

Motivação e Decisões em sede de improbidade



Em 1344, havia diplomas legais que proibiam os membros do

Parlement de Paris de “violiar o segredo da decisão”, dando a conhecer os fundamentos da sentença; mais tarde, o estilo do Grande Conselho de Malines, de 1559, proibia a revelação “dos segredos do tribunal”.^[1] Ambas as disposições, contudo, remontam a período em que a jurisdição era exercida por delegação do monarca, cujos poder de império e legitimidade defluíam de sua autoridade ensimesmada.

No século XVIII, o dever de fundamentação dos julgamentos ganha corpo na Itália e na Alemanha, embora somente repercutisse na França iluminista com a Revolução, resultando no decreto da Constituinte de 16-24 de agosto de 1790, na lei de 20 de agosto de 1810^[2] e, posteriormente, no artigo 208 da Constituição francesa de 1795.

Mais perto de nós, Portugal se destacou por ter positivado a fundamentação já antes, desde as Ordenações Manuelinas (1513), por disposição (Livro III, Título L, parágrafo 6)^[3] praticamente mantida intacta, depois, nas Ordenações Filipinas (Livro III, Título LXVI, parágrafo 7)^[4] (1603). Já na ordem brasileira, propriamente dita, o Regulamento 737 (artigo 232) e os Códigos de Processo Civil de 1939 (artigos 118 e 280) e de 1973 (artigos 131 e 165) perpetuariam a exigência^[5], que, nada obstante, somente alcançaria com mais vigor assento constitucional com o artigo 93, IX, da Constituição de 1988.

O capítulo mais recente dessa história, todavia, foi escrito com a sobrevinda do Código de Processo Civil de 2015, que se propôs a funcionar como verdadeiro vetor de realização daquela exigência constitucional, robustecendo o dever de fundamentação por meio de previsões como aquelas contidas nos artigos 10, 984, parágrafo 2º, 1.029, parágrafo 2º (posteriormente revogado pela Lei 13.256/2016), 1.038, parágrafo 3º, e 1.043, parágrafo 5º (esse último também revogado mais tarde).

Decididamente, contudo, a norma que mais personificou a relevância dada pelo legislador ao dever de fundamentação foi aquela incrustada no artigo 489, parágrafo 1º, a consagrar a migração de uma motivação suficiente para uma motivação exauriente^[6] ao prever um rosário de artifícios vedados ao Judiciário a pretexto de motivação de suas decisões.

A disposição é, a nosso ver, salutar. Parte da doutrina sustenta que a jurisdição é poder exercido com certo déficit democrático por agentes não-eleitos^[7]. A dimensão legitimadora do exercício desse poder seria, então, a fundamentação, por meio da qual o Judiciário se abre ao controle, seja *lato sensu*, por toda

a sociedade (*accountability*), seja endoprocessual, ao viabilizar adequadamente às partes o direito de recorrer.

Se o julgado é tão forte quanto seu fundamento mais fraco, o que o artigo 489, parágrafo 1º, pretendeu evitar, portanto, foram as famigeradas decisões-padrão, que atendessem formalmente, mas não materialmente, ao que contido no artigo 93, IX, na Constituição, e que prestam um verdadeiro desserviço à segurança jurídica, deslegitimando a jurisdição e, por via reflexa, o Estado, ao frustrar sua “capacidade de orientação de condutas sociais”[8], como, aliás, mesmo antes de 2015, já havia decidido o Supremo Tribunal Federal:

Se o exame de algum fundamento possível seria idôneo, por si só, a influenciar o resultado do julgamento, não é lícito ao colegiado deixar de ponderá-lo. Esta é exigência direta do postulado da inteireza da motivação, corolário da garantia constitucional da fundamentação necessária das decisões (Constituição Federal, artigo 93, IX), como bem observa Cândido Rangel Dinamarco. Só se cumpre o mandamento constitucional, quando o órgão judicante se não omita sobre questões cujo deslinde possa levá-lo a decidir de maneira diferente.[9]

Esse dever, pois, como dissemos, mereceu maior estatura (ou, ao menos, melhor definição) com o Código de 2015; mas o que se propõe com o Projeto de Lei 10.887/2018, em sede de improbidade, é que esse ônus argumentativo judicial, até pelo rigor da lei em questão, seja ainda mais incrementado.

Daí as introduções feitas pela proposta em seu artigo 18, instando o juízo a, a par das exigências do referido artigo 489, parágrafo 1º, considerar em sua decisão (i) a indicação precisa das elementares objetivas dos tipos dos artigos 9º a 11; (ii) as consequências práticas da decisão, quando proferida com base em valores abstratos; (iii) os obstáculos e as dificuldades reais do gestor; (iv) as especificidades do caso para dosimetria da(s) sanção(ões), bem assim possíveis punições já aplicadas noutras esferas em razão dos mesmos fatos; (v) critérios objetivos para cálculos dos danos patrimoniais; (v) a extensão e a importância conduta do terceiro eventualmente alcançado.

