autocomposición de conflictos con interés intrínseco, sino que sea considerada “inmediata y primordialmente en relación con la Justicia del Estado, como una alternativa”. De la Oliva ha expresado al respecto: “Desde hace largo tiempo, se observa una atención de política legislativa hacia el arbitraje, la conciliación y la mediación en directa

⁵⁹ Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 80.

⁶⁰ Preámbulo de la Ley 5/2102, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r0-rdl5-2012.html. Consultado el 07/03/2016.



relación con problemas – con frecuencia reales, pero no siempre ajustadamente descritos – de la Justicia del Estado. Es ésta una idea asociada a un diagnóstico, implícito, pero claro, de imposible o muy difícil mejora de esa Justicia, un diagnóstico que es falso. En España, aunque todos conocemos y aprobamos el dicho popular ‘más vale un mal acuerdo que un buen pleito’, existe una secular cultura popular de acceso a la Justicia para obtener, precisamente de los tribunales oficiales, una tutela conforme a Derecho. Dicho con otras palabras: en mi país son muy comunes y muy arraigados el impulso y la decisión de acudir a los tribunales para que remedien la injusticia y pocas veces pide que una controversia sea resuelta de alguna otra forma. La demanda de justicia – que siempre supone una demanda de aplicación del Derecho, excluidas como están en España las sentencias fundadas exclusivamente en equidad – es perfectamente legítima y no debe ser desoída o desdeñada. Y, sin embargo, es desoída y desdeñada cuando, en lugar de preocuparse por más y mejores recursos humanos y más medios materiales para la Justicia estatal, el Estado reacciona principalmente con la promoción de alternativas. Bien están las alternativas. Es bueno que existan y estén bien reguladas, pero es perverso que desplacen el debido esfuerzo del Estado por dotar a la Administración de Justicia de los recursos humanos y de los medios materiales necesarios para cumplir su indeclinable función...”⁶¹.

En sentido también crítico se ha pronunciado Nieva, subrayando primero la fascinación que han mostrado legisladores de distintas partes del mundo, especialmente en Europa a partir de la Directiva 2008/52/CE, y luego la impropiedad de la denominación medios alternativos al proceso, dado que muchas veces se introducen en el mismo, como sucede con la misma mediación, por ejemplo⁶². No sin un llamado implícito al realismo y a evitar maniqueísmos, señala: “Quizás sea el momento de detenerse a reflexionar por unos instantes poniendo en cuestión el postulado comúnmente aceptado, aunque pueda sorprender planteado en estos términos: que la mediación es muy positiva y la Justicia muy negativa. No partiré en mis consideraciones, ni mucho menos, de que la mediación sea negativa, pero sí que creo que

⁶¹ De la Oliva, Andrés, “Mediación y Justicia: síntomas patológicos”. En: <http://document-andresdelaoliva.blogspot.cl/2011/12/mediacion-y-justicia-sintomas.html>. Consultado en 09/03/16.

⁶² Nieva, Jordi, “La mediación: una ‘alternativa’ razonable al proceso judicial”. Revista Actualidad Civil, Num. 15-16, 2012.



conviene plantear al menos la duda en torno a su aparente carácter óptimo”. Se pregunta derechamente el autor si la mediación es preferible a la tutela judicial, en un escenario donde, reconoce, ello parece darse por supuesto, a partir de argumentos relacionados con la paz ciudadana y a los costes de todo tipo de proceso judicial, olvidándose o pasando por alto que “el proceso jurisdiccional es el medio más sofisticado que poseemos para conseguir el mismo objetivo, otorgando esa misma paz. Y, pese a todo, con el menor coste posible”⁶³.

Sigue Nieva, en este argumento a contracorriente que intenta levantar para dar mayores cuotas de realismo al análisis: “... el proceso parece un medio más evolucionado que la mediación, aunque este dato nunca podrá ser históricamente confirmado con rotundidad. En todo caso, el proceso judicial, tal y como lo conocemos hoy en día, es un cauce en el que las partes, ciertamente, se enfrentan. Pero también poseen la oportunidad de dar sus razones con precisión, hacer que las mismas consten fehacientemente, en condiciones de defensa que permiten garantizar normalmente la igualdad de armas. Y además tienen la posibilidad de presentar con serenidad las pruebas de sus razones ante un tercero imparcial... Además, al proceso suele acudir en la compañía de un experto jurídico - un abogado -, que debe - o debiera - tener el mismo nivel de formación que el juez, que elevará sin duda la calidad de los debates y que garantizará... la igualdad de armas”⁶⁴.

“En este contexto, aunque lo que expongo es una opinión que se distancia de las que quizás sean más populares, no acaba de entenderse por qué una mediación, en términos ciudadanos, es más beneficiosa que un proceso judicial. Si un ciudadano lo que desea es defender su razón, desde luego la mediación no es el mejor instrumento a través del que pueda hacerlo. Lo que ocurre es que se valora el proceso jurisdiccional simplemente en términos económicos y temporales. Además, se ve al proceso como una especie de guerra o batalla al menos. Y sucede justamente lo contrario. El proceso jurisdiccional está en crisis por culpa de los Poderes públicos. En concreto, por falta de medios económicos, estructurales, humanos y de formación de los jueces, así como por culpa de unos procedimientos que generan una

⁶³ Nieva, Jordi, “La mediación: una ‘alternativa’ razonable al proceso judicial”, Op. Cit., p. 47.

⁶⁴ Nieva, Jordi, “La mediación: una ‘alternativa’ razonable al proceso judicial”, Op. Cit., p. 48.



insoportable y absurda burocracia que se arrastran desde los tiempos del *solemnis ordo iudiciarius*, dado que los procesos actuales son, todavía, en muy buena medida esclavos de aquel viejo procedimiento heredero del proceso postclásico romano”⁶⁵.

Cierra con un llamado a dar a la mediación el lugar que le corresponde, sin excesos ni populismos. “... la mediación solamente debe ser un recurso abierto a quien desee aprovecharlo, beneficiándose de sus ventajas que, desde luego, las tiene...”⁶⁶.

A partir de este contexto y esta perspectiva, es que la cuestión de la obligatoriedad o voluntariedad del mecanismo que se desea fomentar retoma protagonismo. Ya hemos dado cuenta de la situación en el “caso argentino”. En el “caso español”, al que hemos dedicado las últimas líneas, debe distinguirse entre el Proyecto y la Ley finalmente aprobada. En cuanto al Proyecto, si bien se definía a la mediación como un medio de solución de controversias consistente en un intento de acuerdo llevado a cabo “voluntariamente”, la mejor doctrina denunció que en realidad no había en la ley proyectada esa nota de “voluntariedad”, desde el momento que sumaba preceptos que imponían acudir a la mediación “so pena de no acceder a la Jurisdicción, a la Justicia del Estado”⁶⁷. Se aludía, no sin ironía, a la “obligatoriedad de la mediación voluntaria”⁶⁸. En efecto, “el Proyecto de Ley de Mediación, en su art. 7, prescribía que la ‘mediación’ es voluntaria, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea la legislación procesal. Preveía aún introducir en la LEC normas conforme a las cuales, en las demandas cuya cuantía no excediese de 6.000 euros y no se refiriesen a ninguna de las materias del apartado 1 del art. 250 o a una materia de consumo, sería obligatorio el intento de mediación en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda, no admitiéndose la demanda si no se acompañase acta u otro documento acreditativo del intento de mediación”⁶⁹. Pero en la versión aprobada esta situación cambio: “Sin embargo, el art. 6 de la actual Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil, establece la voluntariedad como principio sin

⁶⁵ Nieva, Jordi, “La mediación: una ‘alternativa’ razonable al proceso judicial”, Op. Cit., p. 48.

⁶⁶ Nieva, Jordi, “La mediación: una ‘alternativa’ razonable al proceso judicial”, Op. Cit., p. 48.

⁶⁷ De la Oliva, Andrés, “Mediación y Justicia: síntomas patológicos”. Op. Cit.

⁶⁸ De la Oliva, Andrés, “Mediación y Justicia: síntomas patológicos”. Op. Cit.

⁶⁹ Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 171.



excepciones, desapareciendo cualquier estipulación de obligatoriedad de aplicación de este mecanismo”⁷⁰.

Parece claro de entender, pero objetivos o propósitos a los cuales ya hemos aludido han buscado primar para intentar (a veces con éxito, a veces no) en esta redefinición de la “voluntariedad”. Nieva lo explica con bastante claridad: “Si se pretende generar un clima de confianza entre las partes, es inoportuno que vengan obligadas, porque esas mediaciones forzadas sólo parecen tener una perspectiva de éxito, salvo excepciones, si el mediador tienen un poder coactivo. Y si ejerce ese poder, deja de ser mediador”⁷¹.

Explicado de otra forma, la voluntariedad constituye (debiese constituir) una condición *sine qua non* de la mediación y todos los mecanismos ADR⁷² “en la medida que la ausencia de este principio haría inviable *ab initio* cualquier discusión en torno al conflicto existente... nadie puede ser obligado a argumentar o esgrimir puntos de vista en contra de su voluntad o, en otras palabras, la obligatoriedad del recurso a la mediación podría dar lugar al silencio de las partes que haría inviable cualquier discusión , y con ello cualquier opción a la resolución del conflicto de forma dialogada y a través del mutuo acuerdo”⁷³. Con todo, al pasar revista a diversas legislaciones y algunos pronunciamientos de Tribunales superiores (por ejemplo, Tribunal constitucional español, TEDH, entre otros), pareciera que se ha consolidado la idea que los sistemas obligatorios de mediación limitan la voluntad de recurrir a la mediación, pero no significan una obligación de resolver el conflicto por ese mecanismo, por lo que a juicio de algunos (apoyados en algunos pronunciamientos sobre este punto en particular en distintos sistemas) no sería una opción inconstitucional. Cosa distinta es debatir “la oportunidad o necesidad de consagrar estos sistemas forzosos”⁷⁴, donde nuestra posición, como lo hemos

⁷⁰ Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 171.

⁷¹ “Es posible que siendo la mediación voluntaria se celebre un menor número de mediaciones, claro está. Pero la tasa de satisfacción social sin duda será más alta. Y si esa tasa va creciendo poco a poco de ese modo, el recurso a la mediación se hará espontáneamente más frecuente”. Nieva, Jordi, “La mediación: una ‘alternativa’ razonable al proceso judicial”, Op. Cit., p. 47.

⁷² El ‘Libro Verde’ sobre modos alternativos de resolución de litigios en materia civil y mercantil, en su apartado 64 señala que “podría ser inútil obligar a alguien a participar en un ADR contra su voluntad, en la medida en que el éxito del proceso depende de esa misma voluntad”. Citado en: Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 169.

⁷³ Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 171.

⁷⁴ Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 177.



puesto de manifiesto en otros lugares⁷⁵, es contraria a consagrar una obligatoriedad que va justamente en contra de la esencia que debe resguardarse de los mecanismos alternativos en general y de la mediación en particular.

IV. Situación chilena: ¿Qué espacio se asigna a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, especialmente desde los procesos de reforma a la Justicia en general y la Justicia civil en particular.

El “caso chileno”, al igual que ha sucedido en otros países, tiene evidentes puntos de conexión con lo que ha mostrado la evolución de esta temática en los países vecinos (como Argentina) y también, como hemos revisado, en Europa (específicamente, en el caso de estas líneas, en España). En efecto, Chile muestra algunos avances en la promoción e instalación de estos mecanismos alternativos, pero a nuestro modo de ver, y según queda en evidencia, se presentan las mismas dudas en torno a los verdaderos fundamentos que deben tenerse en consideración a la hora de estimularlos o fomentarlos.

En el plano de los avances, no puede dejar de anotarse que ya desde, y especialmente, con la reforma a la Justicia penal se produce la incorporación de una serie de mecanismos alternativos (salidas alternativas) que implican soluciones autocompositivas, tales como el acuerdo reparatorio (art. 237 CPP) y la suspensión condicional del procedimiento (art. 241 CPP), y que son materia de amplia aplicación, no obstante no siempre han sido bien comprendidos por la comunidad⁷⁶. “El acuerdo reparatorio es un medio autocompositivo de carácter judicial, bilateral y no asistido, celebrado entre el imputado y la víctima dentro del proceso penal, que requiere ser homologado por el juez de garantía, cuyo fin es convenir la reparación de las

⁷⁵ Palomo, Diego; Valenzuela, Williams, “Descarte de la inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la mediación prejudicial que establece la Ley Num. 19.966: Lectura crítica de la sentencia del Tribunal constitucional”, *Revista Ius et Praxis*, año 18, Num. 2, 2012, pp. 387 y ss.

⁷⁶ Al momento de escribir estas líneas se ha producido una fuerte polémica por la eventual aplicación de estos mecanismos en el denominado caso tsunami, donde los familiares de las víctimas del 27/F no solo reclaman no haber sido notificadas, sino que derechamente se oponen a la aplicación de estos instrumentos en este caso. Véase, por ejemplo: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/03/14/caso-tsunami-tribunal-aplaza-decision-sobre-suspension-condicional-de-la-causa/> Consultado el 15/03/2016.



consecuencias causadas por el delito y poner término al litigio penal pendiente respecto de un delito que afectare bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, que consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos”⁷⁷. “La suspensión condicional del procedimiento es un medio autocompositivo de carácter judicial, bilateral y no asistido, celebrado entre el fiscal y el imputado dentro del proceso penal, que requiere ser homologado por el juez de garantía, que tiene como finalidad específica suspender el procedimiento y conducir al término del litigio penal pendiente respecto de un delito de acción penal pública en caso de cumplirse los requisitos establecidos en la resolución que concede el beneficio”⁷⁸. Existen, además, dos mecanismos que apuntan a allanar el camino a la negociación entre el Ministerio Público y el imputado, cuales son la admisión de responsabilidad en el procedimiento simplificado (art. 395 CPP) y el procedimiento abreviado en el ordinario (art. 406 CPP).

En el terreno de los fundamentos, parte de la doctrina ha sido muy sincera en su explicación. “En la actualidad, por efectos pragmáticos, la vía autocompositiva se ha ido abriendo camino para constituirse cada vez más en un medio necesario de ser utilizado para la composición del litigio antes de acudir al proceso. El proceso no puede constituirse en la actualidad en el único instrumento capaz de permitir llegar siempre, y respecto de todos los conflictos que se presentan en la sociedad, a una pronta, eficiente y justa solución”⁷⁹. Aunque luego se matiza, reivindicando el rol protagonista y principal del proceso judicial, señalando: “El problema no se resuelve dejando que la jurisdicción siga siendo ineficiente y alentando u obligando a los ciudadanos a la que puede definirse como una fuga de la jurisdicción y de la utilización del proceso para la solución del conflicto. El problema se resuelve – por el contrario – haciendo que la jurisdicción sea eficiente, y haciendo que el recurso a las alternativas no sea un camino obligado para las partes ante la ineficiencia del proceso para otorgar una solución justa, legítima, pronta y eficiente”⁸⁰.

⁷⁷ Maturana, Cristian; Montero, Raúl. Derecho Procesal Penal, Santiago, Ed. Abeledo Perrot, Tomo I, 2010, p. 19.

⁷⁸ Maturana, Cristian; Montero, Raúl. Derecho Procesal Penal, Op. Cit., p. 18.

⁷⁹ Maturana, Cristian; Montero, Raúl. Derecho Procesal Penal, Op. Cit., p. 20.

⁸⁰ Maturana, Cristian; Montero, Raúl. Derecho Procesal Penal, Op. Cit., p. 21.



También se ha rescatado que estos mecanismos alternativos, en sede penal, han estado ligados a múltiples necesidades entre las cuales están el descongestionamiento del sistema de juicios, la incorporación de la opinión e intereses de la víctima, la evitación de la criminalización secundaria en caso de los imputados con bajos niveles de compromiso delictual, al mismo tiempo de posibilitar su reinserción⁸¹.

Pero más allá de estas matizaciones, lo cierto es que estos mecanismos alternativos incorporados al sistema procesal penal han sido asociados a la productividad y buena gestión del mismo y a la fijación de metas e indicadores cuantitativos⁸², lo que siendo necesario no deja de entrañar riesgos propios de un sistema de Justicia diseñado y entendido bajo una concepción unidimensional de la eficiencia, cuestión sobre la cual ya hemos levantado nuestra voz crítica a propósito de otros órdenes jurisdiccionales⁸³. Duce le ha llamado el “efecto perverso” de las metas, que se manifiesta cuando las “metas cuantitativas se constituyen en el único o muy principal indicador de medición de resultados y de premio al trabajo de los actores del sistema”. Algo así ocurriría, sigue el autor, cuando por ejemplo, se busca terminar casos para cumplir la meta institucional a pesar de que el término escogido para el caso sea el de peor calidad que ofrece el sistema, como acontece con el archivo provisional. Otro tanto ocurre cuando se da un uso amplio de la negociación “como forma puramente de descongestión del sistema”. Lo explica así: “Si bien, en principio, el que los mecanismos de negociación previstos sean usados intensamente no es problemático per se, el punto es que este uso intenso se realiza en muchos casos en los que los fiscales negocian muy por debajo de sus posibilidades legales o con un ablandamiento extremo de su postura o cuando los defensores lo hacen para reducir su carga de trabajo a pesar que se trata de un caso que podrán discutir con éxito en el juicio. Como la negociación ofrece al fiscal y al defensor una oportunidad para llegar a una solución más fácil, ambos actores tendrán muchos incentivos para negociar. Primero, porque

⁸¹ Alvear, Soledad; Blanco, Rafael. *Diálogos sobre la reforma procesal penal*. Santiago, Ed. Universidad Alberto Hurtado, 2010, p. 130.

⁸² Duce, Mauricio, “Diez años de reforma procesal penal en Chile: Apuntes sobre su desarrollo, logros y objetivos”. En: Fuentes, Claudio (Coord.), *Diez años de la reforma procesal penal*, Santiago, Ed. Universidad Diego Portales, 2011, p. 52.

⁸³ Véase: Palomo, Diego, “Sobre la conducta procesal de algunos jueces. De vuelta con la unidimensionalidad de la eficiencia y la potestad conciliatoria como excusas”, *Revista Ius et Praxis*, año 20, Num. 1, 2014, pp. 377-396.



les permitirá llegar a una solución que los premiará mejor en términos del cumplimiento de las metas. Segundo, porque implica un camino con mucho menos desgaste de recursos y de su propio tiempo”⁸⁴.

Otra área en la cual se ha fomentado el uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos es la Justicia de familia. Ya de la historia de la Ley Num. 19.968, de 30 de agosto de 2004, se lee que el Proyecto tenía por objeto instituir un procedimiento que diera primacía a las soluciones no adversariales del conflicto familiar⁸⁵. “En efecto, como es sabido, el conflicto familiar es un conflicto que reclama soluciones cooperativas, es decir, soluciones que acrecienten el bienestar de todas las partes del conflicto. Con dicho fin, el proyecto instituye la mediación. La mediación, al aumentar los niveles de información disponibles y los canales de comunicación entre la partes, fomenta las soluciones autocompositivas. Existe evidencia empírica de que este tipo de soluciones disminuye las ineficiencias, permitiendo así, en el largo plazo, un ahorro de recursos. La solución adversarial, al concebir el conflicto como una relación no interactiva, tiende a asignar bienestar a una de las partes, negándoselo a la otra. Ello suele ser motivo de un nuevo conflicto que, muy prontamente, comparece de nuevo ante el sistema reclamando solución. Este un aspecto del proyecto de particular interés y a favor del cual es posible citar importantes experiencias en sistemas jurídicos tan prestigiosos como el francés o el canadiense. Ofrecer soluciones alternativas a la estrictamente adversarial para la solución de los conflictos, es un objetivo global de la política de justicia de mi gobierno que es posible advertir en este proyecto, pero que, también, forma parte de la reforma procesal penal en actual trámite”.

Se optó por incorporar la mediación obligatoria en ciertas materias. De hecho, las causas relativas al derecho de alimentos, al derecho de cuidado personal y al derecho y el deber de los padres e hijos que viven separados a mantener una relación directa y regular, deben someterse a un procedimiento de mediación previo a la presentación de la demanda. Se explicó así en su momento: “El sometimiento a mediación, previo a la presentación de la

⁸⁴ Duce, Mauricio, “Diez años de reforma procesal penal en Chile: Apuntes sobre su desarrollo, logros y objetivos”, Op. Cit., p. 53-54.

⁸⁵ <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/537/1/HL19968.pdf>. P. 8.



demanda, se justificaba por una razón de carácter estratégico, con miras a lograr la sumisión a este procedimiento en forma rápida y masiva, puesto que una vez presentada la demanda, el espíritu adversarial de las partes se fortalece”⁸⁶. Y se agregó: “En este punto, cabe considerar que la instancia de mediación previa a la demanda es un medio, no un fin, que tiene como objetivo masificar la mediación para producir una rápida socialización de este nuevo mecanismo alternativo de resolución de conflictos, lo cual garantiza a su vez la operatividad del principio de selectividad del sistema y, consecuentemente, su descongestión en etapas tempranas. Además, la masificación de la mediación en el ámbito de los conflictos familiares permite visualizar un cambio cultural hacia la pacificación a través del diálogo en las rupturas conyugales, con indudables beneficios para los hijos en la reestructuración familiar. Por otro lado, la obligatoriedad garantiza que todas las personas tengan acceso a la mediación en condiciones de igualdad, evitando que la derivación de un caso dependa exclusivamente del criterio, conocimientos u opinión proclive o resistente que tenga el juez respecto de la mediación. En efecto, si la derivación de un caso a mediación solo depende de que el Juez la oferte a las partes, puede ser que durante varios años la mediación sea desconocida en algunos lugares de la República, mientras en otros se convierta en poco tiempo en la forma usual de resolución de conflictos familiares, con la consecuente desigualdad de acceso de la ciudadanía a esta alternativa, que promueve una mayor satisfacción en los demandantes de justicia”⁸⁷.

Cabe recordar que no obstante lo que recogía el Proyecto originalmente, en el texto legal aprobado, la mediación no se contempló con carácter obligatorio, y que sólo con la reforma introducida a través de la Ley Num. 20.286, de 15 de septiembre de 2008, se adoptó esta fórmula, justificándose la decisión del cambio en la siguiente forma: “Como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, la mediación cuenta con una serie de ventajas cualitativas por sobre las restantes soluciones, incluyendo la jurisdiccional. En el caso del conflicto familiar, sus ventajas son aún más notorias, dada la natural relación entre las partes en conflicto y la circunstancia de que en la gran mayoría de los casos tal relación continuará

⁸⁶<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/537/1/HL19968.pdf>. P. 415.

⁸⁷<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/537/1/HL19968.pdf>. P. 1180.



luego de resuelta la disputa. Por ello, es necesario que tales mecanismos alcancen un rol preferente a cualquier otra vía de solución. Tal concepción se ha mantenido desde los orígenes del nuevo sistema de familia y se plasma en la ley actual. Sin embargo, en la práctica, desde la entrada en vigencia del nuevo sistema de familia, la mediación no ha sido considerada dentro de las posibilidades reales de solución, por lo que sus resultados cuantitativos esperados han estado muy lejos de la realidad. Ello, entendemos, en una gran parte por desconocimiento de sus reales ventajas, pero en otra, debido a ciertas características en su diseño que la hace facultativa en todas las materias en que es procedente, dentro de un procedimiento ya iniciado y, con engorrosos trámites para la obtención de su gratuidad. Con el presente proyecto se establecen tres importantes materias - derecho de alimentos entre padres e hijos, cuidado personal, y relación directa y regular - que necesariamente deben ser iniciadas por un proceso de mediación, previo a la tramitación judicial de la demanda. Por otra parte, se eliminan los trámites para acceder a la gratuidad de la mediación. Los cambios introducidos, que no hacen sino volver a la fórmula original del proyecto de ley que posteriormente se tradujo en la ley N° 19.968...”⁸⁸⁻⁸⁹.

Huelga reiterar acá las objeciones a esta opción que antes ya hemos recogido con amplitud. Además, tales objeciones no han alcanzado para que nuestro Tribunal Constitucional falle contra esta fórmula de la mediación previa y obligatoria⁹⁰. Con todo, ello no obsta a que se

⁸⁸<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3926/4/HL19968Art106.pdf>

⁸⁹ Sobre algunos resultados, véase: Informe final Penal de expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, Ministerio de Justicia, 2013, p. 6.

⁹⁰ Sentencia Tribunal Constitucional, de fecha 10 de julio de 2012, en la causa Rol Num. 2042-11-INA, referida a la constitucionalidad del procedimiento de mediación como trámite previo y obligatorio para poder acceder a los Tribunales de Justicia. Cabe hacer presente que este fallo se refiere a la norma del art. 43 de la Ley Num. 19.966 sobre Régimen de Garantías de Salud, pero sus conclusiones resultan aplicables a las normas que regulan la mediación en la Ley Num. 19.968. Su doctrina se resume así: Que, puede sostenerse que el sistema de mediación previa en los reclamos que se pretendan deducir para obtener la reparación de perjuicios por daños provocados por una negligencia de un prestador de salud, en el contexto de la Ley N°19.966, introduce una diferencia frente a la posibilidad de impetrar directamente esa reparación ante los tribunales de justicia, en conformidad a las reglas generales de responsabilidad que establece el Código Civil. Sin embargo, no se trata de una única diferencia, sino que ella es aplicable también a otras situaciones que, al igual que la indicada, propenden a disminuir o evitar la judicialización de conflictos de común ocurrencia en la vida cotidiana, con el consiguiente beneficio para los propios afectados.

Para esos efectos se instituye la mediación como un procedimiento más accesible y simplificado que evita el costo de un procedimiento judicial que, adicionalmente, suele ser de extensa duración. Bajo esta perspectiva no cabe, a



deban considerar otros factores en juego que deben considerarse, no sólo teniendo presente las debilidades que presentan estos mecanismos frente a la respuesta jurisdiccional (en términos de garantías procesales)⁹¹, sino que también para evitar desfigurar la esencia de los mecanismos alternativos en general y de la mediación en particular⁹².

Con todo, la anterior, es la misma opción (la obligatoriedad previa) que nuestro legislador toma luego a propósito de otro ámbito de materias. Ejemplo de ello es el art. 43 de la Ley Num. 19.966 sobre Régimen de Garantías de Salud, que también opta por esta fórmula que hemos criticado en otro lugar⁹³, pero que desde la perspectiva del Consejo de Defensa del

juicio de este Tribunal, cuestionar la necesidad de la mediación previa en los conflictos que puedan suscitarse entre los usuarios y los prestadores de los servicios de salud;

Por la misma razón anterior, la exigencia de acudir en forma previa a la mediación, antes de deducir las acciones judiciales que procedan, no impide la reparación que se pretende, pues la mediación tiende precisamente a ello, por cierto, si existe debido fundamento. Si aun existiendo ese fundamento, la mediación fracasa, queda igualmente abierto el camino para deducir las acciones judiciales que procedan. En consecuencia, no puede sostenerse que la exigencia que se comenta sea intolerable para el destinatario de la diferencia si, como se ha visto, no impide la satisfacción de su pretensión;

Que, en el presente caso, no puede sostenerse válidamente que la requirente haya visto obstaculizada la igualdad en el libre ejercicio de sus derechos –también conocida como igualdad ante la justicia–, pues, como se ha explicado en el capítulo que precede, el acceso a la mediación previa al planteamiento de su reclamo judicial de indemnización de perjuicios, suspende el plazo de prescripción de las acciones civiles y criminales que procedan, por expresa disposición del inciso final del artículo 45 de la Ley N° 19.966. De esa forma, aunque la mediación fracase, la requirente no queda impedida de acceder a los tribunales ordinarios para obtener la satisfacción de su pretensión.

Voto de minoría que estuvo por acoger el requerimiento: Que resulta incuestionable que el precepto legal impugnado representa una traba, obstáculo o impedimento infundado para acceder a la Justicia. Siendo de reiterar que, aun de admitirse la legitimidad de la mediación prejudicial obligatoria, para que sea constitucionalmente aceptable, ella debe llevarse a cabo dentro del Poder Judicial. Entre los autores, Bidart Campos, por ejemplo, sostiene que para que una ley de mediación obligatoria sea constitucional, es imprescindible que la instancia de mediación y los mediadores no dependan del Poder Ejecutivo ni pertenezcan a su órbita, sino que su organización y funcionamiento se radique en la esfera del Poder Judicial, aunque más no sea por una razón constitucional evidente, cual es la prohibición del artículo 109 al Poder Ejecutivo, para que no tome injerencia en el Poder Judicial; de hacerlo, viola la división de poderes en la Ley. En: <http://www.cde.cl/web/aplicaciones/BF.nsf/0/35F2E889167923D384257A4C006D91E1?OpenDocument&volver=vwfrmFalJudTod>

⁹¹ Véase: Aguirrezabal, Maite, “Mediación previa obligatoria y acceso a la Justicia en el proceso de familia”, Revista Chilena de Derecho Privado, Num. 20, 2013, pp. 295-208.

⁹² En contra, y de acuerdo con la obligatoriedad, véase: Vargas, Macarena, “Mediación obligatoria: Algunas razones para justificar su incorporación”, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Num. 2, 2008, pp. 183 y ss.

⁹³ Palomo, Diego; Valenzuela, Williams, “Descarte de la inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la mediación prejudicial que establece Ley Num. 19.966: Lectura crítica de la sentencia del tribunal Constitucional”, Op. Cit., pp. 387-426.



Estado ha permitido disminuir la judicialización (por ejemplo, en el caso de negligencias médicas) y ahorrar importante sumas al Fisco en el pago de indemnizaciones⁹⁴.

Otra fórmula reforzada en su fomento, estímulo y utilizado, especialmente en los sistemas reformados del orden jurisdiccional no penal, ha sido la conciliación, que en los regímenes procesales precedentes no cumplía un rol relevante, bajo ningún punto de vista. El porcentaje de causas que terminaban en esta etapa del proceso eran mínimas, ínfimas, producto fundamentalmente de un diseño procesal escrito y desconcentrado que dejaba a los jueces al final del trayecto procesal, sin permitir ni facilitar el temprano contacto directo entre el juez y las partes.

Pues bien, con las reformas introducidas, que como dijimos apuestan por el predominio de la oralidad y el sistema procesal por audiencias, el escenario cambia y reposiciona a los jueces en un rol mucho más protagonista⁹⁵ (¿y los abogados?), abandonando el papel de mero observador, con el propósito explícito de garantizar el acceso a una Justicia rápida y eficaz. Evidencia de este cambio de rol se aprecia no solo en la nueva Justicia de familia, sino también en la nueva Justicia del Trabajo en lo que en otro sitio hemos denominado la confianza que se deposita en ellos para “estimular acuerdos”. Con todo, la apuesta en Chile es por los jueces, en un acto de confianza casi ciega, con el propósito de conseguir con ello una respuesta más eficiente, en el sentido de acelerada. Muestra (reprochable) de la eficiencia judicial en nuestro país (y también en otros países de la Región que han seguido similar ruta en el plano de las reformas procesales) lo constituye la generalizada tolerancia a la utilización *extorsiva o coactiva* del mecanismo de la conciliación como una forma de presionar indebidamente a las partes para llegar a un acuerdo, para matar causas, por la consecución de ciertas metas institucionales⁹⁶.

⁹⁴ Palomo, Diego. “Algunos apuntes a contracorriente sobre la jurisdicción, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, los equivalentes jurisdiccionales y en especial la mediación en materia de salud”. En: Arancibia, Jaime, Martínez, José Ignacio, Romero, Alejandro. *Precedente, cosa juzgada y equivalentes jurisdiccionales en la litigación pública*, Ed. Abeledo Perrot Legal Publishing Thomson Reuters, Universidad de los Andes, 2013.

⁹⁵ Hunter, Iván, “Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia”. *Revista de Derecho*, Vol. XX, Num. I, 2007, pp. 205-229.

⁹⁶ Sobre estos problemas detectados con mayor frecuencia de la deseada en el tema de la conciliación laboral, véase también: Ríos, Erick, “La oralidad en los procesos civiles en América Latina. Reflexiones a partir de una



Dicho todo lo anterior, ¿que hemos hecho en nuestros procesos de reforma? (a los tribunales de familia y a la Justicia del trabajo). Hemos entregado a nuestros jueces unas facultades con muy pocos contrapesos, casi sin límites explícitos, en donde las definiciones centrales de su función están dispuestas para alcanzar básicamente un objetivo: una respuesta jurisdiccional más rápida como sinónimo de respuesta jurisdiccional eficiente.

Se instaló la idea que los jueces deben dar respuesta rápida a pesar del obstáculo que representan los abogados. Se apostó por nuestros jueces para “salvar” los papeles de la Justicia, consagrando un modelo de juez con reforzados poderes que debe hacerse cargo, entre otras tareas, de la velocidad de la respuesta jurisdiccional, de la estimulación descongestionadora de acuerdos, salidas alternativas y fórmulas auto compositivas, del establecimiento de la verdad de los hechos controvertidos y el logro de la Justicia de la decisión, y hasta de la asistencia a la parte que considere más débil.

Para ello, con esta excusa, y también con esta tremenda carga y responsabilidad, muchas veces el juez se siente autorizado para apropiarse del proceso pasando las partes y sus abogados a un segundo o tercer plano. Parece haberse olvidado entre nosotros que los jueces no sólo tienen el deber de realizar el proceso, sino que deben realizarlo respetando unos postulados mínimos de justicia.

Dada la experiencia de dulce y de agraz acumulada por las reformas, el riesgo está instalado también para la reforma procesal civil, si algunos siguen planteando que la apuesta es por la oralidad y la celeridad, como si de principios se trataran; si nuevamente las fichas van por el protagonismo sin mucho contrapeso de los jueces; si nuevamente las fichas van por la velocidad que debe imprimirse a la administración de Justicia como única medida de la eficiencia del sistema; todo ello sin aprender de los errores cometidos, todo ello sin correcciones a la luz de la experiencia acumulada en las reformas en vigencia.

En fin, hay que saber rectificar los esquemas que no han dado los frutos esperados. Hay que repensar el cómo venimos recogiendo y aplicando la oralidad, hay que abrirse a otras

observación práctica”, en VVAA, *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la Justicia y reforma procesal civil en América Latina*, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2013, p. 151.



posibilidades e introducir algunos matices correctores; hay que terminar con esa mirada unidimensional de la eficiencia en la Justicia que marca negativamente todo el funcionamiento de los sistemas reformados; sobre todo, hay que matizar eso de la confianza en los jueces como si en eso se fuera la suerte y el éxito de toda la reforma.

O lo decimos de otro modo. Confianza sí, pero que no lleve a afectar el derecho de defensa y el derecho a la prueba a la hora de definir la admisibilidad probatoria. Confianza sí, pero que no llegue a afectar su deber de imparcialidad en la práctica probatoria, y le exima de respetar los límites que la ley prevé para los interrogatorios (vale decir, si va a interrogar debe estar dispuesto, por ejemplo, a recibir objeciones a sus preguntas, cada vez que se aparte de la ley); confianza sí, también, y esto es especialmente pertinente con lo que hemos venido sosteniendo en estas líneas, en su papel conciliador, pero sin autorizarle a forzar acuerdos ni apagar audios para “estimularlos” con el sólo afán de “matar causas” y de paso, mejorar las posibilidades de conseguir el bono de gestión institucional por cumplimiento de indicadores o metas cuantitativas, por citar sólo tres expresiones de la reforzada actuación oficiosa de nuestros jueces que sin duda preocupan desde el momento que su materialización que va mucho más allá de la mera anécdota.

En este contexto espera aún la aprobación de la reforma a la Justicia civil, que contempla en primer lugar la tramitación de un nuevo Código Procesal Civil que, en todo caso, no regula, salvo la figura de la conciliación inserta en la audiencia preliminar (de la que se espera mejores resultados a instancias de un juez activo en el ejercicio conciliatorio), la existencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, pero como reza el Mensaje, aquello será tarea de leyes especiales, como los proyectos de arbitraje y mediación civil y comercial que aún no se presentan al Congreso Nacional.

La experiencia nacional hasta ahora ha venido aportando fuerte por la mediación. A lo revisado en las áreas de la Justicia de familia y en conflictos con el Fisco (negligencias médicas), se suman la mediación en la Justicia vecinal⁹⁷, penal, comunitaria, y del consumidor⁹⁸. Sin

⁹⁷ Inaugurados el 4 de mayo de 2011, en cuatro comunas del país: Informe final Panel de expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de resolución de Conflictos, Op. Cit., p. 7.



olvidar la actuación de los Centros de mediación de las Corporaciones de Asistencia Judicial. Destacar la Justicia vecinal que ofrece un sistema de solución de conflictos de acuerdo al modelo “multipuertas”, de amplia aplicación en otros sistemas. En efecto, como dice Barona, progresivamente se han ido incorporando al nuevo paradigma de justicia ofreciendo un nuevo concepto de acceso a la Justicia en el siglo XXI lo que se ha venido considerando como “The multi-rooms Justice System”, un modelo que permite trabajar con un diagnóstico para determinar qué tipo de conflictos existe, y cuál es el mejor de los medios para tratarlo, pudiendo no solo ser una la vía más adecuada para gestionar y solventar el conflicto, sino varias⁹⁹: mediación, conciliación, arbitraje o patrocinio de la causa ante Juzgados de Policía Local¹⁰⁰, con casi un 60% de resultados positivos¹⁰¹.

Como sea, por ahora, y como se recoge del Informe final del panel de expertos para el modelo orgánico para la incorporación de sistemas alternativos de resolución de conflictos (en la reforma a la Justicia civil) al cual hemos venido haciendo referencia, se detectan algunas áreas problemáticas: a) Se observa que los distintos mecanismos no responden a un diseño único institucional y que, además, no existen canales de diálogo y retroalimentación entre sí; b) Se observa una falta de evaluación sistemática de los distintos servicios o instrumentos alternativos que funcionan ya en el país; c) Se percibe una atomización en el análisis de los resultados obtenidos en cada sistema y de la omisión de criterios uniformes en su modo de aplicación y de la falta de evaluaciones globales, y d) Se observa la ausencia de monitoreo en el cumplimiento de los acuerdos alcanzados a través de estos mecanismos y de los niveles de satisfacción de aquellos que han sido usuarios de estos sistemas¹⁰².

⁹⁸ Informe final Panel de expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, Op. Cit., p. 6.

⁹⁹ Barona, Silvia. “Integración de la mediación en el moderno concepto de Acceso a la justicia: luces y sombras en Europa”, Op. Cit., p. 6.

¹⁰⁰ Informe final Panel de expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, Op. Cit., p. 7.

¹⁰¹ Informe final Panel de expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, Op. Cit., p. 8.

¹⁰² Informe final Panel de expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, Op. Cit., p. 15.



No obstante ello destacan como consensos del Panel de expertos¹⁰³: a) Avanzar a la utilización preferente de estos mecanismos, en otras palabras, señala el documento que las personas debieran tener siempre como primera opción el trabajar el conflicto a través de mecanismos que permitan identificar de mejor forma los intereses de las partes y las opciones que pueden discutirse y consensuarse para resolverlo según su naturaleza y entidad; b) Avanzar hacia una concepción de los MASC que propenda al empoderamiento de los sujetos frente a sus conflictos, reservando la intervención del juez para casos en que se requiera estrictamente la adjudicación, dada la materia o porque los involucrados no lograron acuerdo; c) Valorar la importancia del rol educativo que conlleva la utilización de estos tipos de mecanismos, pues este proceso conlleva externalidades positivas al desarrollar en las partes mayores niveles de responsabilidad para restablecer la paz social; d) Valorar la posibilidad que brindan de mejorar la calidad de los acuerdos, dado que incorporan de modo más intenso y directo los intereses y visiones de las partes; e) Valorar que a través de estos instrumentos se logra mejorar la comprensión del motivo de la controversia y la búsqueda de la comprensión real del conflicto; f) Valorar la mayor sustentabilidad del acuerdo, ya que al participar colaborativamente en su construcción, las partes adquieren un compromiso con el cumplimiento del mismo; g) Valorar que se trata de sistemas más económicos que se ponen a disposición de los ciudadanos, ampliándose el acceso a la Justicia; h) Valorar su objetivo de restablecimiento de la paz social y en la legitimación del sistema de Justicia al entregar soluciones rápidas y de mayor calidad; i) Considerar que su fomento implica un mejor uso de los recursos públicos al focalizar el sistema de adjudicación formal en los casos que no pueden ser resueltos por otras vías, contribuyendo, añadidamente, a la descongestión de la sede judicial¹⁰⁴.

¹⁰³ Siguiendo un poco lo que la doctrina ha consignado: “Se habla de ADR como técnicas de ‘justicia informal’ (para subrayar su simplicidad), como procedimiento ‘sumario’ (para subrayar la rapidez), como procedimiento que agiliza el acceso a la justicia’ (para destacar lo oneroso o lo gratuito), o como formas jurídicas de una ‘justicia menor’ (para destacar el hecho de que se ocupan de cuestiones de poco valor o de hechos elementales o poco claros”. Alpa, Guido, “Modos extrajudiciales de resolución de conflictos”. En Alpa, Guido; Córdoba, Marcos (Dir.), *La mediación: Nuevas investigaciones y aportes desde el derecho comparado*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 58.

¹⁰⁴ Descongestión judicial, que en todo caso, se declara como un objetivo secundario frente al objetivo de contar con soluciones de mayor calidad: Informe final Panel de expertos Modelo Orgánico para la incorporación de



Pareciera ser, ya cerrando este apartado, que el panel se decanta por la instalación de un sistema multipuertas al cual ya no hemos referido¹⁰⁵. “Se estimó que este modelo responde mejor al objetivo de dar una respuesta adecuada a los conflictos, ya que permite tener en consideración una serie de variables al momento de decidir que vía se utilizará para trabajar en la búsqueda de una solución. Asimismo, un sistema multipuerta conlleva una instancia de información al usuario de manera que éste pueda entender los alcances jurídicos de su conflictos, las expectativas que puede tener y claridad respecto de los resultados que puede esperar al aceptar ingresar en una de las vías de solución que ofrezca el sistema”¹⁰⁶. La idea es que a través de una ventanilla única, se recojan, analicen, informen, orienten y deriven los casos. Se contempla incluso que el sistema sea flexible, pudiendo ser utilizado antes del proceso judicial, o bien durante éste, a través de la derivación de los jueces que detecten en las partes un interés por trabajar un acuerdo negociado.