Não deixa de causar espécie que a norma proposta consigne elementos que, por sua obviedade, deveriam naturalmente orientar decisões, sobretudo na esfera sancionadora. A sua previsão, nada obstante, acaba sendo motivo de celebração de nossa parte à vista da necessidade imposta por parcela da prática. Ainda assim, nos permitimos tecer algumas considerações sobre cada uma das rubricas argumentativas dela constantes.

Quanto às elementares, interessante notar que a proposição, como fez com relação à petição inicial, obedeceu paralelismo no sentido de onerar o juízo com a identificação minuciosa da subsunção da conduta ao seu tipo. Trata-se de inovação que, a nosso juízo, se não inviabiliza, dificulta entendimentos já merecedores de nossa crítica pretérita, como o dolo genérico e o dano patrimonial *in re ipsa*.

No que toca ao consequencialismo proposto pelo inciso II, o dispositivo integra conjunto de normas que dialogam fortemente com as alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei n. 13.655/2018, exigindo do juízo que tome em conta os impactos de sua decisão, o que é positivo, sobretudo quando considerados institutos tão em voga, como a função social das

empresas e a necessidade de que, ainda que se as puna, não se ignore, muitas vezes, a importância de sua continuidade.

O inciso III, também presente na Lindb, promove verdadeiro exercício de empatia, enaltecendo a relevância das circunstâncias práticas em que cometido o ato reputado ímprobo e os desafios reais que o cercaram. A previsão vai bem, porque, inquestionavelmente, o contexto a cercar a conduta naturalmente reverbera não somente na identificação dos elementos do tipo, mas, ainda mais fortemente, na culpabilidade, isto é, no elemento subjetivo.

Os incisos IV e V se relacionam com a dosimetria das sanções, *locus* em que mais frequentemente incursiona uma propalada (mas por nós contestada) “discricionariedade” judicial. Bem ao contrário de uma sorte de margem de desenvoltura, o projeto fornece justamente critérios para quantificação da pena, como a gravidade do ato e do dano e circunstâncias agravantes e atenuantes, que não poderão se descolar, porém, de uma perspectiva macro que considere também a possibilidade de que outras sanções já possam ter imprimido seu escopo pedagógico sobre o indivíduo noutras esferas de responsabilização (prevenindo-se, ademais, uma espécie de *bis in idem*). O inciso VII, aliás, também está atrelado à fundamentação da responsabilização (e por isso já é desde logo tratado), mas se direcionando ao terceiro, que não poderá ser apenado sem que se estabeleça o comportamento com o qual concorreu para o ato e os potenciais benefícios auferidos com ele.

Finalmente, a identificação de critérios objetivos para cálculo dos danos extrapatrimoniais é objeto do inciso VI. Já expusemos anteriormente nossa dificuldade em conceber aquela rubrica de sanção, de modo que somos igualmente céticos ao imaginar a possibilidade de indicação de parâmetros objetivos capazes de demonstrar a quantificação de dano que, por sua essência, é absolutamente abstrato e que, no caso dos “danos coletivos”, ainda se torna de aferição mais complexa por ser transindividual, extravasando as esferas de indivíduos identificáveis. Seja como for, o fato é que a disposição impõe ao juízo que persiga a missão (ainda que não seja simples), o que não deixa de ser salutar. Ainda além, exatamente por conta da dificuldade de se vencer aquele ônus, a proposta pode ter o importante condão de acabar por dissuadir em alguma medida a própria cominação da controversa sanção ou sua fixação em valores exorbitantes.

De nossa parte, como antecipamos, as disposições constantes do artigo 18 do projeto em comento são positivas ao estabelecer um rol (não taxativo) que agrava o ônus argumentativo do juízo para fins de responsabilização na seara sancionadora. Isso não somente para adequada observância do artigo 93, IX, da Constituição, mas para uma maior legitimação do manuseio do instituto da improbidade e, ainda, para que eventuais punições possam exprimir ao máximo sua função pedagógica, deixando o mais claro possível que conduta merece censura, em que medida e por que motivos.

[1] GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 395.

[2] GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 396.

[3] <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l3p191.htm>

[4] <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p669.htm>

[5] <https://www.migalhas.com.br/coluna/processo-e-procedimento/223041/a-fundamentacao-das-decisoes-judiciais-no-cpc-2015-um-primeiro-olhar>

[6] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015. Inovações, alterações e supressões comentadas*. São Paulo: Método, 2015, p. 7.

[7] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 372.

[8] MARINONI, Luiz Guilherme et. al. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 110.

[9] STF, Pleno, ADPF 79-AgR, relator ministro Cezar Peluso, DJ de 17 de agosto de 2007.

Date Created

14/02/2020