En cuanto a la obligatoriedad o voluntariedad¹⁰⁷ tampoco hay unanimidad en el Panel. Para unos debe ser totalmente voluntario, acompañándose de fuerte difusión. Para otros debe ser parcialmente obligatorio, para las causas de menor cuantía. Y para otros, la mayoría (convencidos de las “bondades” de los MASC), debe ser totalmente obligatorio, única manera de incorporar realmente estos mecanismos a la cultura jurídica (un poco siguiendo el ejemplo del caso argentino), lo que reafirma en sede nacional el debate que hemos explicado antes entorno a esta cuestión y que pareciera no tener rectificación o cambio de rumbo entre nosotros en lo que dice relación con las reformas que acompañaran la dictación de un nuevo Código Procesal Civil.

Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, Op. Cit., p. 17. En otras palabras, la descongestión del sistema de Justicia estatal puede llegar a ser una consecuencia, pero no debe ser considerado el objetivo principal.

¹⁰⁵ Aunque no hay consenso sobre el alcance del sistema, vale decir, si restringirlo a asuntos del orden civil, o ampliarlo.

¹⁰⁶ Informe final Panel de expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, Op. Cit., p. 17.

¹⁰⁷ Informe final Panel de expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, Op. Cit., p. 21.



V. A modo de cierre: términos básicos para un adecuado entendimiento entre la Justicia pública y privada

De las líneas precedentes parece claro que al menos podemos constatar lo siguiente en lo que dice relación con el tema que hemos decidido abordar en esta oportunidad.

- 1) Los ADR en general y la mediación en particular no pueden ser considerados una panacea, ni una “industria”¹⁰⁸, ni un sustituto del deber del Estado de poner a disposición de los ciudadanos un sistema judicial debidamente dotado de recursos humanos y materiales y, por sobre todas las cosas, eficiente. Quizás lo primero que deba hacerse es dejar atrás los excesos de la visión idílica de una justicia que emana de la “conversación-negociación”¹⁰⁹ entre los interesados, No se obtiene nada, salvo seguramente muchas frustraciones y críticas, si junto con ello no se apuesta en serio, por ejemplo, en la formación y capacitación de los mediadores y abogados en estas materias (en el ámbito conceptual, procedimental y comunicacional), y no se analizan las estadísticas efectivas del funcionamiento de estos instrumentos en realidades concretas¹¹⁰, único modo de no caer fácilmente en los eslóganes y propagandas tan propias y abundantes en los textos que abordan estas materias¹¹¹.

- 2) Nos parece que a la luz de las evidencias persiste la necesidad de definir con mayor claridad y transparencia cuáles son los verdaderos propósitos detrás del fomento de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Somos del parecer que la búsqueda de la descongestión o liberación de la carga de los tribunales no sólo constituye una mala explicación, sino que genera consecuencias negativas en la concreta recepción de

¹⁰⁸ Twining, William, “Alternative to what?” Theories of litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some neglected cases”, *The Modern Law Review*, 56, p. 380.

¹⁰⁹ Alpa, Guido, “Modos extrajudiciales de resolución de conflictos”, *Op. Cit.*, p. 63.

¹¹⁰ Un buen ejercicio: Giannini, Leandro, *La mediación en Argentina*, *Op. Cit.*, 200 pp.

¹¹¹ Se aprecia un excesivo entusiasmo en algunos: Barona, Silvia, “Las ADR en la Justicia del siglo XXI, en especial la mediación”, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, Num. 1, 2011, pp. 185 y ss.



estos mecanismos. Lo anterior parece esencial a la hora de definir y zanjar adecuadamente la relación que debe existir entre la Justicia estatal y la que hemos denominado Justicia privada. Somos del parecer, junto a Taruffo¹¹², que es poco defendible que se pretenda dejar como una opción residual a la Justicia estatal, casi con una tendencia a sustituirla. Las alternativas son y deben ser una opción complementaria, y nunca sustitutiva del papel que le corresponde a la Justicia estatal y a los jueces¹¹³. Parece razonable también recordar y reivindicar que cuando hablamos de Justicia hablamos de un bien público, que genera externalidades positivas que justifican la inversión estatal¹¹⁴.

- 3) En la opción entre voluntariedad o bien la imposición de la obligatoriedad (por las razones que sean, incluidas las de instalación cultural que se han esgrimido), creemos que el desarrollo de los mecanismos alternativos, también de la mediación, no puede seguir siendo levantada sobre la base de la imposición o la obligatoriedad, lo que va a contracorriente de la propia esencia de éstos. No se puede seguir obviando que la vía hacia estos mecanismos se “asienta en el principio de la autonomía privada de los particulares”, que se concreta justamente en la voluntariedad y en la necesidad de consentimiento de las partes para que el conflicto se resuelva por alguna de estas vías¹¹⁵. No se puede seguir perdiendo de vista el carácter central de la obligación del Estado de garantizar el acceso a la Justicia y el derecho al debido proceso que debe entenderse como un presupuesto esencial del Estado de Derecho, razón suficiente para concluir que los ADR no pueden ocupar el lugar del proceso judicial como *resguardo*

¹¹² Taruffo, Michele, “La Justicia civil: ¿Opción residual o alternativa posible?. En: Ibañez, Perfecto (Editor), *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la Jurisdicción*, Madrid, Ed. Trotta, 1996, p. 136.

¹¹³ Véase especialmente: Fiss, Owen, “Contra el acuerdo extrajudicial”. En: Fiss, Owen, *El Derecho como razón pública*, Madrid,-Barcelona-Buenos Aires, Ed. Marcial Pons, 2007.

¹¹⁴ Nuñez, Raúl; Carrasco, Nicolás, “Análisis económico de la Administración de justicia: ¿La justicia como bien público o privado?. *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 42, Num. 2, 2015, pp. 595 y ss.

¹¹⁵ Marques, Cátia, *La mediación*, Op. Cit., p. 55.



final de los derechos. Ellos tienen capacidad para completar la respuesta del Estado por constituir una opción legítima, ya que en determinadas situaciones otorga mayores beneficios a los sujetos del conflicto. Es un error presentar el problema en términos de una supuesta elección entre el proceso judicial y los ADR. Estos mecanismos, por mucho que se busque fomentarlos, muestran un límite a la tutela y, además, en múltiples circunstancias ellos son inadecuados a la resolución de una variedad de casos. En consecuencia, los mecanismos alternativos de solución de conflictos solo deben ser un recurso abierto a quien desee aprovecharlo, beneficiándose de sus ventajas (menos costosos, más rápidos, más informales, etc.), pero no deben imponerse a los ciudadanos. En otras palabras, los MARC “son simplemente una alternativa al derecho humano esencial de acceder a la Justicia y contar con el debido proceso legal”¹¹⁶.

- 4) La Justicia pública y los MASC tienen dimensiones complementarias, y cada una apunta a servir a determinadas controversias. No es factible pretender hacer aplicable la fórmula de los mecanismos alternativos a toda clase de controversias, sino que más bien la Justicia pública y las alternativas deben actuar a niveles distintos: a nivel inferior las alternativas¹¹⁷. O dicho en otras palabras, se puede avanzar de la alternatividad a la complementariedad, sobre la base de entender que este complemento se levanta sobre la constatación que para determinadas controversias ellas son la vía más adecuada (entre otros, conflictos entre vecinos, de familia, o de consumidores), por la economía, flexibilidad (que permite que las especificidades del caso sean mejor atendidas), confidencialidad o informalidad que ofrecen a sus protagonistas¹¹⁸.

- 5) Con todo, es impostergable considerar en la reforma al sistema de Justicia civil un

¹¹⁶ Oteiza, Eduardo. “Punto de vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano”, Op. Cit., pp. 197 y ss.

¹¹⁷ Caballero, Francisco, “La Justicia alternativa ¿Otra forma de Justicia?”, Claves de Razón Práctica, Num. 11, 1991, pp. 58-62.

¹¹⁸ Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 56.



diseño único institucional que allane los canales de diálogo y retroalimentación entre sí. Nos parece que avanzar hacia la generación de una oferta institucional que provenga del Estado (cuando corresponda), restando protagonismo a un modelo fallido de licitación lo que debiera implicar dar un giro positivo en la valoración y funcionamiento de estos mecanismos. A estos efectos parece muy importante considerar la experiencia de los *Sistemas multipuertas*, como lo que ha sido la experiencia en varios países de la Región, entre ellos Argentina, de las *Casas de Justicia*¹¹⁹, sistema que integra en un mismo espacio a varios mecanismos o métodos de solución de conflictos¹²⁰. Lo anterior, por cierto, no debe desdeñar el rol que debe cumplir, especialmente en sede civil y comercial, el arbitraje, que en nuestro país también está siendo objeto de un proceso de estudio y actualización a través de proyectos de ley aún pendientes.

6) Si de verdad se quiere que estos mecanismos, en especial la mediación, avancen en una consolidación sin tener que hacerlo mediante imposiciones que no encajan con su naturaleza, la clave está en la profesionalización y especialización. Tampoco cabe olvidar la importancia de la asesoría letrada. Dependiendo del área, debiera contemplarse establecer la regla de la asistencia letrada obligatoria para, por un lado, fortalecer la regularidad del procedimiento, y del otro, asegurar el asesoramiento jurídico y el consentimiento informado. El camino a recorrer debiese partir por apostar y fomentar una mayor implicación por parte de abogados y jueces en el proceso selectivo del mecanismo adecuado a cada situación¹²¹.

7) Por fin, debe evitarse por parte de la doctrina, y sobre todo por parte del legislador, el peligro del reduccionismo de los mecanismos alternativos a una pura visión

¹¹⁹ Lillo, Ricardo; Cabezón, Andrea; Fandiño, Marco. *Mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la Justicia en América Latina*, Op. Cit., p. 75 y ss.

¹²⁰ Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 70.

¹²¹ Marques, Cátia, La mediación, Op. Cit., p. 58.



economicista ligada a la descongestión de los tribunales y el ahorro de recursos para el Estado. Y del otro, debe entenderse que éstos mecanismos alternativos constituyen una pieza clave en los sistemas de justicia que se vienen instalando, pero nunca puede ser considerados una excusa para la reducción del rol que debe cumplir la Justicia pública, cuyo abandono termine forzando a los ciudadanos a “conformarse” con las alternativas que se tornan en “inevitables”¹²². La clave, como siempre, estará en lograr una relación complementaria armónica que no subestime los valores que están detrás del proceso judicial y la Justicia pública, pero que a su turno no desprecie el aporte, que lo tiene, que pueden significar las fórmulas de cooperación que están presentes en los Masc¹²³. Los mecanismos a los que hemos destinado estas líneas deben cumplir ese rol complementario, también a propósito de la reforma a la Justicia civil chilena, asentándose la idea que no se trata de opciones “contradictorias, antagónicas o enfrentadas”, sino que simplemente vías distintas, cada cual “con sus ventajas o inconvenientes”, pero que pueden perfectamente entrar en juego complementándose¹²⁴.

Bibliografía

Aguiló, Josep, *El arte de la mediación: argumentación, negociación y mediación*. Madrid, Ed. Trotta, 2015.

Aguirrezabal, Maite, “Mediación previa obligatoria y acceso a la Justicia en el proceso de familia”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Num. 20, 2013.

¹²² Taruffo, Michele, “Un’alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti”. *Revista de Processo*, Num. 152, IBDP, 2007, pp. 319 y ss.

¹²³ Apelando a este equilibrio véase también: Pérez, Álvaro; Copani, Juan. “Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil: ¿La justa realización del derecho material vs. la resolución del conflicto?”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, 2006, p. 182.

¹²⁴ Véase: Marques, Cátia, *La mediación*, Op. Cit., p. 59.



Alpa, Guido, “Modos extrajudiciales de resolución de conflictos”. En Alpa, Guido; Córdoba, Marcos (Dir.), *La mediación: Nuevas investigaciones y aportes desde el derecho comparado*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015.

Alvear, Soledad; Blanco, Rafael. *Diálogos sobre la reforma procesal penal*. Santiago, Ed. Universidad Alberto Hurtado, 2010.

Arazi, Ronald; y otros. Código Procesal civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires: anotado y comentado. Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2ª edición ampliada y actualizada, Tomo I.

Barona, Silvia, “El movimiento de las ADR en el Derecho comparado”. En: Catalina, María; Castillejo, Raquel (Dir.), 2011.

Barona, Silvia, “Las ADR en la Justicia del siglo XXI, en especial la mediación”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Num. 1, 2011.

Barona, Silvia. “Integración de la mediación en el moderno concepto de Acceso a la Justicia: luces y sombras en Europa”. In Dret, *Revista para el análisis del Derecho*, 2014. En: <http://www.indret.com/pdf/1092.pdf>. Consultado en: 03/03/2016

Berizonce, Roberto, “Mediación, cultura y valores: por qué la conciliación-mediación valorativa”. *Civil Procedure Review*, Vol. 4, Num. 3, 2013.

Bordalí, Andrés, “Justicia privada”. *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XVI, 2004.

Caballero, Francisco, “La Justicia alternativa ¿Otra forma de Justicia?”, *Claves de Razón Práctica*, Num. 11, 1991.

Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant, *El acceso a la Justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, Política y Derecho, 1996.



Chase, Oscar, “El incremento del ADR en el contexto cultural”. En Chase, Oscar, *Derecho, cultura y ritual: sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*, Madrid, Madrid, Ed. Marcial Pons, Colección Proceso y Derecho, 2011.

Comoglio, Luigi, “Mezzi alternative di tutela e garanzie costituzionali”, *Rivista di Diritto Processuale*, 2000.

De la Oliva, Andrés, “Mediación y Justicia: síntomas patológicos”. En: <http://document-andresdelaoliva.blogspot.cl/2011/12/mediacion-y-justicia-sintomas.html>. Consultado en 09/03/16.

De la Oliva, Andrés, “Tres tópicos falsos sobre el derecho y un colofón para juristas”, *Reforma judicial: Revista Mexicana de Justicia*, Num. 4, 2004.

Diario El Mostrador, en: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/03/14/caso-tsunami-tribunal-aplaza-decision-sobre-suspension-condicional-de-la-causa/> Consultado el 15/03/2016.

Duce, Mauricio, “Diez años de reforma procesal penal en Chile: Apuntes sobre su desarrollo, logros y objetivos”. En: Fuentes, Claudio (Coord.), *Diez años de la reforma procesal penal*, Santiago, Ed, Universidad Diego Portales, 2011.

Fiss, Owen, “Contra el acuerdo extrajudicial”. En: Fiss, Owen, *El Derecho como razón pública*, Madrid,-Barcelona-Buenos Aires, Ed. Marcial Pons, 2007.

Frei, Gonzalo (Director), “Informe final “Modelo de gestión para la desjudicialización de materias bajo la nueva Justicia procesal civil”, Universidad Alberto Hurtado, 2013.

Giannini, Leandro, *La mediación en Argentina*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 2015.

Gozaini, Osvaldo. *Introducción a los medios alternativos de resolución de conflictos*. En: Alpa, Guido; Córdoba, Marcos (Dirs.), *La mediación: Nuevas investigaciones y portes desde el Derecho comparado*. Buenos Aires, UAI, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2015.

Hunter, Iván, “Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia”. *Revista de Derecho*, Vol. XX, Num. I, 2007.



Iglesias, José; Calderón, Ma Pía, “Acceso a la Justicia y mediación en asuntos civiles y mercantiles. Cuatro tópicos, tres problemas y una doble precisión (Unión europea y España). En: Aragüena, Coral (Coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Madrid, Ed. Comares, 2011.

Informe final Penal de expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, Ministerio de Justicia, 2013.

Ley N° 19.968 que Crea Tribunales de Familia, en: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/537/1/HL19968.pdf>.

Lillo, Ricardo; Cabezón, Andrea; Fandiño, Marco, Mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la Justicia en América Latina, CEJA-JSCA, en: [http://www.cejamericas.org/Documentos/librosvirtuales/informe IDRC/index.html](http://www.cejamericas.org/Documentos/librosvirtuales/informe_IDRC/index.html). Consultado el 25/02/2016.

López-Barajas, Inmaculada, “La efectividad de la Justicia: una exigencia constitucional (los nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos”. Revista de Derecho Político, Num. 85, 2012.

Marques, Cátia, La mediación. Madrid, Ed. Marcial Pons, 2013.

Maturana, Cristian; Montero, Raúl. Derecho Procesal Penal, Santiago, Ed. Abeledo Perrot, Tomo I, 2010.

Mensaje Proyecto de nuevo Código Procesal Civil, Num. 432-359, de 12 de marzo de 2012.

Mera, Alejandra, “Mecanismos alternativos de solución de conflictos en América Latina. Diagnóstico y debate en un contexto de reformas”. En: VVAA, Aportes para un diálogo sobre el acceso a la Justicia y reforma civil en América Latina, Santiago, CEJA-JSCA, 2013.

Nieva, Jordi, “La mediación: una ‘alternativa’ razonable al proceso judicial”. Revista Actualidad Civil, Num. 15-16, 2012.



Núñez, Raúl; Carrasco, Nicolás, “Análisis económico de la Administración de justicia: ¿La justicia como bien público o privado?. Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 42, Num. 2, 2015.

Oteiza, Eduardo. “Punto de vista: Marc/Adr y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano”. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Num. 8, 2005.

Palomo, Diego, “Sobre la conducta procesal de algunos jueces. De vuelta con la unidimensionalidad de la eficiencia y la potestad conciliatoria como excusas”, Revista Ius et Praxis, año 20, Num. 1, 2014.

Palomo, Diego. “Algunos apuntes a contracorriente sobre la jurisdicción, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, los equivalentes jurisdiccionales y en especial la mediación en materia de salud”. En: Arancibia, Jaime, Martínez, José Ignacio, Romero, Alejandro. *Precedente, cosa juzgada y equivalentes jurisdiccionales en la litigación pública*, Ed. Abeledo Perrot Legal Publishing Thomson Reuters, Universidad de los Andes, 2013.

Palomo, Diego; Valenzuela, Williams, “Descarte de la inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la mediación prejudicial que establece la Ley Num. 19.966: Lectura crítica de la sentencia del Tribunal constitucional”, Revista Ius et Praxis, año 18, Num. 2, 2012.

Peña, Carlos, “Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos”, Justicia y Sociedad, 1999.

Pérez, Álvaro; Copani, Juan. “Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil: ¿La justa realización del derecho material vs. la resolución del conflicto?”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVII, 2006.

Preámbulo de la Ley 5/2102, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r0-rd15-2012.html. Consultado el 07/03/2016.



Ramos, Francisco, “Desjudicialitzar: el repte d’una societat civil madura i democrática”, Revista La Notaria, 2010, Vol. 2, 2010.

Ramos, Francisco, “La eficacia del proceso”, Revista Justicia, 1982.

Ramos, Francisco, “Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito civil patrimonial”, Revista Justicia, 1994.

Ríos, Erick, “La oralidad en los procesos civiles en América Latina. Reflexiones a partir de una observación práctica”, en VVAA, *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la Justicia y reforma procesal civil en América Latina*, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2013.

Sentencia Tribunal Constitucional, de fecha 10 de julio de 2012, en la causa Rol Num. 2042-11-INA, referida a la constitucionalidad del procedimiento de mediación como trámite previo y obligatorio para poder acceder a los Tribunales de Justicia, en: <http://www.cde.cl/web/aplicaciones/BF.nsf/0/35F2E889167923D384257A4C006D91E1?OpenDocument&volver=vwfrmFalJudTod>

Taruffo, Michele, “La Justicia civil: ¿Opción residual o alternativa posible?. En: Ibañez, Perfecto (Editor), *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la Jurisdicción*, Madrid, Ed. Trotta, 1996.

Taruffo, Michele, “Un’alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti”. Revista de Processo, Num. 152, IBDP, 2007.

Twining, William, “Alternative to what?” Theories of litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some neglected cases”, *The Modern Law Review*, 56.

Vargas, Juan, “La reforma a la Justicia civil desde la perspectiva de las políticas públicas”, CEJA-JSCA, en: http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/2930-la-reforma-a-la-justicia-civil-desde-la-perspectiva-de-las-politicas-publicas. Consultado el 25/02/2016.



Vargas, Macarena, “Mediación obligatoria: Algunas razones para justificar su incorporación”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Num. 2, 2008.

Vigoriti, Vincenzo, “Access to Justice, ADR, perspectives”. En *VVAA*, Anuario de Justicia Alternativa, 2008.

Vigoriti, Vincenzo. La Directiva europea sobre la mediación ¿Cómo actuar?. En: Alpa, Guido; Córdoba, Marcos (Dirs.), *La mediación: Nuevas investigaciones y aportes desde el Derecho comparado*. Buenos Aires, UAI, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2015.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil

(Plea bargain in Brazil: nature and control of its validity through an autonomous lawsuit – a dialogue between Criminal and Civil Procedure)

Fredie Didier Jr.

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

AND

Daniela Bomfim

Ph.D. Candidate at the University of São Paulo, Brazil. Master in Laws from the Federal University of Bahia, Brazil.

Sumário: 1 Considerações teóricas sobre os negócios jurídicos. 1.1 A teoria do fato jurídico como uma teoria parcial do direito. 1.2 Sobre o conceito de negócio jurídico. 1.3 Sobre os negócios jurídicos processuais. 2 Colaboração premiada: noções gerais e natureza jurídica. 3 Sobre o juízo de homologação da colaboração premiada. 3.1 Considerações gerais. 3.2 Considerações específicas. 3.3 A retratabilidade do negócio. 4. A possibilidade de controle de validade da decisão homologatória do contrato de colaboração premiada. 5 A legitimidade de terceiros eventualmente atingidos para a propositura de demanda de controle da decisão homologatória da colaboração premiada. 6 O interesse de agir na demanda de controle da



decisão homologatória da colaboração premiada. 7 A inexistência de “preclusão”, pela não interposição de recurso pelo terceiro, quanto ao direito ao controle de validade da decisão homologatória.

Resumo: Em um primeiro momento, o presente artigo busca identificar, à luz da teoria do fato jurídico, a natureza jurídica do instituto da colaboração premiada previsto na Lei n. 12.850/2013. Na sequência, analisa a possibilidade de controle de validade, por meio de demanda autônoma, do negócio de colaboração e da decisão homologatória. Demais disso, enfrenta as questões da legitimidade *ad causam* e do interesse de agir de terceiros eventualmente atingidos pelo negócio de colaboração. Ainda, trata da questão da inexistência de preclusão quanto a eventual direito de invalidar a decisão homologatória em razão da não interposição de recurso em face desta última.

Palavras-chave: Processo penal. Colaboração premiada. Controle de validade.

Résumé: Dans un premier moment, cet article identifie la nature juridique de l’institut de la «colaboração premiada» prévu dans la Loi brésilienne 12.850/2013, à la lumière de la théorie du fait juridique. Ensuite, il analyse la possibilité du contrôle de validité ayant comme objet le pacte de collaboration et la décision judiciaire d’homologation, qui pourrait être exercé par une demande propre. En plus, l’article s’agit des questions de la légitimité et l’intérêt d’agir par rapport aux tiers affectés par le pacte de collaboration. Encore, il aborde la question de l’inexistence de préclusion quant au droit d’invalidation du pacte et de la décision d’homologation, au cas où les tiers n’introduirait pas un recours contre la décision mentionnée.

Mots-clés: Procédure pénale. « Colaboração premiada ». Contrôle de validité.



1. CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE OS NEGÓCIOS JURÍDICOS.

1.1 A TEORIA DO FATO JURÍDICO COMO UMA TEORIA PARCIAL DO DIREITO.

A Teoria Geral do Direito é um sistema de conceitos e enunciados universais e gerais que tem como objeto o fenômeno jurídico. Os conceitos gerais do direito, conceitos jurídicos fundamentais, não pertencem a um dado sistema jurídico positivo, nem a determinados ramos do direito.

Distinguem-se, pois, dos conceitos jurídico-positivos. Os conceitos jurídicos positivos¹ são aqueles relativos a diferentes sistemas jurídico-positivos, conjunto de normas jurídicas em vigor em um determinado momento em uma determinada sociedade.²

Diferentemente, os conceitos *jurídicos fundamentais* são decorrentes dos elementos constantes destes sistemas, que, em sua plataforma comum, são compostos por um certo número de constantes, como os conceitos de poder e sanção, e de uma certa estrutura do pensamento jurídico. Segundo Jean-Louis Bergel, a teoria do direito é uma construção intelectual metódica e organizada baseada na observação e explicação de diversos sistemas jurídicos e destinada a definir os enunciados da construção e aplicação do direito.³

Na estrutura do fenômeno jurídico, não há apenas as normas jurídicas, mas os fatos – e os fatos qualificados como jurídicos – e as situações jurídicas (sentido lato). Assim, os conceitos de fato jurídico (em sentido lato), direitos subjetivos, relações jurídicas, invalidade, dentre outros, são conceitos gerais sobre o fenômeno jurídico. Vale dizer: cuida-se de conceitos que não são relativos aos direitos positivos brasileiro e/ou francês, nem tampouco que pertencem ao ramo do direito processual, do direito civil ou do direito penal. São conceitos que compõem a Teoria Geral do Direito.

A teoria do fato jurídico é um sistema de enunciados e conceitos acerca da estrutura do fenômeno jurídico, que servem à análise de qualquer direito positivo e qualquer ramo do direito. Cuida-se de teoria composta por conceitos *jurídicos fundamentais* (daí ser uma

¹ Cf. TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del derecho*. 18ª ed. Cidade do México: Porrúa, 2005, p. 81; BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 94; SICHES, Luis Recasens. *Filosofia del derecho*. 19ª ed. Cidade do México: Porrúa, 2008, p. 12.

² BERGEL, Jean-Louis. *Théorie Générale du Droit*. 4 éd. Paris: Dalloz, 2003, p. 02.

³ BERGEL, Jean-Louis. *Théorie Générale du Droit*, cit, p. 04.



teoria com pretensão de universalidade) relativos ao fenômeno jurídico. É uma teoria parcial que compõe a Teoria Geral do Direito, já que objeto desta teoria parcial é decorrente da decomposição abstrata do objeto desta última.

A teoria do fato jurídico é uma teoria que não concerne a um direito positivo dado. As teorias parciais – também elas – podem ser classificadas em gerais, particulares e individuais. A teoria do fato jurídico é uma teoria parcial geral. Os conceitos de fato jurídico, relação jurídica, direito subjetivo, por exemplo, são comuns a todos os sistemas jurídicos.

Ademais, trata-se de conceitos que não pertencem aos ramos do direito público ou do direito privado. O conceito de fato jurídico é referente ao direito administrativo (os fatos jurídicos administrativos em sentido amplo), ao direito civil, ao direito penal (o crime é um fato jurídico), ao direito tributário (fato gerador é um fato jurídico), ao direito processual (os fatos jurídicos processuais em sentido amplo).

Em síntese, a teoria do fato jurídico é parte da Teoria Geral do Direito e, assim, precede os diversos ordenamentos jurídicos e os diversos ramos do direito.

1.2 SOBRE O CONCEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO.

Os fatos jurídicos são os fatos (da vida) que são capturados pelas normas jurídicas e, assim, qualificados como jurídicos. Vale dizer: eles são inseridos no mundo do direito para serem idôneos a irradiar efeitos jurídicos (situações jurídicas em sentido lato). Como afirma Pontes de Miranda: “para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’.”⁴ O conceito de fato jurídico é jurídico fundamental, pois serve para a compreensão de qualquer direito positivo.

Os fatos jurídicos existem no mundo jurídico, que é componente do mundo (conjunto de fatos da vida). Todo fato jurídico é fato da vida (juridicizado), mas nem todo fato

⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, t. I, p. 06. Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello: “a incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico.” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71)



da vida é jurídico. É preciso que haja a incidência normativa.⁵ Dos fatos jurídicos – e apenas deles – decorrem os efeitos jurídicos. Relações jurídicas estruturadas por direitos, deveres, estados de sujeição são efeitos jurídicos decorrentes de fatos jurídicos, não apenas de fatos da vida, não apenas de norma jurídica.⁶

O fenômeno jurídico pode ser decomposto em fenômenos componentes, como o fenômeno de apreensão do fato pela norma (ou de incidência da norma) e o fenômeno de irradiação dos efeitos jurídicos. No primeiro, estamos no plano da existência do mundo jurídico; no segundo, no plano da eficácia.

Os negócios jurídicos são espécies de fatos jurídicos (em sentido amplo).

Os fatos jurídicos (em sentido lato) podem ser classificados em razão do elemento cerne (nuclear) do suporte fático, assim entendido como o aquele “que determina a configuração final do suporte fático e fixa, no tempo, a sua concreção”⁷. Os elementos nucleares do suporte fático influem diretamente na existência do fato jurídico.

Pontes de Miranda explica que o ato humano é fato produzido pelo homem, às vezes, mas não sempre, pela vontade do homem. Se é relevante para o direito a relação fato, vontade e homem, é a vontade exteriorizada que é cerne do suporte fático juridicizado. Cuida-se de ato jurídico em sentido amplo. Se, entretanto, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (há a relação apenas entre fato e homem, excluindo-se a vontade), é o fato do homem que entra no mundo jurídico por força da juridicização, como ato-fato jurídico.⁸

Os atos jurídicos em sentido lato são aqueles cujo suporte fático tenha como elemento nuclear a exteriorização consciente da vontade humana, que tenha por objeto a obtenção de um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível”⁹. Aqui, “o ato

⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. I, cit., p. 05; MELLO, Marcos Bernarde de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 09/10.

⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. I, cit., p. 07 e 17.

⁷ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 49.

⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 372/373, t. II.

⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 138.



humano entra no mundo jurídico como ato¹⁰, e não como fato do homem. A vontade exteriorizada é cerne do suporte fático.

Dessa forma, o ato jurídico em sentido amplo seria caracterizado por três elementos: (i) um ato humano volitivo, vale dizer, uma conduta que represente a exteriorização de uma vontade, juridicamente relevante, razão por que figura como cerne do suporte fático de dada norma jurídica (suporte fático abstrato); (ii) a consciência da exteriorização da vontade (vale dizer: o intuito de realizar a conduta); (iii) que o ato se dirija à obtenção de um resultado (o ato jurídico há de ser, ao menos, potencialmente eficaz).¹¹ Ressalte-se que apenas os atos jurídicos em sentido lato são submetidos ao plano da validade (não o são os fatos jurídicos em sentido estrito, os ato-fatos jurídicos e os atos ilícitos).

O ato jurídico em sentido lato é gênero do qual são espécies o ato jurídico em sentido estrito e o *negócio jurídico*.

Em se tratando de ato jurídico em sentido estrito, a vontade humana é elemento do suporte fático, mas ela não atua, em nenhuma medida, quanto aos efeitos decorrentes do ato jurídico. Cuida-se de efeitos pré-estabelecidos pela norma que não podem ser objeto de escolha pelo figurante, ou seja, efeitos necessários. Segundo Pontes de Miranda, “a vontade é sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente e consequente.”¹²

Em se tratando de negócios jurídicos, a vontade é elemento relevante quanto à existência e à eficácia do ato jurídico. A exteriorização da vontade não apenas é elemento cerne do núcleo do suporte fático, como ela também atua em ato de escolha, em maior ou menor medida, a depender dos limites estabelecidos pelo sistema jurídico, no âmbito da eficácia jurídica.¹³

Negócio jurídico, portanto, não é conceito coincidente ao de exteriorização da vontade. Negócio jurídico é fato jurídico, fato qualificado pela incidência normativa. A vontade

¹⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. II, cit., p. 395.

¹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 139 e seq.

¹² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. II, cit., p. 447.

¹³ Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello: “[...]o direito não recebe a vontade manifestada somente como elemento nuclear do suporte fático da categoria que for escolhida pelas pessoas, mas lhe reconhece, dentro de certos parâmetros o poder de regular a amplitude, o surgimento, a permanência e a intensidade dos efeitos que constituam a conteúdo eficaz das relações jurídicas que nascem do ato jurídico.” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 148/149.)



exteriorizada é elemento do seu suporte fático; é fato da vida.¹⁴ Nem toda vontade exteriorizada será apreendida pelo direito – terá relevância jurídica; nem toda vontade exteriorizada que tenha relevância jurídica será apreendida como suporte fático de negócio jurídico.¹⁵

“Tão-pouco, precisa ela, para produzir negócio jurídico, ser “clara” (=declarada)”.¹⁶ É possível que a exteriorização da vontade seja decorrente da interpretação das circunstâncias, dos sinais, do caso concreto. Nesta hipótese, haveria “atuação de vontade”, que Pontes de Miranda também chama de manifestação de vontade.¹⁷

A (exteriorização da) vontade não atua apenas como pressuposto de existência do negócio jurídico, mas ela atua também, em alguma medida, na escolha da eficácia que lhe será decorrente. É preciso deixar claro: os efeitos não decorrem da vontade, quer seja esta considerada em sua concepção subjetiva, como elemento psíquico, quer seja ela considerada em sua concepção objetiva, como exteriorização da vontade.

Por isso, como destaca Marcos Bernardes de Mello, a clássica controvérsia entre os adeptos da teoria da vontade (teoria subjetiva) e da teoria da declaração (teoria objetiva)

¹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 03, t. III.

¹⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, cit., p. 04.

¹⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, cit., p. 04.

¹⁷ Sobre as formas de exteriorização de vontade que podem ser juridicizadas como pressupostos de negócios jurídicos, Pontes de Miranda afirma que podem abranger a manifestação da vontade (atos de vontade declarativos) e a declaração de vontade, que poderia ser, por sua vez, expressa ou tácita. Nas declarações de vontade, tem-se “clara” a vontade (e o seu conteúdo), ou porque ela foi expressamente declarada ou porque a lei ou as circunstâncias haviam preestabelecido o significado do silêncio. Nas manifestações de vontade, “o ato é indício de vontade”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, cit., p. 04/07). Marcos Bernardes de Mello identifica as declarações tácitas como “manifestações de vontade”. Exteriorizações poderiam ser manifestações (exteriorizações tácitas) e declarações (exteriorizações expressas). (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência, cit., p. 141/142.) Paulo Mota Pinto vale-se da dicotomia declaração tácita/declaração expressa no sentido que costuma ser atribuído à dicotomia manifestação/declaração, ressaltando que a diferença, nesse particular, seria apenas terminológica. Nega o autor a doutrina dos negócios sem declaração (os chamados negócios de vontade), mas, como ressalta, adota um conceito amplo de declaração. Adotando a concepção ampla de declaração, o autor distingue as suas modalidades (expressa ou tácita) em razão da configuração de relação entre manifestante e manifestado, contrapondo a manifestação por símbolo e por sinais. A distinção também se baseia na preexistência de uma relação semântica entre o significante e significado. (PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Lisboa: Almedina, 1995, p. 543 e seq.) A controvérsia reside, portanto, em questões terminológicas, em razão de adotar-se um conceito restrito ou amplo de declaração. Não se deve, aqui, permanecer nela. O que se deve atentar é o seguinte: compõem os substratos fáticos dos negócios jurídicos não apenas as chamadas declarações expressas de vontade, mas também as declarações tácitas/manifestações de vontade (e isso não mais se questiona, atualmente).



esvazia-se diante da distinção entre a exteriorização de vontade, pressuposto fático, e o negócio jurídico, conjunto de fatos juridicizado. Ambas as teorias – subjetiva e objetiva – são marcas do voluntarismo e do seu contexto ideológico liberal.¹⁸

Os efeitos jurídicos, como visto, decorrem dos fatos jurídicos, e não dos fatos apenas, e não das normas apenas. Os efeitos jurídicos negociais decorrem dos negócios jurídicos, e não de um dos seus pressupostos fáticos. Isso não torna irrelevantes os fatos da vida e a previsão normativa. Ao contrário, sem os fatos da vida, não há incidência normativa, não há fato jurídico; sem a previsão normativa que possibilite a irradiação da eficácia, ainda que se dê algum poder de escolha ao sujeito, não há tal irradiação.

A irradiação dos efeitos jurídicos negociais depende, assim, do sistema jurídico e das normas que o compõem. *O autorregramento da vontade apenas pode atuar onde o sistema lhe deixa espaço para tanto.*

Como ensina Pontes de Miranda, o sistema jurídico apenas põe no seu mundo (jurídico) parte da teia de relações fáticas interhumanas e interesses a elas relacionados. Ainda quando faz entrar no mundo jurídico a atividade humana ou parte dela, “não a prendem de todo; e deixam campo de ação, em que a *relevância jurídica* não implique disciplinação rígida da vida em comum”¹⁹.

Conclui o autor ser o autorregramento da vontade, expressão que, segundo ele, deve prevalecer às expressões “autonomia da vontade” e “autonomia privada”, este “espaço deixado às vontades sem se repelirem do jurídico tais vontades”.²⁰ Tal espaço deixado pelo sistema jurídico à vontade humana caracteriza-se por (i) ser relevante ao direito e (ii) por ser interior às linhas traçadas pelas normas jurídicas cogentes.²¹ É o próprio sistema jurídico que concede, em caráter geral, o poder de o sujeito regular os seus próprios interesses, quando lhe é permitido pelo sistema e dentro dos limites por ele previstos.

A vontade humana não é ilimitada, e não depende dela o que entra ou não no mundo jurídico. É o sistema que “limita a classe dos atos humanos que podem ser

¹⁸ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência, cit., p. 161/164.

¹⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, cit., p. 54.

²⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, cit., p. 54.

²¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, cit., p. 55.



juridicizados”.²² É também o sistema jurídico que limita os efeitos ou as categorias de efeitos jurídicos que podem ser criados. Só há poder de escolha de eficácia jurídica quando o sistema jurídico deixou espaço para tanto.

Pontes de Miranda, no que diz respeito à amplitude da atuação da escolha do sujeito no âmbito da eficácia jurídica, trabalha com os conceitos de cogência absoluta e cogência relativa. Há cogência absoluta, quando o sistema jurídico preestabelece, de modo claro e irremovível, as relações jurídicas que serão irradiadas quando incidir a norma jurídica e configurar-se o fato jurídico. Há cogência relativa, quando o sistema cria tipos, categorias, de efeitos jurídicos, de relações jurídicas, dentre as quais se pode escolher o que convém. “Aqui, a escolha entre os tipos de relações jurídicas deixa às vontades preferir uma outra, respeitados os limites”, os limites que o próprio sistema impõe.²³

Marcos Bernardes de Mello acrescenta, ainda, a ideia da maior ou menor indeterminação normativa para regular a amplitude do poder de autorregramento da vontade. Quanto maior a indeterminação normativa, porque menos específica, maior seria o âmbito de atuação do autoregramento dos interesses pelo sujeito, sempre respeitados os limites impostos sistematicamente.²⁴

O conceito, portanto, de negócio jurídico pode ser decomposto da seguinte forma: (i) cuida-se de espécie de ato jurídico em sentido lato, já que a exteriorização da vontade é cerne do núcleo do seu suporte fático; (ii) a vontade exteriorizada atua também no exercício do poder de escolha no âmbito da eficácia jurídica, dentro dos limites predeterminados pelo sistema jurídico. Há, no mínimo, poder de escolha de categoria jurídica eficaz; pode haver escolha do conteúdo e estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas.²⁵

O conceito de negócio jurídico não é restrito ao âmbito do direito privado. Como visto, os conceitos da teoria do fato jurídico são conceitos lógico-jurídicos e são aplicáveis em todos os âmbitos do Direito. O contrato administrativo nada mais é do que um negócio jurídico

²² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, cit., p. 55/56.

²³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, cit., p. 56.

²⁴ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência, cit., p. 179.

²⁵ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência, cit., p. 184.



de direito administrativo; a colaboração premiada é um negócio jurídico celebrado no âmbito do direito penal e processual penal; a desistência da demanda é um negócio jurídico processual.

É, neste sentido, inclusive, que Pontes de Miranda crítica o termo “autonomia privada”. Diz: “Evite-se, outrossim, chamá-la autonomia privada, no sentido de auto-regramento de direito privado, porque, com isso, se elidiria, desde a base, qualquer auto-regramento da vontade em direito público, – o que seria falsíssimo.”²⁶

1.3 SOBRE OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS.

Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais²⁷. No negócio jurídico, há escolha do regramento jurídico para uma determinada situação²⁸. A exteriorização de vontade do sujeito que implica o exercício de um poder de regular, em maior ou menor medida, o conteúdo de situações jurídicas processuais significa a existência de um negócio jurídico processual.

No âmbito do direito processual civil, o Código de Processo Civil de 1973 já previa alguns negócios jurídicos processuais (negócios jurídicos processuais típicos), como é o caso da desistência (art. 267, VIII,). Barbosa Moreira, em seu trabalho “Convenções das partes sobre matéria processual”, já reconhecia a referência legal a convenções processuais (expressão utilizada pelo autor), como da cláusula de eleição de foro, convenções sobre suspensão do processo, adiamento da audiência por convenção das partes etc.²⁹

²⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, cit., p. 56.

²⁷ DIDIER Jr., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 59/60.

²⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 166.

²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das partes sobre matéria processual*. In: Temas de direito processual civil. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87.



O Código de Processo Civil de 2015 veio consagrar um contexto de transformação do direito processual civil brasileiro³⁰. O CPC de 2015 é, essencialmente, novo; ele consagra uma nova ideologia do processo civil, em que a figura do juiz perderá espaço para a figura das partes. É possível que seja chamado de Código das Partes. O CPC de 2015 contem previsão expressa da atipicidade do negócio jurídico processual – art. 190. Cuida-se de uma cláusula geral, cláusula geral do negócio jurídico processual.³¹

Bem pensadas as coisas, na própria petição inicial, há pelo menos o negócio jurídico processual³² de *escolha do procedimento* a ser seguido, visualizado com mais facilidade quando o autor pode optar entre diversos procedimentos, como entre o mandado de segurança e o procedimento comum.

No âmbito do direito processual penal, a previsão do art. 89³³ da Lei n. 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais) é um exemplo de negócio jurídico processual penal

³⁰ Barbosa Moreira, no início da primeira década do século XXI, já alertava sobre a transformação ideológica decorrente da crise do modelo publicista do processo (cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo, as partes e a sociedade*. In: Temas de direito processual civil. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 37/39). Sobre o histórico dos modelos ideológicos, sob a perspectiva da força da vontade das partes no processo, cf. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*. Rio de Janeiro: Tese de Doutorado da UERJ, 2014, p. 55 e seq.)

³¹ No CPC de 2015, além da previsão da atipicidade do negócio processual, há também negócios processuais típicos: a eleição negocial do foro (art. 63), o negócio tácito de que a causa tramite em juízo relativamente incompetente (art. 65), o calendário processual (art. 191, §§1º e 2º), a renúncia ao prazo (art. 225), o acordo para a suspensão do processo (art. 313, II), organização consensual do processo (art. 357, §2º), o adiamento negociado da audiência (art. 362, I), a convenção sobre ônus da prova (art. 373, §§3º e 4º), a escolha consensual do perito (art. 471), o acordo de escolha do arbitramento como técnica de liquidação (art. 509, I), a desistência do recurso (art. 999) etc. Todos são negócios processuais típicos.

³² Vai ainda mais além Paula Costa e Silva, com argumentos muito bons, que aproxima o *acto postulativo* do ato negocial. Defende que é ato que delimita o objeto do processo e que traduz o que a parte “quer” do tribunal. Traduz manifestação de vontade, com escolha dos efeitos desejados, sendo que o tribunal fica adstrito ao que lhe foi pedido (SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo*, cit., p. 318 ss.). A ideia parece correta e a ela aderimos. Em *sentido diverso*, entendendo que a postulação é um ato jurídico em sentido estrito, OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *O juízo de identificação de demandas e de recursos no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119.

³³ “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de frequentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da



típico. Cuida-se de negócio formado pela proposta do Ministério Público (vontade exteriorizada) aceita pelo acusado, assistido de seu defensor, (vontade exteriorizada) com a participação do juiz, por meio do qual as partes exteriorizam a sua vontade para suspender o processo para que, durante o período de suspensão, o acusado tenha a oportunidade de cumprir determinadas condições para a extinção da punibilidade.

As partes exteriorizam a vontade, que, aqui, não apenas é elemento fático do ato jurídico, mas que também atua na escolha, dentro dos limites preestabelecidos, da categoria jurídica e seu conteúdo (há escolha, no mínimo, pela suspensão do processo e seu período). O negócio é processual, já que a vontade exteriorizada atua no âmbito das situações jurídicas processuais; o que se pactua é a suspensão do processo, e não a suspensão de eventual pena.

2. COLABORAÇÃO PREMIADA: NOÇÕES GERAIS E NATUREZA JURÍDICA.

A Lei n. 12.850/2013 prevê modalidade de colaboração premiada, por meio da qual, de um lado, o Ministério Público ou o delegado de polícia (com a participação do Ministério Público) e, do outro, o acusado (assistido por seu defensor) exteriorizam as respectivas vontades para celebrar o “acordo de colaboração”, expressão utilizada pelo próprio diploma legislativo.

A colaboração premiada prevista na Lei n. 12.850/2013 é um negócio jurídico. Veja-se.

O seu suporte fático tem, em seu núcleo, como elemento cerne, a vontade exteriorizada das partes, que, no caso, são (i) delegado de polícia, com a participação do Ministério Público, ou apenas o Ministério Público, e (ii) acusado, assistido por seu defensor. O juiz não é parte no negócio; ele não exterioriza a vontade jurisdicional para a sua formação. O órgão jurisdicional atua em momento posterior, no juízo de homologação do negócio, fator de eficácia negocial.

comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.”



É o que diz, inclusive, o §6º do art. 4º da Lei: “O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”.

De um lado, o Ministério Público, a qualquer tempo, ou o delegado de polícia, durante o inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público (art. 4º, § 2º), exteriorizam a sua vontade como parte relacionada ao direito de persecução, em favor da sociedade. *Sem a vontade do órgão ministerial ou da autoridade policial inexistente acordo de colaboração.* Sobre a capacidade negocial do delegado de polícia, cuidar-se-ia de (in)capacidade relativa específica, já que é imprescindível a manifestação do Ministério Público como elemento complementar do suporte fático negocial.³⁴

Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato defendem a inconstitucionalidade dos parágrafos segundo e sexto do artigo quarto da lei, já que, segundo argumentam, eles transformariam o delegado de polícia em sujeito processual.³⁵ Não parece a melhor posição. A lei atribui ao delegado de polícia capacidade negocial – e ainda exige a sua complementação – apenas nos autos do inquérito policial, em que o delegado já é titular de poderes (situações jurídicas ativas) relativos à investigação e colheita de provas quanto à autoria e materialidade do delito. A colaboração premiada, que tem como fim, nesse particular, justamente a colheita de prova, não transforma o delegado em legitimado para propor a demanda penal; ele apenas terá capacidade negocial – desde que complementada pela participação do Ministério Público – justamente tendo como fim a investigação.

³⁴ Como ensina Marcos Bernardes de Mello, “diferentemente dos elementos completantes, os complementares não integram o núcleo do suporte fático, apenas o complementam (não completam) e se referem, exclusivamente, à perfeição de seus elementos”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência, cit., p. 52).

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa*. Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 122/123.



Do outro lado, para a formação do negócio de colaboração, exige-se a exteriorização de vontade do investigado/acusado colaborador. A lei também se refere à participação do seu defensor, mas não parece que ele seja, essencialmente, parte no negócio, mas, sim, assistente do acusado. Aqui também, o investigado/acusado é incapaz relativamente e, por isso, tem de ser assistido pelo seu defensor, para que este possa orientá-lo sobre o significado e consequências da vontade que será exteriorizada. Sem a exteriorização de vontade do investigado/acusado inexistente negócio jurídico.

Como se vê, a exteriorização de vontade é elemento nuclear do suporte fático do ato jurídico, que, então, já pode ser qualificado como um ato jurídico em sentido amplo.

Mas é possível ir além. A vontade das partes também atua no âmbito da eficácia do negócio, na escolha do seu conteúdo eficaz, dentro dos limites traçados. O ordenamento deixa, aqui, espaço para o exercício do autorregramento, que, como todo espaço para o autorregramento, é limitado pelo próprio sistema.

As partes negociam e definem a prestação de colaboração, que passa a ser devida, justamente, em razão do negócio. Há, assim, definição de consequência jurídica e do seu conteúdo.

Em razão do negócio e da prestação de colaboração, o colaborador obriga-se a renunciar ao direito ao silêncio.³⁶ É o que diz o §14 do art. 4º: “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.” Há, também, definição da consequência jurídica que tem como fim a extinção do direito ao silêncio, que, se invocado, seria incompatível com a obrigação de colaboração assumida.

³⁶ Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci: “havendo acordo homologado, atuando como testemunha (hipótese em que recebeu perdão judicial, encontrando-se extinta a sua punibilidade), deve o colaborador, ao ser ouvido em juízo, renunciar, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio, compromissando-se a dizer a verdade (art. 4º, §14, da Lei 12.850/2013). Não teria sentido pretender cooperar invocando o direito de permanecer calado. [...] No entanto, se for denunciado, figurando como corréu, embora protegido pelo acordo, não pode ser compromissado a dizer a verdade, visto não ser testemunha. Por outro lado, também não pode invocar o direito ao silêncio, pois se o fizer infringe as regras do acordo, que não mais surtirá efeito.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 70/71).



Obrigação de colabora o e a conseqüente obriga o de renúncia ao direito ao silêncio são conseq ncias jurídicas definidas em razão do ato de escolha dos negociantes.

As partes também negociam e definem a conseq ncia jurídica que será irradiada em favor do colaborador (a vantagem que irá obter em razão da presta o de colabora o); em razão da presta o a que se obriga, o colaborador terá como vantagem um tipo de decisão material penal (que haverá com a homologa o do acordo), que poderá ser de perdão judicial, de redu o em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou de sua substitui o por restritiva de direitos.

O benefício que se pactua em favor do colaborador   conseq ncia jurídica definida em razão do acordo de vontades celebrado. Também o seu conteúdo é definido, dentro dos limites deixados pelo sistema, pela vontade exteriorizada das partes: o benefício pode ser um entre as três op oes previstas legalmente.

Essas são as principais conseq ncias jurídicas decorrentes do ato de escolha de categoria jurídica e, no que for possível, do seu conteúdo. Demais disso, do ato de escolha das partes pode decorrer a suspensão do procedimento investigativo ou do processo penal (com a suspensão de prazo prescricional) a fim de que, durante o prazo de suspensão, sejam cumpridas as medidas de colabora o. É o que está dito no  3  do art. 4 . A suspensão do inq rito ou do processo penal não será automática; ela decorre, justamente, da atua o da vontade no  mbito da eficácia do ato jurídico em sentido amplo.

A vontade, portanto, não é apenas pressuposto fático do ato jurídico, mas ela também atua no  mbito de sua eficácia, no  mbito da escolha de categoria eficaz e de seu conteúdo, sempre dentro dos limites traçados pelo sistema.

Cuida-se, pois, claramente, de um negócio jurídico.

A natureza negocial da colabora o premiada é reconhecida, corretamente, pela própria lei, que se vale de expressões como “negocia es”, “acordo de colabora o”, “voluntariedade”, “homologa o de acordo”. Os termos utilizados são indicativos de que o



sistema deixou, aqui, espaço para o exercício do autorregramento da vontade (não se pode esquecer que o sentido literal possível é o início do processo de interpretação).

O fato de as consequências serem permitidas legalmente não retira a característica negocial do ato. Ao contrário, o permissivo expresso à criação de tais situações jurídicas em razão da atuação da vontade das partes é, justamente, a atribuição de poder negocial para que as partes possam celebrar o negócio de colaboração.

O espaço do autorregramento da vontade é aquele deixado pelo sistema jurídico, que confere aos sujeitos o poder de escolha, em menor ou maior medida, das categorias eficazes e, no que for possível, de estrutura e conteúdo das relações jurídicas, sempre dentro dos limites estabelecidos pelo sistema. Em nenhum âmbito do direito, pode-se falar em autorregramento sem limites; ao contrário, o autorregramento pressupõe um espaço atribuído e limitado pelo sistema.

Toda situação jurídica decorre da incidência normativa. Isso não muda com o fato de poder ser ela objeto de negócio jurídico processual. Negócio jurídico é fato jurídico, decorrente da incidência normativa. A vontade atua, em maior ou menor medida, no exercício de escolha cujo espaço é atribuído ao sujeito.

É atécnico falar, quanto a qualquer negócio jurídico, que a vontade cria efeito jurídico, assim como é atécnico falar que efeito jurídico decorre de lei. Efeito jurídico decorre de fato jurídico, que se forma com a incidência normativa. A consequência jurídica irradiada deve estar prevista ou, ao menos, admitida pelo sistema.

Como ensina Marcos Bernardes de Mello, “a norma jurídica, entretanto, embora não seja a fonte dos efeitos jurídicos, é que define qual a eficácia que terá o fato jurídico”³⁷. E, na sequência, sobre a amplitude do poder de autorregramento da vontade, “o que, porém, não nos parece possível é a criação voluntária de efeitos que não estejam previstos ou, ao menos, admitidos pelo sistema”³⁸. O exercício de autorregramento não cria nova categoria de efeitos

³⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência, cit, p. 167.

³⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência, cit, p. 176.



jurídicos; cuida-se de poder de escolha, que pode atuar também quanto à estruturação e o conteúdo, mas sempre de situações jurídicas admitidas pelo sistema.

A colaboração premiada prevista na Lei n. 12.850/2013 é, assim, um negócio jurídico. E mais. É um negócio jurídico bilateral, já que formado pela exteriorização de vontade de duas partes: a do Ministério Público ou do delegado de polícia, complementada pela manifestação do *Parquet*, e a do colaborador. O órgão jurisdicional, como visto, não é parte no negócio; ele não exterioriza a sua vontade para a sua formação. A atuação do órgão jurisdicional corresponde ao juízo de homologação; ela atua no âmbito da eficácia do negócio, e não de sua existência.

É possível ir ainda mais além.

Os negócios jurídicos *bilaterais* costumam ser divididos em *contratos*, quando as vontades dizem respeito a interesses contrapostos, e *convenções*, quando as vontades se unem para um interesse comum³⁹.

A colaboração premiada é um negócio jurídico bilateral que se caracteriza como um contrato, considerando a contraposição dos interesses, aqui consubstanciados nas vantagens esperadas por ambas as partes em razão do conteúdo pactuado.

De um lado, o Ministério Público (ou o delegado, com a participação do Ministério Público) espera (e tem direito em razão do negócio) colaboração do investigado ou acusado com o fim de colher informações e elementos de prova. Este interesse não é comum; cuida-se de vantagem buscada pelo órgão de investigação ou acusação. Tanto não é interesse comum que a colaboração costuma significar ao colaborador assumir a participação no delito. Tanto não é interesse comum que, para tanto, o colaborador abre mão do direito ao silêncio.

Do outro lado, o colaborador terá, como vantagem contraposta à obrigação assumida, uma decisão judicial penal que signifique o perdão judicial, a redução de pena privativa de liberdade ou a sua conversão em pena restritiva de direito. É por esta razão que o colaborador celebra o negócio e obriga-se a colaborar.

³⁹ Por exemplo, GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 297 e segs.; BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Fernando de Miranda (trad.). Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t. 2, p. 198.



Em se tratando de negócio jurídico bilateral caracterizado por interesses contrapostos das partes, configurada resta a sua natureza contratual. Cuida-se, ainda, de contrato bilateral (ou sinalagmático) e oneroso.

Os contratos bilaterais são aqueles dos quais decorrem deveres de prestar principais para ambas as partes, estas entendidas como polos de interesses homogêneos formados pelos sujeitos que exteriorizaram a sua vontade para a formação do negócio jurídico. Tais deveres de prestar estão em relação causal recíproca: um é a razão de ser da outra. No contrato de compra e venda, por exemplo, o vendedor obriga-se a transferir a propriedade porque receberá o preço, o comprador obriga-se a pagá-lo, porque irá receber a propriedade. Esta dependência recíproca entre as obrigações é o sinalagma; por isso, os contratos bilaterais são também chamados de sinalagmáticos. Dos contratos unilaterais, por sua vez, decorre dever principal de prestar apenas para uma das partes; é o caso, por exemplo, da doação e do comodato.⁴⁰

Os contratos também podem qualificar-se como onerosos ou gratuitos. Nesta classificação, analisa-se a existência de vantagem e desvantagem em um mesmo polo de interesses. Nos contratos onerosos, cada parte visa obter uma vantagem e, logo, terá uma desvantagem, correspondente ao proveito da outra; no contrato gratuito, apenas uma das partes obterá um proveito. O conceito de contrato oneroso não está, portanto, relacionado à prestação de entregar quantia, mas, sim, à existência de vantagem e desvantagem em um mesmo polo da relação.⁴¹

Pois bem.

⁴⁰ Cf. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 84/85.

⁴¹ Todo contrato bilateral é oneroso, mas nem todo contrato oneroso é bilateral. O mútuo feneratício é um contrato unilateral, em que o mutuário obriga-se a entregar bem equivalente ao que lhe foi entregue a título de empréstimo e, demais disso, obriga-se a pagar os juros remuneratórios). É, por sua vez, um contrato gratuito, já que, de um lado, o mutuante fica sem a disponibilidade imediata do bem emprestado (desvantagem), mas receberá os juros (vantagem), do outro, o mutuário terá a disponibilidade imediata da coisa fungível, com transferência de propriedade (vantagem), mas pagará os juros, desvantagem. (cf. GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 87)



Na colaboração premiada, o colaborador obriga-se a colaborar porque receberá, “em troca”, a decisão penal favorável de extinção da punibilidade ou redução ou conversão de pena. Já a parte contrária propõe a decisão penal favorável porque receberá, “em troca”, a colaboração efetiva, da qual deverá decorrer, no mínimo, um dos resultados previstos no art. 4º da Lei. Esta reciprocidade entre as parcelas que cabem a cada parte no acordo é que caracteriza o seu sinalagma. Cuida-se, pois, de contrato sinalagmático.

Consequentemente, cuida-se de contrato oneroso: em um polo, o colaborador terá como vantagem a extinção da punibilidade ou a redução ou a conversão de pena, mas, para tanto, terá, como sacrifício, o dever de colaboração, que implica, inclusive, a renúncia ao direito ao silêncio; no outro polo da relação, a parte contrária terá, em favor da coletividade, a colheita de informações e elementos de prova sobre o delito, mas, como contraponto, a sociedade abrirá mão da punibilidade ou da pena correspondente à redução ou conversão.

Por fim, cuida-se de contrato de natureza *mista*: nele, a vontade atua na definição e escolha de categorias jurídicas processuais e materiais. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual e material.

A obrigação de colaboração tem como fim a colheita de informações e de elementos probatórios, quer na fase investigativa, quer na fase de acusação, no que concerne ao suposto delito. É isso que busca o Poder Público ao celebrar o negócio; sob a perspectiva do Ministério Público ou do delegado de polícia, com a participação do Ministério Público, esta é a causa do negócio celebrado.

Tanto é que se exige, para que seja efetiva a colaboração prestada pelo colaborador, que dela tenha decorrido, alternativamente, um dos seguintes resultados: (i) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; (ii) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; (iii) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; (iv) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; (v) a localização de eventual vítima com



a sua integridade física preservada. A colaboração só será tida por efetiva, caso dela decorra uma das referidas consequências.

A obrigação de colaborar é uma situação jurídica de natureza *processual*; ela tem como direito corresponsivo, titularizado pela parte contrária, o direito à colheita da prova oral. Além disso, como visto, é possível que se pactue a suspensão do inquérito ou do processo penal, também consequências jurídicas processuais. Se presentes os pressupostos do §4º, pode-se, ainda, estabelecer o não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, em outras palavras, cuidar-se-ia de renúncia ao direito de denunciar, situação jurídica pré-processual.

Nessa perspectiva, o negócio é processual – ressalvada a hipótese da renúncia ao direito de denunciar –, pois se estabelecem, extinguem ou modificam situações jurídicas processuais.

Na perspectiva da vantagem intencionada pelo colaborador, o negócio é *material*. Por meio dele, pactua-se o perdão judicial, causa de extinção de punibilidade, nos termos do art. 107, IX, do Código Penal, ou a redução da pena restritiva de liberdade ou a sua conversão em pena restritiva de direito. Com a homologação do pacto, o colaborador terá em seu favor uma decisão judicial penal que lhe é, em alguma medida, favorável – é isso que busca com o negócio celebrado. As situações jurídicas pactuadas têm, nessa perspectiva, *natureza penal material*. Não se referem ao procedimento de investigação, nem ao processo de acusação; elas se referem à aplicação da pena prevista para o delito.

Em síntese, a colaboração premiada prevista na Lei n. 12.850.2013 é (i) ato jurídico em sentido lato, já que a exteriorização de vontade das partes é elemento cerne nuclear do seu suporte fático; (ii) é negócio jurídico, pois a vontade atua também no âmbito da eficácia do ato, mediante a escolha, dentro dos limites do sistema, das categorias eficaciais e seu conteúdo; (iii) é negócio jurídico bilateral, pois formado pela exteriorização de vontade de duas partes, e de natureza mista (material e processual), haja vista que as consequências jurídicas irradiadas são de natureza processual e penal material; (iv) é contrato, considerando a contraposição dos interesses envolvidos.



3. SOBRE O JUÍZO DE HOMOLOGAÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA.

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.

Como ensina Pontes de Miranda, “homologar é tornar o ato, que se examina, semelhante, adequado, ao ato que deveria ser”. “Ser homólogo é ter a mesma razão de ser, o que é mais do que ser análogo, e menos do que ser o mesmo”.⁴² A homologação é julgamento sobre estarem satisfeitos os pressupostos de forma e/ou os pressupostos de fundo quanto a determinado ato praticado por sujeito diverso do órgão jurisdicional que homologa. Homologar é julgar “sobre o que até então se passou”⁴³.

O ato de homologação é pronunciamento de que o que se produziu está homólogo àquele considerado em um modelo abstrato, para que, assim, possam ser irradiados os efeitos previstos a este último.⁴⁴ Na homologação da sentença estrangeira, por exemplo, o modelo comparado é a sentença proferida pela Justiça brasileira.⁴⁵

Na homologação de espécies de autocomposição (reconhecimento da procedência do pedido, renúncia ao direito afirmado e transação), quando admitidas, o modelo é o julgamento dos pedidos formulados pelo demandante para que se tenha certificação de existência ou inexistência do direito idônea a ser revestida pelo manto da imutabilidade. Ao se homologar, assim, a transação, está-se dizendo que o ato praticado pelas partes é homólogo à decisão que julga o pedido, para que se tenha por certificada existência/ inexistência de direitos e deveres, conforme as concessões recíprocas pactuadas pelas partes, formando-se a coisa julgada. Raciocínio semelhante pode ser feito no que concerne ao reconhecimento da procedência do pedido e à renúncia do direito afirmado.

⁴² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 410.

⁴³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*, cit., p. 410.

⁴⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*, cit., p. 410-411.

⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 63.



No âmbito do direito processual civil, as espécies de autocomposição (reconhecimento da procedência do pedido, renúncia ao direito afirmado e transação) são causas de extinção do processo com resolução do mérito (art. 487, III, CPC). A decisão que as homologa equivale (é homóloga) à decisão que julga o mérito do pedido; o juízo de homologação é, justamente, o juízo sobre a satisfação dos pressupostos necessários para tal equivalência. Ocorrendo o trânsito em julgado, há a formação de coisa julgada material.

Essa é, aliás, a razão da diferença de tratamento entre a execução da decisão que homologa acordo e a execução de acordo não homologado; no primeiro caso, execução de título judicial (art. 515, III, CPC); no segundo, execução de título executivo extrajudicial (art. 784, II, CPC). Há, pois, uma diferença no tratamento normativo do negócio jurídico. A execução de título judicial não permite qualquer discussão; a cognição é limitada, exatamente porque se trata de uma execução de sentença (somente podem ser alegadas as matérias constantes do art. 525, §1º, CPC, quase todas elas relativas a fatos posteriores ao negócio jurídico). A execução de título extrajudicial permite ao executado a alegação de qualquer matéria de defesa, sem limitação alguma. Qual o fundamento para a diferença do tratamento? A coisa julgada material, atributo das decisões judiciais, mesmo homologatórias, mesmo em jurisdição voluntária, impede a rediscussão do que foi decidido (no caso, decisão das partes interessadas homologada pelo juiz).

A coisa julgada material é uma situação jurídica: a força que qualifica uma decisão como obrigatória e definitiva. Daí se falar em “autoridade” da coisa julgada. Como situação jurídica, a coisa julgada é um efeito jurídico – efeito que decorre de determinado fato jurídico, após a incidência da norma jurídica.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade da demanda, o fenômeno jurídico substancial, inserido no processo por meio de afirmação da demanda e submetido ao contraditório efetivo, será objeto de cognição e decisão pelo órgão jurisdicional. Normalmente, garante-se aos interessados a possibilidade de impugnar essa decisão judicial, seja por recurso, seja outro meio de impugnação.



Sucedee que a impugnabilidade das decisões não pode ser irrestrita; a partir de certo momento, é preciso garantir a estabilidade daquilo que foi decidido, sob pena de perpetuar-se a incerteza sobre a situação jurídica material submetida à apreciação e decisão do órgão jurisdicional, o que seria contrário à própria *ratio* da atividade jurisdicional.

Surge, então, a coisa julgada, que é a situação jurídica que garante a estabilidade e imutabilidade da decisão judicial. São dois corolários dessa autoridade: a decisão torna-se indiscutível e imutável. Cuida-se de instituto jurídico que integra o conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica, assegurado em todo Estado Democrático de Direito. Com expressa previsão de tutela constitucional (art. 5, XXXVI, CF), ele garante aos jurisdicionados que a solução final dada à demanda será definitiva, não podendo, em princípio, ser rediscutida, alterada ou desrespeitada, quer pelas partes, quer pelo próprio Poder Judiciário.

A aptidão para formação da coisa julgada é característica da função jurisdicional; a coisa julgada diz respeito exclusivamente a decisões jurisdicionais. Isso não quer dizer que a coisa julgada seja pressuposto da decisão jurisdicional; não é.

Primeiro, porque, em verdade, é a decisão jurisdicional que é um dos pressupostos da coisa julgada material. Sem decisão jurisdicional, inexistente o fato jurídico da coisa julgada material.

Segundo, porque a coisa julgada é uma opção política do Estado. Nada impede que o legislador, em determinadas hipóteses, retire de certas decisões a aptidão de ficar submetida à coisa julgada; ao fazer, não lhes retira a jurisdicionalidade.

Demais disso, sabe-se que a coisa julgada não é absoluta; cabe ao legislador, ao traçar o seu perfil dogmático, estabelecer as hipóteses, o meio e o prazo para a sua desconstituição (é preciso que tais elementos sejam conhecidos previamente pelos jurisdicionados, sob pena de esvaziamento dos valores segurança e confiança, que, nesse caso, são a própria *ratio* do instituto).



Dessa forma, a aptidão da coisa julgada é característica própria da função jurisdicional, independentemente da matéria que lhe seja objeto (civil, trabalhista, penal etc.). Os pressupostos que irão compor o núcleo do fato jurídico, juntamente com a decisão jurisdicional, as exceções à imutabilidade, as hipóteses de rescindibilidade são questões, por sua vez, que irão depender do regime jurídico próprio da coisa julgada de cada ramo do direito.

Também a situação jurídica de natureza material penal é submetida, por meio da demanda, ao contraditório e à cognição e decisão judicial. O fenômeno jurídico penal somente pode ser constatado e efetivado por meio de um processo judicial devido. Nesse âmbito, com ainda maior razão, não há espaço para a autotutela, considerando os bens jurídicos envolvidos, quer aqueles supostamente violados (e que são tão relevantes a ponto de serem protegidos por norma penal), quer o bem jurídico que poderá ser atingido com a pena, a liberdade.

A decisão jurisdicional penal também tem aptidão para a formação da coisa julgada material. O direito positivo estipula o regime jurídico da coisa julgada no âmbito do processo penal. Em nosso ordenamento, não cabe a rescindibilidade de coisa julgada material decorrente de decisão penal absolutória; já a decisão condenatória pode ser desconstituída/revista, a qualquer tempo, desde que presente um dos pressupostos previstos no art. 621 do Código de Processo Penal. Os pressupostos de rescindibilidade são questões do regime jurídico próprio à coisa julgada material penal, questões de direito positivo, portanto, decorrentes de ponderação prévia realizada pelo legislador.

3.2 CONSIDERAÇÕES ESPECÍFICAS.

Como se disse em tópico antecedente, o órgão jurisdicional não é parte no negócio de colaboração premiada. Todavia a lei exige a sua atuação por meio do posterior juízo de homologação. É o que diz o §7º do art. 4º da lei: “Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e



voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.” *A homologação do negócio jurídico não é pressuposto de existência, mas, sim, fator de eficácia.*

O juízo de homologação do negócio é o juízo sobre a presença dos pressupostos necessários para que o ato a ser homologado (no caso, o negócio de colaboração), praticado por sujeitos diversos do órgão jurisdicional, seja homólogo, equivalente, à decisão jurisdicional correspondente. A exigência da homologação, como fator de eficácia do negócio, é consonante com a *ratio* subjacente ao sistema penal, já que, em princípio, caberia ao órgão jurisdicional o juízo de aplicação das consequências penais punitivas. Assim, é preciso que o órgão jurisdicional verifique se estão presentes os pressupostos para que se irradiem os benefícios penais pactuados.

A decisão homologatória equivalerá à decisão penal que concede perdão judicial, extinguindo a punibilidade, ou àquela que aplique redutor de pena restritiva de liberdade ou, ainda, à que converta em pena restritiva de direito. Uma vez transitada em julgado, forma-se a coisa julgada material recobrando a certificação de tais benefícios.

No que concerne às situações jurídicas processuais estabelecidas em razão do negócio, a necessidade de homologação justifica-se na medida em que a obrigação de cooperação compõe a relação de reciprocidade causal (sinalagma) com os benefícios penais pactuados.

Nada impede que o legislador, considerando os interesses jurídicos envolvidos, ao deixar espaço para o autorregramento, estabeleça a exigência de homologação como fator de eficácia. É, justamente, o que ocorre no caso do negócio da colaboração premiada: considerando que o negócio implicará, de um lado, benefícios materiais penais que deveriam ser decorrentes de decisão judicial e, do outro, obrigação do colaborador incompatível com o direito ao silêncio, exige-se a homologação como fator de eficácia do negócio, para que as situações jurídicas dele decorrentes (e incorporadas pela decisão homologatória como se suas fossem) fiquem submetidas à autoridade.



3.3 A RETRATABILIDADE DO NEGÓCIO.

Nesse contexto, deve-se analisar o conteúdo da norma decorrente do §10 do art. 4º do diploma legal citado: “As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.”

A redação do artigo causa divergência na doutrina: há o entendimento de que tal dispositivo possibilitaria a retratação da vontade exteriorizada mesmo após a homologação do negócio; defende-se também que a retratação da vontade seria possível após a celebração do negócio, mas não depois da sua homologação; um terceiro posicionamento é no sentido de que seria possível apenas a retratação da vontade exteriorizada na proposta, desde que antes de formado o negócio.⁴⁶

A retratação é a exteriorização de vontade do sujeito que tem como efeito extinguir situação jurídica decorrente de uma sua anterior exteriorização de vontade negocial. É o exercício do direito de se arrepender do negócio. A retratação é, pois, negócio jurídico unilateral que tem, em regra, eficácia *ex tunc*, ou seja, ela opera a deseficacização da vontade anterior. Os efeitos que já tiverem sido irradiados serão desconstituídos, se possível; os efeitos ainda pendentes não mais serão produzidos. Em termos práticos, funciona como se a primeira vontade não tivesse sido exteriorizada, porque se possibilita ao sujeito arrepender-se do negócio.

A regra é a irretratabilidade dos contratos, já que eles são celebrados para que sejam cumpridos. Cuida-se de decorrência do princípio da força obrigatória contratual. A retratabilidade é a exceção e deve ser prevista, pelas partes ou por lei. Não se deve presumir a retratabilidade.

⁴⁶ Sobre a controvérsia, cf. GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da lei 12.850/2013. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 309-311.



Diga-se, ainda, que a retratação não se confunde com o descumprimento; ao contrário, são conceitos que não se comunicam. Retratar é, justamente, poder “desistir” do negócio, de forma que o cumprimento das obrigações decorrentes deixa de ser devido (porque as obrigações deixam de existir, são desconstituídas). A retratação é ato lícito e significa o exercício do direito ao arrependimento, quando este existe.

O descumprimento da obrigação contratual é ato ilícito; a parte que não cumpre as suas obrigações está sujeita às consequências jurídicas do descumprimento. O descumprimento pressupõe que os efeitos irradiados permanecem constituídos em razão das vontades exteriorizadas, que não foram retratadas.

No dispositivo normativo, consta que “as partes podem retratar-se da proposta”. A interpretação do texto normativo deve levar em conta os critérios literal, sistemático e funcional.

Como se sabe, texto e norma não se confundem.

A norma jurídica é o resultado da interpretação do texto (signo de linguagem) ou dos sinais (circunstâncias fáticas) dos quais ela é decorrente. Estes funcionam como ponto de partida da interpretação cujo sentido inicial a eles atribuído pode, inclusive, ser revisto no decorrer do processo do compreender.⁴⁷ Todo texto é, assim, carente de interpretação. O texto é significante, e não significado.

Os sentidos literais possíveis são o ponto de partida da interpretação, mas também o seu limite. Quando se ultrapassa tal limite, já não se está mais no âmbito da interpretação, mas, sim, da integração.⁴⁸ Outros critérios interpretativos serão também tidos em conta: o contexto no qual o texto está inserido (interpretação sistemática); a finalidade e os valores subjacentes (interpretação teleológica) etc.

⁴⁷ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23-24; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30-33.

⁴⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 451.



O texto normativo em análise refere-se à possibilidade de retratação da proposta. Proposta significa exteriorização de vontade por meio da qual o sujeito propõe elementos negociais suficientes para que, uma vez aceita, seja celebrado determinado contrato.

A proposta não se confunde com o negócio jurídico. Proposta é a exteriorização de vontade de uma das partes, ou seja, um dos elementos do suporte fático do negócio jurídico. A proposta, em si, já é negócio jurídico unilateral do qual decorrem efeitos jurídicos; a proposta, em regra, obriga o proponente. A proposta, que já é fato jurídico, pode ser elemento fático de um outro fato jurídico, o negócio jurídico bilateral já formado.

O texto vale-se da expressão proposta, que é exteriorização de vontade unilateral. A expressão “proposta”, literalmente, refere-se à unilateralidade do ato. O texto normativo não se utiliza de expressão que tenha como sentido literal possível a bilateralidade, como acordo ou pacto. Atribuir o sentido de negócio jurídico bilateral ao termo que se caracteriza, essencialmente, por sua unilateralidade ultrapassa o âmbito dos sentidos literais possíveis e está dissonante com o sistema posto, que distingue proposta e acordo decorrente de sua aceitação (art. 427 e seguintes do Código Civil).

Mas não é só.

Também dentro do contexto do mesmo diploma legislativo, em outros dispositivos da mesma seção I, o legislador se valeu do termo “acordo” para se referir ao negócio jurídico – é o que se vê na redação dos §6º, §7º, §9º, §11º, todos do art. 4º, do caput do art.6º e do caput e do §3º do art. 7º. Demais disso, no art. 6º, inciso II, o termo “proposta” foi utilizado, corretamente, para se referir à proposta do Ministério Público ou da autoridade policial.

Pelo critério literal e, em princípio, pelo sistemático, considerando o contexto da mesma seção normativa, a expressão “proposta” significaria, de fato, a exteriorização de



vontade unilateral do proponente, e não o negócio jurídico contratual já formado e, ainda mais, homologado.

É preciso dizer, entretanto, que, nada obstante a lei utilize, em muitos dos seus dispositivos, o termo “acordo” para tratar do negócio jurídico contratual, em dois momentos, ela parece utilizar o termo “proposta” para significar o negócio jurídico contratual celebrado. É o que se verifica no §2^{o49} e no §8^{o50} do art. 4^o. Deve-se dizer também que a redação do §10 dispõe que as partes (no plural) podem retratar-se. O critério sistemático, assim, perde alguma força argumentativa na interpretação proposta, mas ainda se encontra mais inclinado ao significado normativo dentro dos limites da literalidade.

De todo modo, parece que, em nenhum dos dois referidos dispositivos, a expressão “proposta” refere-se ao negócio cujas consequências jurídicas já tenham sido acobertadas pela coisa julgada. No caso do §2^o do art. 4^o, nada obsta que o benefício do perdão judicial seja posteriormente proposto e aceito pelas partes envolvidas; cuidar-se-á de novo acordo de vontade entre as partes, que deverá ser submetido a novo juízo de homologação. O §8^o do art. 4^o, por sua vez, trata do momento anterior à homologação.

Também a partir do critério finalístico, tem-se que o termo “proposta” não deve ser interpretado como negócio jurídico bilateral (muito menos homologado).

Primeiro, porque, como visto, a retratação é a possibilidade de se arrepender do contrato celebrado, que é excepcional e não deve ser presumida. Tendo a colaboração premiada a natureza de contrato, a regra é que, em princípio, ela fosse irretratável. A exceção teria de ser prevista pela lei ou pelas partes.

⁴⁹ “Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).”

⁵⁰ “O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto”



Segundo, o juízo de homologação tem como fim não apenas o controle dos pressupostos e requisitos do negócio, mas também proceder ao juízo de equivalência com o modelo abstrato considerado, justamente para que as consequências previstas sejam tidas como certificadas pela decisão homologatória e, assim, possam estar acobertadas pela autoridade da decisão jurisdicional.

A decisão homologatória tem a mesma força, deve ser cumprida da mesma forma, deve ter a mesma efetividade, do modelo abstrato que é tido em conta no juízo de homologação. A tutela da segurança e da confiança não se enfraquece porque se tratou de decisão judicial homologatória. Esse é, justamente, o sentido do juízo de homologação. A coisa julgada decorrente não merece menos tutela; é coisa julgada material como qualquer outra e expressa estabilidade e segurança. Já tendo ocorrido a homologação, em princípio, não poderia a coisa julgada ser desconstituída por manifestação unilateral de uma das partes, sendo necessário nova atuação jurisdicional para tanto.

É certo que o legislador poderia prever que determinada decisão não estivesse sujeita à coisa julgada ou que pudesse ser revista a qualquer tempo, mas tais previsões seriam excepcionais. No caso, tem-se que tanto o contrato celebrado como a decisão homologatória têm como *ratio* subjacente atribuir segurança (em graus diversos) ao que foi pactuado. Interpretar “proposta” como “contrato homologado” é contrário a tal finalidade.

Seria uma situação de grande insegurança, notadamente ao colaborador, a previsão de possibilidade de retratação mesmo após a homologação. Seria possível que o Ministério Público procedesse à retratação depois da colaboração já cumprida, o que significaria que a prova já teria sido produzida (e poderia ser utilizada em face de terceiros, nos termos do parágrafo décimo) – e não mais se poderia verificar o retorno ao estado anterior com relação à colaboração já prestada –, mas o colaborador não teria, em seu benefício, a contraprestação pactuada. De outra parte, caso a retratação fosse procedida pelo colaborador, a desconstituição dos efeitos jurídicos e práticos ocorreria para ambos os lados.



A possibilidade de retratação a qualquer tempo, mesmo após a homologação, caracteriza uma situação de grande insegurança e desvantagem apenas a uma das partes, que, no caso, é o investigado ou acusado, que acreditou que, cumprindo a sua parte no acordo, teria o benefício correspondente pactuado. Tal interpretação seria contrária às características de equilíbrio e a onerosidade do contrato.

E ainda. Há também critério interpretativo específico: no âmbito do direito penal, a regra é que a interpretação deva ser restritiva, principalmente se a extensiva for para prejudicar o acusado.

Dessa forma, da redação do §10 do art. 4º, seria decorrente a possibilidade de retratação antes de celebrado o negócio. Parece-me também aceitável o entendimento de que o negócio celebrado, mas não homologado, também ele, poderia ser objeto de retratação. *Uma vez homologado o acordo, com o trânsito em julgado, não parece ser possível a retratação pelas partes.*

Isso não quer dizer, obviamente, que não seria possível o controle da validade da decisão homologatória e, conseqüentemente, do seu conteúdo (o negócio bilateral contratual). É sobre a possibilidade de tal controle por terceiros atingidos pela produção probatória decorrente do negócio de colaboração que se tratará no próximo tópico.

4. A POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE VALIDADE DA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DO CONTRATO DE COLABORAÇÃO PREMIADA.

A decisão de homologação do contrato de colaboração premiada significa a certificação das situações jurídicas materiais penais estabelecidas e escolhidas em razão da vontade exteriorizada das partes. Dessa forma, no que concerne à certificação do benefício material penal, situação jurídica irradiada em favor do colaborador, com o trânsito em julgado da decisão homologatória, haverá formação de coisa julgada material, consequência jurídica que, como visto, integra o conteúdo do direito à segurança jurídica.



As situações jurídicas processuais decorrentes do negócio também restarão reconhecidas e certificadas pela decisão homologatória, que, neste particular, procede ao juízo de controle dos pressupostos de existência e requisitos de validade de um negócio jurídico de natureza processual. O colaborador também tem certificadas situações jurídicas processuais ativas, como aquelas descritas nos incisos do art. 5º da Lei.

A certificação das situações processuais, uma vez ocorrendo o trânsito em julgado da decisão homologatória, também estarão sujeitas a um manto de estabilidade e imutabilidade.

Os contratos são celebrados para que sejam cumpridos; as situações jurídicas dele decorrentes são irradiadas para que sejam satisfeitas. Elas já pressupõem alguma estabilidade e imutabilidade – decorrente da força obrigatória contratual e da consequente intangibilidade do seu conteúdo (em regra). Se o negócio celebrado é, ainda, submetido ao controle do órgão jurisdicional, para que as suas situações jurídicas sejam reconhecidas e irradiadas, esta estabilidade ganha ainda maior força e fundamento. Nesse caso, estabilidade e imutabilidade decorrem não apenas do princípio da força obrigatória contratual, mas também do exercício da função jurisdicional.

Demais disso, uma decisão que reconhece situação jurídica processual é uma decisão judicial e está sujeita à preclusão. Pode-se, claro, dizer que tal estabilidade decorrente não é coisa julgada, pois a ela não foi atribuído esse *nomen iuris* – é uma opção doutrinária legítima. *Mas não se pode negar a aptidão à estabilidade que é característica própria das decisões judiciais.*

No caso do negócio de colaboração premiada, a estabilidade a que ficam submetidas as situações jurídicas processuais não apenas é consequência do negócio, mas também se encontra na esfera causal negocial. O acordo é celebrado pelo Ministério Público ou pelo delegado de polícia para que ele seja cumprido pelo colaborador e, assim, a prova possa ser colhida.



As consequências jurídicas irradiadas projetam-se para além do processo em que se verifica a homologação do negócio (que tem natureza de jurisdição voluntária). Esta é a razão de ser do negócio, sob a perspectiva de uma das partes: colher informações e elementos para que possam ser prova de fatos afirmados em outros processos e contra outros sujeitos (terceiros).⁵¹

Nesse sentido, dispõe o §9º do art. 4º: “Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações”.

A razão de ser do negócio é tão forte que, mesmo em caso de retratação da vontade exteriorizada, quando ainda for possível, a lei estabelece que as provas produzidas não poderão ser utilizadas exclusivamente contra o colaborador, o que pode significar, em sentido contrário, que poderão ser utilizadas contra terceiros (art. 4º, §10º).

Como o negócio de colaboração premiada previsto na Lei 12.850/2013 tem natureza (contratual) mista – dele decorrendo situações jurídicas processuais e materiais –, também a coisa julgada (ou outro nome que se queira atribuir) formada com a sua homologação tem conteúdo misto. Há certificação e reconhecimento de situações jurídicas materiais e processuais que se tornarão estáveis e imutáveis, em princípio.

O sistema processual penal recebe tal fenômeno com algum incômodo e estranheza, já que construído sob os pilares da decisão absolutória e da decisão condenatória. Inexiste no Código de Processo penal qualquer disciplina sobre o regime de estabilidade de uma decisão judicial homologatória do contrato de colaboração premiada. Tal disciplina também não consta na Lei n. 12.850/2013. Não há, assim, um regime jurídico próprio sobre a irradiação da estabilidade e imutabilidade decorrente de tal decisão homologatória, seus pressupostos, meios e hipóteses de controle posterior.

⁵¹ Os elementos de prova colhidos, entretanto, não poderão ser fundamento único de sentença condenatória, como dispõe o § 16 do art. 4º: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.



Há lacuna no sistema processual penal, que, hoje, não consegue responder às perguntas que decorrem do instituto por ele mesmo previsto. A existência da referida lacuna não deve ser vista com espanto. A evolução da dogmática não consegue acompanhar, com a mesma celeridade, a evolução da base social. Os sistemas penal e processual penal encontram-se em processo de alteração de paradigma, de um “tradicional esquema do direito penal de intervenção unilateral para um “complexo sistema de ‘justiça negociada’⁵².

O Direito é um sistema unitário e aberto⁵³ que se caracteriza pela ductilidade, exigindo-se uma dogmática jurídica líquida ou fluída compatível à sua base material pluralista.⁵⁴ É preciso que se busque a resposta sob a perspectiva sistêmica do Ordenamento e dos valores que lhe são subjacentes.

A lacuna há de ser integrada por normas do próprio sistema.

A ausência de disciplina específica sobre as hipóteses e o meio de invalidação da decisão judicial de homologação, ainda que esta já tenha sido acobertada pela coisa julgada, não significa que a sanção da invalidação não lhe possa ser aplicada.

Os conceitos de ato defeituoso e invalidade são conceitos jurídicos fundamentais, vale dizer, compõem a Teoria Geral do Direito e antecedem o direito positivo.⁵⁵ A colaboração premiada é um negócio jurídico bilateral de natureza contratual; ato jurídico (em sentido amplo) que é, já que a vontade exteriorizada é elemento nuclear do seu suporte fático, submete-se ao plano da validade. Se deficiente o suporte fático do contrato de colaboração, defeituoso será o ato.

⁵² DINO, Nicolao. *A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória*. In: *A prova no enfrentamento da macrocriminalidade*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 439.

⁵³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.*, cit., p. 643.

⁵⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. 8ed. Editorial Trotta: Madri, 2008. p. 12 e seq.

⁵⁵ Ser defeituoso é um estado do ato jurídico existente, decorrente de uma deficiência do seu suporte fático suficiente. Não se pode baralhar ato defeituoso com ato inválido; ato inválido decorre do reconhecimento do defeito pelo órgão competente, com a consequente destruição do ato. Nem todo ato defeituoso será inválido (dependerá do vício), embora todo ato inválido seja defeituoso. A invalidade é sanção, qual seja, a extinção do ato jurídico por causas que lhe são congênicas (anteriores ou contemporâneas à sua formação).



Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello, sobre a deficiência do suporte fático de um ato jurídico: “Pode ocorrer que o suporte fático suficientemente formado seja deficiente (a) por lhe faltar algum elemento complementar ou (b) porque algum de seus elementos nucleares seja imperfeito”.⁵⁶ Nesse caso, o ato existe, mas é defeituoso e poderá ser invalidado.⁵⁷

O contrato de colaboração premiada pode ser defeituoso porque lhe falta algum elemento complementar (imagine-se, por exemplo, que a vontade do delegado de polícia não tenha sido complementada pela manifestação do Ministério Público ou que o investigado/acusado não estava assistido por seu defensor); ou porque algum de seus elementos nucleares é imperfeito (se, por exemplo, a exteriorização de vontade do Ministério Público foi procedida em violação ao princípio do promotor natural); ou, ainda, também relacionada com as outras hipóteses, porque a vontade exteriorizada foi proferida mediante vício de consentimento, como a coação.

Os defeitos do negócio de colaboração podem e devem ser objeto de controle quando do juízo de homologação. Se o órgão jurisdicional, entretanto, não atenta ao defeito do ato e procede à homologação, o defeito acabará por macular a decisão, inclusive em razão da relação de conteúdo-continência existente entre o contrato de colaboração e decisão homologatória.

Como visto, a decisão de homologação é pronunciamento judicial por meio do qual se considera determinado ato como homólogo a um modelo abstrato tido em conta, para lhe atribuir os seus efeitos. A homologação é meio de processualização do ato jurídico. No caso,

⁵⁶ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 87.

⁵⁷ Verificar a suficiência do suporte fático (logo, a presença de seus elementos constitutivos) é verificar se o ato jurídico existe ou inexistente; verificar se o suporte fático suficiente é deficiente é verificar se o ato jurídico (existente) é defeituoso. O plano da existência não se confunde com o plano da validade. O ato defeituoso não é inexistente e não será necessariamente invalidado. É o que se depreende das lições de Calmon de Passos: “O ato inexistente, do ponto de vista jurídico processual, é um não-ato processual. O ato nulo, diversamente, é ato processual, ainda quando ato processual imperfeito [...]. Porque imperfeito, atípico, é suscetível de ser sancionado, tornando-se inválido e ineficaz, isto é, sem idoneidade para produzir o efeito jurídico especificamente perseguido com sua prática”. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às teorias processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 105).



o contrato de colaboração premiada, de natureza processual-material, que ocorre em dois momentos: o momento de sua inserção na relação processual (no caso, de jurisdição voluntária) seguido do momento da homologação. A decisão de homologação é ato jurídico processual que reveste o negócio com a transparência da processualidade. É continente que tem como conteúdo o ato homologado.

A decisão homologatória, também ela, é ato jurídico em sentido lato e está sujeita ao plano da validade. A decisão pode ser defeituosa em razão de vício do seu conteúdo, do ato homologado, ou em razão de defeito que lhe é próprio (o vício está no próprio juízo de homologação, na transparência de processualidade que é dada ao negócio) – é o caso, por exemplo, de o pedido de homologação ser processado e julgado por órgão jurisdicional incompetente, impedido ou suspeito (violação ao princípio do juiz natural).

É preciso que exista a possibilidade de controle da validade das decisões homologatórias, quer porque lhes foram transmitidos os vícios do negócio, quer porque as macula vício próprio. Se, de um lado, deve-se garantir a estabilidade das decisões jurisdicionais, de outro, não se pode estipular que tais decisões, mesmo já transitadas em julgado, não se submeterão ao qualquer controle de validade. A coisa julgada, neste caso, não é nem pode ser absoluta – *sobretudo porque, essencialmente, prejudica terceiros que não fizeram parte da negociação.*

A *ratio* do sistema é garantir a segurança, mas também é garantir que os atos jurídicos sejam praticados em consonância com os limites que lhes são estipulados. O ato jurídico passa pelo plano da validade e está sujeito ao controle correspondente. O sistema vai dispor como e quando o controle poderá ser exercido (e, em regra, o faz considerando a gravidade do defeito afirmado).

Transitada em julgado a decisão que homologa o contrato de colaboração premiada, por decisão de juiz de primeiro grau ou de relator, forma-se a coisa julgada (*ou outra denominação que se queira atribuir à situação jurídica de estabilidade*). O acordo de colaboração alcança a esfera jurídica de terceiros, como é o caso daqueles que foram



“delatados”, que podem ter contra si deferidas medidas cautelares penais e ou até mesmo uma denúncia, todas elas baseadas em declarações prestadas pelos colaboradores. Os referidos terceiros não participaram do negócio de colaboração, nem do processo de homologação.

Não se exige a participação de terceiros que possam eventualmente ter contra si produzida a prova oral, nem do processo de homologação. Ao contrário, este tem tramitação inicial sigilosa. É da própria essência do contrato de colaboração que o cumprimento da obrigação possa alcançar a sua esfera jurídica, já que o terceiro pode ser atingido com a produção da prova a que se obriga o colaborador. A ausência de participação do terceiro não vicia o negócio, nem a sua homologação.

Todavia, a ausência de participação do terceiro não lhe retira a legitimidade de provocar o controle da validade do negócio (conteúdo) e da homologação (continente). *É justamente porque o acordo pode atingir a sua esfera jurídica que o terceiro pode requerer o controle de validade da decisão homologatória e do ato homologado.*

O contrato de colaboração premiada e a coisa julgada formada são exceções à regra da ineficácia direta a terceiros. Os terceiros atingidos não poderão, assim, defender a ineficácia relativa no que diz respeito à prova oral colhida, mas poderão postular o controle de validade dos atos continente e conteúdo. O pedido de invalidação do ato deve ser devidamente fundamentado, mediante a afirmação da causa de pedir correspondente – o(s) defeito(s) dos atos jurídicos e o prejuízo (causa de pedir remota) e o direito à invalidação (causa de pedir próxima).

Não se pode exigir que o terceiro postule a invalidação da colaboração premiada no processo de homologação; ele sequer poderia. Ele não é parte no processo. O controle de validade poderá ser postulado por meio de ação autônoma.

O fato de a lei processual penal não prever meio específico para que tal controle de validade seja requerido pelo interessado não significa que o controle não poderá ser feito.



O controle de validade há de ser garantido, notadamente para aqueles que não tiveram a oportunidade de participar do processo de homologação, com poder de influência prévio. Se não há meio específico, é preciso que se encontre algum dentro do sistema. No âmbito do processo penal, os remédios constitucionais do *habeas corpus* (para o caso de haver restrição ou risco de restrição à liberdade) e o mandado de segurança contra ato judicial (para os demais casos) podem ser tidos como meios idôneos previstos pelo próprio sistema para que tal controle seja requerido.

Deve-se ver, aliás, que mesmo aqueles que sejam parte no acordo e no processo de homologação, em algumas hipóteses, poderiam, sendo o caso, postular o controle de validade – por exemplo, hipótese de contrato de colaboração celebrado mediante coação.

O problema ganha maior vulto no caso de homologação da colaboração premiada em tribunal, por decisão do relator.

Sabe-se que, no âmbito dos tribunais, as decisões podem ser monocráticas ou colegiadas (acórdãos). Por vezes, a lei ou mesmo o regime interno do tribunal confere a apenas um dos membros do colegiado a competência para a análise de determinadas questões. Nesse caso, ao proferir a decisão monocrática, o relator atua como membro do órgão colegiado; foi-lhe conferida competência para, unipessoalmente, conhecer e decidir como membro do Tribunal.

Por isso, a regra é a possibilidade de devolver a matéria decidida monocraticamente ao órgão colegiado para que, de fato, haja a concorrência das vontades dos seus vários membros. A devolução da matéria ao órgão colegiado, mediante ato jurídico do interessado, possibilita o controle da decisão unipessoal.

Quando homologada pelo relator, as questões envolvendo a homologação do acordo não foram conhecidas e decididas pelo órgão colegiado. *A demanda autônoma de impugnação é meio que possibilita que os terceiros atingidos pela homologação possam levar a matéria para discussão e decisão pelo órgão colegiado.*



É cabível, então, demanda autônoma por meio da qual terceiros que se afirmem atingidos pela decisão de homologação e por seu conteúdo (os contratos de colaboração) busquem o seu controle de validade.

5. A LEGITIMIDADE DE TERCEIROS EVENTUALMENTE ATINGIDOS PARA A PROPOSITURA DE DEMANDA DE CONTROLE DA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DA COLABORAÇÃO PREMIADA.

A legitimidade *ad causam* é uma situação jurídica. Garante-se a todos o direito constitucional de provocar a atividade jurisdicional, mas não se autoriza que o sujeito leve a juízo qualquer pretensão relacionada a qualquer objeto litigioso. É preciso que haja um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que será discutida.

A legitimidade *ad causam* é a situação jurídica que expressa o poder do sujeito de figurar de um dos polos de uma relação processual, para discutir determinada relação jurídica. A legitimidade é conceito que se relaciona ao elemento subjetivo da demanda; ela representa a relação de pertinência entre os sujeitos da demanda e o seu conteúdo.

Em regra, são legitimados para atuar em juízo os titulares das situações jurídicas materiais (ativa e passiva) inseridas no processo como causa de pedir da demanda. Cuida-se da chamada legitimação ordinária. Há coincidência, neste caso, entre os sujeitos processuais e os sujeitos materiais. O legitimado ordinário defende, em nome próprio, interesse próprio. Esta é a regra.

Há legitimação extraordinária, quando não existe coincidência entre as partes da demanda e as partes da relação jurídica material. O legitimado extraordinário defende, em nome próprio, interesse alheio. É possível que um sujeito seja, ao mesmo tempo, legitimado



ordinário com relação a parte do objeto litigioso e legitimado extraordinário com relação a outra parte.⁵⁸

Pois bem.

Como visto, (i) a colaboração premiada é negócio jurídico bilateral de natureza contratual e mista, por meio do qual se estabelecem situações jurídicas materiais e processuais; (ii) entre as situações jurídicas processuais, há o dever de colaboração do investigado/acusado e o correspectivo direito do Estado à produção probatória; (iii) o negócio de colaboração é submetido à homologação do órgão jurisdicional, que irá proceder ao juízo de equivalência com determinado modelo abstrato para que as consequências jurídicas previstas sejam tidas como certificadas pela própria decisão jurisdicional; (iv) a decisão homologatória é pressuposto do fato jurídico da coisa julgada ou de uma situação de estabilidade que venha a ser, de outra forma, denominada; (v) uma vez homologado o acordo, não mais seria possível a retratação pelas partes; a impossibilidade de retratação não significa impossibilidade de controle de validade.

Do cumprimento da obrigação do negócio de colaboração premiada, pode resultar prejuízo a terceiro que tenha sido atingido pelas declarações do colaborador – terceiro “delatado”.

O terceiro não é parte no negócio, nem no processo de homologação, que será, inicialmente, sigiloso (art. 7º, Lei n. 12.850/2013). Nada obstante, pode ser por eles atingido, como exceção à regra da ineficácia direta. Tal exceção diz respeito ao cumprimento da obrigação principal irradiada ao colaborador (considerando, inclusive, a finalidade do negócio), mas não diz respeito a outras situações jurídicas. Por exemplo, as partes do contrato de colaboração não poderiam pactuar aplicação de pena a terceiro.

A finalidade do negócio, na perspectiva do Estado, é a colheita de prova; é nessa perspectiva que o terceiro pode ter sua esfera jurídica alcançada. *Nesse sentido, inclusive, ainda*

⁵⁸ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 119-120.



que se verifique a retratação por uma das partes, quando possível for, as provas produzidas poderão ser utilizadas contra o terceiro (art. 4º, § 10, Lei n. 12.850/2013).

O terceiro não pode requerer que em seu favor seja declarada a ineficácia do negócio e da homologação (nos termos já destacados); *poderá, entretanto, requerer que se proceda ao seu controle de validade.* Sendo maculados de vício de insanável, que devem ser afirmados na causa de pedir da demanda, surge a todos aqueles cuja esfera jurídica seja atingida pela decisão homologatória o direito de invalidação do negócio, direito potestativo, cujo exercício independe de conduta de outrem.

O direito à invalidação pode ser titularizado por diversos sujeitos distintos, quer terceiros potencialmente atingidos, quer as próprias partes contratantes. A cotitularidade do direito potestativo não impede que ele seja exercido por apenas um dos titulares – inexistente, no caso, litisconsórcio necessário ativo.

Para que o terceiro possa exercer o seu direito à invalidação, é preciso que ele leve a questão ao órgão jurisdicional competente para desconstituir a decisão homologatória e a situação de estabilidade dela decorrente. *Apenas o Poder Judiciário poderá proceder ao mencionado controle de validade da decisão homologatória.*

Para tal exercício, por meio de demanda autônoma (já que não era permitido ao terceiro ter acesso, tampouco era devido participar do processo de homologação), afirmar-se-á o direito à invalidação da decisão homologatória em razão de específicos vícios que deverão ser afirmados pelo demandante.

O direito desconstitutivo afirmado é, em estado de afirmação, titularizado pelo próprio terceiro, que é, assim, parte legítima para requerer o controle de validade. *Cuida-se de hipótese de legitimidade ordinária: o terceiro é titular (em estado de afirmação) do direito à invalidação, que é afirmado em demanda que seja por ele ajuizada em nome próprio.*

O julgamento procedente do pedido de invalidação significará a certificação e a efetivação do direito desconstitutivo; os atos impugnados deixarão de existir no mundo



jurídico. Dessa forma, o julgamento do pedido poderá beneficiar os demais cotitulares do direito, que não eram parte na demanda de invalidação. Cuida-se de consequência que decorre da efetivação de um direito potestativo titularizado por diversos sujeitos, mas isso não significa que o sujeito que o exerceu atue em favor dos demais. A demanda seria ajuizada por titular do direito (em estado de afirmação); legitimidade ordinária, pois.

Diga-se, ainda, que, sendo a demanda ajuizada um *habeas corpus*, qualquer sujeito poderá afirmar o direito à invalidação em favor dos titulares (no caso, em favor do terceiro que se afirme prejudicado pela decisão homologatória defeituosa). Aqui, sim, se a demanda for ajuizada por sujeito diverso do titular da situação jurídica afirmada, tratar-se-á de hipótese de legitimação extraordinária, atribuída pelo art. 654 do Código de Processo Penal: “O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.” Dessa forma, também o terceiro tem legitimidade para, em nome próprio, requerer o controle de validade da decisão homologatória, ainda que não tenha sido o “delatado”.

6. O INTERESSE DE AGIR NA DEMANDA DE CONTROLE DA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DA COLABORAÇÃO PREMIADA.

Já se demonstrou a possibilidade de controle de validade das decisões homologatórias dos contratos de colaboração premiada, controle que só poderá ser exercido pelo órgão jurisdicional competente para desconstituir o ato decisório e a situação de estabilidade decorrente, mediante demanda ajuizada por sujeitos legitimados ordinariamente ou extraordinariamente. Também já se demonstrou que os terceiros eventualmente atingidos pelos negócios de colaboração e pela decisão homologatória são titulares de direito de invalidá-lo, desde que presentes os pressupostos vício e prejuízo.

De tudo o que já foi dito, já se pode concluir que há interesse de agir do terceiro para a propositura dessa demanda de controle, quer em sua faceta necessidade, quer em sua faceta utilidade.



Primeiro, como já se disse, o direito à invalidação só poderá ser efetivado por meio de decisão judicial do juízo competente para proceder ao controle de validade das decisões homologatórias. Trata-se de hipótese de demanda desconstitutiva necessária, já que o estado jurídico que se pretende obter (a desconstituição dos atos impugnados e a deseficacização de seus efeitos) somente pode ser alcançado por meio da atuação jurisdicional. Presente encontra-se, pois, o interesse-necessidade.

Segundo, como também já se disse, os terceiros, nada obstante terceiros no negócio e no processo, não podem defender a tese da ineficácia relativa dos acordos de colaboração premiada celebrados sem a sua participação. *É da essência do próprio contrato de colaboração que o cumprimento da obrigação de colaborar signifique a produção de provas contrárias a terceiros.*

Dessa forma, se viciadas as decisões homologatórias, por vício próprio ou por vício decorrente do negócio homologado, *o controle de validade é medida não apenas necessária, mas útil aos terceiros.* Isso porque a invalidação das decisões homologatórias e, se for o caso, do seu conteúdo, significará a extinção do(s) ato(s) impugnado(s) do mundo jurídico e dos efeitos jurídicos que tenham sido dele(s) decorrente(s). A desjuridicização do ato significará, aqui, a deseficacização, ou seja, o desfazimento retroativo dos efeitos irradiados.⁵⁹

Com a desconstituição dos efeitos jurídicos antes certificados pela decisão homologatória, incluindo a obrigação de colaboração, não se deverá atribuir valor probatório às declarações do colaborador já prestadas, já que assim o foram em razão da relação de reciprocidade que caracteriza o sinalagma do contrato de colaboração.

O interesse revela-se ainda mais evidente, quando as provas que lastrearam as decisões de prisão desses terceiros – algo muito comum, aliás – decorrerem de colaborações premiadas homologadas.

⁵⁹ Deseficacização é também modalidade de consequência jurídica, mas não se confunde com a desjuridicização. Deseficacizar é desfazer o efeito já irradiado do fato jurídico. É a eficácia do fato que se extingue no mundo jurídico, e não o próprio fato jurídico. A extinção do fato jurídico é desjuridicização; a extinção do seu efeito, deseficacização. (Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 92/93)



Demais disso, não seria o caso de aplicação do art. 4º, §10, da Lei n. 12.850/2013: o dispositivo trata da possibilidade de retratação, que não poderia ocorrer depois da homologação. O dispositivo dispõe, ainda, que, em caso de retratação (se ainda for possível), as “provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”.

O dispositivo não trata da hipótese de invalidação do acordo, nem tampouco da decisão homologatória. Invalidação e retratação são conceitos que não se confundem.

A invalidação é a extinção do mundo jurídico no caso, da decisão e, se for o caso, do negócio em razão do vício que lhe é congênito); a retratação é o negócio jurídico unilateral de extinguir, por vontade própria, vontade anteriormente exteriorizada. A invalidação é sanção; a retratação é exercício de direito (de arrepender-se). A invalidação é, aqui, exercida pelo órgão jurisdicional; a retratação é exercida pela parte. O terceiro não pode retratar-se, já que ele não exteriorizou qualquer vontade anterior; o terceiro pode postular a invalidação da decisão homologatória. A invalidação da decisão homologatória pode implicar a invalidação do negócio contratual, caso o vício seja a este relativo.

O art. 4º, §10, não se aplica para os casos de invalidação da decisão homologatória.

Primeiro, porque a segunda parte do dispositivo possibilita que uma proposta retratada possa prejudicar terceiros, dispositivo que deve, então, ser interpretado restritivamente.

Segundo, porque, com a invalidação da decisão homologatória, esta deixa de existir no mundo jurídico; ela também poderá significar a invalidação do ato homologado. Ainda que o ato homologado não seja desconstituído, em razão do vício afirmado, cuidar-se-á de negócio desprovido de eficácia. Em termos práticos, nessa hipótese, ter-se-ia um negócio de colaboração não homologado; o art. 4º, §10, não se aplica nos casos de colaborações premiadas não homologadas.



E não se pode dizer que faltaria interesse aos terceiros, pelo fato de poderem, em seus respectivos processos, discutir incidentalmente a validade das colaborações premiadas homologadas.

Primeiro, porque ninguém pode ser obrigado a necessariamente ser réu *preso* em processo penal para poder exercer o seu direito de defesa. A absurdez da exigência é evidente: a prisão, que é somente pode ser encarada como um dos possíveis resultados de um *processo penal devido*, caracterizado pelo exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, para a ser considerada *pressuposto* para o exercício do direito desses direitos da defesa.

Segundo, que o controle incidental da invalidade jamais foi considerado impeditivo para o controle principal da invalidade – e isso para qualquer tipo de invalidade, da inconstitucionalidade da lei à invalidade de um contrato. Não é por acaso que, nos termos do parágrafo único do art. 168 do Código Civil, cabe ao juiz, de ofício e incidentalmente, o controle da validade dos negócios jurídicos, sem prejuízo da ação de nulidade. Também não é por acaso que a existência de uma ação de controle concentrado de inconstitucionalidade não impede o controle difuso de constitucionalidade. O controle incidental (*incidenter tantum*) e principal (*principaliter*) dos atos jurídicos convivem harmonicamente, nos mais diversos setores do ordenamento jurídico, cada qual com a sua função.

Terceiro, porque *apenas o controle da validade 'principaliter' tem aptidão para a coisa julgada, máxima estabilidade das decisões judiciais*. A discussão *incidenter tantum* da validade de um ato jurídico, porque comporá a fundamentação da decisão judicial, não ficará acobertada pela coisa julgada material – ao menos não a coisa julgada penal, já que, em relação à coisa julgada cível o tema possui nuances próprias, decorrentes dos §§1º e 2º do art. 503 do CPC. Por isso, o controle *principaliter* revela-se bem mais útil, porque tem aptidão para resolver o tema de uma vez. Somente isso já bastaria para a configuração do interesse.

Enfim, do controle de validade poderá decorrer resultado favorável útil aos terceiros que se afirmem prejudicados com as consequências decorrentes das decisões homologatórias e de seus conteúdos. Está presente também, por isso, o interesse-utilidade.



7. A INEXISTÊNCIA DE “PRECLUSÃO”, PELA NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO PELO TERCEIRO, QUANTO AO DIREITO AO CONTROLE DE VALIDADE DA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA.

O conceito de terceiro é um conceito relativo: diz-se que alguém é terceiro com relação a algo. É o que também ocorre na linguagem jurídica contratual: alguém é terceiro com relação ao negócio jurídico ou com relação à relação jurídica contratual decorrente.⁶⁰ Em regra, do contrato, não decorrem efeitos jurídicos diretos (situações jurídicas ativas e passivas contratuais) a quem dele não participou.⁶¹

É o que *também* ocorre na linguagem jurídica processual: diz-se terceiro aquele que não é parte no processo.

A regra é que a decisão judicial deve guardar correlação com os sujeitos parciais da relação jurídica processual, não podendo atingir quem dela não tenha participado. Cuida-se da regra da congruência subjetiva das decisões judiciais. Há exceções, postas pelo próprio sistema. O §3º do art. 109 do CPC: o adquirente ou cessionário do bem ou direito litigioso poderá ter a sua esfera atingida pela decisão judicial, ainda que não tenha atuado no processo nos termos dos parágrafos anteriores.

A colaboração premiada é *outra exceção*, quer sob a perspectiva do contrato, quer sob a perspectiva do processo de jurisdição voluntária da qual decorre a sua homologação.

Sob a primeira perspectiva, como visto, é da essência do contrato de colaboração premiada que o seu cumprimento possa atingir a esfera jurídica de terceiros, não participantes do negócio. Sob a segunda, a decisão que o homologa e a coisa julgada que se forma, também

⁶⁰ Pode-se falar em terceiro com relação ao contrato, como contraposição ao conceito de partes do contrato; pode-se falar em terceiro com relação à relação jurídica contratual, como contraposição aos sujeitos que compõem os polos da relação contratual, titularizando suas situações jurídicas ativas e/ou passivas. (JÚNIOR, E. Santos. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Lisboa: Almedina, 2003, p. 447).

⁶¹ Em regra, as partes do contrato coincidem com os polos que titularizam a relação jurídica contratual que dele decorre. A coincidência, entretanto, não é necessária. No caso de contrato com estipulação em favor de terceiro (art. 426 do Código Civil), por exemplo, o dito “terceiro” é titular do direito de crédito, compondo, assim, o polo da relação jurídica contratual, mas não pode ser identificado como parte no contrato. É terceiro com relação ao contrato, mas não com relação à relação jurídica contratual. (JÚNIOR, E. Santos. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, cit., p. 447).



elas, podem atingir a esfera jurídica de terceiros, o que justifica, inclusive, a legitimidade e o interesse jurídico dos terceiros de, em nome próprio e para defender interesse próprio, postular o seu controle de validade.

A coisa julgada formada, portanto, pode atingir a esfera jurídica de terceiros, que não poderão afirmar a sua ineficácia relativa. A ausência de participação do terceiro na relação processual, por sua vez, não impede que o terceiro postule o controle de validade da decisão homologatória; ao contrário, só o justifica. Tais considerações já foram feitas no presente ensaio; ora são reiteradas porque é preciso que fiquem bem compreendidas.

Pois bem.

Sabe-se que, em regra, se admite o recurso de terceiro juridicamente interessado como modalidade de intervenção de terceiro na relação processual. O terceiro que, até então, não participava do processo passa a dele fazer parte. É o que está dito no *caput* e no parágrafo único do art. 996 do CPC. O terceiro deve demonstrar o interesse jurídico no caso; o terceiro precisa demonstrar que a decisão pode atingir a sua esfera jurídica.

O prazo para o recurso de terceiro é o mesmo de que dispõe a parte para recorrer, iniciando-se no mesmo momento, inclusive: a intimação. Exatamente porque é terceiro, ele não é intimado; o prazo para o seu recurso conta-se da data em que a parte foi intimada.

O recurso de terceiro não pode ser tido como “obrigatório” no sentido de que a sua não interposição possa significar a extinção de situação jurídica material do qual o terceiro seja titular. O terceiro, que não é parte no processo, não foi cientificado da existência do processo e, conseqüentemente, não foi cientificado dos atos processuais nele praticados. Não se pode presumir que deles tenha conhecimento.

A não interposição de recurso pelo terceiro significa que ele não mais poderá praticar o ato de recorrer. Há preclusão. É preciso, por sua vez, esclarecer em que consiste a preclusão.



A preclusão é efeito jurídico que se traduz na perda de uma situação jurídica processual. Cuida-se de relevante instituto para o regular desenvolvimento do processo, que deve ser uma marcha para a frente.

O processo é relação jurídica e procedimento. Como procedimento, é um ato jurídico complexo, cujo suporte fático é formado pelo conjunto de atos concatenados para a produção de um ato final. A sucessividade dos atos processuais no tempo é, assim, pressuposto do ato complexo procedimento.

Não se pode pensar em processo sem formalismo. Pode-se, inclusive, dizer que o formalismo (como forma em sentido amplo) é elemento completante do procedimento (ato jurídico). Nesse contexto, a preclusão é importante técnica do formalismo para a estruturação do procedimento e delimitação do exercício das situações jurídicas, quer pelas partes, quer pelo órgão jurisdicional. Não há processo sem preclusão.

A preclusão é fenômeno endoprocessual: perde-se o direito de praticar ato jurídico processual em determinada processo. Não há projeção externa da preclusão, para além da relação processual em que ela se verificou. Uma coisa é a preclusão, perda de uma determinada situação jurídica processual no processo, outra coisa é a formação de coisa julgada e os efeitos que lhe são decorrentes.

Demais disso, a preclusão, em si, não atinge o direito material discutido. Extingue-se a situação jurídica processual, e não a material.

A não interposição de um recurso por terceiro juridicamente interessado significa que se extingue o seu direito de recorrer, situação jurídica processual. A preclusão não se projeta para além do processo de onde surgiu nem extinguirá eventual situação jurídica material da qual o terceiro seja titular.

Essa é, inclusive, a *ratio* do enunciado n. 202 da jurisprudência predominante do STJ: “A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à



interposição de recurso”. *O manejo de ação própria para a defesa dos interesses dos terceiros não está condicionado à interposição de recurso no processo de que não foi parte.*

Das duas, uma: ou a coisa julgada que se formará sem a participação do terceiro não poderá ser a ele oposta (e essa é a regra) ou a coisa julgada, ainda que formada sem a sua participação, poderá alcançar a esfera jurídica do terceiro, que terá, assim, interesse e legitimidade para postular a sua desconstituição, caso se verifique algum dos seus pressupostos.

Na primeira hipótese, a coisa julgada formada não poderá ser oposta ao terceiro que não tenha participado, em contraditório, da sua formação. O terceiro poderá então ajuizar demanda própria afirmando direito do qual seja titular, e a parte contrária não poderá aduzir a formação de coisa julgada, nem qualquer de seus efeitos.

Na segunda hipótese, a coisa julgada formada pode atingir a esfera jurídica do terceiro, nada obstante ele não tenha participado da sua formação. Nesse caso, a decisão judicial e a coisa julgada são eficazes ao terceiro e poderão ser a ele opostas. O terceiro não poderá, assim, pretender ignorar a sua existência, nem aduzir a ineficácia relativa. Poderá, entretanto, valer-se de eventuais demandas próprias para impugnar a decisão judicial e/ou a coisa julgada decorrente. Nesse caso, o terceiro pressupõe justamente a existência e eficácia da decisão e da coisa julgada.

No âmbito do processo civil, a demanda rescisória, para as hipóteses previstas no art. 966 do CPC, e a *querela nullitatis*, para o caso de ausência ou vício de citação, são meios idôneos para tanto.

A decisão que homologa o contrato de colaboração premiada e a coisa julgada que lhe é decorrente, como já muito dito, podem atingir a esfera jurídica de terceiros, que não participaram do procedimento de jurisdição voluntária de homologação.

Tais terceiros sequer poderiam dela participar, considerando a *ratio* do instituto da colaboração premiada, que é fundamento da necessária tramitação sigilosa do feito até o



recebimento da denúncia (art. 7º, *caput* e parágrafos, da Lei n. 12.850/2013). *Os terceiros não apenas deixam de ser cientificados da existência do processo de homologação e dos atos processuais nele praticados (como a decisão homologatória), como, ainda que, espontaneamente, busquem conhecer o seu conteúdo, não lhes será permitido.*

O acesso ao teor dos atos praticados no processo de homologação é obstado aos terceiros por força de lei. *Os terceiros não poderão, assim, interpor recurso contra a decisão homologatória, cujo conteúdo não podem conhecer no prazo de recurso de que disponham as partes. Apenas com o recebimento da denúncia, quando, certamente, já escoado o prazo recursal, o processo deixa de ser sigiloso, e o seu conteúdo poderá ser conhecido por terceiros eventualmente atingidos.*

A não interposição de recurso pelo terceiro decorre da própria lógica da colaboração premiada e do processo de homologação. Não se possibilita ao terceiro, em qualquer medida, que o ato seja praticado. A ausência da conduta pelo terceiro não pode ser tida como voluntária, tampouco negligente; ao contrário, a não interposição é corolário do sigilo da tramitação processual.

Não podem ser impostas consequências negativas ao terceiro em razão do não manejo de um ato processual que, na prática, não lhe é permitido. A ausência de interposição de recurso não impede, assim, que o terceiro postule o controle de validade da decisão homologatória por meio de demanda autônoma.

E mais.

Como visto, é justamente porque a decisão homologatória pode atingir-lhe que o terceiro tem legitimidade e interesse para postular o seu controle de validade. Ele afirmará direito de invalidar a decisão homologatória em razão de um determinado vício. Não se pretende, assim, impedir a formação da coisa julgada – efeito típico do recurso –, mas, sim, postular a sua desconstituição. O posterior pedido de controle de validade da decisão



homologatória significa, justamente, que o terceiro está pressupondo a sua existência e eficácia da decisão.

Dessa forma, ainda que, da ausência de interposição de recurso, pudesse decorrer alguma consequência processual negativa aos terceiros, essa certamente não se projetaria para além do processo do qual não participaram, nem poderia significar a extinção do direito de controle de validade da decisão homologatória e do consequente direito de desconstituição da coisa julgada.

Ainda que a não interposição de recurso por terceiro possa significar preclusão, essa opera-se no âmbito interno do processo e não atinge o direito de controle da coisa julgada formada, titularizado pelas partes e por terceiros eventualmente atingidos.

Terceiros atingidos pelo cumprimento do contrato de colaboração, não participaram e não poderiam participar do processo de homologação; não tiveram e não poderiam ter ciência do conteúdo da decisão homologatória quando as partes foram dela intimadas; não poderiam, assim, interpor agravo regimental na qualidade de terceiro juridicamente interessado.

A não interposição de recurso não pode ter como consequência a extinção do seu direito de postular o controle de validade, direito que pressupõe, justamente, a existência e eficácia da decisão homologatória e da coisa julgada formada. Os terceiros “delatados” não buscam, por meio da demanda de *habeas corpus*, obstar a formação da coisa julgada, mas, sim, desconstituí-la, em razão de afirmados vícios.

Há ainda outros argumentos a justificar o quanto se diz neste item.

(i) Em se tratando de decisão de relator, o recurso cabível seria o agravo interno, que, como se sabe, não é dotado de efeito suspensivo. No âmbito do processo penal, quando há restrição ou risco de restrição à liberdade, o meio idôneo previsto pelo próprio sistema é o *habeas corpus*; o seu manejo não pode ser condicionado à interposição de recurso carente de efeito suspensivo. Deve-se, aplicar, aqui, analogicamente, o regramento do mandado de



segurança em face de ato judicial e o seu cabimento em face de ato judicial impugnável por recurso sem efeito suspensivo.

Demais disso, a interposição de agravo interno significaria que os terceiros, atingidos em sua liberdade, dependeriam de o relator levar o recurso ao julgamento colegiado, inexistindo previsão de prazo para tanto. O tempo na prestação jurisdicional poderia significar a perda de interesse no julgamento do recurso, já que as denúncias em face dos terceiros continuariam a ser processadas.

(ii) Não se pode impedir, em caso de restrição ou risco de restrição à liberdade, que os atingidos possam valer-se do remédio constitucional previsto para tanto. Cuida-se de direito constitucional fundamental, que não está condicionado à interposição de recurso (ainda carente de efeito suspensivo) em processo do qual não participaram e não poderiam participar.

A própria legitimidade extraordinária do *habeas corpus*, com capacidade postulatória para o leigo, é um evidente indicativo de que o recurso de terceiro não é requisito de admissibilidade da demanda constitucional. Não se poderia exigir que o leigo acompanhe as publicações de atos processuais.

Em síntese, a não interposição de recurso contra decisão que homologa a colaboração premiada não é obstáculo à admissibilidade e processamento da postulação do controle de validade da decisão homologatória, notadamente considerando (i) que se busca, justamente, a desconstituição da coisa julgada, o que pressupõe admitir a sua formação; (ii) que eventual preclusão não se projetaria para além da relação processual e não extinguiria o direito rescisório dos atingidos; (iii) que, no caso do contrato de colaboração premiada, os terceiros sequer podem conhecer o conteúdo da decisão homologatória, quando as partes são dela intimadas, haja vista o sigilo imposto pela lei; (iv) a natureza de direito fundamental do *habeas corpus* impede construção que o diminua desta maneira; (v) aplica-se, aqui, o regramento jurisprudencial construído para o mandado de segurança, verificando-se, inclusive, a *ratio* do enunciado n. 202 da jurisprudência predominante do STJ.



8. CONCLUSÕES.

São as principais conclusões do presente trabalho:

(i) A colaboração premiada prevista na Lei n. 12.850.2013 é (a) ato jurídico em sentido lato, já que a exteriorização de vontade das partes é elemento cerne nuclear do seu suporte fático; (b) é negócio jurídico, pois a vontade atua também no âmbito da eficácia do ato, mediante a escolha, dentro dos limites do sistema, das categorias eficaciais e seu conteúdo; (c) é negócio jurídico bilateral, pois formado pela exteriorização de vontade de duas partes, e de natureza mista (material e processual), haja vista que as consequências jurídicas irradiadas são de natureza processual e penal material; (d) é contrato, considerando a contraposição dos interesses envolvidos.

(ii) Nada impede que o legislador, considerando os interesses jurídicos envolvidos, ao deixar espaço para o autorregramento, estabeleça a exigência de homologação como fator de eficácia. É, justamente, o que ocorre no caso do negócio da colaboração premiada: considerando que o negócio implicará, de um lado, benefícios materiais penais que deveriam ser decorrentes de decisão judicial e, do outro, obrigação do colaborador incompatível com o direito ao silêncio, exige-se a homologação como fator de eficácia do negócio, para que as situações jurídicas dele decorrentes (e incorporadas pela decisão homologatória como se suas fossem) fiquem submetidas à autoridade da coisa julgada (ou outro nome que se queira atribuir).

(iii) O contrato de colaboração premiada e a coisa julgada formada são exceções à regra da ineficácia direta a terceiros. Os terceiros atingidos não poderão defender a ineficácia relativa no que diz respeito à prova oral colhida, mas poderão postular o controle de validade dos atos continente e conteúdo. O pedido de invalidação do ato deve ser devidamente fundamentado, mediante a afirmação da causa de pedir correspondente – o(s) defeito(s) dos atos jurídicos e o prejuízo (causa de pedir remota) e o direito à invalidação (causa de pedir próxima).



(iv) É cabível demanda autônoma por meio da qual terceiros que se afirmem atingidos pela decisão de homologação e por seu conteúdo (os contratos de colaboração) busquem o seu controle de validade.

(v) O fato de a lei processual penal não prever meio específico para que tal controle de validade seja requerido pelo interessado não significa que o controle não poderá ser feito. O controle de validade há de ser garantido, notadamente para aqueles que não tiveram a oportunidade de participar do processo de homologação, com poder de influência prévio. Se não há meio específico, é preciso que se encontre algum dentro do sistema. No âmbito do processo penal, os remédios constitucionais do *habeas corpus* (para o caso de haver restrição ou risco de restrição à liberdade) e o mandado de segurança contra ato judicial (para os demais casos) podem ser tidos como meios idôneos previstos pelo próprio sistema para que tal controle seja requerido.

(vi) O direito desconstitutivo afirmado é, em estado de afirmação, titularizado pelo próprio terceiro, que é, assim, parte legítima para requerer o controle de validade. Cuida-se de hipótese de legitimidade ordinária: o terceiro é titular (em estado de afirmação) do direito à invalidação, que é afirmado em demanda que seja por ele ajuizada em nome próprio.

(vii) O direito à invalidação só poderá ser efetivado por meio de decisão judicial do juízo competente para proceder ao controle de validade das decisões homologatórias. Trata-se de hipótese de demanda desconstitutiva necessária, já que o estado jurídico que se pretende obter (a desconstituição dos atos impugnados e a deseficacização de seus efeitos) somente pode ser alcançado por meio da atuação jurisdicional. Presente encontra-se, pois, o interesse-necessidade.

(viii) Do controle de validade poderá decorrer resultado favorável útil aos terceiros que se afirmem prejudicados com as consequências decorrentes das decisões homologatórias e de seus conteúdos. Está presente também, por isso, o interesse-utilidade.



(ix) A não interposição de recurso contra decisão que homologa a colaboração premiada não é obstáculo à admissibilidade e processamento da postulação do controle de validade da decisão homologatória. A não interposição de um recurso por terceiro juridicamente interessado significa que se extingue o seu direito de recorrer, situação jurídica processual. A preclusão não se projeta para além do processo de onde surgiu nem extinguirá eventual situação jurídica material da qual o terceiro seja titular.